جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

هيمنة فكرة النظام
على مراحل تأسيس شركة المساهمة

مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبة:

♦ مقدم حاجة بدرة نورهان

إشراف الأستاذ:

♦ د. مغربي قويدر

السنة الجامعية: 2025–2026

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

هيمنة فكرة النظام
على مراحل تأسيس شركة المساهمة

مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبة:

♦ مقدم حاجة بدرة نورهان

إشراف الأستاذ:

♦ د. مغربي قويدر

***أعضاء لجنة المناقشة:**

الدكتور	..... سجاد بن فاخة	أستاذا رئيسا
الدكتور	..... نابي عبدالقادر	أستاذا مناقشا
الدكتور	..... مغربي قويدر	أستاذا مشرفا

السنة الجامعية: 2025-2026

بسم الله الرحمن الرحيم

شكروعرفان

مهما سطّرت من عبارات الشكر والتقدير، فلن أوفي من كان لهم الفضل عليّ حقهم،
فالحمد لله أولاً وآخراً على ما وفقني إليه وهداني له، حمداً يليق بجلاله وعظيم سلطانه.
أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل،
وإلى كل من مدّ لي يد العون وقدم لي النصح والتوجيه.
كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف"مغربي قويدر" على إشرافه القيّم،
وتوجيهاته السديدة، وصبره ودعمه المتواصل طيلة فترة إنجاز هذه المذكرة.
وأتقدم كذلك بالشكر إلى جميع أساتذتي الكرام الذين أناروا دربي بالعلم والمعرفة، وكان
لهم الفضل في تكويني الأكاديمي.
كما لا أنسى كل من وقف إلى جانبي وساندني معنوياً ومادياً، وساهم في إنجاح هذا العمل،
فجزاهم الله عني خير الجزاء.
وفي الأخير، أسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به كل من يطلع
عليه

الإهداء

هما كتبت من عبارات لن أجد أصدق من قوله تعالى:

"يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات"صدق الله العظيم.

فالحمد لله حمداً كثيراً مباركاً فيه و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. ها قد انطوت صفحة من صفحات الحياة كان فيها الجد و الاجتهاد و زرعنا فيها الدراسة و التعب لنحصد التفوق و النجاح.

نهدي ثمرة نجاحي إلى من قال فيهما الله تعالى: "و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحساناً" صدق الله العظيم

إلى قدوتي الأولى ومعنى الحب والحنان ومنبع دعائها سر نجاحي و حنانها بلسم جراحي، إلى من أرشدتني ورافقتني في كل مشاوير حياتي و لا تزال تفعل إلى الآن، اللهم احفظها و ارزقها العفو و العافية أمي الحبيبة.

إلى من أحمل اسمه بكل فخر و اعتزاز، إلى صاحب السيرة العطرة و الفكر المستنير، إلى من شجعني على المثابرة طوال عمري، طاب بك العمر يا سيد الرجال و طبت لي عمراً يا أبي الغالي. فلنترحم على من فقدناه في الآونة الأخيرة من العائلة رحمك الله يا عمي بلعربي و شفاء العاجل لخالي

سندي الثاني بعد أبي أخي سندي حبيبي حفظك الله و أنار دربك، وصغيرة العائلة التي رافقتني طول مشاور مذكرتي أختي سندي جدتي الغالية أطال الله في عمرها

ولأولئك الذين لديهم ميزة كبيرة في تجشيع و تحفيزي والذين ساندوني طيلة هذه الفترة، بنات خالي و خالتي حفظهم الله

إلى من كانوا لنا عوناً و سنداً طول مسارنا الدراسي، و إلى كل أساتذتي بالأخص الأستاذ المشرف (مغربي قويدر) حفظك الله .

نورهان

ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
ج	الجزء
ج.ر.ج.ج.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ق.ت.ج	القانون التجاري الجزائري
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري

مقدمة

إن الممارسات التجارية لا تقتصر على الأفراد فقط بل تتعدى ذلك لتشمل مشروعات ضخمة ترتكز على عدد كبير من الطاقات الفردية والمالية، وهذا من أجل تحقيق أهدافها الاقتصادية، حيث أن هذه المشروعات تتمثل فيما يسمى بالشركات.

لم يعرف القانون التجاري الجزائري الشركات بل انفرد إلى تعريفها في القانون المدني، وذلك في نص المادة 416 التي تنص على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجز عن ذلك"[1].

إن الشركة وفقا للمادة السابقة من القانون المدني: هي ذلك العقد الذي نظم الأحكام العامة للشركة، فيأخذ صبغة الشراكة إذا توافقت إرادتان فأكثر على تكوين شخص معنوي بنية اقتسام الأرباح والخسائر وتحقيق مشروع اقتصادي مشترك.

كما اكتسبت الشركات أهمية بالغة لدى المجتمعات وخاصة في العصور الوسطى، عندما زاد النشاط التجاري في مختلف جل الدول، وذلك نظرا لدورها الكبير والفعال في الاقتصاد ككل، باعتبارها شخصا معنويا مستقل تسعى إلى ضم جهود الأفراد وأموالهم من أجل تكوين مشروع مشترك لا يمكن للشخص أن يمارسه بمفرده، وقد وازدادت الحاجة إلى توحيد الجهود وتجميعا لأموال بعد الثورة الصناعية، حيث أصبحت المشرعات الكبيرة تتطلب طاقات مالية كبيرة وخبرات فنية متنوعة، وعليه تقسمت الشركات التجارية إلى شركات أشخاص التي تقوم على اعتبار شخصي للشركاء، وشركات الأموال التي تقوم على اعتبار مالي بالنسبة على مساهمات المالية للشركاء.

[1]- أنظر: المادة 416 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، العدل والمتمم بالقانون رقم: 83-01 المؤرخ في 1983/01/29 والقانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 1988/05/03 والقانون رقم: 89-01 المؤرخ في: 1989/02/07، والقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2005/07/20 والقانون رقم: 07-05، المؤرخ في: 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة بتاريخ: 2007/05/06

حيث تكمن أهمية الشركات بصفة عامة في اكتساب الشخصية القانونية أي تأسيس الشركة يمنح لصاحبها شخصية اعتبارية مستقلة عن أصحابها، مما يعني أنها تصبح مسئولة عن التزاماتها ما يؤدي إلى فصل في الذمة المالية، كما يحمي ممتلكات الخاصة في حالة حدوث خسائر، وكذا توليد الرخاء الاقتصادي أي توفير السلع والخدمات التي يحتاجها المجتمع ويساهم في تحقيق فرص العمل وتعزيز النشاط الاقتصادي، وأيضا تحسين جودة الحياة وذلك من خلال توفير المنتجات وخدمات تلبي احتياجات الناس وتحقق التقدم التكنولوجي والاقتصاد الوطني وتحسين التكامل الاقتصادي من خلال العمل في سوق مفتوحة والتجارة مع الشركات الأخرى.

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركة الأموال، حيث تعتبر إحدى أهم أدوات الاستثمار في العصر الحديث، والتي تقوم بالمشاريع الكبرى، وتهدف إلى تجميع الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية واقتصادية، وقد نمت وتطورت بسرعة بفضل تجميع رؤوس الأموال وتركيزها في قبضة بعض الأشخاص، حتى كادت أن تحتكر المجال الصناعي والتجاري للدولة، والسيطرة على سياستها لقيامها وحدها بالمشروعات الكبرى التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة، ونظرا لخطورة هذا النوع من الشركات على اقتصاد الدولة، فقد انصب عليها عملية التأميم الشامل أو الجزئي، ترتب على ذلك ظهور شركات القطاع العام التي تمتلكها الدولة بمفردها أو تساهم فيها مع غيرها، وهي شركات تتخذ جميعها شكل شركة مساهمة.

لقد تناول المشرع الجزائري ضمن الفصل التمهيدي من الكتاب الخاص الأحكام الخاصة بالشركات التجارية، غير أنه وبالنظر لأهمية التأسيس بالنسبة لشركات المساهمة وتأثير النظرية التنظيمية على إجراءات التأسيس، افرد المشرع لهذا النوع من الشركات بالمقارنة مع شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة بأحكام خاصة سواء ما تعلق منها بإجراءات التأسيس أو تلك المتعلقة بالمخالفات والجرائم الماسة بقواعد التأسيس.

وبالمقابل، تتجلى أهمية دراسة موضوع هيمنة النظام في تأسيس شركة المساهمة في الجانب الاقتصادي للدول، وبالتالي فإن شركات المساهمة تتميز بإجراءات صارمة فيمن خلال الرقابة على عمليات التأسيس خاصة في حالة اللجوء العلني للادخار، حيث تعد إجراءات الاكتتاب الفوري

أو العلني وسيلة فعالة لتجميع رؤوس الأموال الكبيرة للمشاريع التجارية والصناعية الضخمة، حيث تتحدد المسؤولية حين تترتب على مخالفة إجراءات التأسيس جزاءات مدنية وجزائية على القائمين بالتأسيس.

وترتيبا لما سبق، ذهب الفقه إلى انه في شركات المساهمة قد تضاءلت الصفة التعاقدية وأصبحت أقرب إلى التنظيم القانوني منها إلى العقد، إذا لم يعد تكوين الشركة ونظامها وإدارتها متروكا لإدارة الشركاء، وإنما أصبح الأمر يتوقف إلى حد كبير على إدارة المشروع وما يفرضه في هذا الصدد من أحكام آمرة، حتى أصبح النظام القانوني لشركة المساهمة عبارة عن عمل لائحي.

إن الهدف من دراسة موضوع هيمنة النظام في تأسيس شركة المساهمة، يرتكز أساسا على:

- تحديد مدى استقلالية الإدارة في تأسيس شركات المساهمة.
- الوقوف على أهم مظاهر الهيمنة من خلال الشكلية والرقابة التشريعية والقضائية.
- تبيان الجزاءات المترتبة على مخالفة القواعد النظامية المقررة قانونا.

أما في الدوافع الموضوعية والتي تتعلق أساساً بكون "شركة المساهمة" هي الحقل الخصب لتجلي فكرة "النظام" في القانون الخاص، مما يجعل من دراسة مرحلة تأسيسها فرصة لفهم كيفية تدخُل المشرع لتنظيم الاقتصاد عبر أدوات القانون التجاري، فضلاً عن ندرة الدراسات المتخصصة التي تربط بين فلسفة "النظام القانوني" والجزاءات الجنائية في مرحلة التأسيس التي تناولت هذا الموضوع.

وفيما يخص الدوافع الذاتية فقد تمثلت في الرغبة الأكاديمية في التعمق في تخصص "قانون الأعمال"، ومحاولة تقديم قراءة تحليلية مميزة للنصوص القانونية المنظمة لشركات المساهمة، بما يزيد في إثراء البحث العلمي في هذا المجال الحيوي وتسليط الضوء الزائد الذي يبين نشأة شركة المساهمة.

ومن خلال ما تقدم ذكره يمكننا طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

♦ إلى أي مدى يساهم النظام القانوني في توجيه وتأطير عملية تأسيس شركة المساهمة؟ وهل لا يزال للطابع العقدي مكانة في ظل هذه الهيمنة التشريعية؟

وللإحاطة والتعمق في موضوع بحثنا والإجابة على الإشكالية الرئيسية وجب علينا طرح بعض الأسئلة الفرعية الممثلة في:

1. كيف يؤثر الطابع المؤسساتي على المرحلة السابقة لتأسيس الشركة؟
2. ما هو مصير العقود والالتزامات المبرمة باسمة الشركة قبل اكتسابها الشخصية المعنوية؟
3. كيف تتجسد الشكلية والمسؤولية الجزائية كأدوات لفرض النظام في عملية التأسيس؟

ومن أجل الغوص في معطيات بحثنا اتبعنا في هذه المذكرة، المنهج التحليلي من خلال عرض النصوص القانونية وتحليلها.

وعند تناولنا في الدراسة لبعض تشريعات المختلفة استخدمنا في ذلك المنهج المقارن.

وكأي بحث لا يخلو من الصعوبات كضيق الوقت، وقلة المراجع والمصادر الخاصة بهذا الموضوع.

وعليه ومن أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا خطة دراسة متوازنة ومقسمة إلى فصلين أساسين، تناول الفصل الأول: إنكار طابع العقدي على مرحلة السابقة لتأسيس شركة المساهمة، وقد قسم إلى مبحثين: تعرض الأول إلى تأثير الطابع المؤسساتي على الشركة في مرحلة التأسيس والتي تندرج ضمنها طبيعة وحكم التصرفات التي تبرم لحساب الشركة، أما بالنسبة للمبحث الثاني خصصناه إلى أثار الأعمال والعقود الناجمة في حالة تأسيس الشركة بصفة قانونية، وفيه حللنا القبول من عدمه للشركة للتصرفات المتخذة من قبل مؤسسيها.

تطرق الموضوع في فصله الثاني إلى تجسيد فكرة النظام بمناسبة تأسيس شركة المساهمة، بعد تحديد الطابع العقدي على المرحلة السابقة لتأسيس هذه الشركة وبنائها، انتقلنا لتأسيس شركة المساهمة، وقد تفرع هذا الفصل ليتناول مبحثين: المبحث الأول عالجنا فيه الشكلية في عملية التأسيس من الشركات التي تلجا إلى الادخار العلني من عدمه، كذلك تقويم الحصص العينية والجمعية العامة التأسيسية، أما المبحث الثاني خصصناه إلى المسؤولية الجزائية التي تترتب على مخالفة شكليات التأسيس والتي تضمن الجرائم الخاصة بمرحلة التأسيس.

الفصل الأول:

إنكار الطابع العقدي على المرحلة السابقة لتأسيس شركة المساهمة

يقوم المفهوم الحديث للشركة على أنها نظام أو تنظيم أي مجموعة قواعد وأحكام مصدرها القانون لا العقد، وهي نظام لمجموع العناصر التي يتكون منها المشروع وليس فحسب لجماعة أشخاص هم الشركاء أي أن الشركة نظام أو تنظيم قانوني للمشروع، ويتضح من هذا المفهوم الحديث للشركة من التراجع عن التصوير التعاقدي في تعريفها وشروطها الخاصة.

ولقد بدأ التراجع عن فكرة العقد من خلال التدخل التشريعي المتواصل في تنظيم الشركات التجارية في شركات المساهمة وبشكل متفاوت في أشكال الشركات الأخرى وعدول الفقه منذ وقت مبكر في تكييف الشركة كغيرها من شركات الأموال عن فكرة العقد، مما دفع إلى التراجع عن التصوير التعاقدي للشركة مظاهر عديدة وفي مختلف المجالات المتصلة بتنظيم الشركة ابتداء من الإنشاء والتأسيس حتى الانقضاء[1].

ومن أجل معالجة تراجع الطابع التعاقدي في مرحلة التأسيس، تم تقسيم الفصل إلى مبحثين أساسين يتضمن الأول: تأثر الطابع المؤسساتي على الشركة في مرحلة التأسيس أما الثاني فيتناول اثأر الأعمال والعقود في حالة تأسيس الشركة بصفة قانونية.

[1]- أنظر: المادة 130 من القانون رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/06، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-59 المؤرخ بتاريخ: 1975/09/26 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 11، المؤرخة بتاريخ: 2005/02/09.

المبحث الأول

تأثير الطابع المؤسساتي على الشركة في مرحلة التأسيس

إذا كان التحليل المؤسساتي لطبيعة شركة المساهمة لا يثير أي مشاكل تذكر ولا يستفز أصحاب التصور العقدي للشركة خصوصا خلال المراحل الأولى لنشأتها، وبالتحديد قبل ميلاد الشخص المعنوي على اعتبار أن جانبا مهما من مريدي التصور العقدي يعترف للشركة بطابع مؤسساتي انطلاقا مما يلي هذه المرحلة على أساس أنها عقد.

لذا فإن إنكار الطابع التعاقدي على المرحلة السابقة لميلاد الشخصية المعنوية، دفع البعض لإيجاد تفسير للحضور القوي للإرادة الفردية من خلال التصرفات التي تشهدها هذه المرحلة، كما رأى البعض أن الشركة لا تتكون من خلال عقد بين المؤسسين والمساهمين بل بواسطة تصرف جماعي لا يمكن اعتباره عقدا حقيقيا.

فحين يرى المشرع أن الشركة ليست لها شخصية معنوية قبل التسجيل، فهذا يفيد فقط أن الشركة ليست موجودة كمؤسسة ولا يمنع بأي حال من الأحوال وجودها كعقد، من هنا صار بعض الفقه يعتبر أن الشركة تنشأ عن عقد وتتحول إلى نظام تحكمه قواعد أمرة.

المطلب الأول

طبيعة وحكم التصرفات التي تبرم لحساب الشركة

يثير موضوع مدى التزام الشركة بالالتزامات التعاقدية التي أبرمها المؤسسون خلال مرحلة التأسيس إشكالية قانونية هامة، ترتبط أساساً بمدى إمكانية انتقال هذه الالتزامات إلى ذمة الشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية.

فالأصل أن الشركة، قبل قيدها في السجل التجاري لا تتمتع بالشخصية المعنوية[1]، وبالتالي لا يمكن إلزامها بأي تصرف قانوني تم قبل وجودها القانوني، وبناءً على ذلك فإن الالتزامات الناشئة عن العقود التي يبرمها المؤسسون تبقى في ذمتهم الشخصية، ولا تنتقل تلقائياً إلى الشركة.

غير أن المشرع مراعاةً لضرورات المعاملات، أجاز إمكانية انتقال هذه الالتزامات إلى الشركة، شريطة أن يتم تبنيها بعد تأسيسها، سواء كان ذلك بنص صريح في عقد التأسيس أو بقرار لاحق من الأجهزة المختصة داخل الشركة.

ويترتب على هذا التبني انتقال آثار العقد إلى الشركة بأثر رجعي، بحيث تعتبر الشركة وكأنها كانت طرفاً في العقد منذ البداية، وهو ما يؤدي إلى إعفاء المؤسسين من الالتزامات التي تحملوها خلال مرحلة التأسيس.

أما في حالة عدم تبني الشركة لهذه التصرفات، فإن الالتزامات تبقى قائمة في ذمة المؤسسين، الذين يظلون مسؤولين عنها مسؤولية شخصية وتضامنية في مواجهة الغير، حمايةً لمصالح هذا الأخير الذي تعامل بحسن نية.

وقد أكدت العديد من الأحكام القضائية هذا الاتجاه، معتبرة أن الشركة لا تلتزم بالتصرفات السابقة على تأسيسها إلا إذا ثبت قبولها لها، وهو ما يكرس مبدأ استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمة مؤسسيها[2].

[1]- بن الذيب حمزة، ساعد العقون، "تأثير الشخصية المعنوية للشركة على المسؤولية المدنية للمؤسسين في فترة التأسيس"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد2، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، 2021، ص2450

[2]- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دارا لمعرفة، الجزائر، 2009، ص 112.

الفرع الأول

بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود (الالتزامات التعاقدية)

يقصد بالالتزامات التعاقدية تلك الالتزامات التي تنشأ نتيجة إبرام المؤسسين لعقود باسم الشركة وهي في طور التأسيس، كعقود الإيجار أو التوريد أو الخدمات، والتي تهدف أساساً إلى تهيئة الظروف اللازمة لانطلاق نشاط الشركة مستقبلاً.

وتتميز هذه العقود بكونها تبرم في مرحلة لا تكون فيها الشركة قد اكتسبت بعد شخصيتها المعنوية، وهو ما يطرح إشكالاً حول مدى صحتها من جهة، ومدى ترتيبها لآثار قانونية من جهة أخرى. فالأصل أن الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، [1] وبالتالي لا يمكنها من الناحية القانونية أن تكون طرفاً في العقد قبل هذا التاريخ.

غير أن الواقع العملي يفرض ضرورة إبرام هذه التصرفات قبل التأسيس، مما دفع الفقه والقضاء إلى الإقرار بصحتها من حيث المبدأ، على أساس أنها تبرم من طرف المؤسسين لحساب الشركة المزمع إنشاؤها، [2] وليس باسم شخص معنوي قائم فعلاً.

وعليه، فإن هذه العقود تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، غير أن آثارها لا تنصرف مباشرة إلى الشركة، بل تظل في البداية ملقاة على عاتق الأشخاص الذين قاموا بإبرامها، وهم المؤسسون أو من يمثلهم، وذلك إلى حين اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لنقلها إلى الشركة بعد تأسيسها.

وقد استقر القضاء المقارن، خاصة الفرنسي، على أن التصرفات التي تبرم خلال فترة التأسيس لا تنشئ التزامات في ذمة الشركة إلا إذا تم تبنيها صراحة أو ضمناً بعد اكتسابها الشخصية المعنوية، وهو ما يؤكد الطابع المؤقت لهذه الالتزامات خلال هذه المرحلة[3].

---

[1]- أنظر: المادة 549 من الأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري.

[2]- أحمد محيو، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 85.

[3]- عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية_ التاجر_الشركات التجارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2018، ص164.

الفرع الثاني

مدى التزام الشركة بالالتزامات التقصيرية

أثارت مسألة مدى تعهد الشركة تحت التأسيس بالالتزامات التقصيرية التي تقع على عاتق الأشخاص الذين يتصرفون لحسابها خلافا في الفقه والقضاء.

فقد تبنى جانب من الفقهاء تفسيرا واسعا للالتزامات التي تنشأ عن التصرفات التي تبرم لحساب الشركة تحت التأسيس، بحيث تشمل الالتزامات العقدية التقصرية في نفس الوقت، لأن المشرع لم يفرق بين الالتزامات حسب طبيعتها، وبالتالي فإن مفهوم الالتزام يجب أن يمتد، بحيث يمكن أن تلتزم الشركة بعد تأسيسها بالالتزامات التقصيرية الناشئة عن التصرفات التي تمت لحسابها[1].

في حين يرى الجانب الآخر من الفقهاء أن الشركة تأخذ على عاتقها بعد تأسيسها الالتزامات العقدية فحسب دون الالتزامات التقصيرية، لأن النصوص القانونية المعنية تتحدث عن التصرفات والارتباطات والتي يجب أن يقتصر التزام الشركة عليها دون الالتزامات التقصيرية التي لا تتضمنها النصوص والتي تقع على عاتق من ابرمها شخصيا[2].

ويستبعد القضاء الفرنسي إمكانية التزام الشركة تحت التأسيس بالالتزامات التقصيرية الناشئة عن التصرفات التي تمت لحسابها، فقد قضت محكمة استئناف باريس في دعوى تتعلق بقيام المؤسسين بأعمال منافسة غير مشروعه، حيث ادعى المؤسسون أنهم تصرفوا لحساب الشركة تحت التأسيس طبقا لنص المادة 5/2 من قانون رقم: 24 يوليو 1966، وأن الشركة قبلت عقود العمل المتنازع عليها، وقد رفضت المحكمة حجتهم على أساس أن التزام الشركة بناء على هذا النص لا يشمل أعمال المنافسة غير المشروعة[3].

---

[1]- عمار عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري (الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2017، ص218.

[2]- نادية فوضيل، الشركات التجارية في القانون الجزائري (الأحكام العامة- شركة المساهمة – الشركة ذات المسؤولية المحدودة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012، ص 56.

[3]- قرار محكمة استئناف باريس، الصادر بتاريخ 24 يوليو 1966، منشور في المجلة الفصلية للقانون التجاري، فرنسا سنة 1967، ص 155 وما بعدها.

كذلك قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بصدد دعوى تتعلق بقيام أحد المؤسسين بفتح حساب جارى أو حساب وديعة باسمه والحساب شركة تحت التأسيس، ثم قام بعد ذلك بإصدار شيكات بدون رصيد، حيث رفضت المحكمة تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالتزام الشركة تحت التأسيس بما تم من تصرفات لحسابها نظرا للطبيعة غير العقدية للالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات.

كما أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم مسئولية الشركة عن التصرفات المتعلقة بأعمال المنافسة غير المشروعة التي يرتكبها المؤسسون قبل تأسيسها[1]، فالتزام الشركة تحت التأسيس بالتصرفات التي تبرم لحسابها يكون مقصورا على الالتزامات العقدية أو شبه العقدية دون الالتزامات التقصيرية أو شبه التقصيرية التي لا تتم بناء على وكالة من جانب الشركة، فضلا عن استبعاد إقرارها من جانبها بعد التأسيس، وإذا كانت الشركة تحت التأسيس لا تأخذ على عاتقها بعد تأسيسها الالتزامات التقصيرية الناشئة عن التصرفات التي تمت لحسابها، إلا انه يمكن أن تلتزم بالتعويض الناشئ عنها إذا استفادت منها[2].

وكان الفقه المصري في ظل قانون الشركات الملغي رقم 29 لسنة 1945 يتبنى الاتجاهات السائدة في القانون المقارن حول تحديد نطاق التصرفات التي يمكن إبرامها لحساب الشركة تحت التأسيس.

حيث كان يرى أن الشركة في مرحلة التأسيس تتمتع بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لإتمام عملية التأسيس قياسا على احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية عند التصفية بالقدر اللازم لإتمام هذه العملية، وبالتالي يكون للمؤسسين الحق في إبرام كافة التصرفات اللازمة لإتمام عملية التأسيس[3].

---

[1]– نادية فوضيل، الشركات التجارية في القانون الجزائري (الأحكام العامة– شركة المساهمة – الشركة ذات المسؤولية المحدودة)، مرجع سابق، ص56.

[2]– عمارة عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري (الشركات التجارية)، مرجع سابق، ص222.

[3]– د.مصطفى كمال وصفى، بطلان شركات المساهمة مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة 1961، العدد الأول، ص 25 وما بعدها، حيث يرفض قياس شخصية الشركة تحت التأسيس على شخصية الشركة في فترة التصفية لان ذلك مقرر استثناء بنص خاص في القانون المدني ولا يقاس عليه.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه في حكم لها صادر في 24 يناير 1963، حيث قضت بان " تعتبر شركة المساهمة في فترة التأسيس ممثلة المؤسسين، ومن ثم فيكون لأحدهم أن يتقدم –خلال فترة التأسيس – لحساب الشركة المستقبلة للدفاع عن العلامة التجارية التي انتقلت إليها ملكيتها[1].

وتأكد هذا الاتجاه السابق للفقه المصري في التزام الشركة بالتصرفات الضرورية للتأسيس بعد تسجيلها بصدور قانون الشركات رقم: 59 لسنة 1981، الذي نص صراحة على ذلك، حيث نصت المادة 13 منه على أن " تسرى العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة، أما في غير ذلك من الحالات فلا تسرى تلك العقود والتصرفات في حق الشركة بعد التأسيس، إلا إذا اعتمدتها الجهة المنصوص عليها في المادة 12.

وقد نصت المادة 12 على أنه: "لا يسرى في حق الشركة بعد تأسيسها أي تصرف يتم بين الشركة تحت التأسيس وبين مؤسسيها ما لم تعتمد هذا التصرف إدارة الشركة إذا كان جميع الأعضاء لا صلة لهم بمن أجرى التصرف من المؤسسين أو لم تكن لهم مصلحة في التصرف أو بقرار من الجمعية العامة للشركة في اجتماع لا يكون فيه للمؤسسين ذوى المصلحة أصوات معدودة، وفى جميع الأحوال يجب أن يضع المؤسسين ذو المصلحة تحت نظر الجهة التي تعتمد التصرف كافة الحقائق المتعلقة بالتصرف المذكور، ويسأل المؤسسين ذو المصلحة عن مخالفة هذا الالتزام في مواجهة الشركة أو المساهمين.

فالمشرع المصري حدد إذن التصرفات التي يمكن إبرامها لحساب الشركة تحت التأسيس بالعقود والتصرفات الضرورية لإتمام عملية التأسيس، دون غيرها من العقود والتصرفات غير الضرورية والتي لا تلتزم بها الشركة بعد تأسيسها إلا وفقا لشروط معينة، وقد كان موفقا في ذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يفرق بين التصرفات الضرورية للتأسيس وغيرها من التصرفات

[1]– نقض مدني 24 يناير 1963، مجموعة أحكام النقض، ص 180

الأمر الذي قد أدى إلى إثارة خلافا واسعا في الفقه والقضاء الفرنسي لتحديد نطاق التصرفات التي يجوز إبرامها لحساب الشركة تحت التأسيس[1].

ومع ذلك فإن تحديد ما يعد من التصرفات ضروريا لتأسيس الشركة، إنما يثير صعوبات كثيرة من الناحية العملية، ولذلك فإن تحديد مدى ضرورية العقد أو التصرف – نتيجة لغياب التحديد التشريعي يخضع لتقدير قاضي الموضوع عند عرض النزاع عليه، حيث تشمل التصرفات الضرورية كل العقود والتصرفات التي تقتضيها أعمال التأسيس كعقود شراء أو إيجار مقر الشركة أو التعاقد مع البنوك على طبع نشرات وطلبات الاكتتاب واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق المكتبيين وغيرها من إجراءات التأسيس بما فيها قيد الشركة في السجل التجاري .

ولا شك أن الاعتبارات العملية تفرض أيضا على المؤسسين القيام ببعض التصرفات التي لا تتعلق بإجراءات التأسيس، وإنما تتعلق بإعداد الشركة وتجهيزها المباشرة نشاطها فور تسجيلها واكتسابها الشخصية المعنوية، كشراء الأدوات والمواد الأولية وإبرام عقود العمل وغيرها من التصرفات اللازمة للاستغلال التي يتم إبرامها دون انتظار التأسيس النهائي، ولذلك نرى أن الشركة تحت التأسيس تأخذ على عاتقها بعد تأسيسها التصرفات الضرورية التي يتم إبرامها لحسابها سواء كانت تتعلق بإتمام عملية التأسيس أو بإعداد الشركة لمزاولة نشاطها بعد اكتسابها الشخصية المعنوية بالتسجيل في السجل التجاري[2].

على أن التزام الشركة تحت التأسيس بالتصرفات التي تمت لحسابها يجب أن يكون مقصورا على الالتزامات العقدية دون الالتزامات التقصيرية التي يجب أن يتحملها من قام بها، إلا إذا استفادت منها الشركة حيث تلتزم في هذه الحالة بالتعويض فحسب، أو كان التصرف ذو طبيعة مختلطة، حيث تلتزم الشركة بما يتعلق بالجانب العقدي للعملية دون الجانب التقصيري، كما هو الوضع في عقود العمل[3].

[1]– نقض مدني مصري 24 يناير 1963، مجموعة أحكام النقض، ص 180

[2]– د.أبوزيد رضوان، شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 91.

[3]– د.محمود سمير الشرقاوى، الشركات التجارية والقانون المصري والمقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 613.

التي تبرمها الشركة أثناء فترة التأسيس ويترتب عليها التزامات غير عقدية كأعمال المنافسة غير المشروعة التي تقع من الأشخاص التابعين لها.

المطلب الثاني

تحديد الأشخاص المسئولين عن التصرفات المتخذة باسم الشركة

لقد طرح التساؤل حول المركز القانوني للأشخاص أو المؤسسين عن تلك التصرفات أو التعهدات التي تتم لصالح الشركة أثناء عملية التأسيس، والذي قد يتم عنه قبول الشركة لتلك التعهدات أو رفضها وأيضا البحث عن قيام المسؤولية القانونية سواء تمثلت في المسؤولية المدنية أو الجزائية.

وقبل التعرض إلى أهم المواقف التي حاولت تحدي المركز القانوني للمؤسس، لا بأس أن نعرض بعض التعاريف التي تعرضت إلى تحديد صفة المؤسس في مرحلة التأسيس، وعلى خلاف المشرع الجزائري، نلاحظ بأن القانون المصري رقم: 159 لسنة 1981 المتعلق بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة ومذكرته الإيضاحية والقرارات المتعلقة به في الفصل الثاني تحت عنوان التأسيس، عرف المؤسس بقوله: "يعتبر مؤسسا للشركة كل من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك". [1]

ويعتبر مؤسسا على وجه الخصوص كل من وقع العقد الابتدائي أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة أو قدم حصة عينية عند تأسيسها ولا يعتبر مؤسسا من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة وغيرهم.

كما اشترط على المؤسس في تعاملاته أن يبذل مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص، ويلتزم المؤسسون على سبيل التضامن بأية أضرار قد تصيب الشركة أو الغير نتيجة مخالفة هذا النظام، وإذا تلقى المؤسس أية أموال أو معلومات تخص الشركة تحت التأسيس كان

[1]- نادية فوضيل، شركة المساهمة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012، ص48

عليه أن يرد إلى الشركة تلك الأموال وأية أرباح يكون قد حصل عليه نتيجة استعماله لتلك الأموال والمعلومات.

الفرع الأول

على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

إن الأصل في العقد أن لا يضر الغير، فالأصل فيه أيضا أن لا ينفع هذا الغير بطريق مباشر، ولكن رعاية لبعض المصالح الجديرة بالرعاية ابتدع الفكر القانوني نظاما يعد استثناء على هذا الأصل بحيث يترتب عليه نفع الغير دون أن يكون طرفا في العقد، إنه نظام الاشتراط لمصلحة الغير فقد تعددت تعريفاته منفقيه لآخر بالإضافة إلى أنه تعرض إلى تطورات في مختلف التشريعات[1].

أولا: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يتم بين شخصين هما المشترط والملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به، ويتضح من هذا التعريف أن طرفي العقد لمصلحة الغير هما المشترط والملتزم أو المتعهد أما المستفيد فهو ليس طرفا في العقد، بل هو من الغير، وبالرغم من ذلك فإن الملتزم يلتزم في مواجهته بناء على العقد بحيث يستطيع المستفيد أن يطالب المتعهد بتنفيذ الالتزام ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا من نسبية أثر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص فرتب حقا في ذمة شخص ثالث ليس طرفا فيه ولا خلفا عاما أو خاصا لطرف فيه[2].

[1]- عدنان ابراهيم سرحان ونوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 274.

[2]- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري –النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، ج1، ط2، الجزائر، 2004، ص354.

ويتم الاشتراط لمصلحة الغير عن طريق التعاقد بين شخصين أحدهما يسمى المشترط والآخر يسمى المنتفع فينشأ بذلك حق مباشر للمنتفع يستطيع أن يطالب به الواعد وهذا المنتفع ليس طرفا في العقد لذا يعتبر من الغير[1].

كما يعرفه البعض الآخر بأنه: "عقد يتم بين شخصين المشترط والمتعهد يشترط فيه أحدهما –المشترط– على الآخر –المتعهد– أن يكون هناك حق لشخص ثالث المنتفع يتلقاه من العقد مباشرة"[2].

ومن خلال ما تقدم ذكره فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء حقيقيا على قاعدة نسبية أثر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص، فلا يقتصر أثر العقد على طر فيه ومن يخلفهما في التعاقد، بل ينصرف أثره أيضا إلى شخص أجنبي أصلا عنه، ويرتب حقا في ذمة شخص ثالث ليس طرفا فيه ولا خلفا عاما ولا خاصا هذا في القانون الوضعي، كما أن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير بالمفهوم القانوني ليس لها وجود في نصوص الفقه الإسلامي، إلا أنه خلال البحث تظهر بعض المسائل عنها تبدو تشبهها إلى حد ما، ولكن بعد المقارنة تظهر لا تختلف عنها تمام الاختلاف من بين تلك المسائل، اشتراط الخيار الأجنبي عن العقد ويقصد به أن يشترط أحد المتعاقدين حق الخيار الأجنبي عن العقد، أي بعد أخذ مشورته في المبيع فيتوقف خياره فيه على رضا الأجنبي عن العقد فيكون اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره، وقد يتشابه اشتراط الخيار الأجنبي عن العقد والاشتراط لمصلحة الغير في أن كلاهما يتم فيهما اشتراط حق للغير الأجنبي عن الغير، ويختلفان في أن لاشتراط لمصلحة الغير تكون المنفعة فيه للغير، أما اشتراط الخيار الأجنبي عن العقد تكون فيه المنفعة للمشترط وليس للغير لأن هذا الأخير يكون وكيلا عن المشترط وبالتالي فإنهما يختلفان[3].

[1]– يوسف باجة، ملخص كتاب: دروس في القانون المدني مصادر الالتزامات للدكتور عبد الحق صافي، دار اليقين، ط 2، بيروت، 2004، ص35.

[2]– عمر القاسمي، الزيد في مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، شرح القانون المدني العراقي، جامعة بابل، كلية الحقوق، العراق، 2015، ص 55.

[3]– مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة 4 وهران، احمد بن بلة، 2015، ص 84.

وفي رأي أحد الفقهاء فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر تطبيقا للشق الثاني من قاعدة جواز انصراف الحقوق المتولدة عن العقد إلى الغير فهو عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين، ويسمى المشترط على المتعاقد الآخر، ويسمى المتعهد بأن يتحمل التزاما ما لمصلحة شخص ثالث يسمى المستفيد، وبالتالي هو عقد يتولد عنه حق مباشر للمستفيد قبل المتعهد[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الاشتراط مصلحة الغير

لقد أثارت طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير اختلافا بين الفقهاء الذين اهتموا بمعالجة هذا الموضوع على أثر ما صادفته عقود التأمين عن الحياة من ذيوع وانتشار، ولذلك تبقى مسالة تفسير الحق المباشر الذي يكتسبه المنتفع تجاه المتعهد محل جدل فقهي، مع انه لم يكن طرفا في العقد، وظهرت ثلاث نظريات اتخذت في الطبيعة القانونية للاشتراط وهي نظرية الإيجاب، نظرية الإرادة المنفردة، نظرية الحق المباشر[2].

أ/– نظرية الإيجاب: يرجع الفضل في هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي "لوران"والذي قصد بها التوفيق بين مبدأ نسبية العقد وضرورة القبول بالتعاقد لمصلحة الغير والتي خاض فيها إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن عقدين متتابعين الأول يحصل بين المتعاقد المشترط من جهة والمتعهد من جهة أخرى، كما هو الحال في عقد التامين لمصلحة شخص ثالث، حيث يتم العقد الأول بين شركة التامين والمتعاقد معها بحيث يصبح هذا في أولا لأمر دائنا لها بمبلغ التعويض المتفق عليه، والثاني يحصل بين المتعاقد مع الشركة من جهة والغير الذي حدده عقد التامين لمصلحته من جهة أخرى، فيعرض المتعاقد على الغير المنتفع الاستفادة من عقد التامين، فإذا قبل تم العقد وانتقلت إلى المنتفع فوائد الحقوق التي تنشأ عنه[3].

[1]– أيمن سعد، مصادر الالتزام – دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري ومشروع مقترح للقانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 267.

[2]– د. إياد إبراهيم محمد، الاشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص 54

[3]– نفس المرجع، ص 55.

أما العقد الثاني فيوجه إلى المنتفع بعقد أخر بقصد نقل الحق إليه فإذا قبل المنتفع الإيجاب الموجه إليه انعقد عقد جديد بينه وبين المشترط، وعلى أساس هذا العقد ينتقل إليه الحق الذي كان للمشترط قبل المتعهد[1].

ب/– نظرية الإرادة المنفردة: يرى أصحاب هذه النظرية أن مصدر حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد والتي تكفي لإلزامه ولكن لم تكن هذه الفكرة جديدة حيث أعلن عنها من قبل الفقهاء الألمان، ويرتكز حق الغير في هذه النظرية على إرادة المتعهد وحدها، ولا يظهر المشترط ولا يقوم بأي دور، وهكذا يمكن تفسير أن الحق المستفيد يمر على الانطلاق عبر ذمة المشترط المالية، والملاحظ أن هذه النظرية تجعل التعاقد لمصلحة الغير حالة خاصة هي التي يكون فيها المدين (وهو الملتزم) قد ارتبط عفويا باتجاه الغير بإرادته المنفردة فيها عبر عنه، فيرتد التعبير إلى إطار عقدي يكون مصدرا للالتزامات على عاتق الملتزم[2].

وتبعا لهذا التحليل يكون التعاقد لمصلحة الغير عملية مركبة تتألف من:

- عقد أول يجريه المشترط مع المتعهد الذي يتعهد فيه بما اشترطه عليه المشترط من التزام لمصلحة شخص ثالث.

- كذلك يتكون الاشتراط وفقا لهذه النظرية من عمل إرادة منفردة يصدر عن المتعهد مستهدفا به ايجابيا يكون لصالح الغير الذي يكون طرفا فيه.

وقد وجهت انتقادات لهذه النظرية، كان أولها عدم تفسير كيفية اكتساب المستفيد حقه بأثر رجعي، لأن الحق في أثاره يرجع إلى يوم القبول وليس إلى يوم الإيجاب، أما الانتقاد الثاني فيرى أن هذه النظرية تخفي بصورة خاصة المصدر العقدي للحق أذى جرى العمل على اعتبار أن المتعهد يلتزم من جانب واحد، فلا يمكن له الاحتجاج في وجه المستفيد ببعض الاستثناءات الناشئة عن علاقته بالمشترط التي هي مصدر حقه، أما الانتقاد الثالث يتمثل في أن المشترط يجوز له دون المتعهد أن يرجع عن الاشتراط قبل قبول المنتفع له، لكن إذا طبق ما جاء في هذه النظرية فإن

[1]– أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 189.

[2]– إياد إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 60.

المتعهد هو الذي يجوز له أن يرجع عن الاشتراط، وهذا مخالف لما هو عليه الاشتراط لمصلحة الغير[1].

ج/– نظرية الحق المباشر: كان الأمر يحتاج إلى نظرة واقعية في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير، لأنه لا يوجد ما يمنع من أن يستفيد شخص ثالث من عقد لم يكن طرفا فيه وهذا فيه تكريس لحرية التعاقد واستقلال الإرادة التعاقدية[2].

هذه النظرية وهي مقبولة حاليا في الاجتهاد، وتبعا لهذه النظرية يتولد مباشرة عن العقد حق الغير الذي لم يكن طرفا فيه، فينشأ التعاقد لمصلحة الغير الذي اكسب الحق المباشر خروجا عن نسبية أثار العقد.

وهذا الخروج يفسره أو يبرره مبدأ سلطان الإرادة الذي ينشأ الحق بالشكل الذي تراه تداعياته وأثاره والاجتهاد لا يتوقف مباشرة عن العقد وهذا الموقف أيده بعض الفقهاء ومنهج الفقيه سانتيه، وخلاصة هذه النظرية أن حق المنتفع هو حق مباشر يتولد حالا لمصلحته، وهذا الحق لم يكن من عناصر ذمة العاقد لينتقل منها لذمة المستفيد[3].

يترتب على هذا التكييف حق المستفيد عدة نتائج أولها أن حق المستفيد يعتبر مكسبا له من تاريخ التعاقد لمصلحته، وليس من تاريخ قبوله، أما الثانية يكون للمشترط حق الرجوع في اشتراطه طالما لم يعبر المستفيد عن قبوله صراحة أو ضمنا، ما لم يكن العقد قد مدد للمنتفع مرة أخرى للقبول، أما النتيجة الثالثة فيمكن أن يرد القبول بعد وفاة المتعاقد الذي لم يكن قد رجع عن الاشتراط[4].

[1]– إياد إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 61

[2]– أنور سلطان، مرجع سابق، ص 188.

[3]– نفس المرجع ونفس الصفحة.

[4]– إياد إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 62.

ثالثا: شروط وآثار اشتراط مصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالثا يسمى المنتفع، وليتحقق ذلك لا بد من شروط إذا توفرت ترتب آثارا

أ/– شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير: حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير، لابد من توافر ثلاث شروط حسب نص المادة 116[1] من القانون المدني الجزائري، وتتمثل فيما يلي:

1/– أن يتعاقد المشترط باسمه: يجب أن يتدخل المشترط باسمه مع المتعهد، دون أن يدخل المنتفع طرف في العقد، ويجب أن تتجه إرادة المشترط والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع أي المستفيد الذي يظل أجنبيا عن العقد[2].

وهذا ما تصدرت به المادة (116) من القانون المدني الجزائري، حيث قررت بأنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه مع المتعهد، لمصلحة الغير دون إدخال هذا الأخير كطرف في العقد[3].

- **التمييز بين الإنابة الناقصة والاشتراط لمصلحة الغير:** في الواقع أن الو ضع الناشئ عن الإنابة الناقصة يشبه الوضع الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك عندما يطلب المشترط من المتعهد أن يلتزم في مواجهة الغير (المستفيد).

فإذا كان المستفيد دائنا من قبل المشترط فانه يصبح تحت تصرفه دعواه الأصلية في مواجهته علاوة على ماله من حق ناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير.

ومع ذلك هناك فروق بين الوضعين سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار:

فمن حيث الشروط نجد أن الإنابة تستلزم تلاقي الإرادات بين ثلاثة أطراف، المنيب والمناب لديه وحق المناب لديه لا ينشأ في مواجهة النائب إلا عندما يقبل المناب لديه الإنابة على العكس

[1]– أنظر: المادة 116، من القانون المدني الجزائري.

[2]– أنور سلطان، مرجع سابق، ص 323.

[3]– خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2001 ص 131.
تراجع في ذلك المادة 116 من القانون المدني

من ذلك الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أنه ينشئ للغير المستفيد حقا مباشرا من الوقت الذي يتم الاتفاق فيه بين المشترط والمتعهد وحتى قبل أن يقبل الغير (المستفيد).

أما من حيث الآثار يعتبر حق المناب لديه في مواجهة المناب مستقلا تماما عن العلاقة بين المناب والمنيب على العكس من ذلك نجد فعالية الاشتراط لمصلحة الغير ترتكز أساسا على العقد الأصلي، فحق المستفيد في مواجهة المتعهد يعتمد أساسا على العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولذلك فإن المتعهد يستطيع أن يدفع في مواجهة الغير (المستفيد) بكل الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع عنها في مواجهة المشترط[1].

- **التمييز بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير**: إن المشترط في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه الشخصي لحساب الغير، ويعتبر هذا الشرط مميز بين الاشتراط لمصلحة الغير وبين الفضالة، حيث أن الفضولي يعتبر نائب عن رب العمل، بينما المشترط لا يعتبر نائبا للمنتفع، كذلك يشترط لصحة عمل الفضولي ألا يكون له مصلحة شخصية في العمل الذي يقوم به، بينما يشترط القانون لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية.[2]

2/– أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع: لا يشترط في المنتفع إلا أن يكون موجودا وقت أن يرتب الاشتراط أثره، فإن لم يكن موجودا في هذا الوقت بطل الاشتراط ولا يترتب على بطلان الاشتراط بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الاشتراط، بل يظل صحيحا وتتحول الفائدة التي يحققها إلى المشترط أو ورثته، مثال ذلك عقد تأمين لمصلحة ولد المؤمن له، فإن مات دون ولد انتقل الحق في مبلغ التأمين إلى ورثته كجزء من تركة[3].

وهذا الشرط تتضمنه بداية الفقرة الثانية من المادة (116) من القانون المدني الجزائري حيث ترتب على الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد، ويعتبر هذا الشرط هو جوهر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يؤدي هذا الاشتراط إلى نشوء حق مباشر للمنتفع رغم أنه لم يكن

[1]– نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، ج2، بيروت، 1999، ص 397.
[2]– خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 131.
[3]– أنور سلطان، مرجع سابق، ص 324.

طرفا من أطراف العقد، وهذا هو موضع الخروج عن فكرة مبدأ نسبية آثار العقد، والتي أقرها القانون بالمادة (116) منه وهذا الحق لا يمر بذمة المشترط، وإنما ينشأ مباشرة من العقد في ذمة المتعهد.

يترتب على هذا، أنه لو كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه، وكان الغير يقيد من هذا الحق، لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، فلو أمن شخص يملك سيارة على مسؤوليته عن الضرر الذي قد يقع للغير، على الرغم من أن التعويض الذي سيحصل عليه صاحب السيارة من شركة التأمين سيفيد الغير المضرور لكن هذا الحق الذي نشأ للغير ليس ناشئا عن عقد التأمين مباشرة، وإذا أراد أن يرجع على شركة التأمين فليس أمامه إلا الدعوى غير مباشرة[1].

3/- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة الغير: وجود مصلحة شخصية للمشترط من المميزات الأساسية لعقد الاشتراط، حيث يؤدي تخلفها إلا بطلانه، فهي التي تخول للمشترط حقوق المتعاقد، حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته فيكون له أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما عليه للمنتفع، كما يكون له أن يطلب الفسخ، وأن يدفع بعدم التنفيذ، وهذا أمران لا يملكها المنتفع لأنه ليس طرفا في العقد.

وقد حرصت المادة 1/116 من القانون المدني الجزائري على إبراز أن تكون هذه المصلحة الشخصية مادية كانت أو معنوية، وذلك لأن شرط المصلحة يمثل ما يسمى بالسبب في الالتزامات، وتكون المصلحة المادية كمدين يؤمن على حياته لمصلحة دائنه، ليتوثق هذا الأخير من الموهوب له دفع عوض على سبيل الصدقة لمصلحة جهة من جهات البر[2].

---

[1]- خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص ص 131-132.

* الدعوى غير المباشرة نظام قانوني يخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إن لم يستعملها المدين نفسه، وتهدف الدعوى غير المباشرة إلى حماية الدائن من تقصير المدين، وذلك بالمحافظة على أموال مدينه لضمان استيفاء حقه بأن يتدخل بنفسه للمطالبة بحقوق مدينه التي لهذا المدين في ذمة الغير إذن فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، ينظر: رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج2، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997، ص 75.

[2]- تراجع المادة 116 من القانون الجزائري النافذ.

وسواء كانت المصلحة أدبية أو مادية، كأن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده، فإنها في حالتين ينبغي أن تكون مشروعة لا تخالف النظام العام أو الآداب، فذلك هو ما يشترطه الفقه بالرغم من عدم وروده في النص، والحقيقة أن عدم مشروعية المصلحة تختلط بعدم مشروعية الباعث، ومن هنا فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب[1].

ومثال المصلحة المادية، أن يشترط البائع على مشتري الشيء أن يفي بالثمن أو جزء منه إلى دائنه، فمصلحة البائع مادية وهي قضاء دين عليه للمستفيد.

أما المصلحة الأدبية، فتكون في صورة اشتراط المستأمن على شركة التأمين أداء مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى أبنائه، ويكفي توافر المصلحة ولو لم يلتزم المشترط بشيء، فمثال ذلك أن تتعاقد أم مع ولدها على أن يدفع الأب إيرادا مرتبا للابن، دون التزام الأم بشيء مقابل التزام الأب[2].

رابعا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاث أنواع من العلاقات القانونية وهي العلاقة بين المشترط والمتعهد، والعلاقة بين المشترط والمنتفع وأخيرا العلاقة بين المتعهد، وسنبحث فيما يلي في كل من هذه العلاقات.

1/- علاقة المشترط والمتعهد:

يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد الذي تم بينهما، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتعهد لمصلحة المنتفع أو عقد تأمين على الحياة يكون المشترط هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، والمنتفع هو المستحق لمبلغ التأمين.

وللمشترط بموجب المصلحة المادية أو الأدبية التي له في الاشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع، فإن قصد بني ذلك كان له المطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض أو بالفسخ[3].

[1]- بلحاج العربي، شركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 395.

[2]- محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 360.

[3]- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 324-325.

هذه العلاقة تتحدد طبقا للعقد الذي أبرم بينهما، فيلتزم كل منهما بما أوجبه عليه العقد، ففي عقد التأمين يلتزم المشترط بدفع الأقساط إلى الملتزم، فإذا امتنع أحد الطرفين عن الوفاء بالتزاماته، كان للطرف الآخر طبقا للقواعد العامة مطالبته بالتنفيذ، وله في حالة عدم التنفيذ، إلا أن ينفذ التزاماته المقابلة بالتنفيذ أو بطلب فسخ العقد واسترداد ما أوفى به، ويترتب على الفسخ إعادة الطرفين إلى حالتهما قبل التعاقد، فيتحلل المشترط من التزامه قبل المتعهد (الملتزم) ويزول حق المستفيد ويلاحظ أن للمشترط الحق في مراقبة المتعهد لإلزامه، فإذا أبرم المشترط مع المتعهد عقد البيع على أن يسلم المتعهد الثمن لدائنه، ولم ينفذ المتعهد التزامه كان للمشترط (البائع) أن يرفع دعوى باسمه إلى الدائن، إذ أن للمشترط مصلحة شخصية في سداد والدين.

وتقرر ذلك الفقرة الثالثة من المادة 116 حيث تجيز كذلك للمشترط أن يطلب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك[1].

فالأصل هو أن المشترط له رفع دعوى باسمه على المتعهد لمطالبته بالتنفيذ، وله أيضا الطلب من القضاء بالحكم بتعويض المنتفع.

2/- علاقة المشترط بالمنتفع:

إذا كان المشترط طرفا في العقد الاشتراط لمصلحة الغير فإن المنتفع لا يعد طرفا في هذا العقد، فلا تقوم بينهما أي رابطة عقديه، ولكن مع ذلك فإن هناك رابطة بينهما، تقوم على هدف المشترط من إنفاقه فإذا كان المشترط متبرعا للمنتفع ويحدث ذلك غالبا مع المتعهد على أن يلتزم الأخير بأداء المنفعة للمنتفع[2].

في عقود التامين على الحياة لمصلحة الغير، فإننا نكون بصدد هبة غير مباشرة، وهذه الهبة لا حاجة فيها لاستيفاء الشكل الرسمي، سواء من حيث الأهلية (يجب أن تتوافر أهلية التبرع في المشترط وقت العقد) أو من حيث حكم تبرعات المريض في مرض الموت (فيأخذ الاشتراط حكم

[1]- أنظر المادة 116 من القانون المدني الجزائري النافذ.

[2]- عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 279.

الوصية إذا كان قد صدر في مرض الموت)[1]، أو من حيث قواعد الطعن بالدعوى البولصية (فيجوز لدائن المشترط حتى ولو كان المنتفع حسن نية الطعن في هذا الاشتراط) أو من حيث قواعد الرجوع في الهبة (فيجوز للمشترط أن يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع في الهبة متى استند في رجوعه إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من هذا الرجوع، وذلك حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط).

ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة للمشترط ليس بالحتمي أن يتعادل مع مقدار ما يلزم به المتعهد للمنتفع، ويظهر ذلك واضحا في عقد التأمين حيث يختلف مقدار الأقساط التي يدفعها المشترط (المؤمن له) عن مقدار عوض التأمين الذي يلتزم به المتعهد (المؤمن) والقاعدة في تحديد مقدار التبرع الذي صدر عن المشترط هو أننا ننظر إلى ما خرج من ذمة المشترط وليس ما خرج من ذمة المتعهد[2].

فإذا كان المشترط قد أراد أن يتبرع للمنتفع، طبقت على العلاقة بينهما القواعد الموضوعية للمتبرع ولا حاجة لاستفاء الشكل الواجب في الهبة من طريقة الاشتراط تكون هبة غير مباشرة، لا تستلزم فيها الرسمية غير أنه يجب أن يكون المشترط أهلا للتبرع كما أنه يجوز الرجوع في الاشتراط إذا أم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، مع مراعاة الأحوال التي يجوز فيها للواهب أن يرجع في هبته، مع مراعاة الأحوال التي يجوز فيها للواهب أن يرجع في هبته[3].

أما إذا كان الاشتراط قد تم معاوضة كما لو كان الاشتراط تم وفاء لدين على المشترط للمنتفع، فإن الدائن المنتفع يصبح دائن للمتعهد بجانب دائنيته لمدينه الأصلي المشترط، ولذلك لا ينقضي التزام المشترط بمجرد نشوء حق الدائن قبل المتعهد، بل أن التزام المشترط يبقى قائما حتى

---

[1]- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 1، 2007، ص 269.

[2]- نفس المرجع، ص 270.

[3]- ومن المعلوم أن المشرع الجزائري نظم عقد الهبة ضمن أحكام قانون الأسرة في المواد 202 إلى 212 وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا بغرفتيها الأحوال الشخصية والمدنية على أنه "من المقرر قانونا أنه: للأبوين حق الرجوع في الهبة إلا في حالات محصورة"، أنظر قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا، م-م-ع-، 2009 العدد 1، ص 107.

يراجع قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 2006/06/14، ملف رقم: 367996 م.م.، 2007 العدد 1، ص 479، 2000/11/21، ص 479 .2000/11/21، ملف رقم: 252485 م ق 2001 العدد 2 ص 287 غ م 1999/03/17.

يبدي الدائن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، إلا إذا تبين أن الدائن قد قصد إبراء المشترط من دينه اكتفاء بالدين الذي تعهد به المتعهد نحوه، أما إذا لم تتبين هذه النية فإن الالتزام الذي في ذمة المشترط يبقى قائما لا ينقضي إلا بحصول الوفاء فعلا من المتعهد إلى المنتفع[1].

فإذا كان الاشتراط لمصلحة الغير مقصودة المعاوضة بين المشترط والمنتفع، كما لو باع شخص مالا واشترط على المشتري أن يدفع الثمن إلى دائن البائع وفاء لدينه عليه، أو قد يقصد المشترط إعطاء شيء معين للمنتفع على سبيل الإيجار أو الوديعة، فعندئذ تسري على ذلك القواعد الخاصة بالوفاء أو العقد المقصود الوصول إليه[2].

3/- علاقة المتعهد بالمنتفع:

إن جوهر نظام الاشتراط لمصلحة الغير هو نشوء حق مباشرة للمنتفع من هذا الاشتراط، فلا ينشأ هذا الحق للمشترط، وإنما هو ينشأ مباشرة للأخير فيصير به دائنا للمتعهد[3].

تتجلى في هذه العلاقة أهم طابع يميز الاشتراط لمصلحة الغير، في الخروج عن قاعدة نسبية أثر العقد، ويترتب عليها المنتفع يكسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط، وهذا الحق يكون قابلا للنقض من جانب المشترط، وذلك إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

وسنتناول هذه المسائل الثلاثة المهمة فيما يلي[4]:

- حق مباشر شخصي ينشأ للمنتفع.
- يكسب المنتفع من الاشتراط لمصلحة حقا مباشرا قبل المتعهد، مصدره عقد الاشتراط، وهذا الحق المباشر هو حق شخصي للمنتفع يخوله أن يرفع دعوى مباشرة يطالب فيها المتعهد بالوفاء بما التزم به[5].

---

[1]- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 270.

[2]- عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 279.

[3]- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 272.

[4]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 397

[5]- ينظر: المادتين 116 و117 من ق م ج.

- جواز نقض الاشتراط.

- يجوز للمشترط وحده دون دائنيه أو ورثته، نقض الاشتراط بأن ينقض حق المنتفع قبل أن يعلن هذا الأخير قبوله إلى المتعهد، أي إلى أن يظهر هذا ومن ثم يرجع النقض لاعتبارات خاصة بالمشترط.

- وجوب إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ينتهي حق المشترط في النقض إذا أظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، فيجب أن يظهر المنتفع رغبته حتى يستقر حقه، فإذا صدور النقض أو إظهار الرغبة، بل بالأسبقية في إعلان أيهما إلى المتعهد.

الفرع الثاني

على أساس الفضالة

يعتبر المؤسس على هذا الأساس فيما يجريه الفضولي فيما لا يملك أو فيما لم يوكل أو يؤذن له بالتصرف فيه، أي كل الأعمال التي يقوم بها وتصرفات لحساب الشركة المستقبلة، والفضالة طبقا لأحكام القانون المدني، أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك[1].

ويؤخذ على هذا الرأي أن الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك فهي تفترض أن يكون من يعمل الفضولي لحسابه موجودا سلفا، وأن يكون هناك شأن عاجل لحساب الغير يستدعي تدخل الفضولي، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للشركة تحت التأسيس، فهي غير موجودة وينحصر عمل المؤسس في خلقها وإيجادها، ثم إن تأسيس الشركة ليس من الشئون العاجلة التي تستدعي أن يتولاها المؤسس بقصد القيام بها، أضف إلى ذلك أن قواعد الفضالة تعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي[2].

[1]- راجع المادة 150 من القانون المدني.

[2]- راجع المادة 157 من القانون المدني.

الفرع الثالث

المؤسس ممثل للشركة تحت التأسيس كشخص معنوي

إن البحث عن المركز القانوني للمؤسس –على خلاف الحالات السابقة– يترتب عنه التزام الشركة، وهي في فترة التأسيس بالتصرفات والأعمال التي أجراها المؤسسون على اعتبار أنها تتمتع بشخصية معنوية بالقدر اللازم لعملية التأسيس وعلى اعتبار أن المؤسسين عند إبرامهم لهذه التصرفات كانوا يعلمون بوصفهم ممثلين لها.

فكأن هذا الرأي يعترف للشركة تحت التأسيس بشخصية معنوية مماثلة لتلك التي تتمتع بها أثناء فترة التصفية.

ويستند هذا الموقف إلى ما ذهب إليه القانون الذي يلزم المؤسسين أن يودعوا المبالغ المدفوعة من المكتتبين قبل تأسيس الشركة بوجه نهائي في أحد المصارف المقبولة بشكل حساب مفتوح باسم الشركة مع جدول المكتتبين والمبلغ المدفوع من كل منهم.

كما تبنى الموقف أيضا القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض بأن شركة المساهمة في فترة التأسيس ممثلة بالمؤسسين ومن ثم فيكون لأحدهم أن يتقد خلال فترة التأسيس لحساب الشركة المستقبلة للدفاع عن العلامة التجارية التي انتقلت إليها ملكيتها.

فإن المشرع والقضاء قد اعترفا للشركة، خلال فترة التأسيس بالشخصية المعنوية بالقدر الذي يجعلها تلتزم بتصرفات المؤسسين، خلال عملية التأسيس، بحيث تنتقل إليها الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات مباشرة دون أن يكون المؤسسون أنفسهم دائنين أو مدينين أو ملتزمين بنقل هذه التصرفات القانونية إلى الشركة بعد تأسيسها.

غير أنه تجدر الملاحظة أن شخصية الشركة وهي في طور التأسيس محدودة بالقدر اللازم لعملية التأسيس ومن ثم فلا يسري في حقها بعد اكتمال شخصيتها المعنوية، التصرفات التي أبرمها المؤسسون إذا لم تكن هذه التصرفات ضرورية لتأسيس الشركة[1].

وترتيبا لما سبق فإن الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية المحدودة إلا بتوافر شروط ثلاث: أن تتم كافة التصرفات والعقود المبرمة باسم الشركة تحت التأسيس ولحسابها، أما الشرط الثاني أن

[1]– فريدة العريني، شركات التجارية (الأحكام العامة_شركات الأشخاص _شركات الأموال)، دار الجامعة العربية، القاهرة، مصر، 1964، ص200.

تكون هذه العقود والتصرفات ضرورية لأعمال التأسيس وأخيرا أن تكون الشركة قد تأسست تأسيسا صحيحا.

ولذلك فإنه إذا أخفق المؤسسون في إتمام إجراءات التأسيس اعتبرت هذه الشخصية المعنوية كأن لم تكن والتزم المؤسسون بصفتهم الشخصية على نحو التضامن بكافة العقود التي قاموا بها في فترة التأسيس، ولذا فإنه من الناحية العملية من الأفضل للمؤسسين أن يتعاقدوا مع الغير تحت شرط واقف هو التأسيس النهائي للشركة.

وإذا كانت التصرفات التي يبرمها المؤسسون غير ضرورية لتأسيس الشركة، فلا تسري هذه التصرفات في حق الشركة بعد التأسيس ما لم يعتمد هذه التصرفات مجلس الإدارة إذا كان أعضاؤها جميعا لا صلة لهم بمن أجرى هذه التصرفات من المؤسسين أو لم تكن لهم مصلحة في التصرف أو بقرار من الجمعية العامة في اجتماع لا يكون فيه للمؤسسين ذوي المصلحة أصوات معدودة[1].

[1]– هاني صلاح الدين، النظام القانوني لشركة المساهمة في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 179.

المبحث الثاني

حكم الأعمال والعقود الناجمة في حالة تأسيس الشركة بصفة قانونية

إذا كانت مرحلة تأسيس الشركة تثير العديد من الإشكالات القانونية المرتبطة بالتصرفات التي يبرمها المؤسسون قبل اكتساب الشركة لشخصيتها المعنوية، فإن هذه الإشكالات لا تنتهي بمجرد إتمام إجراءات التأسيس، بل تمتد آثارها إلى المرحلة اللاحقة، أي بعد اكتساب الشركة للشخصية المعنوية وقيدها في السجل التجاري.[1]

فبعد تأسيس الشركة بصفة قانونية، يثور التساؤل حول مصير الأعمال والتصرفات التي أبرمت خلال مرحلة التأسيس، ومدى إمكانية انتقال آثارها إلى ذمة الشركة، خاصة إذا كانت هذه التصرفات قد أبرمت لحسابها وبهدف تحقيق مصلحتها.

وقد تدخل المشرع لمعالجة هذه الوضعية، من خلال إقرار إمكانية تبني الشركة لهذه التصرفات بعد تأسيسها، مما يؤدي إلى انتقال الالتزامات إليها بأثر رجعي، وفي المقابل، قد ترفض الشركة هذا التبني، مما يترتب عليه بقاء الالتزامات في ذمة المؤسسين.[2]

وعليه، فإن دراسة آثار هذه التصرفات تقتضي التمييز بين حالتين أساسيتين، تتمثل الأولى في قبول الشركة لهذه التصرفات، وما يترتب عنه من آثار قانونية، والثانية في عدم قبولها لها، وما ينجم عن ذلك من استمرار مسؤولية المؤسسين.

المطلب الأول

قبول الشركة للتصرفات المتخذة من قبل مؤسسيها

يعد قبول الشركة للتصرفات التي أبرمها المؤسسون خلال مرحلة التأسيس من أهم الآليات القانونية التي أقرها المشرع لضمان استقرار المعاملات وحماية مصالح الغير المتعامل مع الشركة في طور التأسيس.

[1]- أنظر: المادة 549 من ق ت.ج

[2]- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص 120.

فبالرغم من أن هذه التصرفات لا تنشئ في الأصل التزامات في ذمة الشركة لعدم اكتسابها الشخصية المعنوية وقت إبرامها، إلا أن المشرع أجاز إمكانية إلحاق آثارها بالشركة لاحقاً، من خلال ما يعرف بنظام "تبني التصرفات"، والذي يسمح للشركة بأن تحل محل المؤسسين في الحقوق والالتزامات الناشئة عنها.[1]

ويترتب على هذا القبول انتقال الالتزامات إلى ذمة الشركة، مع ما يترتب عن ذلك من إعفاء المؤسسين من المسؤولية، وهو ما يساهم في تحقيق التوازن بين حماية الشركة الناشئة وضمان حقوق الغير.

غير أن هذا القبول لا يتم بصورة عشوائية، بل يخضع لشروط وضوابط قانونية، سواء من حيث الشكل أو من حيث الجهة المختصة باتخاذه، وهو ما يستوجب التطرق إلى كيفية تحقق هذا القبول وآثاره القانونية.

الفرع الأول

التزام الشركة بالتعهدات التي تمت باسمها وحسابها

يتبين من تفحص أحكام القانون التجاري أن المشرع قد تدخل لبيان شروط تحمل الشركة للعقود التي أبرمت باسمها قبل قيدها بصورة منتظمة في السجل التجاري وهذا بصريح المادة 549 السالفة الذكر[2]، لذا يترتب على قول الشركة للتعهدات التي تمت لحسابها، إلزامية توافر شروط معينة حتى تتحمل التصرفات التي تمت قبل عملية القيد في السجل التجاري، أي جميع الأعمال والعقود التي أبرمت باسمها في فترة التأسيس.

حيث يشترط في البداية ضرورة تأسيس الشركة وقيدها في السجل التجاري بصورة منتظمة أي حسب الشكل القانوني المختار، كما يجب أن تكون الأعمال قد تمت باسم الشركة ولحسابها، يعد هذا الشرط منطقيا وذا أهمية بالغة بالنسبة للشركة والغير على حد سواء لأنه لا يمكن إجبار الشركة بتنفيذ التزامات قد قام بها شخص باسمه الخاص ولو كان مؤسسا أو شريكا، كما تكم

[1]- أحمد محيو، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 92.

[2]- أنظر: المادة 549 من ق ت ج.

أهمية هذا الشرط في خطورة نتائجه، حيث ينجر عن تنفيذ هذه الأعمال حلول الشركة محل الشخص القائم بها.

ويعد الحصول على موافقة الشركاء الصريحة أهم شرط لقبول العقود وانتقالها إلى الشركة كشخص معنوي، بمعنى لا تتحمل الشركة الالتزامات الناجمة عن تلك الأعمال التي تمت باسمها إلا بعد اتخاذ قرار صريح من قبل جمعية الشركاء أي يجب أن يكون الشركاء على علم بمضمونها.

قد يبرم المؤسسون في مرحلة تأسيس الشركة وقبل نشوئها أو اكتسابها الشخصية المعنوية، عقودا وتصرفات قانونية مختلفة لازمة لتأسيس الشركة وبدء نشاطها، من ذلك شراء المقر أو تأجيره وإبراء عقود لشراء معدات وآلات لازمة للقيام بعمليات التصنيع أو الإنتاج، كما يتعاقد المؤسسون مع البنوك على تلقي الاكتتابات[1].

الفرع الثاني

إبراء مسؤولية المؤسسين بسبب قيام مسؤولية الشركة

يظل الأشخاص الذين ابرموا تصرفات الحساب الشركة تحت التأسيس مسئولين عنها إلى أن يتم انتقالها إليها، حيث تحل الشركة في هذه اللحظة محل هؤلاء الأشخاص الذين ابرموها، وتبرأ مسئوليتهم تجاه الغير عنها نتيجة لانتقالها إلى الشركة.

وقد بين القضاء الفرنسي في أحكامه العديدة الصادرة عن هذا الموضوع ما يترتب على انتقال التصرفات إلى الشركة من إبراء المسئولية الأشخاص الذين ابرموها وقيام مسئولية الشركة عنها، فقد قضى بصدد دعوى تتعلق بشركة ذات مسئولية محدودة، بعدم مسئولية مدير الشركة الذي كان قد قبل كمبيالات وفاء العملية أجراها لحساب الشركة قبل تسجيلها والتزام الشركة بدفع قيمة هذه الكمبيالات، لأنها أخذت على عاتقها هذه التصرفات بعد تسجيلها[2].

[1]- هاني صلاح الدين، مرجع سابق، ص 177.

[2]- الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية، قرار بتاريخ: 28 أكتوبر 1974، مرجع سابق.

فالمسئولية الشخصية لمن تصرف الحساب الشركة تحت التأسيس تنتهي بمجرد انتقال التصرفات إليها بعد تأسيسها، دون أن يكون هناك أي تضامن بينه وبين الشركة التي تصرف لحسابها عن تنفيذها، فقد قضى في دعوى تتعلق بعقد قرض قدم لشركة ذات مسئولية محدودة أثناء فترة تأسيسها، وقد تم فسخه قضائيا فيما بعد بسبب يرجع إلى الشركة المذكورة، وبناء على وضع الشركة تحت التصفية، فقد طالب مقدم القرض بصفة شخصية مؤسسي الشركة اللذين وقعا العقد بسداد المبالغ المقترضة، وقد قضت المحكمة بان المادة (5/2) من قانون 24 يوليو 1966 والمادة (1) من المرسوم رقم: 3 يوليو 1978، لا يترتب عليهما أي تضامن بين الأشخاص الذين تسببوا في إقامة مسؤولية الشركة تحت التأسيس وبين الشخص المعنوي الذي تم تأسيسه وتسجيله، وان الالتزام بسداد هذا القرض يقع على عاتق الشركة التي يجب أن تلتزم بذلك قبل الغير المتعاقد[1].

ومع ذلك فإن بعض الأحكام قضت بعدم إبراء الأشخاص الذين تصرفوا لحساب الشركة تحت التأسيس من عبء الالتزام بها بالرغم من اخذ الشركة على عاتقها هذه التصرفات بعد تسجيلها، فقد قضى يصدد دعوى تتعلق بالوفاء بشكليات أصدرها أحد مؤسسي شركة ذات مسئولية محدودة لحسابهم أثناء فترة التأسيس، حيث قضت بأن هذا المؤسس يظل مسئولا طبقا للمرسوم بقانون 30 أكتوبر 1935 الخاص بالشيكات ولو قرر الشركاء – عند الاجتماع بعد تسجيل الشركة في السجل التجاري انتقال كل التصرفات التي تمت بواسطة المؤسس لحساب الشركة تحت التأسيس.[2]

وإذا كان يترتب بصفة عامة على انتقال التصرفات إلى الشركة إعفاء الأشخاص الذين ابرموها من المسئولية الناشئة عنها، فانه ليس هناك ما يمنع من أن ينص صراحة في العقد على

[1]– محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية، قرار بتاريخ 19جانفي 1981، مجلة dalooz، 1981، ص413

[2]– أنظر: المادة 473 وما بعدها من ق.ت.ج (تتعلق هده المواد بإحكام الشيك والتزام الموقع الشخصي).

التزام هؤلاء الأشخاص مع الشركة على سبيل التضامن، وبالتالي فإن اخذ الشركة هذه التصرفات لا يترتب عليه، إعفائهم من الالتزام بها شخصيا.[1]

ويستطيع الغير المتعاقد أيضا أن يطلب لحظة إبرام التصرف كفالة الشخص الذي يقوم بإبرام لتصرف معه لحساب الشركة تحت التأسيس (3) بحيث يترتب على اخذ الشركة على عاتقها هذا التصرف تحقيق حماية أكبر للغير الذي يتعامل مع الشركة تحت التأسيس. لأنها تكون في هذه الحالة ضامنة لتنفيذ العقد كمدين أصلي، والشخص الذي أبرم التصرف كمدين احتياطي على انه يجب إبراء الأشخاص من عبء الالتزام بالتصرفات التي أبرموها لحساب الشركة تحت التأسيس بناءً على انتقالها إلى الشركة بعد تأسيسها، أن يكون هذا الانتقال قد تم بطريقة مشروعة، لان انتقال التصرفات لا يجب أن يغطى أعمال الغش التي قد يرتكبها هؤلاء الأشخاص الذين أبرموه.

فقد قضى في دعوى تتعلق بقيام مدير شركة ذات مسئولية محدودة تحت التأسيس بإبرام عقد قرض، ثم تسجيله بعد ذلك للشركة بمفرده، واتخاذ قرار من الجمعية العامة للمساهمين بانتقال هذا التصرف للشركة، حيث قضت المحكمة ببطلان هذا الانتقال وانعدام أثره في إعفاء الشخص الذي ابرمه لأنه لم يهدف ألا إلى تمكينه من الإفلات من التزاماته بنقل عينها غشا على عاتق شخص معنوي غير موسر.

وبالتالي فإن المسؤولية عن سد مبلغ هذا القرض تقع فحسب على عاتق الشخص الذي ابرمه بالإضافة إلى الفوائد المستحقة عنه من تاريخ قفل الحساب[2]، كذلك يجب الإعفاء الشخص من المسئولية عن التصرفات التي أبرمها نتيجة لانتقالها إلى الشركة بعد تأسيسها أن تكون هذه التصرفات قد تم إبرامها باسم الشركة ولحسابها، فإذا كان الشخص الذي إبرامها يتصرف لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، فإن الشركة لا تأخذ على عاتقها بعد تأسيسها[3].

[1]- عمار عماري، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 169.

[2]- حماد مصطفى عزب، النظام القانوني لتصرفات شركة المساهمة تحت التأسيس –دراسة مقارنة–، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1997، ص 397.

[3]- انظر: المادة 549مكرر من ق ت ج.

ولكن يجوز لها أن التزم طبقة القواعد العامة، فيجب على من يدعى انه قد تصرف الحساب الشركة تحت التأسيس أن يثبت ذلك، وإلا تعرض لانعقاد مسؤوليتها عن التصرفات التي قام بها في حالة عدم التزام الشركة بها بعد تأسيسها[1].

حيث قضى بأنه يجب الاعتبار أن الشركة قد اكتسبت من البداية ملكية الأموال المشترات لحسابها بواسطة أحد مؤسسيها بناء على انتقالها باتر رجعى إليها – أن يذكر في عقد الشراء أنه قد تم إبرامه الحساب الشركة تحت التأسيس، كما يجب أن يذكر فيه خصائصها الأساسية[2].

ومع ذلك فقد ذهب حكم النقض الفرنسي إلى أنه إذا كان يلزم لإعفاء الشخص من التوقيع على الكمبيالة المسحوبة على الشركة تحت التأسيس أن يبين صفته كوكيل عنها عند التوقيع، فانه يجوز له أن يثبت أن حامل الكمبيالة لا يمكن أن يجهل أنه قبل الكمبيالة بصفته وكيل عن الشركة، وبالتالي فإنه يبرأ من التزامه في هذه الحالة إذا أخذت الشركة على عاتقها هذا الالتزام[3].

وإذا لم يتم إخطار المتعاقد الآخر عند إبرام التصرف أنه يتم الحساب الشركة تحت التأسيس، فإن ذلك لا يترتب عليه إعفاء الأشخاص الذين أبرموه من المسؤولية ولو قبل المتعاقد الآخر الشركة كمدين بعد تأسيسها، لأن ذلك القبول لا يعنى أنه قد تنازل عن حقه في المطالبة بتحصيل دينه تجاه الأشخاص الموقعين على التصرفات[4].

ولكن إذا تم أخطار المتعاقد الآخر لحظة إبرام التصرف أنه يتم الحساب الشركة تحت التأسيس، فإن انتقال التصرفات إلى الشركة لا يتوقف على أي قبول من جانبه[5].

[1]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص397

[2]- حماد مصطفى عزب، مرجع سابق، ص398

[3]- احمد شكري، مرجع سابق، ص114

[4]- حماد مصطفى عزب، 399

[5]- أنظر: المادة 549 مكرر من ق ت ج.

ولا تختلف الآثار التي تترتب على انتقال التصرفات التي تمت الحساب الشركة أثناء فترة تأسيسها بصفة عامة في القانون المصري عنها في القانون الفرنسي، إلا فيما يتعلق بنص المشرع الفرنسي على أن هذه التصرفات تعتبر في هذه الحالة قد تمت من الأصل بواسطة الشركة.

المطلب الثاني

عدم قبول التصرفات بعد تأسيس الشركة

إن عدم المصادقة على الأعمال والعقود المتخذة باسم الشركة قد تكون في بعض الأحيان، بسبب عد إتمام إجراءات القيد المشترطة لصحة اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أو تكون ناجمة عن رفض الشركاء وضع على عاتق الشركة التصرفات التي تمت باسمها في فترة التكوين. لذا يطرح بعض الفقه التساؤل حول مصير هذه العقود ومن يتحملها.[1]

ينص المشرع ضمن المادة 549 من القانون التجاري، على أنه: "قبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد"[2]، إن تحديد المسؤول عن التعهدات يتطلب أخذ بعين الاعتبار مصلحة الشركة ومصلحة الغير ولهذا هل يجب وضع الالتزام القانوني على عاتق الأشخاص الذين شاركوا فعليا في إبرام العقد وتحقيقه أم يجب توسيع مجال تطبيق المسؤولية؟

يمكن حسب بعض الفقه، أن تؤخذ العبارة القانونية بمعناها الضيق ويقصد هنا الأشخاص الذين قاموا بالتوقيع على العقود أو بمعناها الواسع ويقصد هنا الأشخاص الذين طلبوا التوقيع عليها أو أمروا القيام به، بينما اعتبر جانب الأخر أن المعيار الواسع يشمل علاوة عن الأشخاص المتمتعين بصفة مؤسسي الشركة، كافة الأشخاص الذين تصرفوا باسم الشركة الغير مسجلة والتزموا باسمها ولحسابها.

[1]- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الشركات التجارية، دار الإخلاص والصواب، الجزائر، 2012، ص327.

[2]- أنظر: المادة 549 من الأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

أما المعيار الضيق فهو لا يشمل إلا الأشخاص الذين قاموا بإبرام العقد أو منحوا وكالة خاصة لإبرامه دون أخذ بعين الاعتبار الأشخاص الذين لا علاقة لهم بالعقد ولو كانوا مؤسسين.

الفرع الأول

عدم انتقال التصرفات إلى الشركة كشخص معنوي

يترتب على عدم قيام الشركة، بعد تأسيسها واكتسابها الشخصية المعنوية، بتبني التصرفات التي أبرمها المؤسسون خلال مرحلة التأسيس، عدم انتقال آثار هذه التصرفات إلى ذمتها المالية، مما يعني أنها لا تصبح طرفاً فيها ولا تلتزم بما ينشأ عنها من حقوق أو التزامات.[1]

ويجد هذا الحكم أساسه في مبدأ استقلال الشخصية المعنوية، حيث لا يمكن إلزام الشركة بتصرفات قانونية لم تكن طرفاً فيها، خاصة إذا تمت قبل وجودها القانوني، أي قبل قيدها في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية.[2]

وعليه، فإن التصرفات التي يبرمها المؤسسون خلال هذه المرحلة تظل في الأصل قائمة في ذمتهم الشخصية، ولا تنتقل إلى الشركة إلا إذا تم تبنيها وفقاً للإجراءات القانونية المقررة، سواء بنص صريح في عقد التأسيس أو بقرار لاحق من الأجهزة المختصة داخل الشركة.[3]

كما يتحقق عدم انتقال هذه التصرفات في حالات متعددة، من بينها عدم استكمال إجراءات تأسيس الشركة، أو بطلانها، أو رفض الجمعية العامة التأسيسية المصادقة على هذه التصرفات، وهو ما يؤدي إلى انعدام أي أثر لها في مواجهة الشركة.

ويهدف هذا الاتجاه إلى حماية الشركة من الالتزامات التي لم توافق عليها، ومنع تحميلها أعباء مالية قد تؤثر على توازنها عند بداية نشاطها، خاصة وأنها في مرحلة حساسة تتطلب استقراراً مالياً وقانونياً.

---

[1]- أنظر: المادة 549 من ق.ت.ج.

[2]- أحمد محيو، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 96.

[3]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص 123.

غير أن هذا لا يعني إهدار حقوق الغير، بل تبقى هذه التصرفات قائمة ونافذة في مواجهة الأشخاص الذين أبرموها، وهم المؤسسون أو من يمثلهم، وهو ما يكرس مبدأ حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة في طور التأسيس.

الفرع الثاني

المسؤولية الناشئة بالنسبة للأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة

يترتب على عدم انتقال التصرفات التي أبرمها المؤسسون خلال مرحلة التأسيس إلى الشركة، بقاء الالتزامات الناشئة عنها في ذمة الأشخاص الذين تعهدوا بها، وهم المؤسسون أو من تصرف باسم الشركة وتحت حسابها خلال هذه المرحلة.[1]

ففي ظل غياب الشخصية المعنوية للشركة وقت إبرام هذه التصرفات، لا يمكن نسبتها إليها قانوناً، مما يؤدي إلى تحميل المسؤولية للأشخاص الذين باشروا هذه الأعمال، باعتبارهم الطرف الحقيقي في العلاقة التعاقدية مع الغير[2].

وقد كرس المشرع هذا الاتجاه بنصوص صريحة، حيث أقر بأن الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة قبل تأسيسها يكونون مسؤولين عن هذه الالتزامات بصفة شخصية وتضامنية، دون تحديد، وهو ما يهدف إلى حماية الغير الذي تعامل بحسن نية مع هؤلاء الأشخاص[3].

ويترتب على الطابع التضامني لهذه المسؤولية أن للدائن الحق في الرجوع على أي من المؤسسين للمطالبة بكامل الدين، دون الحاجة إلى تقسيمه بينهم، على أن يكون لهذا الأخير حق الرجوع على باقي المؤسسين في حدود نصيب كل منهم، وفقاً لقواعد التضامن في الالتزامات[4].

[1]- أنظر: المادة 549 من ق ت ج

[2]- أحمد محيو، مرجع سابق، ص 97.

[3]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص 125.

[4]- عبدا لرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، ص 674.

كما تشمل هذه المسؤولية جميع التصرفات التي تمت باسم الشركة وتحت حسابها، سواء كانت ضرورية لتأسيسها أو مرتبطة بنشاطها، ما لم يتم تبنيها لاحقاً من طرف الشركة بعد تأسيسها، حيث يؤدي هذا التبني إلى انتقال الالتزامات إليها وزوال مسؤولية المؤسسين[5].

ويؤكد الفقه أن تقرير هذه المسؤولية يعكس حرص المشرع على تحقيق التوازن بين حماية الشركة الناشئة وضمان حقوق الغير، إذ لا يمكن ترك هذا الأخير دون حماية في مواجهة شركة لم تكتسب بعد وجودها القانوني، وهو ما يبرر تحميل المؤسسين تبعات تصرفاتهم خلال هذه المرحلة.

خلاصة الفصل:

تتجلى في الدراسات القانونية الحديثة طفرة نوعية في تكييف ماهية الشركة التجارية، حيث لم يعد يُنظر إليها كعقد يرتكز حصراً على توافق إرادات الشركاء، بل ك "نظام قانوني" أو "مؤسسة" تهدف إلى تنظيم مشروع اقتصادي متكامل، هذا التحول من التصور التعاقدي التقليدي إلى التصور المؤسساتي ألقى بظلاله بشكل مباشر على المرحلة السابقة لاكتساب الشخصية المعنوية (مرحلة التأسيس)، حيث بدأ الفقه يتراجع عن فكرة العقد لصالح تدخل تشريعي متزايد يضع قواعد آمرة تحكم هيكل الشركة وتصرفاتها قبل الوجود الفعلي للشخص المعنوي، مما جعل من إرادة المؤسسين مجرد وسيلة تقنية لإطلاق كينونة قانونية مستقلة تستمد قوتها من القيد في السجل التجاري.

وفي هذا السياق، تبرز إشكالية الالتزامات التي يبرمها المؤسسون لحساب الشركة المستقبلية؛ فالقاعدة الأصولية تقتضي بأن الالتزامات تظل في الذمة المالية لمن أبرمها ما لم يتم تبنيها قانوناً. غير أن القضاء الأكاديمي، وبدفع من مقتضيات الواقع العملي، ميز بوضوح بين نوعين من الالتزامات؛ ففي حين يُسمح بانتقال الالتزامات التعاقدية الضرورية لبدء المشروع (مثل عقود الإيجار والتوريد) إلى ذمة الشركة عبر آلية "التبني" وبأثر رجعي يبرئ ذمة المؤسسين، نجد أن هناك تشدداً قضائياً لافتاً حيال الالتزامات التقصيرية، فالقضاء الفرنسي والجزائري، ومن خلال قرارات مبدئية، استبعد انتقال المسؤولية عن الأفعال الضارة التي يرتكبها المؤسسون (كأعمال المنافسة غير المشروعة أو الجرائم المالية) إلى الشركة، معتبراً إياها أخطاء شخصية لا تدخل ضمن مفهوم "ضرورات التأسيس"، إلا في حالات استثنائية ضيقة تتعلق بتحقق استفادة مادية مباشرة للشركة من ذلك الفعل الضار.

أما بخصوص المركز القانوني للمؤسس، فقد تجاوز الفقه الجزائري والمقارن النظريات التقليدية ك "الاشتراط لمصلحة الغير"، و"الفضالة" نظراً لقصورهما عن تفسير انتقال الديون أو لعدم وجود رب عمل وقت التصرف، وبدلاً من ذلك، ساد الاتجاه الذي يعترف للشركة تحت التأسيس بـ "شخصية معنوية محدودة" وناقصة، تكون كافية فقط لإتمام إجراءات التأسيس وحماية الحقوق

المكتسبة. هذا التكييف يجعل من المؤسس "ممثلاً قانونياً" لكيان في طور التكوين، وليس مجرد متعاقد أصيل، مما يمنحه الصلاحية لإبرام التصرفات التي تقتضيها طبيعة المرحلة، شريطة أن تظل هذه التصرفات محكومة بمعيار "الضرورة" وبشرط الواقف وهو التأسيس النهائي.

ختاماً، يمكن القول إن المشرع، سواء في الجزائر أو في الأنظمة المقارنة كفرنسا ومصر، قد سعى إلى إقامة توازن دقيق بين حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة وهي في طور الجنينية، وبين حماية الشركة الناشئة من تعهدات مؤسسيها التي قد تكون مرهقة أو خارجة عن غرضها الاقتصادي. إن انتقال آثار الأعمال والعقود إلى الشركة بعد قيدها بصورة منتظمة في السجل التجاري يمثل اللحظة التي تكتمل فيها عملية التحول من "العقد" إلى "المؤسسة"، حيث تنصهر إرادات المؤسسين الشخصية في الذمة المالية المستقلة للشركة، وتتحول التعهدات الفردية إلى التزامات مؤسساتية تضمن استمرارية المشروع الاقتصادي واستقرار مراكزه القانونية تجاه الغير.

الفصل الثاني

تجسيد فكرة النظام بمناسبة تأسيس شركة المساهمة

يشكل تأسيس شركة المساهمة مرحلة قانونية دقيقة تتداخل فيها اعتبارات تنظيمية واقتصادية وجزائية، حيث لم يعد ينظر إلى عملية التأسيس باعتبارها مجرد إجراء شكلي لإنشاء شخص معنوي جديد، بل أصبحت إطاراً قانونياً يعكس تدخل المشرع لضبط النشاط الاقتصادي وحماية الثقة العامة في المعاملات التجارية، فشركة المساهمة بما تتميز به من تجميع لرؤوس الأموال وتعدد المساهمين وإمكانية اللجوء إلى الادخار العمومي، تفرض إخضاع مسطرة تأسيسها لنظام قانوني صارم يقوم على جملة من الشكليات والضوابط التي تهدف إلى ضمان الشفافية والجدية في تكوين رأس المال، ومنع كل أشكال التحايل أو التضليل التي قد تمس بحقوق المساهمين أو الدائنين أو حتى النظام الاقتصادي العام.

وقد اتجه المشرع الجزائري، على غرار التشريعات المقارنة، إلى تكريس فكرة هيمنة النظام في مرحلة التأسيس من خلال فرض مجموعة من الإجراءات الشكلية التي تحكم إعداد القانون الأساسي، وتنظيم الاكتتاب، وتقويم الحصص العينية، واستدعاء الجمعية العامة التأسيسية، وهي إجراءات لا تقتصر وظيفتها على التنظيم فحسب، بل تتجاوز ذلك لتشكل ضمانات وقائية تحول دون وقوع اختلال تمس التوازن المالي والقانوني للشركة.

وفي المقابل، عزز المشرع هذه الحماية بآلية جزائية تروم ردع كل مخالفة لشكليات التأسيس، مما يعكس الطابع المزدوج لهذا النظام الذي يجمع بين البعد الوقائي والتنظيمي من جهة، والبعد الردعي الجزائي من جهة أخرى.

وعليه، فإن دراسة تجسيد فكرة النظام بمناسبة تأسيس شركة المساهمة تقتضي الوقوف أولاً عند الشكليات القانونية التي تؤطر عملية التأسيس باعتبارها آليات لضبط السلوك التعاقدي للمؤسسين، قبل التطرق إلى المسؤولية الجزائية التي تترتب عن الإخلال بهذه الشكليات، وهو ما سيتم تناوله من خلال مبحثين:

المبحث الأول: الشكلية في عملية التأسيس

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية بمناسبة مخالفة شكليات تأسيس شركة المساهمة

المبحث الأول

الشكلية في عملية التأسيس

تظهر الصبغة الشكلية لعملية التأسيس الشركة ابتداء من المرحلة التمهيدية أو التحضيرية التي يتم فيها تحرير العقد أو التصرف المنشئ للشركة وذلك باعتبارها مرحلة وضع نظام الشركة أو ما يسمى بالعقد التأسيسي أو النظام الأساسي، وهي شكلية من نوع خاص تختلف عن الشكلية المعروفة في القانون المدني والقائمة على الكتابة وأحيانا الرسمية.

وتجدر الإشارة إلى النظام الأساسي يعد بمثابة إعلام للجمهور عن حقيقية الشخص المعنوي المزمع خلقه لكي يتسنى لهم الاكتتاب بجميع مراحله في رأس ماله، كما يشتمل هذا النظام على البيانات التفصيلية المتعلقة بالشركة ومؤسسيها مثل (أسماء المؤسسين ومهنتهم وجنسيتهم، اسم الشركة وغرضها ومدتها ومكان مركزها الرئيسي ومقدار رأسمالها والمقدار المطروح للاكتتاب وعدد الأسهم الممثلة الرأس المال وعدد أعضاء مجلس الإدارة وصلاحياتهم وغير ذلك من الأحكام الخاصة بسير الشركة والملاحظ أن قواعد الشكلية المطلوبة تختلف، بالنظر إلى الأسلوب الذي تنتهجه الشركة من حيث إتباعها أو لجوئها للادخار العلني أو للادخار المغلق من خلال المواد من 595 إلى 608 من القانون التجاري سواء من حيث كيفية تحرير القانون الأساسي وطريقة اللجوء إلى عملية الاكتتاب وصولا إلى استدعاء الجمعية العامة التأسيسية للانعقاد[1].

[1]- أنظر: المواد 595-608 من ق ت ج.

المطلب الأول

بالنسبة للشركات التي تلجأ للادخار العلني من عدمه

بالرجوع إلى المواد من 595 إلى 604 نجد بأن المشرع يتطلب بعض الإجراءات الخاصة بالنسبة للشركات التي قد تلجأ للادخار العلني على خلال الشركات التي لا يلجأ فيها المساهمين إلى الادخار المغلق في المواد من 605 إلى 608 ويطلق عليه أيضا بالتأسيس الفوري.

وعليه فإن الأحكام والقواعد المنظمة لشكلية التأسيس تختلف بالنظر إلى أن الشركة تتبع عملية اللجوء إلى عملية الادخار العلني والتي تتطلب إجراءات تنظيمية مسبقة مقيدة للإرادة المؤسسين على خلاف لجوء الشركة إلى الادخار الفوري أو المغلق[1]، حيث تتميز بنوع من المرونة والتبسيط بمناسبة أثناء إعداد والتوقيع على النظام الأساسي للشركة[2].

الفرع الأول

إعداد مشروع القانون الأساسي

يكون العقد الابتدائي للشركة ونظامها أو عقد تأسيسها رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه، فطبقا للمادة 595 من القانون التجاري يحرر الموثق مشروع القانون الأساسي بطلب من مؤسس أو أكثر وتودع نسخة من هذا العقد بالمركز الوطني للسجل التجاري، ولا يصير هذا المشروع نافذ المفعول إلا بعد التصديق الجمعية العامة التأسيسية، كما أن هذا النظام يعد بمثابة إعلام للجمهور عن حقيقة الشخص المعنوي لكي يتسنى لهم الاكتتاب في رأس ماله وهم على بيئة من الأمر.

ويشتمل هذا النظام على البيانات التفصيلية المتعلقة بالشركة ومؤسسيها مثل أسماء المؤسسين ومهنتهم وجنسيتهم اسم الشركة، وغرضها ومدتها ومكان مركزها الأساسي ومقدار رأسمالها والقدر المطروح منه على الاكتتاب العام وعدد الأسهم المتمثلة لرأس المال وأشكالها والقيمة الاسمية

[1]- مراد منير فهيم، نحو قانون الواحد الشركات، منشأ المعارف الإسكندرية، مصر، 2006، ص151

[2]- فريدة العريني، مرجع سابق، ص 202.

للأسهم وعدد أعضاء مجلس الإدارة وصلاحياتهم وحدودها وقواعد توزيع الأرباح وغير ذلك من الأحكام الخاصة بسير الشركة وحلها.

غير أن المسألة تختلف بالنسبة للشركات التي لا تلتزم باللجوء للادخار العلني، من حيث المرونة في إعداد القانون الأساسي، بسبب استبعاد النصوص المطبقة على الشركة في حالة اللجوء إلى الادخار العلني، إذ يشكل في حقيقة الأمر اتفاقا نهائيا ملزما لأطرافه يتضمن الاتفاق على اسم الشركة والغرض منها ومركزها وقيمة رأسمالها، إلى جانب التزام المؤسسين بإتمام كافة الإجراءات اللازمة التأسيس، ولا يجوز أن يتضمن شروطا تعفي المؤسسين أو بعضهم من المسؤولية الناجمة عن تأسيس الشركة.

كما يلتزم المؤسسون بتحرير النظام الأساسي للشركة وهو يتناول كافة التفاصيل المتعلقة بنشاط الشركة وإدارتها، وتجدر الإشارة إلى أن نظام الشركة لا يعدو إلا أن يكون مجرد مشروع يعده ويوقعه المساهمون، إما بأنفسهم أو بواسطة وكيل مزود بتفويض خاص[1].

الفرع الثاني

إعلان الاكتتاب وكيفية إثباته

يعد إعلان الاكتتاب مرحلة أساسية في مسطرة تأسيس شركة المساهمة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالشركات التي تلجأ إلى الادخار العلني، إذ يشكل هذا الإعلان الوسيلة القانونية التي يتم من خلالها إعلام الجمهور بمشروع إنشاء الشركة ودعوته إلى المساهمة في تكوين رأس مالها، ولا يقتصر دور هذا الإجراء على مجرد نشر بيانات تعريفية بالشركة، بل يمثل آلية قانونية لضمان الشفافية والصدق في عرض المعطيات المتعلقة بالوضعية المالية والقانونية للمشروع، بما يسمح للمكتتبين باتخاذ قرار الاستثمار على أساس معلومات صحيحة.

وتتجلى الطبيعة الشكلية لإعلان الاكتتاب في كونه يخضع لمقتضيات قانونية دقيقة تتعلق بمضمونه وطرق نشره، حيث يفرض المشرع تضمين هذا الإعلان مجموعة من البيانات الإلزامية، من بينها مقدار رأس المال المزمع تكوينه، وعدد الأسهم وقيمتها الاسمية، وشروط تحريرها، فضلاً

[1]- أنظر: المادة 608 من ق ت ج.

عن تحديد طبيعة الحصص المقدمة سواء كانت نقدية أو عينية. ويهدف هذا التنظيم إلى حماية المدخرات الخاصة من كل تضليل أو مغالطة قد تصدر عن المؤسسين، خاصة وأن الاكتتاب العام يفتح المجال أمام جمهور واسع من المستثمرين الذين قد لا تكون لهم معرفة دقيقة بالوضعية الحقيقية للشركة قيد التأسيس[1].

ومن هذا المنطلق، يشكل الإعلان عن الاكتتاب تجسيداً واضحاً لفكرة هيمنة النظام في مرحلة التأسيس، إذ يتدخل المشرع لضبط سلوك المؤسسين وتقييد حريتهم في عرض المشروع الاقتصادي، بما يضمن احترام قواعد النزاهة والشفافية في المعاملات التجارية، وقد أكد الفقه أن هذه الشكلية لا تهدف فقط إلى تنظيم عملية جمع الأموال، بل تسعى أيضاً إلى تعزيز الثقة في السوق المالية ومنع نشوء شركات وهمية أو غير جادة تعتمد على وسائل تضليلية لجذب المستثمرين[2].

أما فيما يتعلق بكيفية إثبات الاكتتاب، فإن المشرع يشترط اتخاذ مجموعة من الإجراءات التي تثبت جدية الالتزامات التي يتحملها المكتتبون، ومن أبرزها تحرير بطاقات اكتتاب فردية تتضمن البيانات الأساسية المتعلقة بالمكتتب وعدد الأسهم المكتتب فيها وقيمة المبالغ المدفوعة.

كما يفرض القانون إيداع الأموال لدى مؤسسة مالية معتمدة، والحصول على شهادة تثبت عملية الإيداع، وذلك قبل الانتقال إلى المراحل اللاحقة من التأسيس. ويكتسي هذا الإجراء أهمية خاصة باعتباره يشكل دليلاً قانونياً على تحقق الاكتتاب فعلياً وليس بصورة صورية.

وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن الاكتتاب الصوري يمثل أحد أخطر مظاهر التحايل في مرحلة التأسيس، حيث قد يلجأ المؤسسون إلى تقديم تصريحات غير صحيحة بشأن سلامة الاكتتابات أو بشأن إيداع الأموال، وهو ما يشكل الركن المادي للجريمة متى ثبت أن هذه التصريحات من شأنها تضليل الغير بشأن الوضعية الحقيقية لرأس المال. ويتحقق هذا السلوك، على

[1]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص163

[2]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 73 .

سبيل المثال، عندما يتم إعداد قوائم بأسماء مكتتبين وهميين أو عندما يتم التصريح بإيداع أموال لم يتم دفعها فعلياً.[1]

ولا يقتصر التجريم في هذه الحالة على السلوك الإيجابي المتمثل في تقديم بيانات كاذبة، بل قد يتحقق أيضاً من خلال الامتناع عن القيام بإجراءات يفرضها القانون لإثبات الاكتتاب، متى كان هذا الامتناع مقترناً بقصد جنائي يرمي إلى تمكين الشركة من الظهور بمظهر مالي مضلل. ويبرز ذلك في الحالات التي يتم فيها نشر معلومات غير دقيقة حول نسبة الاكتتاب أو مدى تحرير رأس المال، وهو ما قد يؤدي إلى التأثير على قرار المستثمرين والدائنين على حد سواء.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيتمثل في توافر القصد الجنائي العام، أي علم الجاني بعدم صحة البيانات المتعلقة بالاكتتاب واتجاه إرادته إلى تقديمها أو نشرها رغم ذلك. وقد يتطلب المشرع في بعض الحالات قصداً خاصاً يتمثل في نية جلب الاكتتاب أو دفع الجمهور إلى المساهمة في رأس المال، وهو ما يعكس الطابع الجنائي للنصوص الجنائية المنظمة لهذه المرحلة. وقد أشار الفقه إلى أن إثبات هذا القصد يتم بالاعتماد على ظروف الواقعة وملابساتها، مثل طبيعة الوثائق المقدمة وسلوك المؤسسين أثناء عملية التأسيس[2].

وبذلك يظهر أن إعلان الاكتتاب وكيفية إثباته لا يشكلان مجرد إجراء شكلي، بل يمثلان محوراً أساسياً لضمان سلامة تأسيس شركة المساهمة، حيث يجسد هذا الإجراء تدخل المشرع لفرض نظام قانوني يوازن بين حرية المبادرة الاقتصادية وضرورة حماية الثقة في المعاملات المالية، ومن ثم فإن أي إخلال بهذه الشكلية قد يؤدي إلى قيام مسؤولية مدنية أو جزائية، الأمر الذي يبرر الانتقال إلى التمييز بين إعلان الاكتتاب وبطاقة الاكتتاب باعتبارهما آليتين قانونيتين متكاملتين في مسطرة التأسيس.

[1]- ابن خدّة رضى، مسؤولية في القانون الجنائي للشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2012، ص 393 .

[2]- نفس المرجع، ص 394 .

الفرع الثالث

التمييز بين إعلان الاكتتاب وبطاقة الاكتتاب

يقصد بإعلان الاكتتاب ونشره الاكتتاب المستند القانوني الذي يتضمن معلومات وبيانات محدده وذلك لتمكين المستثمرين على اتخاذ القرار الصائب بغيت الأقدام أو العدول عن شراء الأوراق المالية المقصودة في نشره الاكتتاب تلك المعلومات والبيانات تتعلق بالأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية والجهات المصدرة له[1]، ويعد الإعلان وسيله يلتزم بيه مؤسسي شركه المساهمة بنشر الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وذلك قبل الشروع في أي عمل يه اكتتاب وقبل أي إجراء يتعلق بالإشهار فهو يشكل مرحلة سابقة عن الاكتتاب كما يلتزم المؤسسون بالتوقيع على الإعلان الذين يذكرون فيه إما أسمائهم المستعملة أو ألقابه وموطنهم وجنسيتهم.

وتحقيقا للشفافية لتمكين الجمهور من الاطلاع والإحاطة بالتفاصيل الكاملة للشركة طور التأسيس وأوجب المشرع كغيره من التشريعات الوطنية المقارنة على المؤسسين أن يقوموا بتضمين الإعلان جملة من البيانات والمعلومات عن تلك الشركة نذكر منها:[2]

- تسمية الشركة وشكلها.
- مبلغ رأس مال الشركة التي يكتتب به.
- عنوان مقر الشركة.
- موضوع الشركة باختصار.
- تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي.

[1]- جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية، دار النهضة العربية، الأردن، 2019، ص149.

[2]- أنظر: المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995المتضمن تطبيق أحكام القانون المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات ج.ر العدد 80 المؤرخة في 1995/12/24.

وبالمقابل يعد إجراء جوهري أيضا يتم اللجوء إليه بمجرد الانتهاء من المرحلة الأولى الممثلة في عملتي تحرير القانونالأساسي مع إيداع، حيث يتم إثبات الاكتتاب بموجب بطاقة الاكتتاب التي يتعين على المكتتب أو موكله تاريخ وإمضاء البطاقة ويبين فيها ما يلي:

- تسمية الشركة وشكلها.
- مبلغ رأسمالها.
- موضوع الشركة باختصار.
- تاريخ إيداع رأس المال الذي يكتتب نقدا والنسبة المتمثلة في الحصص العينية.
- كيفية إصدار الأسهم المكتتبة نقدا.

ويجب على الأشخاص الذين تسلموا الأموال الناتجة عن الاكتتاب نقدا بإيداعها لحساب الشركة، مع القائمة المتضمنة اللقب والاسم وموطن المكتتبين مع ذكر المبالغ التي دفعها كل واحدة منهم، ويكون هذا الإيداع إما عند الموثق أو في بنك ويتم هذا الإيداع من اجل ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ تسلم الأموال، إلا إذا تسلمتها أو مؤسسة مالية أخرى مؤهلة قانونا.[1]

المطلب الثاني

تقويم الحصص العينية

تثير مسألة تقويم الحصص العينية في شركة المساهمة أهمية خاصة بالنظر إلى تأثيرها المباشر في تكوين رأس المال الاجتماعي وفي تحديد المركز المالي الحقيقي للشركة منذ نشأتها، فالحصة العينية بخلاف الحصة النقدية، لا يمكن تحديد قيمتها بسهولة، الأمر الذي يفتح المجال أمام احتمالات المبالغة في التقدير أو التقليل منه، وهو ما قد يؤدي إلى اختلال التوازن بين المساهمين وإلى تضليل الغير بشأن الوضعية المالية للشركة.

ومن هذا المنطلق، تدخل المشرع لفرض مجموعة من الضمانات الشكلية التي تهدف إلى ضمان موضوعية عملية التقويم وشفافيتها، حيث أوجب الاستعانة بخبير مختص أو أكثر لتقدير

[1]- أنظر: المادتين 4-5 من المرسوم التنفيذي رقم: 95-438 لمتضمن تطبيق أحكام القانون المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

قيمة الحصص العينية وفق معايير فنية وقانونية محددة. ويهدف هذا الإجراء إلى حماية رأس المال من التقييمات الاعتباطية التي قد يقدمها المؤسسون سعياً للحصول على عدد أكبر من الأسهم دون تقديم قيمة اقتصادية حقيقية تقابلها. وقد أكد الفقه أن هذا التنظيم يعكس الطابع الآمر لقواعد تأسيس شركة المساهمة، باعتبارها ترتبط بحماية النظام العام الاقتصادي.[1]

وتتجلى أهمية هذه الضمانات كذلك في كون الحصص العينية قد تتخذ صوراً متعددة، مثل العقارات أو المنقولات أو الحقوق المعنوية أو حتى المؤسسات التجارية، وهو ما يستوجب إخضاعها لعملية تقويم دقيقة تراعي طبيعتها الخاصة وقيمتها السوقية الفعلية، كما يفرض القانون تضمين تقرير التقويم في ملف التأسيس وإتاحته للمساهمين قبل انعقاد الجمعية العامة التأسيسية، بما يمكنهم من اتخاذ قرار واعٍ بشأن قبول هذه الحصص أو رفضها، وتزداد خطورة الإخلال بضوابط تقويم الحصص العينية عندما يؤدي ذلك إلى تضليل المكتتبين أو الدائنين بشأن القيمة الحقيقية لرأس المال، إذ قد يلجأ بعض المؤسسين إلى تضخيم قيمة هذه الحصص بغرض الظهور بمظهر مالي قوي، وهو ما يشكل مساساً بمبدأ صدق رأس المال.

وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن المبالغة في تقويم الحصص العينية يمكن أن تشكل أساساً لقيام المسؤولية الجزائية متى ثبت أن المؤسسين قدموا بيانات غير صحيحة عن علم وإرادة، وهو ما يدخل في نطاق الجرائم المرتبطة بتأسيس الشركات.[2]

كما أن المشرع لم يكتف بفرض ضمانات شكلية على عملية التقويم، بل رتب آثاراً قانونية على مخالفتها، من بينها إمكانية بطلان بعض الإجراءات التأسيسية أو قيام مسؤولية المؤسسين المدنية والجزائية، ويظهر ذلك بوضوح في الحالات التي يتم فيها تداول الأسهم العينية قبل استيفاء الشروط القانونية أو قبل انقضاء الأجل الذي يهدف إلى ضمان استقرار تقويمها، وهو ما اعتبره الفقه سلوكاً يمس بمبدأ حماية المساهمين والغير على حد سواء[3].

---

[1]–نادية فضيل، مرجع سابق، ص 102 .

[2]– ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 412 .

[3]– محمّد صلح بك، شركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن ومشروع قانون الشركات، جامعة فؤاد الأول، ط1، القاهرة، 1949، ص 74-75.

وعليه، فإن تقويم الحصص العينية يمثل مرحلة محورية في تجسيد فكرة النظام عند تأسيس شركة المساهمة، حيث تتداخل فيه الاعتبارات التقنية والقانونية والجزائية لضمان تكوين رأس مال حقيقي يعكس الوضعية الاقتصادية للشركة، ويستدعي ذلك التعمق في دراسة الضمانات المقررة لهذه العملية قبل الوقوف عند الآثار المترتبة على مخالفتها.

الفرع الأول

ضمانات تقويم الحصص العينية

تفرض إدارة المشرع ضرورة إحاطة مسألة تقدير الحصص العينية بضمانات تمنع الغش، وتتعلق هذه الضمانات بالجهة المكلفة بتقدير الحصص والمبالغة في تقديرها العينية والمتمثلة في مندوبي الحصص، من جهة وضمانات تتعلق بتقرير مندوبي الحصص حول هذا التقدير.

وبالنسبة للضمانات المتعلقة بمندوبي الحصص نجد أن المشرع أوكل له المشرع مهمة التقدير النقدي لقيمة الحصص العينية في رأسمال شركة المساهمة، ضمانة لتقديرها تقديرا عادلا، كما أخضع القانون تعيينه إلى القضاء ورتب مسؤوليته من أجل ضمان جدية تقديره[1].

جاء في نص المادة عليها في المادة 715 مكرر6 "كانت الحصص المقدمة عينية، ما عدا في حالة وجود أحكام تشريعية خاصة، مندوب واحد للحصص أو أكثر بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم، ويخضع هؤلاء لأحكام التنافي"[2]، ومن خلال هذا النص يتضح أنه لتقدير الحصص العينية ينبغي أن يقدم المؤسسين أو أحد منهم طلب إلى قاضي بالمجلس القضائي الوقع في دائرة اختصاصه مقر الشركة بتعيين مندوب واحد للحصص أو أكثر، ويصدر القاضي بهذا الشأن قرار بتعيين مندوب واحد للحصص أو أكثر يسند له مهمة تقدير الحصص العينية.

ويمكن تفسير ضرورة تعيين مندوب الحصص في شركة المساهمة التي تلجأ علنية الادخار من قبل القضاء بكونها تتميز برأسمالها الضخم، الأمر الذي يستدعي ضرورة التأكد من مطابقة القيمة المسندة للحصص النقدية المساهم بها للواقع حتى لا يقع التحايل على الأحكام القانونية المحددة

[1]- أنظر: المادة 595 مكرر 1 من ق.ت.ج

[2]- أنظر: المادة 715 مكرر 6 من ق.ت.ج

للمبلغ الأدنى لرأس المال، وإسناد تلك المهمة إلى مندوب حصص مستقل عن المؤسسين يمثل ضمانة أساسية في هذا الشأن، وفي هذا الإطار بالذات يأتي مسألة تعيين مندوب الحصص إلى جهة قضائية، وخاصة أن الأمر لا يتعلق هنا بحماية مصالح خاصة بل إن حسن سير هذا النوع من الشركات، وبالذات التي تلجأ علانية للادخار، يندرج في صميم النظام العام الاقتصادي بمفهومه الواسع[1].

ويراعى عند التعيين القضائي لمندوبي الحصص حالات التنافي وذلك لضمان التقدير العادل والسليم للحصص العينية، حيث يخضع هؤلاء ألحكام التنافي المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 6 من القانون التجاري[2]، حيث لا يجوز أن يعين مندوبا للحصص في شركة المساهمة:

الأقارب الأصهار لغاية الدرجة الرابعة، بما في ذلك القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين ومجلس مراقبة الشركة، القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة أزواج القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة رأسمال الشركة أو كانت هذه الشركة نفسها تملك عشر (1/10) رأسمال هذه الشركات، أزواج الأشخاص الذين يتحصلون بحكم نشاط دائم غير نشاط مندوب الحسابات على أجرة أو مرتبا، إما من القائمين بالإدارة أو أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة، الأشخاص الذين منحتهم الشركة أجرة بحكم وظائف مندوب الحسابات في أجل خمس سنوات ابتداء من تاريخ إنهاء وظائف الأشخاص الذين كانوا قائمين بالإدارة أو أعضاء في مجلس المراقبة أو مجلس المديرين، في أجل خمس سنوات ابتداء من تاريخ إنهاء وظائفهم.

الملاحظ أن المشرع تبنى معيارين لتحديد حالات التنافي وهما معيار القرابة ومعيار التبعية المالية، فنجده مرة يعتمد على معيار القرابة أو معيار التبعية المالية ومرة أخرى يعتمد على المعيارين معا، وحكمة المشرع من تبني هذان المعيارين هي المحافظة على استقلالية مندوبي الحصص حتى يمارس مهامه بدون ضغوط لأواصر القرابة أو الحصول على أجرة أو أتعاب، ويضمن التعيين القضائي حماية أنجع لحقوق الغير، ذلك أن مندوب الحصص المعين قضائيا يتمتع بدرجة من الثقة

[1] – أمينة مصطفاوي، الضمانات المرتبطة بالحصص العينية المقدمة كمساهمة في رأسمال شكة المساهمة في طور التأسيس، مجلة المؤسسة والتجارة، المجلد 01، العدد01، الجزائر، 2012، ص210.

[2]- أنظر: المادة 715 مكرر 6 من ق ت ج.

تجعله بمعزل عن الشكوك في ولائه للمؤسسين، مما يضفي مصداقية أكبر على التقدير الذي يسنده للمال المساهم به في الشركة لدى المكتتبين، الأمر الذي سينعكس إيجابا على سمعة الشركة المراد تأسيسها، كما أن التعيين القضائي لمندوب الحصص يؤمن ضمانات حقيقية لحقوقهم اتجاه الشركة، ألن رأس المال في النهاية إنما يتشكل من مجموع الحصص النقدية والعينية[1].

الفرع الثاني

أثر مخالفة عملية التقويم

تترتب على مخالفة القواعد القانونية المنظمة لتقويم الحصص العينية آثار خطيرة تمس ليس فقط سلامة إجراءات التأسيس، بل تمتد لتؤثر في الوضعية المالية والقانونية لشركة المساهمة برمتها. فالقيمة التي تمنح للحصص العينية تدخل مباشرة في تحديد رأس المال الاجتماعي، والذي يشكل بدوره ضماناً عاماً للدائنين ومؤشراً أساسياً على جدية المشروع الاقتصادي. ومن ثم فإن أي إخلال بضوابط التقويم يؤدي إلى تقديم صورة غير حقيقية عن المركز المالي للشركة، الأمر الذي يبرر تدخل المشرع لإقرار جزاءات متعددة ذات طبيعة مدنية وجزائية.

ومن أبرز الآثار القانونية لمخالفة عملية التقويم إمكانية الطعن في صحة الإجراءات التأسيسية أو بطلان بعض القرارات الصادرة عن الجمعية العامة التأسيسية إذا ثبت أن تقويم الحصص تم بصورة مخالفة للقانون أو بناءً على بيانات غير صحيحة. ويستند هذا البطلان إلى فكرة حماية المساهمين الذين قد يكونون قد اتخذوا قرار الاكتتاب استناداً إلى تقدير غير واقعي لقيمة الحصص العينية، وهو ما يمس بمبدأ صدق رأس المال الذي يقوم عليه نظام شركات الأموال.[2]

كما قد يترتب على المبالغة في تقويم الحصص العينية قيام مسؤولية مدنية في مواجهة المؤسسين أو مقدمي هذه الحصص، حيث يلتزم هؤلاء بتعويض الضرر الذي يلحق بالشركة أو بالمساهمين أو بالغير نتيجة هذا التقدير المغالى فيه.

[1]- أمينة مصطفاوي، مرجع سابق، ص211

[2]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 108 .

ويهدف هذا التعويض إلى إعادة التوازن المالي الذي اختل بسبب إدراج قيم وهمية ضمن رأس المال الاجتماعي، وهو ما يعكس الطابع الجنائي للقواعد المنظمة للتأسيس.

غير أن الأثر الأكثر خطورة يتمثل في قيام المسؤولية الجزائية متى ثبت أن المخالفة اتخذت صورة سلوك احتيالي أو تضليلي يرمي إلى إيهام الغير بوجود رأس مال أكبر من حقيقته. وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن المبالغة المتعمدة في تقويم الحصص العينية تشكل الركن المادي للجريمة عندما يتم تقديم بيانات غير صحيحة في الوثائق التأسيسية أو في التصريحات المقدمة للسلطات المختصة، خاصة إذا كان من شأن ذلك التأثير في قرار المكتتبين أو الدائنين.[1]

ويتحقق الركن المعنوي في هذه الحالة من خلال توافر القصد الجنائي لدى المؤسسين أو مقدمي الحصص، أي علمهم بعدم صحة التقدير واتجاه إرادتهم إلى اعتماده رغم ذلك لتحقيق مصلحة خاصة، كالحصول على عدد أكبر من الأسهم أو تعزيز السيطرة على الشركة منذ نشأتها. ويستفاد هذا القصد من ظروف الواقعة، مثل عدم الاستعانة بخبير مختص أو تجاهل تقريره أو تقديم معلومات ناقصة عن طبيعة الحصة العينية.

ومن جهة أخرى، قد تمتد آثار مخالفة التقويم إلى مرحلة ما بعد التأسيس، خاصة عندما يتم تداول الأسهم المقابلة للحصص العينية قبل انقضاء المدة القانونية المقررة لبقائها اسمية، وهو ما قد يؤدي إلى انتشار قيم مالية غير مستقرة داخل السوق ويهدد الثقة في المعاملات التجارية. وقد اعتبر الفقه أن هذا السلوك يشكل مساساً بالنظام العام الاقتصادي، لما ينطوي عليه من إمكانية التأثير في استقرار التداول المالي وفي حماية المستثمرين.[2]

كما أن مخالفة قواعد التقويم قد تؤدي إلى تدخل الجهات القضائية أو الرقابية لإعادة تقييم الحصة أو فرض جزاءات على المسؤولين عن هذا الإخلال، وهو ما يعكس الطابع الآمر للنصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة. ويبرز بذلك أن المشرع لم يكتف بفرض ضمانات شكلية في مرحلة

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 413.

[2]- نفسر المرجع، ص 414 .

التقويم، بل أقر منظومة جزائية متكاملة تهدف إلى ردع كل سلوك من شأنه المساس بسلامة تكوين رأس المال.

وعليه، فإن آثار مخالفة عملية تقويم الحصص العينية تؤكد أن الشكلية المفروضة في هذه المرحلة ليست مجرد إجراء تنظيمي، بل تمثل أداة أساسية لحماية التوازن المالي لشركة المساهمة وضمان صدق المعلومات المقدمة للمساهمين والغير، وهو ما يبرز بوضوح تجسيد فكرة هيمنة النظام في تأسيس هذا النوع من الشركات.

وعليه، فإن ضمانات تقويم الحصص العينية تمثل أحد أبرز مظاهر تجسيد فكرة النظام في تأسيس شركة المساهمة، حيث يتدخل المشرع لفرض إجراءات شكلية وتقنية تحول دون التلاعب بقيمة رأس المال، وتكفل تحقيق التوازن بين حرية المبادرة الاقتصادية ومتطلبات حماية الثقة في المعاملات التجارية.

المطلب الثالث

استدعاء الجمعية العامة التأسيسية

يشكل انعقاد الجمعية العامة التأسيسية مرحلة مفصلية في مسار إنشاء شركة المساهمة، إذ تمثل الإطار القانوني الذي تنتقل من خلاله عملية التأسيس من المبادرة الفردية للمؤسسين إلى الرقابة الجماعية للمساهمين. فبعد الانتهاء من تنظيم الاكتتاب وتقويم الحصص وإعداد الوثائق التأسيسية، يصبح من الضروري إخضاع هذه الإجراءات لرقابة جماعية تمارسها الهيئة التي تمثل مجموع المكتتبين، وهي الجمعية العامة التأسيسية.[1]

ويعكس هذا التنظيم حرص المشرع على تكريس مبدأ المشاركة في اتخاذ القرار داخل شركة المساهمة منذ لحظة نشأتها، حيث لا يقتصر دور المساهمين على تقديم الأموال، بل يمتد ليشمل مراقبة سلامة التأسيس والتأكد من احترام القواعد القانونية المنظمة له. ومن ثم فإن استدعاء الجمعية العامة التأسيسية يخضع بدوره لجملة من الشكليات التي تهدف إلى ضمان إعلام جميع المكتتبين وتمكينهم من ممارسة حقوقهم في التصويت والمناقشة.

[1]- أنظر: المواد 594 إلى 600 من ق ت ج.

كما يبرز الطابع الآمر لهذه القواعد في كون الإخلال بها قد يؤدي إلى بطلان قرارات الجمعية أو قيام مسؤولية المؤسسين، خاصة إذا ترتب عن ذلك حرمان بعض المساهمين من المشاركة في مناقشة مسائل جوهرية تتعلق بتكوين رأس المال أو تنظيم أجهزة الشركة. ويؤكد ذلك أن تدخل المشرع في هذه المرحلة يندرج ضمن إطار تجسيد فكرة النظام في تأسيس شركة المساهمة، حيث يتم ضبط العلاقات التأسيسية من خلال آليات جماعية تضمن الشفافية والتوازن بين المصالح المختلفة.

ومن هذا المنطلق، تقتضي دراسة هذه المرحلة التطرق أولاً إلى تحديد مفهوم الجمعية العامة التأسيسية وطبيعتها القانونية، قبل الوقوف على اختصاصاتها وصلاحياتها في إطار مسطرة التأسيس.

تتمتع الجمعية العامة التأسيسية في شركة المساهمة باختصاصات أساسية تجعلها تمثل الهيئة الرقابية الأولى على صحة إجراءات التأسيس، حيث لا يقتصر دورها على المصادقة الشكلية، بل يمتد إلى مراقبة مدى احترام المؤسسين للقواعد القانونية المنظمة لهذه المرحلة.

ومن أهم اختصاصات الجمعية العامة التأسيسية، المصادقة على صحة الاكتتابات والتحقق من تحرير رأس المال وفق الشروط القانونية، إذ لا يمكن إعلان تأسيس الشركة إلا بعد التأكد من جدية الاكتتاب وخلوه من أي طابع صوري[1]. كما تختص كذلك بالمصادقة على تقويم الحصص العينية، وذلك بعد الاطلاع على تقرير الخبير، حيث يكون لها سلطة قبول هذا التقييم أو رفضه إذا تبين وجود مبالغة أو خلل في التقدير[2].

وتتولى الجمعية العامة التأسيسية أيضاً المصادقة النهائية على القانون الأساسي للشركة، مع إمكانية إدخال تعديلات عليه في حدود ما يسمح به القانون[3]، وهو ما يعكس الطابع الجماعي لقرار التأسيس وعدم انفراده بإرادة المؤسسين فقط.

[1]- أنظر: المادة 595 من ق ت ج.

[2]- أنظر: المادة 596 من ق ت ج.

[3]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، دار النشر المعرفة، الجزء الثالث، ط 1، الرباط، ص205.

كما تختص بتعيين أول مجلس إدارة أو مجلس المراقبة، وكذا تعيين محافظ الحسابات، بما يضمن انطلاق الشركة على أسس قانونية سليمة من حيث التسيير والرقابة[1].

ويستند هذا التنظيم إلى نصوص القانون التجاري الجزائري، التي كرست دور الجمعية العامة التأسيسية كآلية لضبط مرحلة التأسيس وضمان حماية المساهمين والغير، [2] وهو ما يجسد بوضوح فكرة هيمنة النظام في هذه المرحلة.

الفرع الأول

تعريف الجمعية العامة التأسيسية

يقصد بالجمعية العامة التأسيسية الهيئة التي تضم مجموع المكتتبين في رأس مال شركة المساهمة، والتي يتم استدعاؤها للنظر في مدى سلامة الإجراءات التي قام بها المؤسسون خلال مرحلة التأسيس، وللمصادقة على الأعمال التحضيرية التي سبقت نشأة الشركة. وتمثل هذه الجمعية أول ظهور لممارسة السلطة الجماعية داخل الشركة، إذ ينتقل من خلالها مركز الثقل من المؤسسين إلى المساهمين.

ومن الناحية القانونية، تعد الجمعية العامة التأسيسية هيئة مؤقتة تنتهي مهمتها بمجرد استكمال عملية التأسيس واكتساب الشركة للشخصية المعنوية، غير أن دورها خلال هذه المرحلة يكتسي أهمية بالغة، نظراً لارتباطه بالمصادقة على عناصر جوهرية مثل تقويم الحصص العينية والتصريح بالاكتتابات وانتخاب أجهزة التسيير الأولى. وقد ذهب الفقه إلى اعتبار هذه الجمعية ضمانة أساسية لحماية المساهمين من تعسف المؤسسين، لما تمارسه من رقابة على صحة الإجراءات التأسيسية.[3]

كما تتميز الجمعية العامة التأسيسية بطابعها الرقابي، حيث تملك سلطة رفض بعض الأعمال التي قام بها المؤسسون إذا تبين أنها مخالفة للقانون أو لا تحقق مصلحة الشركة، وهو ما

[1]- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 150.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 680.

[3]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص 176 .

يعكس الطبيعة الديمقراطية لشركة المساهمة باعتبارها تقوم على مبدأ مشاركة المساهمين في اتخاذ القرار، ويظهر هذا الطابع بوضوح في اشتراط النصاب القانوني لانعقاد الجمعية وفي تنظيم طرق التصويت، بما يضمن تمثيل الإرادة الجماعية للمكتتبين.

ومن جهة أخرى، يشكل انعقاد الجمعية العامة التأسيسية شرطاً ضرورياً لاستكمال إجراءات تأسيس شركة المساهمة، إذ لا يمكن اعتبار الشركة منشأة بصورة نهائية إلا بعد مصادقة هذه الهيئة على الأعمال التأسيسية. وقد اعتبر الفقه أن تجاوز هذه المرحلة أو الإخلال بشكلياتها قد يؤدي إلى بطلان التأسيس أو إلى قيام مسؤولية المؤسسين، وهو ما يؤكد ارتباطها الوثيق بفكرة حماية النظام العام الاقتصادي.[1]

وعليه، فإن الجمعية العامة التأسيسية تمثل مرحلة انتقالية حاسمة بين المبادرة الفردية والجماعية في تأسيس شركة المساهمة، وتعد أداة قانونية لضبط عملية التأسيس وضمان احترام القواعد الشكلية التي يفرضها المشرع في هذه المرحلة.

الفرع الثاني

اختصاصات الجمعية العامة التأسيسية

تتمتع الجمعية العامة التأسيسية في شركة المساهمة باختصاصات أساسية تجعلها تمثل الهيئة الرقابية الأولى على صحة إجراءات التأسيس، حيث لا يقتصر دورها على المصادقة الشكلية، بل يمتد إلى مراقبة مدى احترام المؤسسين للقواعد القانونية المنظمة لهذه المرحلة.[2]

ومن أهم اختصاصاتها، المصادقة على صحة الاكتتابات والتحقق من تحرير رأس المال وفق الشروط القانونية، إذ لا يمكن إعلان تأسيس الشركة إلا بعد التأكد من جدية الاكتتاب وخلوه من أي طابع صوري[3]، كما تختص كذلك بالمصادقة على تقويم الحصص العينية، وذلك بعد الاطلاع

[1]- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 231 .

[2]- أنظر: المواد من 594 إلى 600 من ق ت ج.

[2]- أنظر: المادة 595 من ق ت ج.

على تقرير الخبير، حيث يكون لها سلطة قبول هذا التقييم أو رفضه إذا تبين وجود مبالغة أو خلل في التقدير.[1]

وتتولى الجمعية العامة التأسيسية أيضاً المصادقة النهائية على القانون الأساسي للشركة، مع إمكانية إدخال تعديلات عليه في حدود ما يسمح به القانون، وهو ما يعكس الطابع الجماعي لقرار التأسيس وعدم انفراده بإرادة المؤسسين فقط[2].

كما تختص بتعيين أول مجلس إدارة أو مجلس المراقبة، وكذا تعيين محافظ الحسابات، بما يضمن انطلاق الشركة على أسس قانونية سليمة من حيث التسيير والرقابة[3].

ويستند هذا التنظيم إلى نصوص القانون التجاري الجزائري، التي كرست دور الجمعية العامة التأسيسية كآلية لضبط مرحلة التأسيس وضمان حماية المساهمين والغير[4].

الفرع الثالث:

صلاحيات الجمعية العامة التأسيسية

لقد أخضع المشرع الجزائري الجمعية العامة التأسيسية لقواعد الأغلبية والنصاب الخاصة بالجمعية العامة غير العادية، وذلك طبقا لإحكام المادة 600 التي تحيل إلى المادة 674 الفقرة الثانية من القانون التجاري[5]، ويهدف هذا التشدد الإجرائي إلى ضمان ميلاد الشركة.

يرتبط صحة انعقاد الجمعية التأسيسية بحضور حد ادني من رأس المال، وقد ميز المشرع بين حالتين:

الحالة الأولى: لا تنعقد الجمعية التأسيسية إلا إذا كان عدد المكتتبين الحاضرين أو الممثلين يملكون على الأقل نصف (1/2) من الأسهم.

---

[1]- أنظر: المادة 596 من ق ت ج.

[2]- بن اعراب محمد، صلاحيات الجمعية التأسيسية في شركة المساهمة، مجلة المؤسسة والتجارة، العدد08، الجزائر، 2012، ص102.

[3]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 150.

[4]- أنظر: المادتين 600-601 من ق ت ج

[5]- أنظر: المواد 600 إلى 674 من ق ت ج.

الحالة الثانية: في حالة عدم اكتمال النصاب في الاجتماع الأول، يمكن تأجيل انعقاد الجمعية التأسيسية إلي شهرين على الأكثر مع الاحتفاظ بالنصاب القانوني الأخير، أي الربع (1/4) من الأسهم.

بمجرد اكتمال النصاب القانوني، تنتقل الجمعية إلى مرحلة المداولة واتخاذ القرارات، والتي تخضع للقواعد المستمدة من القانون:

الأغلبية الموصوفة علاوة على توفر النصاب، تتخذ الجمعية العامة التأسيسية قررتها بأغلبية ثلثي (2/3) الأصوات المعبرة عنها، ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري اشترط هذه الأغلبية لضمان عدم استئثار في قليلة بالقرار في مرحله التأسيس[1].

نص المشرع الجزائري صراحة على أن الأوراق البيضاء لا تأخذ بعين الاعتبار إذا ما أجريت عمليه التصويت عن طريق الاقتراع، حيث يتم حساب اغلبيه بناء على الأصوات المؤيدة والمعارضة فقط لضمان صدور القرارات تعبر عن إرادة حقيقية وواضحة، بالإضافة إلى ذلك فإن مشروع القانون الأساسي لا يقبل تعديل إلا بإجماع الآراء جميع المكتسبين، وهذا يكرس مبدأ حماية العقد التأسيسي من التغييرات المفاجئة التي قد لا يرغب فيها بعض المساهمين الذين اكتسبوا بناء على نصوص معينة[2].

بالنسبة لتقدير الحصص العينية والمزايا الخاصة تعتبر هذه من أدق مهام الجمعية، حيث تهدف إلى منع المبالغة في تقدير الأموال المقدرة عينا كالعقارات أو براءة الاختراع، وتستند الجمعية في ذلك إلى التقرير يعده مندوب الحصص ولا يجوز للجمعية خط القيمة المقدرة لهذه الحصص إلا بإجماع المكتسبين ويلاحظ هنا إن المشرع الجزائري تماشيا مع المذهب الفرنسي يسعى لحماية الضمان العام للدائنين من خلال التأكد من أن رأس المال الحقيقي وليس صوريا.

[1]- أنظر: المادة 600 من ق ت ج.

[2]- أنظر: المادة 595 من ق ت ج.

الأهم المهام الموكلة لجمعيه العامة التأسيسية هي إثبات إجراءات التأسيسية حيث أوجب المشرع الجزائري في المادة 594 الفقرة الثانية من القانون التجاري اللي يقل رأس مال شركه المساهمة 5 ملايين دينار جزائري في حاله اللجوء العالمي للادخار حيث تبرز مهام الجمعية في[1]:

التحقق من بطاقة الاكتتاب والتي تعد وسيله الوحيدة والمعتمدة لإثبات الاكتتاب بالأسهم النقدية بموجب عقد رسمي علاوة على بطاقة الاكتئاب تثبت عمليه الاكتتاب التام[2]برأس المال الشركة بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، حيث يثبت هذا الأخير ويؤكد بان المبلغ الدفعات المصرح به من طرف المؤسسين يطابق المقدار المبالغة بين الشركة بموجب عقد رسمي يحرره الموثق حيث يثبت هذا الأخير ويؤكد بان المبلغ الدفعات المصرح به من طرف المؤسسي طبقا لمقدار المبالغة المودعة بين يديه أو لدى المؤسسات المالية المؤهلة قانونا، حيث ألزم المشرع الجزائري المكتتبين بالأسهم النقدية بوفاء المبلغ يمثل الربع على الأقل من القيمة الأسهم عند الاكتتاب وهنا يجب التمييز بين الاكتتاب :وهو انضمام الشخص إلى الشركة بتعهد بتقديم قيمه الأسهم.

إما بالنسبة للتحرير فهو الدفع الفعلي لقيمه السهم والذي قد يتم دفعه واحده أو على أقساط خلال مده محدده من مجلس الإدارة أو المديرين وفقا للمادة 595 من القانون.

بعد التحقق من الجوانب المالية المتعلقة بالاكتتاب والوفاء تنتقل الجمعية العامة التأسيسية إلى ممارسه في إقرار إطار القانون للمنظم للشركة وذلك وفقا لما نصت عليه المادتين 545 و546 من القانون التجاري الجزائري تعتبر المصادقة على المشروع القانون الأساسي لصلاحيات السيادة للجمعية التأسيسية، وتتم وفق القالب الرسمي يجب أن يفرغ المشروع النظام الأساسي في قالب رسمي أي عقد ألتوثيقي تطبيقا للمادة 545 من قانون التجاري[3]، حيث توضع نسخه منه بطلب من المؤسسين كذلك شرط الكتابة، حيث تعد الكتابة الرسمية في التشريع الجزائري شرطا جوهريه

[1]- أنظر: المادة 594 فقرة 2 من ق ت ج

[2]- بن اعرب محمد، مرجع سابق، ص 103.

[3]- أنظر: المادة 545 من ق ت ج.

للانعقاد والإثبات معا، ولا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلاف ذلك يجب أن يتضمن النظام الأساسي لشركه المساهمة البيانات الإلزامية التي حدثتها المادة 546[1].

وتشمل شكل الشركة مدتها عنوانها أو اسمها التجاري، مركزها، موضوعها، ومقدار رأس مالها تنتقل الجمعية بعد إقرار النظام الأساسي إلى هيكله الأجهزة الشركة تعيين أعضاء الهيئات الإدارة سواء تعلق الأمر بمجلس الإدارة في النظام الكلاسيكي أو مجلس المدير إلى ومجلس المراقبة في النظام المزدوج تعيين مندوبي الحسابات لضمان الرقابة المالية المستقلة منذ بداية الحياة الشركة.

[1]- أنظر: المادة 546 من ق ت ج.

المبحث الثاني:

المسؤولية الجزائية بمناسبة مخالفة شكليات تأسيس شركة المساهمة

لا تقتصر الحماية القانونية في مرحلة تأسيس شركة المساهمة على المسؤولية الجزائية فحسب، بل تمتد لتشمل المسؤولية المدنية، التي تهدف إلى تعويض الأضرار الناتجة عن الإخلال بقواعد التأسيس، خاصة تلك المتعلقة بصدق البيانات وصحة الإجراءات.[1]

وتأخذ هذه المسؤولية طابعاً خاصاً يتمثل في المسؤولية المدنية التضامنية للمؤسسين، حيث يسأل هؤلاء بصفة جماعية عن الأضرار التي تلحق بالمساهمين أو الغير نتيجة المخالفات المرتكبة أثناء التأسيس، دون إمكانية التمسك بتجزئة المسؤولية.[2]

وتتحقق هذه المسؤولية في حالات متعددة، من بينها تقديم بيانات غير صحيحة في القانون الأساسي، أو المبالغة في تقويم الحصص العينية، أو التصريح باكتتابات صورية، وهي أفعال من شأنها إضفاء وإلباس صورة غير حقيقية عن الوضعية المالية للشركة.[3]

كما تقوم هذه المسؤولية على أركان الخطأ والضرر والعلاقة السببية، مما يجعلها تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، مع خصوصية تتمثل في طابعها التضامني الذي يهدف إلى تعزيز حماية المتعاملين مع الشركة.[4]

ويعكس تقرير هذه المسؤولية توجه المشرع نحو تكريس نظام قانوني متكامل في مرحلة التأسيس، يجمع بين البعد الوقائي والبعد التعويضي، بما يضمن فعالية القواعد الشكلية ويعمل على التقليص من كل أشكال الغش والتحايل.[5]

تمثل المسؤولية الجزائية المرتبطة بمخالفة شكليات تأسيس شركة المساهمة إحدى أهم الآليات التي اعتمدها المشرع لضمان احترام القواعد المنظِمة لتكوين هذا النوع من الشركات، وذلك بالنظر

[1]- أنظر: المادة 715 مكرر 23 من ق ت ج.
[2]- أنظر: المواد 124 و126 ق ت ج.
[3]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 108.
[4]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 674.
[5]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 160.

إلى ما تنطوي عليه عملية التأسيس من مخاطر قد تمس بالادخار العمومي وبالثقة في المعاملات الاقتصادية. فشركة المساهمة، باعتبارها أداة لتجميع رؤوس الأموال وتداول الأسهم، تفرض ضرورة إخضاع إجراءات تأسيسها لنظام قانوني صارم لا يكتفي بالتنظيم الشكلي، بل يدعم هذا التنظيم بجزاءات ردعية تضمن فعالية النصوص القانونية.

ويبرز الطابع الجزائي لهذه القواعد من خلال تجريم مجموعة من الأفعال التي قد تصدر عن المؤسسين أو المسيرين أو غيرهم من المتدخلين في مرحلة التأسيس، والتي يكون من شأنها تقديم صورة مضللة عن الوضعية المالية أو القانونية للشركة قيد الإنشاء. ويهدف هذا التجريم إلى حماية فئات متعددة، في مقدمتها المكتتبون الذين يعتمدون على البيانات المقدمة إليهم لاتخاذ قرار الاستثمار، إضافة إلى الدائنين والفاعلين الاقتصاديين الذين يرتبطون بالشركة في مراحل لاحقة.

وقد ارتبط تطور التجريم في مجال تأسيس الشركات بتعاظم دور السوق المالية وازدياد الاعتماد على وسائل التمويل الجماعي، الأمر الذي دفع التشريعات المقارنة، ومن بينها التشريع الجزائري، إلى تبني مقاربة تقوم على الجمع بين التنظيم الوقائي والردع الجزائي. فبينما تسعى القواعد الشكلية إلى منع وقوع المخالفات من خلال فرض إجراءات دقيقة، تتدخل النصوص الجزائية لمعاقبة كل سلوك من شأنه الالتفاف على هذه الإجراءات أو استغلالها لتحقيق مصالح غير مشروعة[1].

ومن هذا المنطلق، فإن الجرائم المرتبطة بتأسيس شركة المساهمة تتخذ صوراً متعددة، من بينها إصدار الأسهم قبل استيفاء إجراءات التقييد في السجل التجاري، أو تقديم بيانات غير صحيحة بشأن الاكتتابات، أو المبالغة في تقويم الحصص العينية، أو تداول الأسهم بالمخالفة للقواعد القانونية. وتجمع هذه الجرائم خاصية مشتركة تتمثل في كونها تمس بمبدأ صدق رأس المال وبالثقة في السوق المالية، وهو ما يبرر إخضاعها لنظام عقابي خاص يراعي طبيعتها الاقتصادية.

كما أن المسؤولية الجزائية في هذا المجال لا تقتصر على الأفعال الإيجابية المتمثلة في إصدار أو نشر بيانات كاذبة، بل قد تتحقق كذلك نتيجة الامتناع عن القيام بإجراءات يفرضها القانون، متى

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 392 .

كان هذا الامتناع مصحوباً بقصد جنائي يرمي إلى تحقيق منفعة غير مشروعة أو إلى تضليل الغير. ويبرز ذلك في حالات عدم التصريح بالاكتتابات الحقيقية أو تجاهل الضوابط المتعلقة بتداول الأسهم العينية خلال الفترة القانونية المحددة[1].

ومن جهة أخرى، يعكس تدخل المشرع الجزائي في مرحلة تأسيس شركة المساهمة إدراكه لأهمية هذه المرحلة في تحديد مصير الشركة واستقرارها المالي، إذ قد يؤدي تأسيس معيب إلى خلق كيانات اقتصادية غير سليمة تؤثر في التوازن العام للسوق، ولذلك فإن الجزاءات المقررة في هذا المجال لا تهدف فقط إلى معاقبة الجناة، بل تسعى أيضاً إلى تحقيق الردع العام وتعزيز الثقة في الإطار القانوني المنظم للنشاط الاقتصادي.

وعليه، فإن دراسة المسؤولية الجزائية بمناسبة مخالفة شكليات تأسيس شركة المساهمة تستدعي التطرق إلى أهم الجرائم التي نص عليها المشرع في هذا المجال، بدءاً بجريمة إصدار الأسهم قبل تقييد الشركة في السجل التجاري، باعتبارها من أبرز صور الإخلال بالنظام القانوني للتأسيس.

إلى جانب المسؤولية الجزائية، يقر المشرع الجزائري نوعاً آخر من المسؤولية يتمثل في المسؤولية المدنية التضامنية للمؤسسين، والتي تقوم عند الإخلال بالقواعد القانونية المنظمة لتأسيس شركة المساهمة، خاصة تلك المتعلقة بصدق البيانات وصحة الإجراءات[2].

وتقوم هذه المسؤولية على أساس التضامن بين المؤسسين، بحيث يسأل كل واحد منهم عن كامل الضرر الذي يلحق بالمساهمين أو الغير، دون إمكانية التمسك بتجزئة المسؤولية، وهو ما يهدف إلى تعزيز حماية المتعاملين مع الشركة وضمان تعويضهم عن الأضرار التي قد تنجم عن مرحلة التأسيس[3].

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 394 .

[2]- أنظر: المادة 715 مكرر 23 من ق ت ج.

[3]- أنظر: المواد 124-126 من ق م ج.

وتتحقق هذه المسؤولية في عدة حالات، من بينها تقديم بيانات غير صحيحة في القانون الأساسي، أو المبالغة في تقويم الحصص العينية، أو التصريح باكتتابات صورية، [1] وهي أفعال من شأنها إضفاء صورة غير حقيقية عن الوضعية المالية للشركة.

كما تستند هذه المسؤولية إلى وجود خطأ يتمثل في مخالفة القواعد القانونية، وضرر يلحق بالغير، وعلاقة سببية بينهما، مما يجعلها تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، [2] مع خصوصية تتمثل في طابعها التضامني.

ويؤكد الفقه أن تقرير هذه المسؤولية يعكس الطابع الجنائي للقانون التجاري، حيث لا يكتفي المشرع بفرض شكليات التأسيس، بل يعززها بجزاءات مدنية تضمن فعاليتها وتحد من كل أشكال التحايل أو الغش في هذه المرحلة[3].

المطلب الأول

الجريمة المتعلقة بإصدار الأسهم قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري

تشكل جريمة إصدار الأسهم قبل تقييد شركة المساهمة في السجل التجاري إحدى أهم الجرائم التي استحدثها المشرع لحماية النظام القانوني للتأسيس، وذلك بالنظر إلى ما قد ينجم عن هذا السلوك من تضليل للمكتتبين والغير بشأن الوضعية القانونية للشركة. فالتقييد في السجل التجاري يمثل المرحلة التي تكتسب فيها الشركة شخصيتها المعنوية وتصبح قادرة على مباشرة نشاطها بصورة قانونية، ومن ثم فإن إصدار الأسهم قبل تحقق هذا الشرط يعد خروجاً عن المسار الإجرائي الذي فرضه المشرع لضمان سلامة التأسيس.

ويهدف التجريم في هذه الحالة إلى منع المؤسسين أو القائمين على التأسيس من استغلال ثقة الجمهور من خلال طرح أسهم للتداول أو للاكتتاب قبل استكمال الإجراءات القانونية اللازمة، الأمر الذي قد يؤدي إلى خلق مراكز قانونية غير مستقرة وإلى تعريض المكتتبين لمخاطر

[1]- أنظر: المادة 596 من ق ت ج

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 674.

[3]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 160.

مالية جسيمة. وقد أكد الفقه أن هذا التجريم يعكس حرص المشرع على ربط تداول الأسهم بوجود شخص معنوي قائم فعلاً، بما يضمن وضوح المسؤوليات القانونية والمالية المرتبطة بها[1].

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي في جريمة إصدار الأسهم قبل التقييد في السجل التجاري من خلال قيام المؤسسين أو غيرهم بإصدار الأسهم أو عرضها للاكتتاب أو التداول قبل أن يتم تسجيل الشركة رسمياً واكتسابها الشخصية المعنوية. ويشمل هذا السلوك مختلف الصور التي يمكن أن يتخذها الإصدار، سواء تم ذلك بصورة مباشرة من خلال تسليم شهادات الأسهم أو بصورة غير مباشرة عبر الإعلان عن إمكانية تداولها أو ترتيب معاملات قانونية بشأنها.

ولا يشترط لقيام الجريمة أن يتحقق ضرر فعلي للمكتتبين أو للغير، إذ يكفي أن يكون السلوك من شأنه تعريض الثقة في المعاملات الاقتصادية للخطر، وهو ما يبرز الطابع الوقائي للتجريم في هذا المجال. فالمشرع لا ينتظر وقوع الضرر، بل يتدخل في مرحلة مبكرة لضبط سلوك المؤسسين ومنعِهم من تجاوز الإجراءات الشكلية التي تحكم تأسيس الشركة.

كما تتحقق الجريمة حتى ولو كانت عملية الإصدار محدودة النطاق أو موجهة إلى فئة معينة من المستثمرين، طالما أن الشركة لم تكتسب بعد شخصيتها المعنوية. ويستفاد من ذلك أن مناط التجريم يتمثل في مخالفة الإجراء القانوني المتعلق بالتقييد، وليس في حجم العملية أو عدد الأسهم الصادرة. وقد أشار الفقه الجنائي للشركات إلى أن إصدار الأسهم في هذه المرحلة يعد نوعاً من خلق مظهر قانوني غير حقيقي للشركة، مما قد يؤدي إلى تضليل المتعاملين معها بشأن مركزها القانوني.[2]

وتتعدد وسائل إثبات هذا السلوك، فقد يستند الإثبات إلى الوثائق المحررة من قبل المؤسسين أو إلى الإعلانات المنشورة أو إلى العقود المبرمة مع المكتتبين، كما يمكن استخلاصه من قرائن

[1]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص 192 .

[2]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 395 .

واقعية مثل تسليم شهادات مؤقتة أو قبض مبالغ مالية مقابل أسهم لم يتم إصدارها بصورة قانونية. ويبرز ذلك الطبيعة الخاصة للإثبات في الجرائم الاقتصادية التي تعتمد في الغالب على المستندات والمعاملات التجارية[1].

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة

يتطلب قيام المسؤولية الجزائية في هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام، أي علم الجاني بعدم تسجيل الشركة في السجل التجاري واتجاه إرادته رغم ذلك إلى إصدار الأسهم أو طرحها للتداول. ولا يشترط توافر نية خاصة لتحقيق ربح أو إلحاق ضرر بالغير، إذ يكفي ثبوت العلم بالمخالفة والإرادة في ارتكابها.

غير أن بعض الحالات قد تكشف عن قصد خاص يتمثل في نية جذب المستثمرين أو تعزيز الثقة في مشروع اقتصادي لم يكتمل بعد من الناحية القانونية، وهو ما قد يشكل ظرفاً مشدداً من الناحية الواقعية عند تقدير العقوبة، ويستفاد هذا القصد من سلوك المؤسسين أو من طبيعة البيانات المقدمة للجمهور، خاصة إذا تضمنت إشارات توحي بقيام الشركة بصورة نهائية.

وعليه، فإن جريمة إصدار الأسهم قبل التقييد في السجل التجاري تمثل نموذجاً واضحاً للتجريم الوقائي في مجال تأسيس الشركات، إذ تهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي من خلال فرض احترام التدرج القانوني للإجراءات التأسيسية، وهو ما يعكس تجسيد فكرة هيمنة النظام في هذه المرحلة الحساسة من حياة الشركة.

الفرع الثالث

الأشخاص المسؤولون جزائياً عن الجريمة

لا تقتصر المسؤولية الجزائية في جريمة إصدار الأسهم قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري على شخص معين بذاته، بل قد تمتد إلى عدة فئات من المتدخلين في مرحلة التأسيس، وذلك

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 396 .

بالنظر إلى الطبيعة الجماعية للعملية التأسيسية وتعقّد الأدوار التي يقوم بها المؤسسون والمسيرون والوسطاء الماليون. ويهدف هذا التوسيع في نطاق المسؤولية إلى ضمان فعالية التجريم ومنع الإفلات من العقاب من خلال توزيع الأدوار أو إخفاء المسؤوليات.

فالمؤسسون يعدون في مقدمة الأشخاص الذين يمكن مساءلتهم جزائياً، باعتبارهم أصحاب المبادرة في إنشاء الشركة والمكلفين بإعداد الإجراءات التأسيسية، بما في ذلك تنظيم إصدار الأسهم. فإذا ثبت أنهم قاموا بطرح الأسهم للاكتتاب أو التداول قبل استكمال إجراءات التقييد، فإن مسؤوليتهم تقوم متى توافرت عناصر الجريمة، خاصة العلم بالمخالفة والإرادة في ارتكابها. وقد أكد الفقه أن مركز المؤسس يحمّله التزاماً خاصاً باحترام القواعد القانونية المنظمة للتأسيس، نظراً للدور القيادي الذي يضطلع به في هذه المرحلة[1].

كما قد تمتد المسؤولية إلى المسيرين الذين يباشرون أعمالاً باسم الشركة قبل اكتسابها الشخصية المعنوية، إذا شاركوا في إصدار الأسهم أو ساهموا في تنظيم تداولها بصورة غير قانونية، ويبرز ذلك في الحالات التي يتم فيها تعيين أجهزة تسيير مؤقتة تتولى إدارة شؤون الشركة قبل تسجيلها رسمياً، حيث يكون لهذه الأجهزة دور فعلي في اتخاذ القرارات المتعلقة بالإصدار أو التفاوض مع المستثمرين.

ومن جهة أخرى، قد تشمل المسؤولية بعض الوسطاء أو المهنيين الذين يتدخلون في عملية الإصدار، مثل الوكلاء الماليين أو المكلفين بترويج الأسهم، إذا ثبت أنهم شاركوا عمداً في طرح الأسهم رغم علمهم بعدم تسجيل الشركة، ويعكس ذلك الطابع المهني للجريمة الاقتصادية، حيث لا تقتصر الأفعال المجرّمة على المؤسسين فحسب، بل قد تشمل كل من يساهم في خلق مظهر قانوني غير حقيقي للشركة.

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 396

الفرع الرابع

العقوبات المقررة للجريمة

رغم اختلاف الصياغات التشريعية المتعلقة بالعقوبات في مجال جرائم تأسيس الشركات، فإن المشرع يتجه عادة إلى تقرير عقوبات سالبة للحرية وأخرى مالية بهدف تحقيق الردع العام والخاص، وتتمثل هذه العقوبات في الحبس والغرامة، وقد تقترن بعقوبات تكميلية مثل المنع من ممارسة بعض الأنشطة التجارية أو الحرمان من تولي مهام التسيير داخل الشركات.

ويهدف تقرير هذه العقوبات إلى مواجهة الطابع الخطير للسلوك المتمثل في إصدار الأسهم قبل التقييد، لما ينطوي عليه من إمكانية تضليل الجمهور وزعزعة الثقة في السوق المالية. كما تسعى هذه الجزاءات إلى حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضمان احترام التدرج القانوني للإجراءات التأسيسية.

ولا يقتصر أثر هذه الجريمة على المجال الجزائي، بل قد يترتب عنها كذلك بطلان بعض التصرفات المرتبطة بالأسهم الصادرة بصورة غير قانونية، إضافة إلى قيام مسؤولية مدنية تلزم مرتكبي المخالفة بتعويض الأضرار التي تلحق بالمكتتبين أو بالغير. ويؤكد ذلك الطبيعة المركبة للجزاء في جرائم الشركات، حيث تتداخل الآثار الجزائية والمدنية لتحقيق حماية فعالة للمصالح الاقتصادية[1].

الفرع الخامس

تقييم فقهي للجريمة

أثار تجريم إصدار الأسهم قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري نقاشاً فقهياً حول مدى كفاية هذه الحماية في ظل التطور الذي يشهده النشاط الاقتصادي وتعدد وسائل التمويل. فبينما يرى اتجاه أن النصوص الجزائية القائمة كافية لضبط السلوك الإجرامي وردع المخالفين، يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة تعزيز الرقابة الإدارية والمالية المسبقة للحد من وقوع هذه الجرائم قبل الوصول إلى مرحلة العقاب.

[1]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، دار النشر المعرفة، ج3، ط1، الرباط، ص 122-124.

وعليه، فإن جريمة إصدار الأسهم قبل التقييد تمثل إحدى الآليات الأساسية التي اعتمدها المشرع لضبط مرحلة تأسيس شركة المساهمة، غير أن فعاليتها تبقى رهينة بمدى التكامل بين التنظيم الوقائي والردع الجزائي، وهو ما يستدعي الانتقال إلى دراسة الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة باعتبارها صورة أخرى من صور الإخلال بشكليات التأسيس.

المطلب الثاني

الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة

تندرج الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة ضمن الجرائم التي تستهدف حماية الادخار العمومي وضمان صدق العمليات المالية المرتبطة بتأسيس شركة المساهمة، إذ يقوم التجريم في هذا المجال على منع كل سلوك من شأنه تضليل المكتتبين أو تقديم صورة غير حقيقية عن مدى سلامة تكوين رأس المال، وقد تدخل المشرع الجزائري من خلال النصوص الجزائية المنظمة لتأسيس الشركات لتجريم بعض الممارسات المرتبطة بالاكتتاب، خاصة تلك التي تتعلق بالتصريحات الكاذبة أو بالاكتتاب الصوري.

ويعكس هذا التجريم إدراك المشرع لخطورة مرحلة الاكتتاب باعتبارها اللحظة التي يتم فيها تجميع الموارد المالية اللازمة لقيام الشركة، حيث يعتمد المستثمرون على المعلومات المقدمة إليهم لتقدير جدوى المشروع الاقتصادي، ومن ثم فإن أي تلاعب في هذه المرحلة قد يؤدي إلى توجي الادخار نحو مشاريع غير جدية أو قائمة على معطيات مضللة، وهو ما يبرر إخضاعها لنظام جزائي خاص[1].

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة من خلال القيام بأفعال أو إصدار تصريحات تتعلق بالاكتتاب في الأسهم أو السندات بصورة مخالفة للقانون، ومن أبرز صور ذلك تقديم بيانات غير

[1]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص 198 .

صحيحة بشأن سلامة الاكتتابات أو بشأن إيداع الأموال الناتجة عنها. كما قد يتحقق السلوك الإجرامي في حالة اللجوء إلى اكتتابات صورية تهدف إلى إظهار أن رأس المال قد تم تغطيته بالكامل، رغم أن المبالغ المدفوعة لا تعكس الواقع.

وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن هذه الممارسات تمثل مساساً مباشراً بمبدأ صدق رأس المال، إذ تؤدي إلى خلق مركز مالي وهمي يمكن أن يؤثر في قرارات المستثمرين والدائنين على حد سواء. ويكفي لقيام الجريمة أن يكون السلوك من شأنه تضليل الغير، دون اشتراط تحقق ضرر فعلي، وهو ما يعكس الطابع الوقائي للتجريم في هذا المجال[1].

كما تشمل صور الركن المادي نشر معلومات مضللة عن نسبة الاكتتاب أو عن عدد المكتتبين أو عن قيمة المبالغ المحررة، سواء تم ذلك عبر الوثائق التأسيسية أو عبر وسائل الإعلان المختلفة. ويبرز ذلك أهمية الإثبات في الجرائم الاقتصادية التي تعتمد في الغالب على المستندات والمعاملات التجارية، حيث يمكن الاستناد إلى تقارير الخبراء أو الوثائق البنكية أو بطاقات الاكتتاب لإثبات وقوع المخالفة.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة

يتطلب قيام المسؤولية الجزائية في هذه الجريمة توافر القصد الجنائي، أي علم الجاني بعدم صحة البيانات المتعلقة بالاكتتاب واتجاه إرادته إلى تقديمها أو نشرها رغم ذلك، ويستفاد هذا العلم من طبيعة الدور الذي يضطلع به المؤسس أو المسير في عملية التأسيس، إذ يفترض فيه الإحاطة بالإجراءات القانونية والمالية المرتبطة بتكوين رأس المال.

وقد يتخذ القصد الجنائي صورة قصد خاص يتمثل في نية جذب المستثمرين أو إقناعهم بالمشاركة في مشروع اقتصادي لم يستوف شروطه القانونية، وهو ما قد يشكل ظرفاً مشدداً عند

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 398 .

تقدير العقوبة. ويبرز ذلك الطابع الجنائي للتجريم الذي يسعى إلى حماية الثقة في السوق المالية ومنع استغلال جهل بعض المستثمرين بالإجراءات التأسيسية[1].

الفرع الثالث

الأشخاص المسئولون والعقوبات

تمتد المسؤولية الجزائية في هذه الجريمة إلى المؤسسين وكل من شارك في إعداد أو نشر البيانات المتعلقة بالاكتتاب، كما قد تشمل المسيرين أو الوسطاء الماليين الذين يساهمون في تنظيم الاكتتاب أو الترويج له رغم علمهم بالمخالفة. ويعكس ذلك الطابع الجماعي للجريمة الاقتصادية التي قد تتوزع أفعالها بين عدة أشخاص.

أما العقوبات، فتتمثل عادة في الحبس والغرامة، وقد تقترن بعقوبات تكميلية تهدف إلى منع الجاني من ممارسة بعض الأنشطة المرتبطة بتسيير الشركات أو التوسط في عمليات التمويل. ويؤكد ذلك أن الهدف من التجريم لا يقتصر على معاقبة الفاعل، بل يمتد إلى حماية النظام العام الاقتصادي وتعزيز الثقة في الإطار القانوني المنظم لتأسيس الشركات.

وعليه، فإن الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة تمثل إحدى أهم صور الإخلال بشكليات تأسيس شركة المساهمة، إذ تجسد بوضوح تدخل المشرع الجزائي لضبط مرحلة تجميع رأس المال ومنع كل سلوك من شأنه المساس بسلامة العمليات المالية المرتبطة بها[2].

الفرع الرابع

صور تطبيقية للجريمة وآليات الإثبات

تتخذ الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة صوراً تطبيقية متعددة في الواقع العملي، وهو ما يعكس الطابع المعقد للجرائم الاقتصادية المرتبطة بتأسيس شركات الأموال، ومن أبرز هذه الصور قيام المؤسسين أو المتدخلين في عملية التأسيس بإعداد قوائم تتضمن أسماء مكتتبين وهميين أو تضخيم عدد الأسهم المكتتب فيها لإظهار أن رأس المال قد تم تغطيته

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 398

[2]- نفس المرجع، ص 399

بالكامل، رغم أن الاكتتاب الفعلي لا يحقق النسبة القانونية المطلوبة. ويؤدي هذا السلوك إلى خلق انطباع مضلل لدى المستثمرين حول جدية المشروع الاقتصادي وقابليته للاستمرار.

كما قد تتحقق الجريمة من خلال تقديم شهادات أو وثائق تثبت إيداع مبالغ مالية لدى مؤسسة مصرفية دون أن تكون هذه المبالغ قد دفعت فعلياً أو مع بقاء إمكانية سحبها بصورة فورية من قبل المؤسسين، وهو ما يؤدي إلى تقديم صورة مالية غير حقيقية عن الشركة قيد التأسيس، وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن هذا النوع من السلوك يمثل إحدى الوسائل الشائعة للتحايل على القواعد القانونية المنظمة للاكتتاب، لما ينطوي عليه من تضليل للسلطات المختصة وللمكتتبين على حد سواء.[1]

وتتعدد وسائل إثبات هذه الجريمة بالنظر إلى طبيعتها الاقتصادية، إذ يعتمد الإثبات أساساً على المستندات البنكية وتقارير الخبرة والوثائق التأسيسية وبطاقات الاكتتاب، إضافة إلى إمكانية الاستناد إلى القرائن المستمدة من سير عملية التأسيس، مثل التفاوت بين المبالغ المصرح بها وتلك المودعة فعلياً أو غياب آثار مالية حقيقية تدل على تحقق الاكتتاب. ويؤكد ذلك خصوصية الإثبات في الجرائم المالية التي تعتمد بدرجة كبيرة على التحليل المحاسبي والمالي للمعاملات.

ومن جهة أخرى، قد يتحقق السلوك الإجرامي من خلال نشر إعلانات أو بيانات دعائية تتضمن معلومات غير دقيقة بشأن مدى نجاح الاكتتاب أو بشأن الضمانات المالية المقدمة للمستثمرين، وهو ما يؤدي إلى التأثير في قرارات الادخار والاستثمار، ويبرز في هذه الحالة الدور الخطير لوسائل الإعلام والترويج المالي في توسيع نطاق الضرر المحتمل الناتج عن هذه الممارسات.

الفرع الخامس

التقييم الفقهي لفعالية التجريم

أثار تجريم الأفعال المرتبطة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة نقاشاً فقهياً حول مدى فعاليته في الحد من الممارسات الاحتيالية التي قد تشوب مرحلة تأسيس شركة المساهمة، فبينما يرى اتجاه أن النصوص الجزائية الحالية توفر حماية كافية للادخار العمومي من خلال تجريم التصريحات

[1]- أنظر: المادة 801 من ق ت ج.

الكاذبة والاكتتابات الصورية، يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة تعزيز الرقابة المسبقة على عمليات الاكتتاب من قبل السلطات المختصة، بما يقلل من الحاجة إلى التدخل الجزائي اللاحق.

كما يلاحظ بعض الفقه أن التطور الذي عرفته وسائل التمويل الحديثة، مثل الاكتتاب الإلكتروني أو اللجوء إلى وسطاء ماليين متعددين، قد يفرض إعادة النظر في نطاق التجريم التقليدي ليشمل صوراً جديدة من السلوك الاحتيالي، ويبرز من ذلك أن حماية الثقة في السوق المالية تقتضي تكاملاً بين النصوص الجزائية والإجراءات التنظيمية والإدارية.

ومن ناحية أخرى، يشير جانب من الفقه إلى أن فعالية التجريم ترتبط كذلك بسرعة تدخل القضاء الاقتصادي وكفاءة أجهزة الرقابة المالية في كشف المخالفات، إذ قد يؤدي التأخر في اكتشاف الاكتتابات الصورية إلى تفاقم الأضرار المالية وصعوبة إعادة التوازن إلى الوضعية القانونية للشركة، ويؤكد ذلك أن الردع الجزائي لا يحقق أهدافه إلا في إطار منظومة متكاملة تشمل الوقاية والرقابة والعقاب.

وعليه، فإن الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة تمثل إحدى أهم الآليات القانونية لضبط مرحلة تكوين رأس المال في شركة المساهمة، غير أن فعاليتها تبقى رهينة بمدى تكاملها مع التدابير الوقائية والتنظيمية التي تهدف إلى ضمان شفافية العمليات المالية وتعزيز الثقة في الإطار القانوني المنظم للنشاط الاقتصادي[1].

المطلب الثالث

جريمة المبالغة في تقدير الحصص العينية والمزايا الخاصة

تشكل جريمة المبالغة في تقدير الحصص العينية أو منح مزايا خاصة غير مبررة إحدى أهم الجرائم التي تستهدف حماية سلامة تكوين رأس مال شركة المساهمة وضمان صدق المعطيات المالية التي يعتمد عليها المكتتبون والدائنون في تعاملهم مع الشركة، فالحصة العينية بما تتميز به من صعوبة في التقييم وارتباطها بعناصر مادية أو معنوية قد تختلف قيمتها السوقية، تفتح المجال أمام إمكانية

[1]- أنظر: المادة 801 من ق ت ج.

تضخيم قيمتها بهدف الحصول على عدد أكبر من الأسهم أو تعزيز السيطرة داخل الشركة منذ مرحلة التأسيس.

وقد تدخل المشرع الجزائري لتجريم هذا السلوك بالنظر إلى ما ينطوي عليه من مساس مباشر بمبدأ المساواة بين المساهمين وبالثقة في السوق المالية، إذ يؤدي إدراج حصص مقدرة بقيمة مبالغ فيها إلى خلق رأس مال صوري لا يعكس الواقع الاقتصادي للشركة، ويبرز من ذلك أن التجريم في هذا المجال يقوم على فكرة حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضمان صحة البيانات المتعلقة بتكوين رأس المال.[1]

حيث أن الخطر المحتمل وقوعه في حالة سوء تقدير التقديمات العينية هو احتمال منح الشركة رأس مال غير مطابق للحقيقة في حالة تقديرها أكثر من قيمتها الحقيقية، من ثم يجب أن يقدر المال العيني من قبل المكتتب تقديرا حقيقيا، فلا ريب أنه من الصعب تحديد قيمة المحل التجاري أو براءة اختراع، غير أنه في مصلحة الغير أن يكون التقدير تقديرا صحيحا أي مطابقا للحقيقة نظرا لاعتبار رأس المال ضمانا في علاقة الشركة بالغير.

كما في مصلحة الشركاء الآخرين أن يتم التقدير بأحسن وجه، حيث أن توزيع الأسهم سيتم بحسب القيمة الممنوحة للمقدمات أي بصورة تناسبية للقيمة الممنوحة للأموال المقدمة ولهذا السبب فإن لقضاة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير حقيقة الأموال المقدمة عينا.[2]

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة من خلال القيام بتقدير الحصص العينية أو المزايا الخاصة بقيمة تفوق قيمتها الحقيقية بصورة جوهرية، سواء تم ذلك عبر تقديم بيانات غير دقيقة في الوثائق التأسيسية أو عبر التأثير في تقرير الخبير المكلف بالتقويم، وقد يتخذ هذا السلوك صوراً متعددة، من

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 412 .

[2]- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول المحل التجاري، عناصرها طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر توزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 167

بينها المبالغة في تقدير قيمة عقار أو مؤسسة تجارية أو حق معنوي يتم إدخاله ضمن موجودات الشركة.

كما قد يتحقق الركن المادي من خلال منح بعض المؤسسين أو المساهمين مزايا خاصة لا تتناسب مع قيمة الحصة المقدمة، مثل تخصيص عدد من الأسهم يفوق ما تبرره القيمة الاقتصادية الفعلية للحصة. ويؤدي هذا السلوك إلى الإخلال بالتوازن المالي داخل الشركة وإلى الإضرار بمصالح باقي المساهمين الذين يساهمون بحصص نقدية أو عينية مقدرة بصورة صحيحة.

ولا يشترط لقيام الجريمة تحقق ضرر فعلي للشركة أو للغير، إذ يكفي أن يكون السلوك من شأنه تقديم صورة مضللة عن رأس المال أو التأثير في قرارات الاستثمار، وهو ما يعكس الطابع الوقائي للتجريم في هذا المجال، وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن تضخيم قيمة الحصص يمثل أحد أخطر صور التحايل في مرحلة التأسيس، لما له من تأثير طويل المدى في استقرار الوضعية المالية للشركة.[1]

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة

نظم المشرع كغيره من التشريعات جريمة المبالغة في قيمة المساهمة بشكل مستقل عن جريمة النصب ضمن نصوص خاصة تقضي بان تتحقق الجريمة عندما يعمل شخص عن طريق الغش على تقييم حصة عينية بقيمة تفوق قيمتها الحقيقية، فلا بد من جهة أن يكون التقويم بقيمة ارفع من القيمة الحقيقة وأن يكون ذلك عن طريق الغش، وللتحقق من توافر الشرط الأول (الركن المادي) لا بد من معرفة القيمة الحقيقية أولا،ثم مقارنتها بالقيمة المسندة ضمن التقرير، يبد أن معرفة القيمة الحقيقية قد لا تكون مسألة بسيطة نظرا لتعدد المعايير التي يمكن اعتمادها.

يلزم التفريق بين التقويم الإيجابي والمغالاة في التقويم، فالتقويم الإيجابي يعني أن المساهم يطمح إلى تقدير مساهمته بأعلى قيمة ممكنة، فهو ليس متبرعا بل معاوض، أما عن المغالاة فيتسع الفارق بين القيمتين، ويكون الهدف هو إعطاء صورة جدية عن المركز المالي للشركة لا تتفق مع الحقيقة.

[1]-ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 413 .

أما الشرط الثاني، فهو يمثل الركن المعنوي الذي يلزم توفره لقيام هذه الجريمة، وهو يختلف حسب نوع الشركة، ففي شركة المساهمة لا بد من وجود غش يتمثل في القيام بأعمال تحيّليّة تستهدف مخادعة مراقب الحصص أو الخبير أو الشركاء، وقد ينعكس ذلك الغش كذلك في تدخل الغير بنية حسنة أو سيئة[1].

الفرع الثالث

الأشخاص المسئولون والعقوبات

تمتد المسؤولية الجزائية في هذه الجريمة إلى المؤسسين ومقدمي الحصص العينية وكل من شارك في عملية التقدير أو صادق عليها رغم علمه بالمخالفة، كما قد تشمل الخبراء في حالة ثبوت تواطؤهم أو إهمالهم الجسيم في أداء مهامهم. ويؤكد ذلك الطابع الجماعي للمسؤولية في الجرائم المرتبطة بتأسيس الشركات.

أما العقوبات، فتتمثل في الحبس والغرامة، وقد تقترن بعقوبات تكميلية مثل الحرمان من تولي مهام التسيير أو المنع من المشاركة في تأسيس شركات لفترة معينة، وهو ما يهدف إلى تحقيق الردع الخاص ومنع تكرار السلوك الإجرامي.

وعليه، فإن جريمة المبالغة في تقدير الحصص العينية والمزايا الخاصة تمثل إحدى أبرز صور الإخلال بالنظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، إذ تجسد تدخل المشرع لضمان صدق رأس المال وحماية التوازن المالي داخل الشركة منذ نشأتها.

الفرع الرابع

الآثار العملية للجريمة على استقرار رأس المال وتداول الأسهم

لا تقتصر خطورة المبالغة في تقدير الحصص العينية على مجرد الإخلال بالشكلية القانونية للتأسيس، بل تمتد آثارها إلى البنية المالية لشركة المساهمة وإلى استقرار تداول الأسهم داخل

[1]- محمد فال الحسن، المساهمات العينية في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر، الجزائر، 2021، ص ص 85-86

السوق. فإدراج حصص مقدرة بقيمة تفوق حقيقتها يؤدي إلى خلق رأس مال صوري يفتقر إلى الغطاء الاقتصادي الفعلي، وهو ما قد ينعكس سلباً على قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها تجاه الدائنين وعلى ثقة المستثمرين في عمليات التداول[1].

وتزداد هذه الخطورة عندما يتم السماح بتداول الأسهم المقابلة للحصص العينية قبل التأكد من صحة تقويمها واستقرار قيمتها، إذ قد يؤدي ذلك إلى انتقال هذه الأسهم بين عدة أطراف على أساس قيمة مبالغ فيها، مما يساهم في نشر اختلال مالية داخل السوق. وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن هذا السلوك قد يشكل امتداداً للجريمة الأصلية إذا ثبت أن التداول تم بقصد إخفاء المبالغة في التقدير أو توزيع آثارها على عدد أكبر من المتعاملين.

كما قد يترتب على هذه الجريمة إضعاف مركز الشركة في مواجهة الدائنين، باعتبار أن رأس المال المعلن عنه يمثل الضمان العام لهم. فإذا تبين لاحقاً أن جزءاً من هذا الرأس مال لا يستند إلى قيمة اقتصادية حقيقية، فإن ذلك قد يؤدي إلى اهتزاز الثقة في التعامل مع الشركة أو إلى تدخل القضاء لإعادة تقييم الحصص أو تحميل المسؤولية للأشخاص الذين ساهموا في تضخيم قيمتها.

ومن جهة أخرى، تؤثر المبالغة في التقدير في التوازن الداخلي بين المساهمين، إذ يحصل مقدم الحصة العينية على عدد من الأسهم يفوق ما تستحقه مساهمته الفعلية، مما يمنحه قوة تصويتية قد تمكنه من التأثير في القرارات الأساسية للشركة. ويبرز من ذلك أن الجريمة لا تمس فقط الجانب المالي، بل تمتد لتؤثر في البنية التنظيمية للشركة وفي مبدأ المساواة بين المساهمين.

الفرع الخامس

التقييم الفقهي لمدى كفاية الحماية الجزائية

أثار تجريم المبالغة في تقدير الحصص العينية نقاشاً فقهياً حول مدى كفاية النصوص الجزائية لضبط هذا السلوك في ظل التطور الذي يشهده النشاط الاقتصادي وتنوع صور الأصول التي يمكن تقديمها كحصص عينية، فبينما يرى اتجاه أن الاستعانة بخبراء وتقوية الرقابة الجماعية عبر

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 414 .

الجمعية العامة التأسيسية يوفران ضمانات كافية، يرى اتجاه آخر أن فعالية الحماية الجزائية تظل مرتبطة بمدى دقة المعايير المعتمدة في التقييم وبكفاءة أجهزة الرقابة المالية والقضائية[1].

كما يذهب بعض الفقه إلى ضرورة تشديد العقوبات في الحالات التي يترتب فيها عن المبالغة في التقدير انهيار الوضعية المالية للشركة أو إلحاق أضرار جسيمة بالمستثمرين، خاصة في ظل اتساع نطاق تداول الأسهم وارتفاع حجم المدخرات التي يمكن أن تتأثر بهذه الممارسات. ويبرز من ذلك أن حماية النظام العام الاقتصادي في مجال تأسيس الشركات تقتضي توازناً بين الردع الجزائي والتدابير الوقائية والتنظيمية.

وعليه، فإن جريمة المبالغة في تقدير الحصص العينية والمزايا الخاصة تمثل نموذجاً للتجريم الذي يستهدف حماية صدق رأس المال وضمان استقرار المعاملات المالية المرتبطة بشركة المساهمة، غير أن فعاليتها تبقى رهينة بمدى تكاملها مع آليات الرقابة الفنية والإدارية التي ترافق عملية التأسيس.

المطلب الرابع

الجريمة المتعلقة بإصدار وتداول الأسهم

تندرج الجريمة المتعلقة بإصدار وتداول الأسهم ضمن الجرائم التي تستهدف حماية النظام القانوني والاقتصادي الذي يحكم إنشاء شركة المساهمة، إذ يشكل تداول الأسهم وسيلة أساسية لتجسيد الطابع المالي لهذا النوع من الشركات، غير أن هذا التداول لا يمكن أن يتم بصورة مشروعة إلا بعد استيفاء مجموعة من الشروط الشكلية التي يفرضها المشرع لضمان صدق العمليات المالية المرتبطة بتكوين رأس المال.

وقد تدخل المشرع لتجريم بعض الأفعال المرتبطة بإصدار الأسهم أو تداولها في مرحلة التأسيس، خاصة تلك التي تتم قبل اكتمال الإجراءات القانونية أو بالمخالفة للضوابط التي تحكم الأسهم العينية أو الأسهم غير المحررة بالكامل. ويهدف هذا التجريم إلى منع خلق مراكز قانونية غير مستقرة أو تضليل المتعاملين في السوق بشأن الوضعية الحقيقية للشركة.[2]

[1]- أنظر: المادة 802 من ق ت ج.

[2]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 412 .

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة من خلال إصدار الأسهم أو تداولها في ظروف مخالفة للقانون، ومن أبرز صور ذلك تداول الأسهم العينية قبل انقضاء المدة التي يفرضها المشرع لبقائها اسمية، أو إصدار أسهم دون احترام قواعد تحرير رأس المال أو دون استيفاء إجراءات التأسيس النهائية. ويؤدي هذا السلوك إلى إدخال أوراق مالية إلى التداول دون أن تستند إلى وضعية قانونية ومالية مستقرة، وهو ما قد ينعكس سلباً على الثقة في السوق المالية.

كما قد يتحقق الركن المادي في حالة نقل ملكية الأسهم بوسائل غير مشروعة أو إجراء معاملات صورية بشأنها بهدف إخفاء المخالفات المرتبطة بعملية التأسيس، مثل المبالغة في تقدير الحصص أو عدم صحة الاكتتابات، وقد أبرز الفقه الجنائي للشركات أن هذا النوع من التداول يمثل امتداداً لسلسلة من الأفعال التي تهدف إلى إضفاء مظهر قانوني على وضعية مالية غير حقيقية.[1]

ولا يشترط لقيام الجريمة تحقق ضرر فعلي للمستثمرين، إذ يكفي أن يكون السلوك من شأنه تعريض الثقة في المعاملات الاقتصادية للخطر، وهو ما يعكس الطبيعة الوقائية للتجريم في هذا المجال.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة

يتطلب قيام المسؤولية الجزائية توافر القصد الجنائي، أي علم الجاني بعدم مشروعية إصدار الأسهم أو تداولها واتجاه إرادته إلى القيام بهذا السلوك رغم ذلك. ويستفاد هذا العلم من طبيعة الدور الذي يضطلع به المؤسس أو المسير أو الوسيط المالي، إذ يفترض في هؤلاء الإحاطة بالقواعد القانونية المنظمة للتأسيس والتداول.

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 413 .

وقد يتخذ القصد صورة قصد خاص يتمثل في نية تحقيق منفعة مالية أو إخفاء مخالفات سابقة تتعلق بتكوين رأس المال، وهو ما يعكس الترابط بين هذه الجريمة وغيرها من الجرائم المرتبطة بمرحلة التأسيس.

الفرع الثالث

الأشخاص المسؤولون والعقوبات

تمتد المسؤولية الجزائية إلى المؤسسين والمسيرين وكل من شارك في إصدار الأسهم أو تداولها بصورة غير قانونية، كما قد تشمل الوسطاء الماليين أو المهنيين الذين يتدخلون في نقل ملكية الأسهم أو الترويج لها رغم علمهم بالمخالفة، ويعكس ذلك الطابع الجماعي للجرائم الاقتصادية التي تتوزع فيها الأدوار بين عدة فاعلين.

أما العقوبات، فتتمثل في الحبس والغرامة، وقد تقترن بعقوبات تكميلية مثل المنع من ممارسة الأنشطة التجارية أو من تولي مهام التسيير داخل الشركات، وهو ما يهدف إلى تحقيق الردع ومنع تكرار السلوك الإجرامي.

الفرع الرابع

التقييم الفقهي للجريمة

يرى جانب من الفقه أن تجريم إصدار وتداول الأسهم بصورة مخالفة للقانون يمثل ضمانة أساسية لاستقرار السوق المالية، غير أن فعالية هذا التجريم تبقى مرتبطة بمدى وضوح القواعد المنظمة للتداول وبكفاءة أجهزة الرقابة المالية والقضائية في كشف المخالفات. كما يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة تطوير التشريع لمواكبة التحولات التي يعرفها تداول الأوراق المالية، خاصة مع تزايد الاعتماد على الوسائل الإلكترونية والوسطاء المتخصصين[1].

وعليه، فإن الجريمة المتعلقة بإصدار وتداول الأسهم تجسد تدخل المشرع لضبط المرحلة النهائية من مسار تأسيس شركة المساهمة، حيث يتم الانتقال من تكوين رأس المال إلى إدخال الأسهم في دائرة التداول، وهو ما يستوجب ضمان احترام القواعد القانونية التي تحكم هذه العملية حمايةً للنظام العام الاقتصادي.

[1]- ابن خدّة رضى، مرجع سابق، ص 413.

خلاصة الفصل:

يظهر من خلال تحليل القواعد الشكلية والجزاءات الجزائية المرتبطة بتأسيس شركة المساهمة أن المشرع الجزائري حرص على إحاطة هذه المرحلة بنظام قانوني دقيق يهدف إلى ضمان سلامة تكوين رأس المال وتعزيز الثقة في المعاملات الاقتصادية، فقد شكلت الشكليات المفروضة على إعداد القانون الأساسي وتنظيم الاكتتاب وتقويم الحصص العينية واستدعاء الجمعية العامة التأسيسية إطاراً وقائياً يسعى إلى منع وقوع الاختلال المالية والتنظيمية منذ نشأة الشركة.

وفي المقابل، عزز المشرع هذا التنظيم الوقائي بمنظومة جزائية تستهدف ردع الأفعال التي تمس بصدق رأس المال أو تؤدي إلى تضليل المكتتبين، مثل إصدار الأسهم قبل التقييد في السجل التجاري أو تقديم بيانات غير صحيحة بشأن الاكتتاب أو المبالغة في تقدير الحصص العينية أو تداول الأسهم بالمخالفة للقواعد القانونية، ويعكس هذا التوجه تكريس فكرة هيمنة النظام في تأسيس شركة المساهمة من خلال تحقيق التكامل بين التنظيم الشكلي والردع الجزائي.

خاتمة

تشكل شركات المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال ونظرا للأهمية البالغة لها في المجال الاقتصادي، فقد أحاطها المشرع ببناء قانوني خاص، سواء بالنظر إلى القواعد المتعلقة بالتسيير أو تلك المرتبطة برأس المال، وبالنظر إلى خصوصية شركة المساهمة من حيث إجراءات التأسيس، فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوطنية لم يترك للمؤسسين الحرية في مباشرة أعمال التأسيس على خلاف ما ذهب إليه أثناء تنظيمه لشركة المساهمة البسيطة، حيث يلاحَظ أن معظم قواعدها تقوم على الحرية التعاقدية للشركاء في صياغة النظام الأساسي للشركة، وبالتالي أصبح هذا الشكل إجراء يشكّل النموذج الأمثل، والإطار القانوني للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وعليه فإن قواعد الحوكمة تدفعنا إلى المطالبة بضرورة مراجعة الأحكام المتعلقة بتأسيس شركة المساهمة، و إضفاء نوع من المرونة –أي الانتقال من مرحلة التقييد إلى الحرية النسبية– في تنظيم حياة الشركة، تماشيا مع ما ذهب إليه أغلبية الفقه، كون أن المظهر المؤسساتي والمظهر العقدي يتعايشان في قانون الشركات، فالشركة تنتهي بانصرام الأجل الذي يحدده العقد أو إلغاء هذا الأخير عن طريق الحل السابق لأوانه الذي يقرّره الشركاء أو غيرهم، والشركة مؤسسة لا تعيش دائما بالعقد الذي أنشأها بل يمكن أن يتم تعديل العقد المؤسس ليس مباشرة من طرف الشركاء المتعاقدين، وإنّما أيضاً من قبل الهيئات التنظيمية –أي الجمعية العامة–، ثم إن هذا التعديل يقتضي إجماع المساهمين إذا كان يترتب على زيادة التزاماتهم.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصادر

أ/– القوانين:

المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم: 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات ج.ر، العدد 80 المؤرخة في 1995/12/24.

القوانين العادية

2. القانون رقم: 83-01 المؤرخ في 1983/01/29 والقانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 1988/05/03 والقانون رقم: 89-01 المؤرخ في: 1989/02/07، والقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2005/07/20 والقانون رقم: 07-05، المؤرخ في: 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة بتاريخ: 2007/05/06

3. القانون رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/06، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-59 المؤرخ بتاريخ: 1975/09/26 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 11، المؤرخة بتاريخ: 2005/02/09.

الأوامر:

4. الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، العدل والمتمم، القانون رقم: 83-01 المؤرخ في 1983/01/29 والقانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 1988/05/03 والقانون رقم: 89-01 المؤرخ في: 1989/02/07، والقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2005/07/20 والقانون رقم: 07-05، المؤرخ في: 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة بتاريخ: 2007/05/06

5. الأمر رقم: 75-59 المؤرخ بتاريخ 1975/09/29 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد1، المؤرخة بتاريخ 2005/02/09.

ثانيا: المراجع

أ/- الكتب

6. ابن خدّة رضى، مسؤولية في القانون الجنائي للشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2012.

7. د.أبوزيد رضوان، شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

8. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، دار النشر المعرفة، الجزء الثالث، ط1، الرباط.

9. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

10. أيمن سعد، مصادر الالتزام - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري ومشروع مقترح للقانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

11. بلحاج العربي، شركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

12. جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية، دار النهضة العربية، الأردن، 2019.

13. حماد مصطفى عزب، النظام القانوني لتصرفات شركة المساهمة تحت التأسيس –دراسة مقارنة–، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1997.

14. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2001.

15. رأفت مُحَمَّد حماد، محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج2، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997.

16. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 1، 2007.

17. عبدا لرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.

18. عدنان ابراهيم سرحان ونوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2008.

19. عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية_ التاجر_الشركات التجارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2018.

20. ـــــ، الوجيز في شرح القانون التجاري، دارا لمعرفة، الجزائر، 2009.

21. ـــــ، شرح القانون التجاري الجزائري (الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2017.

22. عمر القاسمي، الزيد في مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، شرح القانون المدني العراقي، جامعة بابل، كلية الحقوق، العراق، 2015.

23. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الشركات التجارية، دار الإخلاص والصواب، الجزائر، 2012.

24. ـــــ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول المحل التجاري، عناصرها طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر توزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001.

25. فريدة العريني، شركات التجارية (الأحكام العامة_شركات الأشخاص _شركات الأموال)، دار الجامعة العربية، القاهرة، مصر، 1964.

26. مُحَمَّد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري –النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، ج1، ط2، الجزائر، 2004.

27. مُحَمَّد صلح بك، شركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن ومشروع قانون الشركات، جامعة فؤاد الأول، ط1، القاهرة، 1949.

28. مُحَمَّد فال الحسن، المساهمات العينية في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر، الجزائر، 2021.

29. د.محمود سمير الشرقاوى، الشركات التجارية والقانون المصري والمقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

30. مراد منير فهيم، نحو قانون الواحد الشركات، منشأ المعارف الإسكندرية، مصر، 2006.

31. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.

32. نادية فوضيل، الشركات التجارية في القانون الجزائري (الأحكام العامة- شركة المساهمة – الشركة ذات المسؤولية المحدودة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012.

33. ـــــ، شركة المساهمة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012.

34. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، ج2، بيروت، 1999.

35. هاني صلاح الدين، النظام القانوني لشركة المساهمة في القانون المصري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

36. يوسف باجة، ملخص كتاب: دروس في القانون المدني مصادر الالتزامات للدكتور عبد الحق صافي، دار اليقين، ط 2، بيروت، 2004.

ب/- رسائل الماجستير:

37. د.إياد إبراهيم مُحَمَّد، الاشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

38. مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية اثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة 4 وهران، احمد بن بلة، 2015.

ج/- المجلات:

39. أمينة مصطفاوي، الضمانات المرتبطة بالحصص العينية المقدمة كمساهمة في رأسمال شكة المساهمة في طور التأسيس، مجلة المؤسسة والتجارة، المجلد 01، العدد01، الجزائر، 2012.

40. بن اعراب مُحَمَّد، صلاحيات الجمعية التأسيسية في شركة المساهمة، مجلة المؤسسة والتجارة، العدد 08، الجزائر، 2012.

41. بن الذيب حمزة، ساعد العقون، "تأثير الشخصية المعنوية للشركة على المسؤولية المدنية للمؤسسين في فترة التأسيس"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد2، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، 2021.

42. د.مصطفى كمال وصفى، بطلان شركات المساهمة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، 1961.

فهرس المحتويات

شكر وعرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**1**
الفصل الأول: إنكار الطابع العقدي على المرحلة السابقة لتأسيس شركة المساهمة	
المبحث الأول: تأثير الطابع المؤسساتي على الشركة في مرحلة التأسيس	**7**
المطلب الأول: طبيعة وحكم التصرفات التي تبرم لحساب الشركة	**7**
الفرع الأول: بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود (الالتزامات التعاقدية)	**9**
الفرع الثاني: مدى التزام الشركة بالالتزامات التقصيرية	**10**
المطلب الثاني: تحديد الأشخاص المسئولين عن التصرفات المتخذة باسم الشركة	**14**
الفرع الأول: على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير	**15**
الفرع الثاني: على أساس الفضالة	**27**
الفرع الثالث: المؤسس ممثل للشركة تحت التأسيس كشخص معنوي	**28**
المبحث الثاني: حكم الأعمال والعقود الناجمة في حالة تأسيس الشركة بصفة قانونية	**30**
المطلب الأول: قبول الشركة للتصرفات المتخذة من قبل مؤسسيها	**30**
الفرع الأول: التزام الشركة بالتعهدات التي تمت باسمها وحسابها	**31**
الفرع الثاني: إبراء مسؤولية المؤسسين بسبب قيام مسؤولية الشركة	**32**
المطلب الثاني: عدم قبول التصرفات بعد تأسيس الشركة	**36**
الفرع الأول: عدم انتقال التصرفات إلى الشركة كشخص معنوي	**37**
الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة بالنسبة للأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة	**38**
خلاصة الفصل	**40**
الفصل الثاني: تجسيد فكرة النظام بمناسبة تأسيس شركة المساهمة	
المبحث الأول: الشكلية في عملية التأسيس	**44**
المطلب الأول: بالنسبة للشركات التي تلجأ للادخار العلني من عدمه	**45**
الفرع الأول: إعداد مشروع القانون الأساسي	**45**
الفرع الثاني: إعلان الاكتتاب وكيفية إثباته	**46**

الفرع الثالث: التمييز بين إعلان الاكتتاب وبطاقة الاكتتاب	**49**
المطلب الثاني: تقويم الحصص العينية	**50**
الفرع الأول: ضمانات تقويم الحصص العينية	**52**
الفرع الثاني: أثر مخالفة عملية التقويم	**54**
المطلب الثالث: استدعاء الجمعية العامة التأسيسية	**56**
الفرع الأول: تعريف الجمعية العامة التأسيسية	**58**
الفرع الثاني: اختصاصات الجمعية العامة التأسيسية	**59**
الفرع الثالث: صلاحيات الجمعية العامة التأسيسية	**60**
المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية بمناسبة مخالفة شكليات تأسيس شركة المساهمة	**64**
المطلب الأول: الجريمة المتعلقة بإصدار الأسهم قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري	**67**
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة	**68**
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة	**69**
الفرع الثالث: الأشخاص المسؤولون جزائياً عن الجريمة	**69**
الفرع الرابع: العقوبات المقررة للجريمة	**71**
الفرع الخامس: تقييم فقهي للجريمة	**71**
المطلب الثاني: الجريمة المتعلقة بالاكتتاب في الأسهم وسندات الشركة	**72**
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة	**72**
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة	**73**
الفرع الثالث: الأشخاص المسئولون والعقوبات	**74**
الفرع الرابع: صور تطبيقية للجريمة وآليات الإثبات	**74**
الفرع الخامس: التقييم الفقهي لفعالية التجريم	**75**
المطلب الثالث: جريمة المبالغة في تقدير الحصص العينية والمزايا الخاصة	**76**
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة	**77**
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة	**78**
الفرع الثالث: الأشخاص المسئولون والعقوبات	**79**
الفرع الرابع: الآثار العملية للجريمة على استقرار رأس المال وتداول الأسهم	**79**

الفرع الخامس: التقييم الفقهي لمدى كفاية الحماية الجزائية	**80**
المطلب الرابع: الجريمة المتعلقة بإصدار وتداول الأسهم	**81**
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة	**82**
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة	**82**
الفرع الثالث: الأشخاص المسؤولون والعقوبات	**83**
الفرع الرابع: التقييم الفقهي للجريمة	**83**
خلاصة الفصل	**84**
خاتمة	**86**
قائمة المصادر والمراجع	**88**
فهرس المحتويات	**90**
ملخص	

ملخص:

تتميز شركات المساهمة كأحد أهم أشكال الأموال بنظام معقد، على خلاف شركة المساهمة البسيطة التي تتميز بالمرونة، ويظهر تميز إلى شركة المساهمة بالنظر إلى مراحل تأسيسها، سواء من خلال مرحلة ما قبل القيد أو ما يطلق عليها بمرحلة الشركة في فترة التأسيس أو المرحلة اللاحقة إلى غاية عملية النشر والشهر، وبسبب تراجع فكرة العقد خاصة في مرحلة التكوين أو بمناسبة مباشرة إجراءات التأسيس، يظهر دور النظرية المؤسساتية في تنظيم الإجراءات سواء بالنسبة للشركات التي تلجأ للادخار العلني أو تلك التي لا تلجأ للادخار (الادخار المغلق).

وعليه فإن التساؤل يطرح حول مظاهر تطبيق فكرة النظام على مراحل تأسيس شركة المساهمة.

كلمات مفتاحية:

شركة المساهمة، النظام، مرحلة قيد التأسيس، المسؤولية الجزائية

Abstract :

Joint-stock companies, as one of the most important forms of capital, are characterized by a complex system, unlike simple joint-stock companies, which are characterized by flexibility. The distinctiveness of a joint-stock company is evident in its various stages of establishment, from the pre-registration phase (the company's formation period) to the subsequent phase leading up to publication and registration. Due to the diminishing role of the contract, particularly during the formation phase or when initiating the incorporation procedures, the role of institutional theory becomes apparent in regulating these procedures, whether for companies that utilize public savings or those that do not (closed savings).

Therefore, the question arises as to how the concept of a system is applied to the stages of establishing a joint-stock company.

Keywords: Joint-stock company, Regulations, Incorporation stage, Criminal liability