الجمهورية الجزائرية الدمقراطية الشعبية
وزارة التعلبم العالي والبحث العلمي

جامعة أبوبكر بلقايد
تلمسان-الجزائر

UNIVERSITE ABOU BEKR BELKAID
TLEMCEN-ALGERIE

كلية الحقوق

أحكام التضامن
في مواد القانون التجاري

مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص

من اعداد الطالبة

زكري
إيمان

تحت إشراف

د.بوعزة ديدن

أعضاء لجنة المناقشة

-أ د. دنوني هجيرة: أستاذة التعليم العالي بجامعة تلمسان..... رئيسة.

-د. بوعزة ديدن: أستاذ محاضر بجامعة تلمسان .....مشرفا ومقررا.

-أ د. بموسات عبد الوهاب: أستاذ التعليم العالي بجامعة سيدي بلعباس.مناقشا.

-د. رايس محمد: أستاذ محاضر بجامعة تلمسان.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2006-2007

قال الله تعالى:

بسم الله الرحمان الرحيم

ۖۖۖ*ربنا آتنا من لدنك رحمة
وهيئ لنا من أمرنا رشدا *

صدق الله العظيم

تشـــــكـــــرات

- الحمد والشكر لله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأصحاب الفضل على هذا العمل وأولهم الأستاذ المشرف الدكتور ّبوعزة ديدنّ الذي لم يبخل علينا بجهده ونصائحه وتوجيهاته القيمة والسديدة .
- كما لا يفوتني أن أتقدم بشكري الخالص للسادة أعضاء لجنة المناقشة لتشريفهم بقبول مناقشة هذا العمل المتواضع.
- أتوجه بأسمى عبارات الشكر لكل أساتذة كلية الحقوق بجامعة تلمسان وجامعة سعيدة، وكل أستاذ أمدني بيد المساعدة ورافقني منذ بداية مشواري الدراسي.
- أتقدم بنفس الشكر والامتنان لكل أفراد عائلتي الكريمة كبيرا وصغيرا، وخاصة من شجعني وحفزني منهم لإتمام هذا العمل.
- أشكر كل من تقاسمت معهم مقاعد الدراسة بدءا من المرحلة الابتدائية ووصولا إلى مرحلة ما بعد التدرج.
- أتوجه بالشكر الخالص لكل عمال وأمناء مكتبة الحقوق والمكتبة المركزية بجامعة تلمسان.
- كما لا أنسى كل من ساهم في انجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

شكرا

زكـــــري إيـــــمان

إهـــــداء

إلى من منحني نعمة الحياة من بعد الله تعالى
وأمدني بكل القوة والعزم و المساعدة والحماية،
إليك وحدك أصدق الشكر والامتنان:

أعظم أب في الوجود.

إلى من أعانتني بحبها ونصائحها وأنارت لي دربي
بدعمها المعنوي:

أمي الغالية.

إلى شقيقتاي الغاليتين:

زهرة وهاجر.

إلى جدتي وجدي العزيزين:

زهرة وإدريس.

إلى روح جدتاي وجدي:

خديجة و الياقوت وعبد الرحمن رحمهم الله.

زكري إيمان.

المقدمة

يعتمد النشاط التجاري على تكتيل الجهود والأموال للنهوض بالتجارة وازدهارها، مما يتعذر على الأشخاص القيام بها فرادى لاعتبارات مادية ونفسية، فلا بد من اتحاد الإرادات لإنجاح المشاريع التجارية والاقتصادية، فتظهر مصالح مشتركة تربط تلك الإرادات، وإضافة للاشتراك في المصالح والحقوق هناك اشتراك في الالتزامات والواجبات الناتجة عن العمل المشترك.

ويمثل هذا الاتحاد في الحقوق والواجبات مبدأ قانوني يسمى بالتضامن الذي يعرف لغة بأنه : ارتباط غير قابل للتوزيع أو مسؤولية بالتكافل، أما التضامن مع الغير فيعني التأييد والمشاركة أي اتحاد قوم واتفاقهم على أمر معين، مثل "تضامن العمال للدفاع عن حقوقهم" وهناك التضامن الاتفاقي أي التعاون والعمل الجماعي أو التضامن المهني[1].

أما اصطلاحا: فيمكن القول بأنه ارتباط متبادل لمصير كل أفراد المجتمع مما يتولد لدى الجميع شعور بضرورة مساعدة الآخرين، فالمصاعب التي تواجه أحدهم تطال الجماعة ككل .

ويطلق على كلمة تضامن باللغة الفرنسية solidarité و المشتقة من solidus وهي كلمة لاتينية معناها solide أي صلب أو متماسك.

ويرى العالم الاجتماعي "إميل دوركايم" أن التضامن عبارة عن وضع اجتماعي فطري وهو ليس نتيجة لعمل أخلاقي فردي، كما اعتبر أن للتضامن عدة أشكال، فقد يكون مبنيا على تشابه في الأشخاص داخل المجتمعات التقليدية، كما قد يكون مبنيا على ترابط المجتمعات العصرية القائمة على تقسيم العمل والنزعة الفردية.

وهناك الكثير من المنظمات القائمة على خاصية التضامن مثل النقابات والمنظمات غير الحكومية وشركات التأمين، وأصبح التضامن مصطلحا متداولا في عصرنا بالنسبة لكل المجالات وخاصة في القانون الدولي العام وحقوق الإنسان تحت تسمية التضامن الدولي[2].

---

[1] - المنجد في اللغة العربية المعاصرة ، دار المشرق العربي، الطبعة الثانية، 2001، ص 890.

[2] -- على الموقع الالكتروني www. Wikipedia .com

ترتبط فكرة التضامن القانوني بالتضامن الاجتماعي القائم على أساس وجود روابط اجتماعية داخل مجتمع يتعايش فيه الأفراد مما يجعل مصالحهم مشتركة، فينشأ لدى كل فرد التزام معنوي بضرورة مساعدة ومؤازرة الأفراد الآخرين، رغم كون الفرد جزء من الجماعة فإنه يشارك في الأعباء الاجتماعية، ويعمل على صيانة مصالح الجماعة دون تفضيل لمصلحة على أخرى، فيقوم عنصر الإلزام الذي يحول دون قيام الفرد بالتحلل من حق المجتمع عليه، فننتقل هنا من تضامن تلقائي فطري لتضامن قانوني[1].

ويعرف التضامن قانونا بأنه: التزام قانوني يحق بموجبه لأحد الدائنين المطالبة بكامل الدين ويكون بموجبه أحد المدينين ملزما بدفع الدين كاملا، كما يمنح لأحد الدائنين المتضامنين حق مطالبة المدين بكل مبلغ الدين.

يعود أصل كلمة تضامن في الأساس لمبدأ قانوني تضمنه تقنين جوستنيان، حيث ارتبط مفهومه باتحاد المدينين تجاه الدائن الذي يكون من حقه مواجهة أحد المدينين بالالتزام ككل فتكون مسؤولية هذا الأخير تامة كاملة في مواجهة الدائن.

فإن أول ظهور للتضامن كان سلبيا بين المدينين في قانون جوستنيان، بعد أن تبلور في ظل الجماعة البشرية من خلال التضامن التلقائي الطبيعي بين أفراد المجتمع، ثم تأكد مبدأ عدم افتراض التضامن المدني بعد فترة زمنية في معظم التشريعات التي اعتمدت على تقنين جوستنيان، فلا تضامن في القواعد العامة إلا بنص قانوني أو باتفاق على وجوده.

أما بالنسبة للمسائل التجارية فقد خضعت لقاعدة افتراض التضامن حيث لم يتوقف وجود التضامن التجاري على نص قانوني ولا على إرادة المتعاقدين، وبقي الأمر كذلك إلى أن ظهرت صعوبات في تطبيق هذا الافتراض نتيجة لعدم استناده إلى قانون أو اتفاق، الأمر الذي دفع القضاء الفرنسي إلى الإقرار بتلك القاعدة محاولا تجنب صعوبات إعمالها، فصدر قرار عن غرفة العرائض في 20 أكتوبر 1920 مفاده :" يعد التضامن التجاري مفترضا طبقا لقاعدة عرفية سابقة لتدوين القانون التجاري".

وواصلت المحاكم التجارية العمل بالتضامن التجاري المفترض،الذي فسره بعض الفقه التجاري الفرنسي مثل نيبوايي و بوتيي بأنه نتيجة منطقية لارتباط مصلحة الدائن بمصلحة المدين[2].

أما القانون الجزائري فقد نص على مبدأ عدم افتراض التضامن في القانون المدني بالنسبة للتصرفات المدنية، على عكس التضامن التجاري الذي لم يأت النص على ضرورة وجود اتفاق أو نص قانوني يقره، مما يدل أنه بقي خاضعا للعرف الذي يقضي بافتراضه.

---

[1] على الموقع الالكتروني - www.memo.fr

[2] - Paul Didier , droit commercial , introduction, les entreprises, Themis droit , presses universsitaires de France, 1ere edition, 1970 p19-20.

فعلى ضوء هذه الأفكار نرى بأن التضامن ليس حكرا على التصرفات المدنية، بل يجد مجالا للتطبيق في المسائل التجارية بحكم أنه لا يعتمد في ظهوره على طبيعة المعاملة إنما يعود أساس وجوده لوحدة محل الحق أو الالتزام ولوجود روابط متعددة.

إن مبدأ عدم افتراض التضامن المدني يعود لاعتبار التضامن عبء يضاعف شدة الالتزام، حيث يجعل المدين مجبرا على تسديد دين تسأل عنه مجموعة من الأشخاص دون أن يكون له حق في تقسيم الدين أو معارضة الدفع، كما يسهل من جهة أخرى للدائنين المتضامنين استيفاء حقوقهم عن طريق مطالبة أحدهم بكل مبلغ الدين من المدين، ورغم ما يمثله هذا الحكم من خطورة وقسوة إلا أنه حكم مفترض وجوده في القانون التجاري سواء بالنسبة للمدينين أو الدائنين اعتمادا على قاعدة عرفية تستند على المصلحة المشتركة للمتعاقدين.

يعتبر التضامن التجاري من أهم الآليات التي تكفل وجود دعائم القانون التجاري المتمثلة في ضرورة دعم الثقة و الائتمان التجاري، كما يعتبره الفقهاء أهم العناصر المميزة بين العمل المدني والعمل التجاري نظرا لافتراضه.

ويزداد الأمر أهمية عندما ينص القانون على التضامن التجاري، فافتراضه لم يغن المشرع عن إقراره بصفة صريحة عن طريق نصوص متناثرة في القانون التجاري حماية للمتعاملين في الأعمال التجارية.

فعند استقرائنا للقانون التجاري نعثر على معظم صور التضامن التجاري في الشركات التجارية، نظرا لأنها تضم مجموعة من الشركاء فتتعدد الروابط حيث تظهر من جهة علاقة الشركاء فيما بينهم و علاقتهم بالشركة من جهة أخرى.

وتلعب قاعدة التضامن دورا مهما في شركات الأشخاص بحكم تغلب الاعتبار الشخصي على الاعتبار العيني فيها، وذلك أثناء تأسيسها وحتى في مرحلة سير نشاطها، فيسأل الشركاء المتعاقدين باسمها مسؤولية تضامنية عن الالتزامات الناشئة عن تلك العقود، نظرا لارتباط التضامن بالاعتبار الشخصي للشركاء.

تعد شركة التضامن أهم وأبرز شركات الأشخاص باعتبارها أقدم شركة تجارية حيث ظهرت في القانون الروماني ثم اكتسبت خصائص مميزة في العصور الوسطى اثر التقدم الذي عرفته التجارة أنداك، وأصبحت أكثر الشركات التجارية شيوعا في الحياة العملية لأنها غالبا ما تعتمد في تأسيسها على أفراد أسرة واحدة فضلا عن سهولة إجراءات تأسيسها.

ويبرز دور التضامن في حماية الائتمان عند إخضاع الشركاء في شركة المساهمة والتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة لقاعدة التضامن رغم تغلب الطابع المالي على الطابع الشخصي فيها، ورغم اعتبار التضامن حكما ملازما لشخصية الشركاء.

لم تستثن شركات الأموال من تطبيق قاعدة التضامن، حيث يسأل الشركاء فيها مسؤولية تضامنية في حالات محددة على سبيل الحصر تطبيقا لنصوص صريحة أتى بها المشرع حماية للغير حسن النية.

وإن تضامن الشركاء في شركات الأموال والشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يجعل هذه الشركات تتحول إلى شركات أشخاص، ذلك أن إقرار تضامن الشركاء فيها راجع لتغلب الاعتبار الشخصي على الاعتبار المالي في بعض الحالات التي أشار إليها المشرع في القانون التجاري.

و لم يسلم مسيري ومدراء ومراقبي الشركات التجارية من قاعدة التضامن عند إصدارهم لقرارات مشتركة تسبب أضرارا للشركاء و/أو للغير،و مخالفتهم للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكم الشركات التجارية.

كما وضع المشرع على عاتق المسيرين المسؤولية التضامنية عن ديون الشركة المفلسة في حالة تسببهم في إفلاسها، وتشمل هذه المسؤولية الديون الضريبية غير المسددة من الشركة سواء في حالة يسرها أو أثناء عجزها عن تسديد ديونها.

لا تمثل الشركات التجارية العمل التجاري الوحيد الذي يتعدد فيه الملتزمون بدين مشترك بل هناك عدة التزامات أخرى من بينها الأوراق التجارية التي تقوم بوظائف اقتصادية على جانب كبير من الأهمية من الناحية العملية، فإلى جانب تنفيذ وظيفتها التقليدية في تنفيذ عقد الصرف، هي أداة وفاء في المعاملات شأنها في ذلك شأن النقود، كما أنها أداة ائتمان عند تضمنها أجلا للوفاء بقيمتها، ولكي تقوم الأوراق التجارية بهذا الدور لا بد أن يطمئن حاملها إلى الحق الذي تتضمنه بحيث يثق في الحصول على قيمة الورقة عند ميعاد استحقاقه، وقد تكرس ذلك في قانون الصرف بإعطاء حامل الورقة ضمانا يؤكد حقه في الحصول على قيمة الورقة، والمتمثل في التضامن الصرفي الذي يعد أهم الضمانات التي تعمل على تقوية الائتمان الذي يجب أن تتمتع به الورقة التجارية،لذلك قد خصها المشرع بتضامن قانوني فجعل كل الموقعين عليها ملتزمين بالتضامن تجاه حاملها، مع اختلاف درجة ذلك التضامن من موقع لآخر ومن ورقة لأخرى.

إلى جانب الأوراق التجارية هناك العقود التجارية التي يخضع فيها المتعاقدين في حالة وجود التزام مشترك لقاعدة التضامن، فإن أول ما ظهر التضامن التجاري كان مفترضا في بعض العقود التجارية ثم اتسع مجال افتراضه ليشمل كل العقود دون استثناء إلا أن افتراضه لم يمنع المشرع أن يقر به صراحة بالنسبة لبعض العقود التجارية مبينا حدوده و إجراءاته.

إن تدخل المشرع بفرض التضامن عن طريق نصوص صريحة جعل الالتزام التجاري مضاعفا على عاتق المدين، حيث حرص المشرع على حماية الدائن مانح الائتمان للمدينين المتعددين في حالة يسرهم أو بعد إفلاسهم أو عجز أحدهم عن الوفاء بحصة الدائن الذي يلجأ لرفع دعوى على أحد المدينين مطالبا إياه بكل مبلغ الدين دون أن يكون لهذا الأخير أن يتمسك بدفع بالتقسيم أو بالتجريد.

وقد جعل المشرع المدينين متضامنين دون الدائنين حيث أننا لا نعثر في القانون التجاري على نص صريح حول تضامن الدائنين، الأمر الذي يجعل تضامنهم خاضعا لقاعدة افتراض التضامن التجاري.

إن مبدأ عدم افتراض التضامن المدني و ضرورة النص أو الاتفاق على وجوده قد يجعله مشابها للتضامن الذي أقر به المشرع في القانون التجاري مخالفا بذلك القاعدة العامة التي تقضي بافتراضه، فإنه رغم تشابه التضامن المدني والتضامن التجاري من حيث المصدر و رغم خضوعهما لنفس الأسس والأحكام، إلا أنهما يبتعدان كل البعد من حيث آثار كل منهما، وان أهم ما يميز التضامن التجاري هو اهتمام المشرع به من خلال إحاطته ببعض الامتيازات الموضوعية والإجرائية ليصبح أبلغ الضمانات التجارية المخولة للدائن.

إن افتراض التضامن في العمل التجاري يحتم الرجوع لتطبيق القواعد العامة عند إعماله، لكن إقراره في القانون التجاري يجعل مسألة الرجوع لتطبيق القواعد العامة أمر صعب ومستبعد وهذا ما ينبئنا بتمتع التضامن التجاري بخصوصيات تميزه عن التضامن في القواعد العامة.

وتبرز أهمية الموضوع في اتساع نطاقه الذي يمتد لمعظم مواضيع القانون التجاري، فضلا عن محاولتنا مسايرة فكر المشرع عند إقراره بتضامن المدينين في بعض الالتزامات التجارية، رغم مخالفته للقاعدة العامة التي تقضي بافتراضه.

فسوف نركز في دراستنا على استخراج صور التضامن الذي تختلف خصائصه باختلاف نوع الالتزام التجاري المشترك، فتضامن الشركاء ليس كتضامن المسيرين أو تضامن المفلسين، إضافة لاستقلال التضامن الصرفي بخصائصه ومميزاته.

هذا ما شجعنا لدراسة هدا الموضوع محاولين إثراءه رغم الصعوبات التي واجهتنا والمتمثلة في تناثر المواد المتعلقة بتضامن المدينين في القانون التجاري،إضافة لاستقلال المسؤولية التضامنية في كل التزام تجاري بشروطها وآثارها وخصائصها.

كما يعد هذا الموضوع من بين المواضيع التي تشكل فراغا ملحوظا فيما يخص المقالات القانونية، زيادة على افتقاره للاجتهاد القضائي التجاري و للنقص الواضح في المراجع المتخصصة.

هذا ما حملنا على الرجوع إلى بعض القوانين المقارنة وخاصة التشريع التجاري الفرنسي محاولين استنباط الأحكام من نصوصه القانونية إلى جانب الوقوف عند بعض الاجتهادات الفقهية.

لذلك ارتأينا اختيار المنهج التحليلي معتمدين عليه في دراستنا قصد الإحاطة بفكرة التضامن التجاري القانوني، مع اللجوء في بعض الأحيان للمنهج المقارن عند مقارنة القانون التجاري الجزائري بالقانون التجاري الفرنسي بحكم تشابه أحكامهما مع الإشارة لبعض المسائل التي أغفلها المشرع التجاري الجزائري.

فمن خلال تعرضنا لهذا الموضوع سنحاول الوقوف عند :

حالات قيام التضامن بين المدينين في القانون اتجاري،ثم الخصائص التي تميز التضامن التجاري القانوني عن التضامن في القواعد العامة،ثم التساؤل في الأخير عن مدى فعالية وقوة هذه النصوص الخاصة بالتضامن التجاري.

وعلى ضوء ما سبق عرضه نستهل هذه الدراسة بفصل تمهيدي نتناول فيه ماهية التضامن.

ثم نتعرض من خلال الفصل الأول لأحكام التضامن في الشركات التجارية.
ثم نتناول في الفصل الثاني التضامن في الأوراق والعقود التجارية.

الفصل التمهيدي

ماهية التضامن.

إن تعدد أطراف العلاقة القانونية من جانب المدينين أو من جانب الدائنين يرتب انقسام الحق أو الالتزام بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون، إلا أن لهذا الأصل استثناء متمثل في الالتزام التضامني الذي يحول دون انقسام الحق أو الالتزام على المدينين أو الدائنين .

و لتعدد أطراف الالتزام صور كثيرة منها الالتزام المشترك " obligation conjointe" أو الالتزام التضاممي، وهو عندما يتعدد أطراف الالتزام دون تضامن بينهم، وهناك الالتزام غير القابل للانقسام "obligation indivisible"، عندما يتعدد أطراف الالتزام في التزام لا يتجزأ تنفيذه .

إلا أن أهم هذه الصور هو ما سنتطرق له من خلال دراستنا والمتمثل في الالتزام التضامني، الذي يتعدد فيه أطراف الالتزام أي الدائنين أو المدينين مع تضامنهم . "obligation solidaire"

وبما أن التضامن وصف يلحق الالتزام فإن أحكامه لا تفرق بين الالتزامات المدنية والالتزامات التجارية، رغم كون هذه الأحكام مفترضة في المسائل التجارية على عكس المسائل المدنية أين يحتاج التضامن إلى نص أو اتفاق يقرره.

ويكون التضامن التجاري مفترض قي حالة عدم تدخل المشرع أو إرادة الأطراف لتقريره فيتم هنا الرجوع لتطبيق القواعد العامة للتضامن، وقد يكون تضامن قانوني منصوص عليه في القانون التجاري خروجا عن الأصل العام المتمثل في افتراضه فنطبق في هذه الحالة النصوص الخاصة فالخاص يقيد العام .

والجدير بالذكر أن التضامن التجاري سواء كان مفترض أو منصوص عليه في القانون التجاري يخضع في تطبيقه للتضامن المدني، باستثناء بعض الحالات المرتبطة بخصوصية التضامن التجاري، وهو ما سوف نستنتجه من خلال دراستنا.

فلا يختلف التضامن المدني عن التضامن التجاري لا من حيث مفهومه ولا من حيث أنواعه ولا أسسه التي يقوم عليها ولا في أساسه العقدي أو القانوني، لكن جوهر الاختلاف يكمن في طبيعة العمل التجاري والعمل المدني ، فإذا كان التضامن وصف

يلحق الالتزام المدني فانه كذلك في الالتزام التجاري، إلا أنه إضافة لكونه وصف يلحق الالتزام يعد من أهم الضمانات الممنوحة للدائنين لاقتضاء حقوقهم نظرا لتعدد الذمم المالية، كما يعتبر حكما قاسيا من الأحكام التي تميز العمل التجاري خاصة في حالة افتراضه ،أما في حالة عدم افتراضه عن طريق تدخل المشرع في القانون التجاري بالنص عليه صراحة فان حماية الدائنين قد تتضاعف.

لذلك ارتأينا أن نتطرق أولا لماهية التضامن من خلال مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التضامن.

المبحث الثاني: قاعدة افتراض التضامن التجاري.

المبحث الأول

مفهوم التضامن.

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين، كما يمثل خروج عن قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه[1] لأن الأصل أنه إذا تعدد الدائنون تعددت حقوقهم قبل المدين فيكون لكل منهم أن يطالب المدين بحقه دون حقوق الآخرين، و إذا تعدد المدينون تعددت التزاماتهم فلا يكون كل منهم ملزما إلا بحصته في الدين[2].

لذلك يعد التضامن ضمانا شخصيا قويا للدائن ، كما يسهل للدائنين المتضامنين استفاء حقوقهم من المدين، من هنا يتضح لنا أن التضامن نوعين بين الدائنين و بين المدينين، وفي كلا الحالتين يجب وجود نص قانوني أو اتفاق على وجود التضامن إذا تعلق الأمر بالتضامن المدني عكس التضامن التجاري الذي يفترض وجوده كأصل عام، وبالرغم من هذا الاختلاف بين التضامن المدني والتجاري إلا أنهما يخضعان لنفس الأسس.

كما أن للتضامن عدة أنظمة قانونية مشابهة له نظرا لأن تعدد أطراف الالتزام لا يعني دائما وجود التزام تضامني.

---

[1] - جلال علي العدوي ،"أحكام الالتزام"، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، الدار الجامعية، طبعة 1993 ، ص 259-260.

[2] -. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود. نبيل إبراهيم سعد"مصادر و أحكام الالتزام دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2003، ص 481-482.

واستنادا إلى ذلك سنتطرق في المطلب الأول لأنواع التضامن وتمييزه عن ما يشابهه، ثم في المطلب الثاني لمبدأ عدم افتراض التضامن المدني، ثم في المطلب الثالث لأسس التضامن.

المطلب الأول : أنواع التضامن وتمييزه عن ما يشابهه.

إن التضامن نوعين تضامن سلبي والمتمثل في تضامن المدينين و تضامن ايجابي وهو عبارة عن تضامن الدائنين ، وإضافة لهدا التضامن قد أفرز التطور الذي شاهدته نظرية الالتزام انعكاسا على فكرة التضامن مما أدى إلى وجود نظام جديد لا يقابل التضامن و إن كان مشابها له وهو التضامم[1] إضافة لوجود عدة أنظمة قانونية مشابهة للتضامن رغم كونها مختلفة عنه .

لذلك فسوف ندرس أنواع التضامن في الفرع الأول وتمييزه عن ما يشابهه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التضامن السلبي و الايجابي.

ينقسم التضامن إلى تضامن ايجابي و تضامن سلبي، أما التضامن الايجابي فهو تضامن الدائنين وهو عندما يكون لكل منهم الحق في اقتضاء الدين كله من المدين، و يكون لهذا الأخير أن يوفي كل الدين لأي منهم على أن يرد الدائن الذي يستوفي الدين كله لكل واحد من الدائنين الآخرين نصيبه، و فائدة هذا النوع من التضامن أنه يسهل للدائنين تحصيل حقهم بتفويض كل منهم الآخرين في مطالبة المدين بحق الجميع اقتصاد في الجهد و الوقت و النفقات، و أنه يسهل للمدين وفاء دينه إذ يسمح له بوفائه كله دفعة واحدة لأحد الدائنين دون حاجته إلى التوجه بالوفاء لكل دائن على حدة.

غير أنه يلاحظ أن مصلحة الدائنين في التضامن الايجابي يمكن تحقيقها عن طريق عقد الوكالة ، فيوكل بعضهم البعض في استفاء حقوقهم جميعا فتتحقق لهم مزية التضامن الايجابي دون حاجة بهم إلى أن يتعرضوا لمضاره لذلك فان أهمية التضامن بين الدائنين عمليا هي نادرة و قليلة الوقوع [2].

فالغالب في العمل هو تضامن المدينين أما تضامن الدائنين فنادر الحدوث ذلك لأن أضرار هذا التضامن الايجابي أكثر من فوائده، لأنه إذا استوفى أي من الدائنين الدين برئت ذمة المدين، فإذا أعسر هذا الذي قبض الدين تحمل باقي الدائنين تبعة إعساره الأمر الذي ينطوي على خطورة محتملة.

---

[1] - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور "أحكام الالتزام" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص 270.

[2] - سليمان مرقس "الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات"، أحكام الالتزام ، دار الكتب القانونية، المجلد الرابع، الطبعة الثانية لسنة 1992، ص 568-569.

لذلك يمكن الاستعاضة عن ذلك بنظام الوكالة،حيث يستطيع الدائنون الوصول لفائدة التضامن الايجابي من خلال أن يعطي الدائنين أيا منهم توكيلا لقبض كل الدين.

كما أن الصورة الغالبة لحدوث هذا النوع من التضامن أن يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامنين، و مثال ذلك : أن يبيع أربعة أشخاص ثمانين طنا من القمح و يتضامنون في الالتزام بالتسلي، ثم لا يدفع المشتري الثمن فيكون البائعون دائنين متضامنين في المطالبة بفسخ هذا البيع[1].

أما التضامن السلبي فيتمثل في حق الدائن أن يرجع بكامل الدين على أي من المدينين المتضامنين فيتعدد ضمانه العام بقدر تعدد المدينين[2]، و الغرض من التضامن السلبي هو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر إعسار أحد المدينين، ذلك أن ضمانه العام لاستفاء كامل الدين لا ينصب على أموال المدين الواحد بل على أموال سائر المدينين المتضامنين، و لذا يكون له أن يستوفي حقه كاملا من أي منهم.

وعليه فالغرض من التضامن بنوعيه يوضح الفكرة الأساسية التي يقوم عليها، ذلك أنه في التضامن الايجابي يكون لكلا دائن أن يستوفي كامل الدين و لو أنه ليس دائنا إلا بجزء منه ، و يتعين عليه بعد ذلك أن يقتسم ما استوفاه مع باقي الدائنين وفقا لنصيب كل منهم، أما في التضامن السلبي ليس المدين الذي ألزم بوفاء كل الدين مدينا به بأكمله تجاه باقي المدينين بل بجزء منه، لذا يكون له الرجوع على باقي المدينين بما أوفاه عنهم مطالبا كلا منهم بنصيبه في الدين.

الفرع الثاني: التمييز بين التضامن و ما يشابهه من أنظمة أخرى.

أ- التمييز بين التضامن و التضامم:

إن التفرقة بين الالتزام التضامني و الالتزام التضاممي أو المسؤولية المجتمعة مهمة جدا، لأن التضامم يرتب المسؤولية الكاملة لعدة أشخاص بلا تضامن بينهم ، فان التضامن قد يكون ايجابيا بين الدائنين كما قد يكون سلبيا بين المدينين، في حين أن المسؤولية المجتمعة أو التضامم لا يكون بداهة إلا بين المدينين، و التضامن وصف يرد بالاتفاق أو بنص القانون على التزام له مصدر واحد فيعدل من قواعد تنفيذه، إما يكون مفترضا بالنسبة للتضامن التجاري، أما المسؤولية المجتمعة وضع تفرضه طبيعة الأشياء و تتعدد مصادره[3].

---

[1] - عبد القادر الفار "أحكام الالتزام"، آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الخامسة لسنة 1999، ص 163.

[2] - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 257.

[3] - جلال علي عدوي، المرجع السابق، ص 260 - 262.

و يوجد التضامم على عاتق كل من المدينين منذ البداية التزام بكل الدين بأداء مماثل و لا يقبل التجزئة، و ذلك لتعاصر التزامات متميزة تهدف لهدف واحد، سواء نتيجة لصدفة أو لظروف يجد المدينون أنفسهم في مواجهة شخص آخر بالتزامات متماثلة لا دخل للدائن فيها، بينما في التضامن الاتفاقي نجد أنه يرتكز على اتفاق مسبق بين المدينين و الدائن على عدم انقسام الدين بينهم، بحيث يلتزم كل منهم بأداء الدين كاملا، و هنا بالرغم من تعدد الروابط إلا أن كل المدينين يلتزمون بشيء واحد، أما في التضامم لا يكون هناك اتفاق مسبق، فشركة التأمين مسئولة عن تعويض الضرر بالكامل في مواجهة المضرور، و ذلك لان عقد التأمين يلزمها بذلك و المؤمن له مسئول في مواجهة المضرور بتعويض الضرر بالكامل، لأن القانون يلزمه بذلك.

كما هناك في الالتزام التضاممي تعدد في الروابط و تعدد في المحل فالديون متميزة بقدر ما هناك من أشخاص ملتزمين، و قد تكون هذه الديون من نفس الطبيعة عقدية أو تقصيرية فكل التزام له محله الخاص به، بل و قد يكون ما هو ملتزم به أحد المدينين في مواجهة الدائن أقل مما هو ملتزم به المدين الآخر، ففي الالتزام التضاممي يكون كل مدين مستقل تماما ما عدا المدينين الآخرين، و ذلك لأنه غالبا ما تنشئ التزاماتهم نتيجة ظروف معينة أو بمجرد صدفة محضة وبناء عليه، فانه لا يمكن أن توجد بين هؤلاء المدينين مصلحة مشتركة كما هو الحال في التضامن الاتفاقي، لذلك لا يمكن أن تنشئ نفس آثار التضامن، رغم أنه في كل من التضامن و التضامم يمكن للدائن أن يرجع على أي من المدينين ليطالبه بالدين كله، و أن وفاء الدين الذي يتم من أحدهم يبرئ ذمة الآخرين، لكن وجه الخصوصية في الالتزام التضاممي في هذا الصدد يرجع لطبيعته، حيث أن كل مدين ملتزم في مواجهة الدائن ليس بنفس الشيء و إنما بشيء مماثل أو مشابه، و بالرغم من ذلك فان الدائن لا يستطيع أن يطالب به إلا مرة واحدة . فبالنسبة للتضامن فانه يوجد بين المدينين مصلحة مشتركة ، و بالتالي نيابة تبادلية فيما بينهم و ينشئ عن هذه النيابة أثار ثانوية.

أما بالنسبة للتضامم فانه لا ينتج أي من هذه الآثار و ذلك لانتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين و بالتالي النيابة التبادلية فيما بينهم.

أما بالنسبة لمسألة الرجوع بين المدينين، فان التضامن بالنظر إلى طبيعته لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن أو المدينين المتضامنين، أما في علاقة المدينين بعضهم فان الدين ينقسم عليهم، و يكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته، أما بالنسبة للتضامم فالمبدأ هو عدم الرجوع حيث أن كل من المدينين المتضاممين يفي غالبا بما هو ملتزم به قبل الدائن[1].

و من أمثلة الالتزام التضاممي: حالة اجتماع مسؤولية المدين عن الإخلال بالتزامه التعاقدي بمسؤولية شخص من الغير ساهم بخطأ تقصيري في إحداث الضرر بالدائن، كما لو أخذ عامل بتعهده مع صاحب المصنع فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع منافس بتحريض من صاحبه، فيكون كل منهما مسئول عن تعويض الضرر الذي أصاب

[1] -.نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 277-278.

صاحب المصنع الأول تعويضا كاملا، فالعامل مسئول عن تعويض كامل على أساس الخطأ العقدي، و صاحب المصنع المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل على أساس الخطأ التقصيري فتكون هناك مسؤولية مجتمعة أو تضاممية عن دين واحد[1].

ب- التمييز بين التضامن و الالتزام المشترك أو الدين المشترك.

يعد الدين المشترك صورة من صور التضامن بين الدائنين، إلا أن الفرق بينهما واضح لأن مصدر الاشتراك في الدين هو إما اشتراك في المال و هذا وضع قانوني، وإما أن يكون اشتراك نظرا لوحدة الصفقة و هذا وضع اتفاقي، أي إن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق الضمني وهو في هده الحالة مشابه للتضامن التجاري عندما يكون النص القانوني مصدرا له.

أما التضامن المدني بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائما الاتفاق الصريح أو الضمني و لا يكون القانون أبدا، ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك في الدين ، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد وثقوا علاقاتهم بعضهم البعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك في الدين، لأن الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين أقل مدى من تلك التي تترتب على التضامن بين الدائنين.

يختلف الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين من ناحية علاقة الدائنين بالمدين، حيث أن الدين ينقسم على الدائنين في حالة الاشتراك فلا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين إلا بحصته في الدين، أما في حالة التضامن فان الدائن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين أي بحصته و حصص شركائه.

و مع ذلك تقترب أحكام الاشتراك في الدين من أحكام التضامن فيما يتعلق بعلاقة الدائنين بعضهم البعض، فإذا قبض الدائن حصته في حالة الاشتراك في الدين كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته في الدين، ثم يقومون بالرجوع على المدين بما تبقى لهم في ذمته، و كذلك في حالة التضامن بين الدائنين فانه إذا قبض الدائن المتضامن جزءا من الدين جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته.

كما أنه في حالتي الاشتراك في الدين و التضامن بين الدائنين يتحمل كل الدائنين تبعة إعسار المدين و ذلك كل بنسبة حصته في الدين[2].

ج- التمييز بين التضامن و عدم القابلية للانقسام.

[1] - رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم ديب"الوجيز في النظرية العامة للالتزام،" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997، ص 178.

[2] - عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 172-173.

إن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام ، إما لما اتفق عليه الطرفان وهي تؤدي لنتائج مشابهة لنتائج التضامن، غير أن الفرق بين عدم القابلية للانقسام و بين التضامن يظل قائما من بعض الوجوه.

أولها أن عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تنصرف إلا إلى التنفيذ العيني دون التعويض إذا كان سببه طبيعة المحل، فإذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدي زالت عدم القابلية للانقسام فانقسم مبلغ التعويض بين المدينين المتعددين، أما التضامن فينصرف إلى التنفيذ العيني و التنفيذ بطريق التعويض على حد سواء، لذلك فاشتراط عدم القابلية للانقسام لا تغني عن اشتراط التضامن من هذه الزاوية.

و ثاني هذه الفروق أن الالتزام غير القابل للانقسام لا ينقسم بين الورثة خلافا للالتزام التضامني، فإذا توفي الدائن عن أكثر من وارث كان لكل من الورثة المطالبة بالدين كله خلافا للتضامن.

المطلب الثاني: مبدأ عدم افتراض التضامن المدني.

إن الأصل في التضامن المدني أنه لا يفترض، أي أنه لا بد من وجود النص القانوني الذي يقرره، أو اتفاق المتعاقدين على الخضوع لأحكامه، و إلا فلا تضامن وتكون المسؤولية فردية حيث يسأل كل طرف عن ديونه.

وعليه فسوف نتعرض في الفرع الأول للتضامن القانوني، ثم في الفرع الثاني للتضامن الاتفاقي.

الفرع الأول : المصدر القانوني للتضامن.

قد ينص القانون على أن يقوم بين المدينين تضامن دون أن يتفق الأطراف عليه و إذا قام التضامن على نص في القانون لا يجوز القياس عليه بغيره، حيث أن أحوال التضامن القانوني مذكورة على سبيل الحصر في القانون المدني[1].

و من أمثلة التضامن بنص القانون ما ورد في المادة 126 من القانون المدني على أنه: "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

كما تنص المادة 154 من القانون المدني في فقرتها الثانية: "و إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون إخلال

[1] - عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 176.

بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب، و إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية".

و تنص المادة 579 من القانون المدني على أنه : "إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطئ مشترك".

وتنص المادة 554 من القانون المدني بأنه : "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال 10 سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

وقد أصدرت المحكمة العليا قرارا اعتمادا على هذه المادة بتاريخ 13 مارس 1991 مفاده : " من المقرر قانونا أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال 10 سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن قضاة المجلس بإخراجهم لديون الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

و رغم النص على التضامن من قبل المشرع إلا أن الدائن بإمكانه إسقاطه واستبعاده لأنه وجد لمصلحته، وقد يكون هذا النزول شاملا لجميع المدينين، أو يقتصر على أحدهم دون الآخرين، فإذا اشتمل النزول عن التضامن كل المدينين المتضامنين بدون استثناء فان الالتزام بالدين يوزع على المدينين كل بقدر حصته، فلا يكون للدائن أن يطالب كل مدين إلا بقدر حصته بالدين فقط، أما إذا اشتمل النزول عن التضامن مدينا واحدا فقط دون الآخرين فان للدائن أن يطالب المدينين الآخرين على وجه التضامن ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك[2].

[1] -المجلة القضائية ، الغرفة المدنية ' العدد الرابع لسنة 1992 ، ص 31.

[2] - خليل أحمد حسن قدادة ، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري" ،أحكام الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية لسنة1992 ، ص 163و 179.

الفرع الثاني : المصدر الاتفاقي للتضامن.

تنص المادة 217 من القانون المدني: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع حدد مصادر التضامن الايجابي أو السلبي بالاتفاق أو القانون، إلا أن ذلك لا يصدق إلا بالنسبة للتضامن السلبي دون الايجابي، حيث أن هذا النوع الأخير من التضامن لا يتصور وجوده إلا عن طريق الاتفاق دون القانون، نظرا لضآلة التضامن الايجابي من الناحية العملية فلم يوله المشرع من العناية ما أعطى التضامن السلبي[1].

فالتضامن الايجابي حسب المادة 217 من القانون المدني لا يفترض و من ثم لا يجوز القضاء به أو الأخذ به إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائنين على التضامن فيما بينهم، و لكن لا يفهم من هذا أن القانون يشترط أن يكون في كل حالة اتفاق صريح و إنما يمكن أن يقع بصورة ضمنية يستخلص من ظروف الحال و ملابساته، بحيث يجب ألا يكون هنالك أدنى شك على وجوده و إلا تم استبعاده، و نفس الشيء بالنسبة للعلاقات التجارية فلا يقتصر الأمر على العلاقات المدنية[2] .

هذا بالنسبة للتضامن الايجابي أما التضامن السلبي فانه كذلك لا يفترض في المسائل المدنية، ذلك أن التضامن يعد استثناء من الأصل المتمثل في تقسيم الحق أو الالتزام بين الدائنين أو المدينين في حالة تعددهم، لذلك هو بحاجة لسند يقرره و هذا السند في التضامن السلبي هو إما القاعدة القانونية و أما الاتفاق[3]، فبالنسبة للاتفاق فلا شك أنه صحيح ما لم يخالف النظام العام و الآداب العامة، و لا نعتقد أن الاتفاق على التضامن بين المدينين يخالف القواعد القانونية الآمرة أو يضر بالمصلحة العامة.

الأصل أن يكون الاتفاق صريحا على تضامن المدينين، غير أن هناك من يعتقد إمكانية الاتفاق على التضامن السلبي ضمنيا يستخلص من الظروف، و يشترط أن تكون وقائع الحال قاطعة في الدلالة على هذا الاتفاق فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن، وتكون البينة على من ادعى وجود التضامن بإثبات وجوده، فالتضامن السلبي لا يفترض وعبء إثباته يقع على المدعي بوجوده[4].

المطلب الثالث: الأسس التي يقوم عليها التضامن.

إن التضامن سواء كان ايجابيا أم سلبيا يقوم على ثلاثة مبادئ وهما:

أ- وحدة المحل: و يقصد به أن يوجد محل واحد لالتزام المدينين المتضامنين نحو الدائن، أو لحق الدائنين المتضامنين نحو المدين.

---

[1] - جلال عدوي علي، المرجع السابق، ص264.

[2] -. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص164.

[3] مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص485-486.

[4] - منذر الفضل "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية ، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزء الثاني، الطبعة 1998، ص 190.

ب- مبدأ تعدد الروابط: إن وحدة المحل لا تمنع من أن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين، و إن كل مدين متضامن تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين، أي أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين، فتستقل كل رابطة عن الأخرى، لذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذي تتسم به غيرها.

فمثلا: قد يكون الدين في رابطة الدائنين المتضامنين بالمدين معلقا على شرط بالنسبة لأحدهم و مضافا إلى أجل بالنسبة إلى غيره، فيطالب كل دائن بالاعتداد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين له بالوفاء[1].

ينتج عن التضامن نتائج ليست بالضرورة مرتبطة بمفهوم التضامن لكنها نتائج مختلفة تترتب بداهة عن معنى فكرة التضامن، و هذه النتائج بطبيعتها مفيدة لكل من الدائنين المتضامنين و المدينين المتضامنين[2]، رغم أن الفقه الغالب قد اعتبرها من بين أهم أسس التضامن ولم يعتبرها آثار له وأهمها :

ج - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر : والتي تنتج عن اشتراك الأطراف في محل الالتزام.

فسوف نتناول هذه المبادئ تبعا من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: وحدة المحل.

يحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين مبدأ وحدة المحل أو وحدة الدين: أي أن محل الالتزام بين المدينين واحد لا يتجزأ و أن بإمكان الدائن مطالبة أي واحد منهم بكل الدين مجتمعين أم منفردين، كما يستفيد كل مدين من أسباب انقضاء الدين بطرق الانقضاء كالوفاء فإذا وفى أحدهم تبرأ ذمم المدينين جميعا تجاه الدائن بمقدار ما تم الوفاء به[3]، ذلك أن كل مدين ملتزم في مواجهة الدائن بدين واحد فتتضافر ذممهم المالية في ضمان الوفاء به للدائن، حيث يكون كل مدين ملتزم بتسديد الدين كله دون أن يستطيع أحدهم أن يدفع في مواجهة الدائن بالتقسيم، و من ناحية أخرى يكون لأي مدين أن يفي بالدين كله و يتعين على الدائن قبول الوفاء منه فتبرأ ذمة المدين و ذمم باقي المدينين، و لما كان الدائن واحد بالنسبة لجميع المدينين فان للمدين المطالب بالوفاء أن يدفع هذه المطالبة بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعا[4].

مثاله: الدفع بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كوفاء قام به مدين آخر أو مقاصة أو تقادم أسقط الالتزام، وإذا قام أحد المدينين بالوفاء بالالتزام كله برئت ذمة المدينين جميعا و امتنع الدائن عن مطالبة أي منهم ، و إذا تم الوفاء جزئيا فتبرئ ذمة المدينين

---

[1] - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص261.

[2] - François Terré – Philippe Simler – Yves Lequette "Droit civil" , les obligations, Droit privé, Précis Dalloz, 9eme édition 2005, page 1193.

[3] - منذر الفضل، المرجع السابق، ص194.

[4] - عبد القادر الفا ر، المرجع السابق، ص 177.

من هذا الجزء[1]، حيث تنص المادة 222 من القانون المدني على انه: "إذا كان المتضامنين المدينين فان وفاء احدهم للدين مبرئ ذمة الباقين" و حسب المادة 223 من القانون المدني في الفقرة الأولى التي تنص على أنه: "يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين على أن يراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف".

و نفس المبدأ يحكم التضامن الايجابي: أي أن محل التزام المدين في مواجهة الدائنين المتضامنين واحد لا أكثر، فهذا الأساس هو الذي يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين[2]، ويكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين، و في مقابل ذلك يجوز للمدين أن يوفي الدين كله لأي منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعا، غير أنه لهذا المبدأ قيود:

أن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعا في حالة قيام المدين بوفائه لأي منهم مقيد بأن لا يكون قد مانع أحدهم ذلك الوفاء، و إلا فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي تم الوفاء له، و إذا أراد المدين تخطي هذه العقبة عليه بالوفاء للدائنين مجتمعين.

و إن اتخاذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة يوجب عليه أن يوفي الدين كله لهذا الدائن أو لمن انضم إليه من الدائنين في تلك الإجراءات، و عليه فلا يحتج بوفاء أداه المدين لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفي.

إلى جانب ذلك فإن وفاة أحد الدائنين المتضامنين يترتب عليه انقسام الدين بين ورثته،

فالتضامن الايجابي لا يحول دون هذا الانقسام، ولا يجوز لأي من ورثة الدائن المتضامن مطالبة المدين إلا بقدر حصته في الميراث، كما أنه لا يجوز للمدين أن يوفي لأي منهم إلا بقدر هذا النصيب، أما باقي الدائنين المتضامنين فان مبدأ وحدة الدين يظل يحكم العلاقة فيما بينهم و بين المدين ، فيجوز لأيهم أن يطالب المدين بكل الدين كما يجوز للمدين أن يوفي بكل الدين لأحدهم[3].

الفرع الثاني: مبدأ تعدد الروابط القانونية.

على الرغم من وحدة محل الالتزام إلا أن التضامن السلبي يحكمه مبدأ تعدد الروابط التي تربط بين الدائن و المدينين المتضامنين ، و تستقل كل رابطة من هذه الروابط عن الرابطة الأخرى، ويترتب عن هذا التعدد في الروابط الآثار التالية:

- **يستطيع المدين أن يتمسك بأوجه الدفع الناتجة عن علاقته بالدائن الذي يطالبه، لكن يمتنع عن التمسك بأوجه الدفاع الخاصة بمدين آخ.**

---

[1] - رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص486-487.

[2] - خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص165.

[3] - نبيل إبراهيم سعد ، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 284-285.

- **إذا وصفت أحد العلاقات التي تربط الدائن بأحد المدينين بوصف يعدل من آثارها كشرط أو أجل، فيجوز للمدين أن يتمسك بهذه الأوصاف إذا طولب من قبل الدائن بالوفـاء.**
- **و إذا سقط الدين بالنسبة لأحد المدينين بالمقاصة أو الإبراء أو التقادم أو اتحاد الذمة فان هذا لا يستفيد منه المدينون الآخرون[1].**

كما يحكم التضامن الايجابي بين الدائنين المبدأ نفسه فبين كل من الدائنين المتضامنين و المدين علاقة متميزة عن علاقة كل من الدائنين الآخرين و المدين، فإذا وجد وصف يلحق علاقة المدين بأحد الدائنين كما لو كان التزام المدين مشروطا أو مؤجلا، فان هذا الوصف لا ينتج أثره إلا في مواجهة هذا الدائن وحده دون غيره من الدائنين، كذلك الأمر إذا ما كان هناك سبب للإبطال يلحق علاقة المدين بأحد الدائنين كتدليس أو إكراه من قبل هذا الدائن ، فان هذا السبب لا ينتج أثره إلا في علاقة المدين بهذا الدائن وحده و دون علاقته بغيره من الدائنين، وإذا انقضى الالتزام في علاقة المدين بأحد الدائنين بسبب غير الوفاء كالتقادم أو الإبراء أو المقاصة أو اتحاد الذمة، فان هذا الانقضاء يقتصر على نصيب هذا الدائن و يبقى للدائنين الآخرين المطالبة بحصصهم قبل المدين على سبيل التضامن، على الرغم من هذا الانقضاء الخاص بأحدهم[2]، هذا ما قضت به المواد 219 و 220 من القانون المدني[3].

الفرع الثالث: النيابة التبادلية.

ينتج عن التضامن المدني نتائج ليست بالضرورة مرتبطة بمفهوم التضامن لكنها ناتجة بداهة عن فكرة التضامن و هذه النتائج مفيدة بطبيعتها لكل من الدائنين المتضامنين و المدينين المتضامنين[4]، ومن بين هذه الأسس أو النتائج النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر،التي تقوم على أساس المصلحة المشتركة بين المدينين، فينوب بعضهم عن بعض في تأدية الالتزام التضامني فيما ينفعهم، كالتمسك بالتقادم إذ لكل مدين أن يتمسك بهذا الدفع الذي يستفيد منه جميع المدينين، أما إذا وقع فعل ضار من

---

[1] - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص174-175.

[2] مصطفى الجمال رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 497.

[3] - تنص المادة 219 من القانون المدني على أنه : "يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء على أن يراعي في دلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف. ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يعارضه بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يعارض الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة به ، وبالتالي يشترك فيها جميع الدائنين ."
وتنص المادة 220 من القانون المدني على أنه :" إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله ،لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يقوم بعمل من شأنه الإضرار بالآخرين."

[4] - François Terré – Philippe Simler – Yves Lequette "Droit civil" , les obligations, Droit privé, Précis Dalloz, 9eme édition 2005, page 1193.

أحد المدينين أو اعترف بدين للدائن فانه يقتصر على المدين وحده و لا يسري بالنسبة لجميع المدينين لأنه يضر بمصلحتهم [1].

فإذا وجه أحد الدائنين المتضامنين إعذار إلى المدين يستفيد من ذلك جميع الدائنين، أما الإعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين فلا يسري إلا في حق المدين الذي وجه إليه الإعذار دون الآخرين، فلا يسأل المدين إلا عن عمله[2] حسب المادة 231 من القانون المدني[3].

و إذا قطع الدائن التقادم الساري لمصلحة أحد المدينين المتضامنين فان هذا لا يسري فقط إلا بالنسبة للمدين الذي قطع التقادم الساري لمصلحته دون المدينين الآخرين بل بالنسبة إليهم جميعا، و من ثم لو اكتملت مدة التقادم لأحد المدينين الآخرين يسقط حق الدائن في المطالبة بكل الدين في مواجهة باقي المدينين بل لا يطالب إلا بما تبقى من حقوقه تجاه باقي المدينين، و إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار بحق باقي المدينين المتضامنين حسب المادة 230 و 232 من القانون المدني[4].

و ينتج نفس الأثر عن تضامن الدائنين حيث يعتبر كل دائن متضامن نائبا عن الدائنين الآخرين فيما ينفعهم فقط لا فيما يضرهم[5]، حيث تقوم فكرة النيابة التبادلية على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين ، فإذا قطع أحد الدائنين التقادم المسقط انقطع بالنسبة للباقين، كما إذا طالب أحدهم بالفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة لهم جميعا من وقت هذه المطالبة، و إذا أقر المدين بالدين في مواجهة أحدهم استفاد منه الباقون ما لم يكن هذا الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن.

و يقوم على استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر، أن إعذار المدين أحد الدائنين المتضامنين لا يكون له أثر بالنسبة إلى باقي الدائنين، و كذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحد الدائنين فلا يسري على غيره من الدائنين، و إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف أن الدين موجود فلا يضار بذلك باقي الدائنين.

وينتج عن علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أثر مهم و هو انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين، فإذا كان الأصل هو التزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالدائن، فان الوضع يختلف بين المدينين أنفسهم،و تصبح القاعدة

---

[1] - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 195.

[2] - خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 176.

[3] - تنص المادة 231 من القانون المدني على انه: " لا يكون المدين المتضامن مسئولا في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله إذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة إلى باقي المدينين أما إذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فيستفيد باقي المدينين من هذا الاعذار".

[4] - وتنص المادة 230 على أنه :" اذا انقضى الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين ." كما تنص المادة232على أنه :" لا يسري إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين في حق الباقين. و اذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين الموجهة إليه، أو إذا وجه هذا اليمين إلى الدائن وأداها هذا الأخير فلا يضار بذلك باقي المدينين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها الباقون."

[5] - عبد القار الفار، المرجع السابق، ص167.

هي انقسام الدين، فينقسم الدين إذا وفاه احد المدينين حصصا متساوية بين الجميع غير أن قرينة تساوي الحصص في الدين يتعين استبعادها إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

بمعنى أنه إذا كان التضامن إتفاقيا وجب الرجوع إلى هذا الاتفاق لمعرفة نصيب كل من المدينين في الدين، فإذا لم يتبين في الاتفاق نصيب كل منهم وجب افتراض تساوي الحصص كذلك الشأن في التضامن القانوني فالأصل فيه هو تساوي الأنصبة، إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك.

و نفس الأثر ينتج بالنسبة للتضامن الايجابي فإذا اعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين فينقسم هذا الدين فيما بينهم بحيث أن ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا، و يقسم بينهم بنسبة حصصهم أو وفقا لما هو متفق عليه بينهم، و إذا لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون بشأن يقسم الدين بينهم، و يترتب على ذلك أنه إذا استوفى أحدهم الدين كله أو حتى قدرا منه يقسم بينهم ما تم استيفاؤه كل بنسبة نصيبه في الدين، كما يتحملون بنفس النسب إعسار المدين أو إعسار الدائن الذي استوفى الدين[1].

أما بالنسبة للرجوع فيحق لكل مدين قام بالوفاء للدائن في التضامن السلبي الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين، سواء ذلك في جملة الدين أم جزء منه بما يزيد على نصيبه، و بديهي أن يأخذ حكم الوفاء حالة انقضاء الدين بطريق آخر، كالمقاصة أو التجديد الذي ينقضي به الالتزام القديم دون أن يتحمل فيه باقي المدينين الالتزام الجديد مع من عقد التجديد منهم مع الدائن.

و إذا رجع المدين الموفي على أحد المدينين ووجده معسرا فانه لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار بل يشاركه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته في الدين، و في حالة إبراء المدينين من الدين أو من التضامن يتحمل رغم إبرائه نصيبه من تبعة الإعسار إلا إذا أخلى الدائن هذا المدين من كل مسؤولية عن الدين، و في هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر[2].

و في حالة استفاء أحد الدائنين في التضامن الايجابي لكل حقه من المدين يقوم باقي الدائنين بالرجوع على الدائن الذي استوفى الحق كله ، و يقوم أساس هذا الرجوع على الوكالة الضمنية، بحيث يعتبر الدائن الذي قبض الحق من المدين وكيلا عن جميع الدائنين الآخرين عند قيامه بعملية قبض الحق من المدين، وفي حالة استحالة استخلاص أحكام الوكالة الضمنية يعتبر قبض الدائن لحقه أصالة في حصته، و بالنسبة للدائنين الآخرين يكون فضوليا فيستطيع كل دائن أن يرجع على الدائن الآخر على أساس مقتضى قواعد الفضالة[3].

---

[1] - عبد القادر الفار، المرجع السابق،ص 167-168.

[2] - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 281.

[3] - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 170.

المبحث الثاني

التضامن التجاري المفترض.

إن التضامن التجاري وصف يحول دون انقسام الالتزام أو الدين في حالة تعدد المدينين، و يترتب على هذا النوع من التضامن أن للدائن الحق في مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، أي أن له مطالبة من يختاره من هؤلاء المدنين بالوفاء بكل الدين دون أن يستطيع هذا الأخير الدفع في مواجهة الدائن بالتقسيم أو بالتجريد، و ذلك يعني أنه لا يجوز للمدين التمسك بدفع حصته في الدين فقط و لا بضرورة رجوع الدائن على المدينين الآخرين قبل الرجوع عليه، كما تطبق نفس أحكام التضامن المدني بين الدائنين السابق ذكرها.

كما رأينا فان أداء كامل الدين من جانب أحد المدينين يترتب في التضامن السلبي يبرئ ذمته و ذمة سائر المدينين الآخرين، و كل ذلك خروج على القاعدة العامة التي تقضي بانقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه، فالتضامن في تنفيذ الالتزام بهذا المعنى يعد بلا شك حكما قاسيا لذلك فقد علق المشرع وجوه في المسائل المدنية على اتفاق الأطراف أو نص القانون[1]، إلا أن الأمر مختلف المسائل التجارية لأن التضامن فيها مفترض كأصل عام أي أنه لا يحتاج لاتفاق أو لنص لتقريره فهو مطبق دون حاجة للاتفاق أو النص القانوني لوجوده، و رغم هذا الاختلاف في مصدر التضامن المدني و التجاري إلا أنهما يخضعان لنفس الأسس و هي وحدة المحل و تعدد الروابط، و ينتج عنهما نفس الآثار و هي الالتزام بكل مبلغ الدين في حالة وجود التزام تضامني

[1] محمد السيد الفقي "دروس في القانون التجاري الجديد" الأعمال التجارية - الأموال التجارية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003، ص 55-56.

مشترك، فيمنح ذلك الحق للدائن في مطالبة أحد المدينين بكل مبلغ الدين، في حين يقتصر حقه على مدينه الشخصي و بمبلغ محدد إذا كان الالتزام مشتركا و ليس تضامنيا، وللمدين الذي أوفى مبلغ الدين الرجوع على المدينين الآخرين لمطالبتهم بما دفعه و كان أكثر من حصته في الدين، كما أن المدين المتضامن محروم من الدفع بالتقسيم أو الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، وفي حالة عجز أحد المدينين المتضامنين عن الدفع فان ذلك لا يكون له أثر على الدائن، ولا يتأثر بذلك إلا المدينين المتضامنين الذين قاموا بتسديد الدين لأنهم يتحملون حصتهم إضافة لحصة المدين المفلس.

من حق المدين المتضامن الدفع بكل الدفوع المتعلقة بطبيعة الالتزام، أو بالدفوع الشخصية، وحتى الدفوع المشتركة بين المدينين باستثناء تلك الدفوع الشخصية الخاصة بالمدينين المتضامنين معه، كما تطبق النيابة التبادلية في علاقة المدينين المتضامنين، فالحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لا يسري ضد الآخرين، وفي حالة تقدم أحد الدائنين في تفليسة المدين المتضامن فيكون لهذا الأخير وحده الحق في الدفع بانقضاء الدين ، و يستفيد من هذا الانقضاء باقي المدينين المتضامنين .

و قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين يقطعه بالنسبة للكل، رغم معارضة بعض الفقه لهذه النيابة التبادلية نظرا لأنهم لا يجدون لها المبرر الكافي لتطبيقها بين الأطراف المتضامنة[1].

إلا أن الفرق الجوهري بين التضامن المدني والتضامن التجاري يتمثل في فكرة افتراض التضامن التجاري وذلك ما دفع بعض الفقه لربطه بفكرة الكفالة، على عكس التضامن المدني فالأصل فيه هو عدم افتراضه.

وعليه فسنتعرض في هذا المبحث لمفهوم مبدأ افتراض التضامن التجاري في المطلب الأول.

ثم لفكرة استناد التضامن التجاري على عقد الكفالة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ افتراض التضامن التجاري.

تمثل قاعدة التضامن ضمانا مهما للدائن لأنه يمنح له حق مطالبة المدين الأكثر غنى و الأكثر استعدادا للوفاء بكل الدين فيحصل منه على مبلغ الدين بأكمله، ويمثل التضامن شكل خاص من أشكال الضمان الشخصي، ويمثل في نفس الوقت عبئا ثقيلا على المدين الذي يجد نفسه ضامنا للدائن من جهة و للمدينين المتضامنين معه من جهة أخرى في حالة عدم قدرتهم على تسديد مبلغ الدين[2].

1- François – Xavier Lucas, "Droit commercial" , actes de commerce, commerçants, Fonds de commerce, Montchrestien, 2 eme edition, 2000, page 158-159.

2- Jean – Bernard – Blaise "Droit des affaires" commerçants, commerce, distribution, L.G.D.J 3 eme edition, 2002, page 148.

و نظرا لقسوة هذه الأحكام فقد جعل المشرع التضامن في المسائل المدنية بنص أو باتفاق و ذلك حسب المادة 217 من القانون المدني و التي تقابلها المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: " لا يفترض التضامن، بل يجب الاتفاق على وجوده".

و رغم قسوة هذا النظام فانه مفترض في القانون التجاري نظرا لاختلاف المسائل التجارية ولأنها تحتاج للثقة و السرعة و تقوية الائتمان مما يوجب افتراض التضامن[1].

مثاله: إذا اشترك تاجران في صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين، فإنهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع إلا إذا تم استبعاد التضامن بشرط صريح[2].

معنى ذلك أنه كلما اشترك مجموعة من الأشخاص أو التجار في التزام تجاري فإنهم يتضامنون في أدائه، مثاله: إذا اشترى مجموعة من التجار سلعة معينة يسألون عن كل الالتزام أي مبلغ الدين فيمكن للدائن مطالبة

أي منهم بثمن الشراء دون أن يكون لأحد المدينين معارضة الوفاء عن طريق الدفع بالتقسيم[3].

الفرع الأول: مصدر قاعدة افتراض التضامن التجاري.

تعتبر قاعدة افتراض التضامن التجاري من الأمور المستقر عليها فقها و قضاء دون حاجة لنص و ذلك استنادا لقاعدة عرفية قديمة [4]، فان مصدر قاعدة افتراض التضامن التجاري عرفي و يقوم هذا العرف التجاري على قرينة وجود مصلحة مشتركة دفعت المدينين إلى التزامهم معا بدين تجاري، فيسوغ أن يكونوا متضامنين في الوفاء به بغير حاجة إلى اتفاق أو نص في القانون حماية للتجارة و ازدهارها[5]، لذلك فتستند هذه القاعدة العرفية على تفسير إرادة المتعاقدين لأن المدينين المتعددين بدين واحد لهم مصلحة واحدة في التعاقد، لكن لا محل للتضامن إذا ما اتفق المدينون على عدم التضامن أو وجد نص يمنعهم[6].

---

[1] - حسني المصري "العقود التجارية في القانون الكويتي و المصري و المقارن" مكتبة الصفار، الطبعة الأولى، 1989-1990، ص 39.

[2] - عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، دار النهضة العربية، المجلد الثالث، ص 267.

[3] - Luc- Paulet, "Droit commercial" université de droit, Ellipses, 2000, page 70.

[4] - عباس حلمي "القانون التجاري" الإعمال التجارية، التجار، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1983، ص27.

[5] - زهير عباس كريم ، "مبادئ القانون التجاري " الإعمال التجارية- التاجر- المحل التجاري- العقود التجارية- الطبعة الثانية، 1997، ص43.

[6] - عباس حلمي، المرجع السابق، ص27.

فإن الفقه الفرنسي يرجع هذا التضامن المفترض إلى مرحلة ما قبل تدوين أو تقنين القانون التجاري الفرنسي، حيث أكد الفقه الفرنسي القديم أن العرف التجاري كان يقضي بقيام التضامن بين التجار في المسائل التجارية.
وعليه فقد ترتفع التزامات المدين المتضامن نتيجة لهذا التضامن المفترض، فيتوجه الدائن لأي مدين لمطالبته
بتسديد مبلغ الدين بأكمله، و كل ذلك يستند لعرف تجاري قائم على أساس المصلحة المشتركة للمدينين المتضامنين[1].
رغم ذلك فان بعض الفقه قد أرجع هذه القاعدة للعادة الاتفاقية مدللين على ذلك بما جرت عليه أحكام المحاكم، لكن الرأي الراجح فقها أكد أن مصدرها هو العرف التجاري[2].
أما القضاء فانه لم يقم إلا بتكريس هذه القاعدة لأنها مشروطة ضمنا بين المدينين بداعي أن لهم مصلحة مشتركة في الدين[3].
كما يمكن اعتبار مرد هذه القاعدة إلى وجوب دعم الثقة في الالتزامات التجارية و تخويل الدائن حق مطالبة كل واحد من المدينين على انفراد، و بكامل الدين حتى يستوفي دينه ثم يرجع كل من المدينين على غيره بما وفاه زيادة على حصته[4].
وان الهدف من التمسك بهذه القاعدة هو تقوية و تيسير عملية الائتمان عصب الحياة التجارية، و ذلك من خلال طمأنة الدائن و زيادة فرص حصوله على دينه بالكامل من أي من المدينين إذا تعرض أحدهم للإعسار أو الإفلاس[5]، فيتجنب الدائن خطر إعسار و إفلاس أحد المدينين، كما تؤدي القاعدة إلى سرعة تسوية المعاملات التجارية بالوفاء لأحد الدائنين عند تعددهم[6].
و بالرغم أن هذه القاعدة توفر للدائنين الضمان في الحصول على حقوقهم تسهل لهم سبيل الحصول على ما يطلبون[7]، فانه في حالة عدم وجود نص في القانون يفرض يفرض التضامن جاز للمدينين الاتفاق على عدم التضامن أي استبعاده، و في هذه الحالة تنتفي القرنية التي قام عليها افتراض التضامن و هي "المصلحة"، كما يستبعد التضامن متى وجد نص في القانون يقضي بمنعه[8].

---

[1]- Alain piedelieve – Stéphane piedelieve, Actes de commerce, commerçants- Fonds de commerce- Dalloz, 3-ème édition- 2001, page 51.

[2]- محمد فريد ألعريني، جلال وفا ألبدري محمد ين "القانون التجار ، الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري" دار المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة 1998ص 87-88.

[3]- Luc Paulet, op, cit, page 70.

[4] - علي فتاك، المرجع السابق، ص 66-67.

[5] - محمد سيد الفقي، المرجع السابق، ص 56.

[6] - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 77.

[7] - محمد فريد ألعريني، جلال وفا محمدين، المرجع السابق، ص 87.

[8] - زهير عباس كريم، المرجع السابق، الصفحة 43.

وعليه فيمكن للمدين أن ينكر التزامه التضامني في مواجهة الدائن، لكن ضرورة مع إثباته أنه لم تكن لديه نية الالتزام بصفة تضامنية، بل عليه إثبات أن الدائن قد تخلى عن حقه في التمسك بهذا التضامن ، فعوض أن تكون قرينة المصلحة المشتركة تلعب دورا لصالح المدينين فإنها في هذه الحالة يكون لديها دورا مضادا لمصلحتهم، و سبب ذلك أنهم شاركوا في إنشاء هذه المصلحة المشتركة فيتحملون نتائجها السلبية قبل الايجابية.

وإن افتراض التضامن التجاري كان في بداية الأمر و في مرحلة ظهوره مطبق على العقود التجارية فقط لا غير، لكن الفقه والقضاء قد قاما بتوسيع مجاله فأصبح يشمل كل الالتزامات التجارية دون استثناء حتى بالنسبة للعمل غير المشروع والمسؤولية التقصيرية[1].

وان هذا التضامن رغم افتراضه ورغم كونه يستند لقاعدة عرفية فقد يكون أساسه القانوني عقدا كعقد الوكالة التجارية أو عقد الشركة التجارية، كما قد يكون عملا غير مشروع مثاله : تضامن الشركاء في شركة تجارية تجاه الغير في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة سببت الأضرار للغير، أو تضامن مسيري الشركات التجارية تجاه الغير.

في هاتين الحالتين يتم الرجوع للقاعدة العامة للتضامن في المسؤولية التقصيرية والتي نصت عليها المادة 126 من القانون المدني والتي تنص على أنه : إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

الفرع الثاني: أزمة افتراض التضامن التجاري.

إن من أهم الأحكام الموضوعية التي يتضمنها الائتمان التجاري قاعدة افتراض التضامن[2]، و نظرا لقسوة هذه القاعدة التي تدل على قسوة الأحكام التجارية فقد تعرضت القاعدة لمعارضة شديدة، حيث عارضها بعض الفقه على رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري وتمثلت حججه في أن التضامن بين المدينين لا يفترض في المسائل التجارية كما هو لا يفترض في المسائل المدنية، لأن القاعدة التي وردت في القواعد العامة تقضي بعدم افتراض التضامن و لم تميز بين المسائل المدنية و المسائل التجارية، خاصة أن القانون التجاري ينص على حالات خاصة على التضامن، مما يستدل منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم في غير هذه الحالات المنصوص

---

[1] - A. Piedelieve – S. Piedelieve, op, cit, page 52.

[2] - هاني دويدار "التنظيم القانوني للتجارة" الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري، الدفاتر التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2001، ص 76.

عليها، و إلا لما قام القانون التجاري بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأنه أن يقوم في جميع المسائل التجارية من غير استثناء.

من ثم لا يفترض قيام التضامن بين التجار لا في العقود التجارية و لا في الالتزامات التجارية ما بين التجار التي يكون مصدرها الإثراء بلا سبب، إنما يقوم التضامن بين التجار في الحالات التي ورد فيها نص في القانون، و قد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى و يقوم التضامن في الالتزامات المدنية و التجارية التي يكون مصدرها عملا غير مشروع، و يسري هذا الحكم بوجه خاص على المسؤولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات، ذلك أن وكالة مجلس إدارة شركة ما هي وكالة قانونية لا اتفاقية، ومن ثم تكون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة و الشركاء و الغير مسؤولية تقصيرية فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين في هذه المسؤولية، على أن المسؤولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير دون أن يشترك معه الآخرون في هذا الخطأ.

و عليه ففيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون يقضي بالتضامن لا يقوم هذا التضامن الا في حالة وجود شرط يقضي به، على أن هذا الشرط يمكن استخلاصه في المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص في المسائل المدنية و ذلك لسببين:

*** أولهما: إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن في المسائل التجارية فان جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه، فيستطيع إثباته بالبينة بل بالقرائن وحدها، و ذلك وفقا للقواعد العامة للإثبات في المواد التجارية.**

*** ثانيا: عندما يريد الدائن إثبات التضامن عن طريق القرائن فمن أهم القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار في مسألة تجارية، فان هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن للقاضي أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية بكثير من اليسر.**

كما رأى بعض الفقه الفرنسي أن التضامن في المسائل التجارية على غرار المسائل المدنية لا يفترض و أبرز من قال بهذا الرأي الفقيه "لوران"، لكن الكثرة الغالبة في الفقه الفرنسي تذهب إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنية[1].

فهناك شبه إجماع بين فقهاء القانون التجاري والقانون المدني على أن العرف التجاري مستقر على افتراض التضامن التجاري، ويظل الأمر مستقر رغم وجود رأي منعزل، أضف إلى ذلك أن الأستاذ السنهوري نفسه يكاد يفصح عن شعوره بضعف الرأي الذي يقول به، فيتراجع عنه محاولا أن يتبين سهولة افتراض التضامن بين التجار، فيقول أن من أهم القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار في مسألة تجارية، فان هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن لقاضي الموضوع أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية بكثير من اليسر.

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 266.

وهناك رأي آ خر أتى به الدكتور علي عوض محاولا حل هذا الخلاف، فأوحى بأن العرف فيما يتعلق بافتراض التضامن التجاري هو عرف محلي يختلف من مكان لآخر أو من حالة لأخرى، وما دام المرجع هو العرف، فتلك مسألة موضوعية تبحثها المحكمة، وهي التي تقرر ما إذا كان العرف في تلك المعاملات يقضي بالتضامن بين المدينين.

لكن هذا الرأي يبث الشك في استقرار وعمومية القاعدة العرفية، فضلا عن أنه غير صحيح، إذ العرف ليس مسألة موضوعية تبحثها المحكمة، وإنما هو قانون تطبقه وتخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا[1].

وحسما لهذه المعارضة لمبدأ افتراض التضامن التجاري فقد عمدت بعض التشريعات لتقنين قاعدة التضامن التجاري المفترض فمثلا : بصدور قانون التجارة المصري الجديد تم تقنين قاعدة افتراض التضامن إذ تنص المادة 47 من القانون التجاري المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 على أنه: "يكون الملتزمون معا بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، و يسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري"[2].

و نفس القاعدة نصت عليها المادة 53 من قانون التجارة الأردني[3] و المادة 340 من قانون التجارة السوري التي تنص على أنه: "أن المدينين معا في الالتزام التجاري يعدون متضامنين في هذا الالتزام"[4].

كما نصت المادة 97 من قانون التجارة الكويتي صراحة على أن "الملتزمون معا بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"،

كل هذه النصوص جاءت لتأكد افتراض التضامن التجاري بالنص الصريح[5].

الجدير بالذكر أن كل من المشرع التجاري الأردني و المصري قد أتى بفكرة افتراض التضامن عند تعدد الكفلاء بدين تجاري فهم متضامنين في الوفاء به بغض النظر عن مدى اعتبار الكفالة عملا تجاريا أم عملا مدنيا بالنسبة إلى الكفيل فالعبرة تكون بتجارية الدين مما يؤكد على أن قاعدة افتراض التضامن إنما يقصد منها تعزيز الائتمان التجاري[6]،

إلا أن المشرع التجاري الجزائري لم يأت لنا بنص مماثل بل نص فقط على التضامن في نصوص متناثرة في القانون التجاري[7]، كتضامن الشركاء في بعض

---

[1] - علي البارودي ، محمد فريد العريني ، "القانون التجاري "، العقود التجارية ،عمليات البنوك ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2004 ، ص27-28.

[2] - هاني دويدار، المرجع السابق،ص 77-78.

[3] - زهير عباس كريم المرجع السابق ، ص43.

[4] - علي فتاك "مبسوط القانون التجاري" القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية، ابن خلدون للنشر و التوزيع، طبعة 2004، ص 66.

[5] - حسني المصري، المرجع السابق، ص39-40.

[6] - هاني دويدار، المرجع السابق، ص78.

[7] - علي فتاك، المرجع السابق، ص66-67.

الشركات التجارية مع استبعاد التضامن المفترض في الشركات المدنية نظرا لمبدأ عدم افتراض التضامن المدني.

إن القضاء الفرنسي قد أقر قاعدة التضامن في عدة قرارات و طبقه على كل الالتزامات التجارية خاصة منها الكفالة التجارية و الاستغلال المشترك للمحل التجاري[1] بعد تردد كبير و بعد إزالة القيود، لأن القضاء الفرنسي في بداية الأمر كان يقيم التضامن في المسائل التجارية على أساس افتراض قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين فكان يقضي بقيام التضامن بين تجار اشتروا شيئا مشتركا أو بين موكل و وكيله عن أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير، أو بين شركاء في شركة محاصة، تعاملوا مع الغير، أو لوجود شركة واقعية، أو وجود مال مشترك في الظاهر بين شركتين.

و كان القضاء الفرنسي يقيم التضامن في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك، أما في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب فكان لا يقضي بالتضامن فيها ، بل كان لا يقضي بافتراض تضامن الكفيل مع المدين الأصلي في المسائل التجارية إذ كان يعطي للكفيل حق التجريد، فأزالت محكمة النقض الفرنسية كل هذه القيود و أصبحت تقر بافتراض التضامن في كل الالتزامات التجارية المشتركة. أما بالنسبة للقانون التجاري الجزائري فانا لا نعثر به على مادة صريحة تنص على افتراض التضامن التجاري، لكن لا يعني ذلك امتناع القضاء عن تطبيقها بحكم ما تقتضيه مصلحة كل من الدائن و المدين إلى جانب تقوية الائتمان التجاري[2]، رغم معارضة بعض الفقه الذي رأى أن المادة 217 من القانون المدني جاءت مطلقة و المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يوجد نص خاص يقيده مع العلم أنه لا يوجد نص خاص في القانون التجاري ينص على مبدأ افتراض التضامن و إنما وجدت نصوص متناثرة تنص عليه[3].

وإذا كان الرأي الراجح فقها و قضاء يميل لافتراض التضامن السلبي في المعاملات التجارية[4] فإن التضامن الايجابي عند تعدد الدائنين بدين تجاري يبقى قائما على أساس أساس القاعدة العرفية المستقرة في هذا الشأن[5].

المطلب الثاني: استناد التضامن التجاري على كفالة الدين.

---

[1] - François- Dekewwer. Deffossez "Droit commercial" activités commerciales- commerçants fonds de commerce- concurrence- consommations- avec la collaboration de EDITH Blary clement- 6eme édition- Montchrestien- 1999, page 113.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص267-266.

[3] . شاذلي نور الدين "القانون التجاري" مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار العلوم للنشر و التوزيع، طبعة 2003، ص 24

[4] - جلال علي عدوي، المرجع السابق، ص260.

[5] - هاني دويدار، المرجع السابق، ص78.

نشأت الكفالة تاريخيا من التضامن فقد كانت في مبدأ أمرها صورة منه ثم انفصلت عنه شيئا فشيئا وأصبح لها خصائصها المميزة لها [1]، هذا ما جعل قاعدة التضامن ترتبط بفكرة الكفالة وخاصة التضامن التجاري سواء في حالة افتراضه أوفي حالة عدم افتراضه والنص عليه، حيث أرجع بعض الفقهاء أساس تضامن المدينين بدين تجاري لفكرة الكفالة التجارية محاولين عن طريق هذا الربط إيجاد الركيزة التي يقوم عليها التضامن التجاري.

واستنادا على ذلك سنتطرق في الفرع الأول للعلاقة بين التضامن التجاري والكفالة، ثم نخصص الفرع الثاني للتمييز بين التضامن والكفالة.

الفرع الأول: العلاقة بين التضامن التجاري و الكفالة.

إن الكفالة في أول العهود الرومانية لم تكن خاضعة لفكرة التبعية بل كان الكفيل مثل المدين الأصلي ملتزما بصفة أصلية، وكان مركزه أحيانا أسوء من مركز المدين إذ كان يتعرض للقتل أو يباع عبدا في الأسواق إذا لم يقم المدين بالوفاء، ولو كان الكفيل نفسه معسرا.

كما كان للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل وأن يحصل على حكم ضده قبل رفعها على المدين، وبعد فترة زمنية اثر التطور القانوني أصبح كل من المدين والكفيل في مركز واحد وهو المدين المتضامن، من هنا أصبحت الكفالة تضامنا في الدين وفي عهد متأخر في عهد جوستنيان تأكدت صفة التبعية للكفيل واعترف له بحق التجريد الذي بمقتضاه يلتزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولا وقبل الكفيل، كما اعترف له بحق التقسيم في حالة تعدد الكفلاء من هنا انفصلت الكفالة عن التضامن[2].

وإن هذا الارتباط التاريخي بين الكفالة و التضامن إضافة لتشابه أحكامهما، جعل بعض الفقه أثناء محاولته البحث عن أساس للتضامن التجاري إرجاعه لفكرة الكفالة.

فقد اعتبر بعض الفقه تضامن الشركاء في شركة التضامن كفالة عادية أين يكون التزام الشركة التزام أصلي والتزام الشركاء التزام تبعي فهم مدينين احتياطيين، أي أنه في حالة عجز الشركة عن الوفاء يتم اللجوء للشركاء لتسديد ما على الشركة من ديون، لذلك فيمكنهم الدفع بالجريد والدفع بالتقسيم في حالة ما إذا تمت مطالبتهم بالوفاء، كما أن بعض الفقه قد أرجع تضامن الشركاء لفكرة الكفالة التضامنية[3].

كذلك فيما يخص تضامن الموقعين على الورقة التجارية فهناك بعض الفقه من أرجع أساس تضامن الموقعين فيها لفكرة الكفالة [4]، حيث يكفل كل موقع الموقع الآخر

---

[1] - أنور العمروسي "التضامن و التضامم و الكفالة في القانون المدني" ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى، 1999، ص275 .

[2] - زاهية سي يوسف ، "عقد الكفالة "، دار الأمل ، طبعة 2001 ، ص 12.

[3] - رزق الله العربي بن مهيدي "الوجيز في القانون التجاري " ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 2003 ، ص 57.

[4] - صبحي عرب "محاضرات في القانون التجاري الإسناد التجارية" الشيك ، السفتجة ، سند الأمر ، سند النقل ، عقد تحويل الفاتورة ، طبعة -1999 - 2000 ،ص 99.

فيصبح كل الموقعين كفلاء متضامنين فتكون هذه الكفالة عادية بل تضامنية، نظرا لأن تضامنهم واقع بقوة القانون بنص المشرع عليه في القانون التجاري.
إلا أنه لا يوجد في حقيقة الأمر إلا كفيلين متضامنين في الورقة التجارية وهما القابل بالتدخل في السفتجة و الضامن الاحتياطي أما باقي الموقعين على الورقة التجارية فكلهم مدينين أصليين متضامنين والتزامهم متمثل في مبلغ الورقة التجارية [1].
و تجدر الإشارة عند الحديث عن الضامن الاحتياطي الذي يعتبر من الملتزمين المتضامنين بمبلغ الورقة التجارية، أن المشرع قد اعتبره كفيلا وذلك في القواعد العامة حسب نص المادة 651 من القانون المدني التي تنص على أنه " تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا ".
يستفاد من هذا النص أن الكفالة مدنية مهما كانت طبيعة الدين المضمون أو المكفول ولو كان هذا الدين تجاريا و استثنى المشرع الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا و الكفالة الناشئة عن التظهير فهي تعد دائما عملا تجاريا.
رغم أن بعض الفقه قد أكد الصفة التجارية للكفالة في حالة إبرامها من طرف تاجر أو إذا كان للكفالة علاقة بعمل تجاري فتكون في هذه الحالة تجارية بغض النظر إن كان الكفيل تاجرا أو غير تاجر[2]. إلا أن نص المادة 651 من القانون المدني واضح حيث جعل الكفالة ولو لدين مدني وحتى في حالة صدورها من تاجر عملا مدنيا إلا فيما يخص حالتين وهما حالة ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية أي كفالة الورقة عن طريق الضامن الاحتياطي، وحالة الكفالة الناتجة عن تظهير الورقة التجارية بنقل ملكيتها [3].
رغم ذلك فلم يعتبر القانون التجاري الموقعين على الورقة التجارية كفلاء متضامنين و ينطبق ذلك على الضامن الاحتياطي الذي اعتبره المشرع مدينا أصليا و ليس كفيلا رغم أن تدخله لضمان الموقع قد يشبه كفالة الدين نوعا ما، وهذا ما سوف نستنتجه عند الحديث عن التضامن الصرفي في الفصل الثاني.
لذلك ارتأينا أن نميز بين كفالة الدين والالتزام التضامني.

الفرع الثاني: التمييز بين التضامن و الكفالة.

يعتبر كل من الكفالة و التضامن السلبي صورة من صور التأمين الشخصي فهما يؤديان وظيفة واحدة هي توفير ضمان شخصي للدائن أساسه ضم ذمة شخص أو

[1] - محمد السيد الفقي "القانون التجاري الأوراق التجارية " منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة2004 ، ص 169.
[2] - J . B. BLAISE. OP .CIT . PAGE 132
[3] - زاهية سي يوسف المرجع السابق ن ص 21.

أكثر إلى ذمة المدين، فيقوى بذلك أمله في ضمان الوفاء دون أن تتغير صفته كدائن عادي[1].

و في هذا يرى الأستاذ السنهوري أن التضامن أبلغ في الضمان من الكفالة لأن التعدد بين المدينين يعد تأمينا شخصيا رغم كونه التزام أصلي، بينما لا يكون التزام الكفيل إلا التزاما تبعيا احتياطيا في كل من الكفالة الشخصية والكفالة العينية[2].

فالكفالة تاريخيا نشأت من التضامن، رغم ذلك تقوم عدة فوارق بين الكفالة و التضامن السلبي مردها أن الكفيل في علاقته بالدائن يلتزم بالدين تبعيا فهو مسئول عنه في المرتبة الثانية، أما المسئول الأول و الأساسي هو المدين ذاته أما المدين المتضامن فيلتزم قبل الدائن التزاما أصليا بالدين هو و جميع المدينين المتضامنين معه، ففي كل من الكفالة و التضامن توجد أكثر من رابطة تربط الدائن بالملتزمين بالدين و القاعدة في الكفالة هي تبعية رابطة الكفيل بالمدين، في حين أنه في التضامن الأصل هو استقلال و انفصال الروابط عن بعضها.

كما يختلف التضامن عن الكفالة من حيث المصدر فمصدر الكفالة هو دائما الاتفاق أما التضامن قد يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون، أو يكون مفترض في كل الالتزامات التجارية، فالكفيل تابع بينما المدين المتضامن ملتزم التزام أصلي بالوفاء.

أما من حيث آثار الكفالة و التضامن أي علاقة الدائن بكل من الكفيل و المدين المتضامنين، فالكفيل قد خصه المشرع بطائفة من الدفوع بوصفه مسئولا عن الوفاء بالدين من الدرجة الثانية منها الدفع بالتجريد و حق التقسيم، و عدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين الأصلي، و براءة ذمته بسبب إضاعة الدائن للتأمينات ، بينما لا توجد هذه الدفوع في التضامن، و في حالة انقضاء الالتزام في التضامن فالمدينون المتضامنون على قدم المساواة و الاستقلال، بمعنى أن براءة ذمة أحدهم قد يترتب عليها براءة ذمة الآخرين كليا أو جزئيا، و قد لا يترتب في حين أن الكفيل تابع للمدين إذ يبرأ حتما في كل الأحوال بمجرد براءة ذمة المدين[3].

هذا بالنسبة للكفالة العادية أما الكفالة التضامنية فإنها كذلك تختلف عن التضامن لأن التزام المدين المتضامن يتساوى مع التزام المدين الأصلي في الدين، أما التزام الكفيل المتضامن فهو التزام تابع للالتزام الأصلي ويرتبط معه وجودا وعدما، ويترتب على هذه التبعية أنه في حالة إبراء الدائن مدينه فان ذمة الكفيل المتضامن تبرئ معه هذا ما نصت عليه المادة **654** من القانون المدني التي تنص على أنه " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

---

[1] - أنور العمر وسي ، المرجع السابق ، ص 275.

[2] - منذر الفضل، المرجع السابق ،ص 189.

[3] - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص275-276.

أما المدين المتضامن فلا تبرئ ذمته إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي، إلا إذا صرح الدائن بذلك حسب المادة 227 في فقرتها الأولى حيث تنص على أنه " إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك "[1].

[1] - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، القسم الأول، دار الهدى، 1991- 1992 ص 37.

الفصل الأول

أحكام التضامن في الشركات التجارية.

إن أكثر التطبيقات الخاصة بالالتزام التضامني في القانون التجاري نجدها في الشركات التجارية نظرا لأن التضامن يعتمد على أسس وأحكام أهمها تعدد أطراف الالتزام، وهذا التعدد في الروابط من مميزات الشركات التجارية باعتبارها تضم عدة شركاء يسألون في حالة مخالفتهم للالتزامات القانونية أو التنظيمية التي تحكم الشركات التجارية، أو في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة تسبب أضرارا لبعض الشركاء أو للغير.

فإن مصدر الالتزام التضامني في الشركات التجارية هو القانون، أما أساس هذا الالتزام فهوعادة العقد الذي يربط الشركاء بالشركة أو العقد الذي يربط المسيرين بالشركة وهو عقد الوكالة.

كما قد يكون أساسه المسؤولية التقصيرية مثاله مسؤولية الشركاء أو المسيرين في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة.

هناك عدة أحكام مشتركة بين كل الشركات التجارية و من بين هذه الأحكام المسئولية التضامنية التي نص عليها المشرع في نصوص متناثرة، كمسؤولية مؤسسي الشركات التجارية في حالة قيامهم بتعهدات ترتب عنها ديون باسم الشركة قبل إتمام إجراءات القانونية اللازمة، حيث يسأل الشركاء أو المؤسسون في هذه الحالة مسؤولية تضامنية تجاه الغير عن كل الديون المترتبة خلال مرحلة التأسيس تجاه الغير وذلك حسب ما نصت عليه المادة 549 من القانون التجاري التي تنص على أنه : " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري و قبل إتمام هذه الإجراءات يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد بأموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

وهناك حكم آخر متمثل في حالة تقديم تاجر لمحله التجاري كحصة يساهم بها في رأسمال شركة تجارية فان المشرع وحماية لدائني مقدم المحل التجاري قرر مسؤولية

الشركة التضامنية مع مقدم المحل تجاه دائني هذا الأخير، وذلك في نص المادة 117 من القانون التجاري التي تنص في فقرتها الأخيرة على أنه : " إذا انقضت المهل المحددة ولم يطلب شركاء المساهم إلغاء الحصة المقدمة ، أو الشركة، أو إذا لم يصدر الإلغاء، تعتبر الشركة متضامنة مع مقدم الحصة وملزمة بأموالها الخاصة وبالدين المترتب على المحل التجاري المقدم." وسيأتي توضيح هذه النقطة عند الحديث عن التضامن في العقود التجارية.

كذلك من بين الأحكام المشتركة بين الشركات التجارية مسؤولية المسيرين التضامنية في حالة الخطأ المشترك.

والجدير بالذكر أن من بين أهم الأمور التي سوف نتطرق لها في هذا الفصل هي آثار المسؤولية التضامنية والتي تظهر جليا عند خضوع الشركاء لهذا التضامن في مرحلة إفلاس الشركة التجارية وخاصة شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، هذا إضافة لمسؤولية مسيري الشركات التجارية التضامنية في حالة تسببهم في إفلاسها.

تعتبر أحكام التضامن في الشركات التجاري متميزة عن التضامن المدني في القواعد العامة ، وخاصة في شركة التضامن رغم وجود الكثير من الأحكام المشتركة، أما فيما يخص شركات الأموال فيحال بشأنها للقواعد العامة حيث يطبق التضامن بنفس شروطه وأسسه باستثناء بعض المسائل التي تعد من الخصائص المميزة الراجعة للطبيعة التجارية لهذه الشركات.

فسندرس أحكام التضامن في الشركات التجارية من خلال مبحثين نتناول فيهما:

المبحث الأول : المسؤولية التضامنية في شركات الأشخاص.

المبحث الثاني : صور التضامن في شركات الأموال.

المبحث الأول

المسئولية التضامنية في شركات الأشخاص.

تعد شركة التضامن النموذج الأمثل لشركات الأشخاص حيث يكون كل شريك فيها مسئول مسؤولية تضامنية وبجميع أمواله عن ديون الشركة، كما يكتسب صفة التاجر وتعد المسؤولية التضامنية من أهم الدعائم التي تقوم عليها هذه الشركة و أهم الركائز التي يعتمد عليها المتعاملين معها وسبب وجود هذا التضامن يعود في الحقيقة للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركة التضامن و شركة التوصية البسيطة، حيث تضم هاتين الشركتين عدد قليل من الأشخاص تربطهم صلة القرابة أو الصداقة أو المعرفة ويثق كل منهم في الآخر وفي قدرته وكفاءته، لذلك فمتى وجد ما يهدد الثقة بين الشركاء أو تم هدم هذا الاعتبار الشخصي تتعرض الشركة للحل.

فسوف نتطرق من خلال هذا المبحث لمميزات و أحكام وآثار التضامن في شركات الأشخاص، و إذا أوجزنا الحديث عن التضامن في شركة التوصية بالأسهم وشركة التوصية البسيطة فذلك لأنها تخضع لنفس أحكام شركة التضامن بالنسبة للشركاء المتضامنين في كل من شركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم.

وهذا ما أكده المشرع بالنسبة لشركة التوصية البسيطة في نص المادة 563 مكرر1 فقرة أولى[1]، فتتكون هذه الشركة من شركاء متضامنين مسئولين مسؤولية تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة، ويكتسبون صفة التاجر، و شركاء موصون لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود حصصهم كما يكتسبون صفة التاجر ولا يشاركون في إدارة الشركة، ولا تطبق عليهم بالتالي قاعدة التضامن.

أما بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم فإنها تتضمن نوعين من الشركاء شركاء متضامنين وهم في نفس المركز القانوني للشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة، وشركاء موصون لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم في رأس المال [2]، وبمعنى آخر فان شركة التوصية بالأسهم هي عبارة عن شركة تضامن بالنسبة للشركاء المتضامنين ،وشركة مساهمة بالنسبة للشركاء حملة الأسهم.

---

[1] - تنص المادة 563 مكرر1 على أنه "يسري على الشركاء المتضامنين القانون الأساسي للشركاء بالتضامن"

[2] - فنصت المادة 715 ثالثا من القانون التجاري فقرة أولى بأنه : "تؤسس شركة التوصية بالأسهم التي يكون رأسمالها مقسما بين شريك متضامن أو أكثر له صفة التاجر ومسئول دائما وبصفة متضامنة عن ديون الشركة ،وشركاء موصين مساهمين ولا يتحملون الخسائر إلا بما يعادل حصصهم ."

وتجدر الإشارة هنا إلى أن كل الأحكام التي سوف ندرسها في هذا المبحث تطبق على كل الشركاء المتضامنين في شركة التضامن والتوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم، رغم أن هذه الأخيرة تعد شركة أموال إلا أن احتواء هذه الشركة على شركاء متضامنين جعل المشرع يحيل بشأنها لأحكام شركة التضامن خاصة فيما يخص المسؤولية التضامنية للشركاء المتضامنين فيها.
أما في ما يخص شركة المحاصة فإنها شركة معدومة الشخصية المعنوية كما أنها قد تقوم بنشاط مدني أو بنشاط تجاري، ففي حالة قيامها بعمل تجاري يطبق على الشركاء فيها المسؤولية التضامنية بالرجوع لقاعدة افتراض التضامن إذا كان الالتزام مشترك وتوفرت كل الشروط أهمها ثبوت الصفة التجارية للشركة أو لعمل الشركاء، و نظرا لعدم نص المشرع على التضامن في هذه الشركة، فإن مجال دراستنا سوف يكون التضامن الذي جاء به النص القانوني صراحة بالنسبة لشركة التضامن و بالنسبة للشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم.
فسنتناول في المطلب الأول : النظام القانوني لقاعدة التضامن في شركات الأشخاص، ونتناول في المطلب الثاني مجال قاعدة التضامن، ثم في المطلب الثالث آثار المسؤولية التضامنية قبل إفلاس الشركة وبعده.

المطلب الأول: النظام القانوني لقاعدة التضامن في شركات الأشخاص.

إن المسؤولية التضامنية المشتركة في حالة تعدد الملتزمين بدين واحد هي مسؤولية مفترضة في القانون التجاري لا تحتاج لنص لتقريرها ولا للاتفاق حول وجودها كأصل عام، لكن في شركات الأشخاص بالخصوص فهذه المسؤولية التضامنية لا تفترض نظرا لنص المشرع عليها صراحة، وكنتيجة منطقية لذلك فلا بد أن يكون لها ما يميزها عن القواعد العامة هذا ما يدفعنا لدراسة خصائص هذا التضامن في شركة الأشخاص وشروط إخضاع الشركاء له، إلى جانب ذلك فان افتراض قاعدة التضامن إلى جانب النص عليها من قبل المشرع يقودنا لمسألة مدى إمكانية الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة أو نفيها والاتفاق على مخالفتها.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتضامن في شركات الأشخاص.

التضامن وصف يلحق الالتزام و يحول دون انقسام الالتزام في حالة تعدد المدينين ويمنع انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين فالتضامن تارة إيجابيا و تارة أخرى يكون سلبيا، أما التضامن الذي يخص شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة هو من المؤكد سلبي و إيجابي إلا أن نصوص القانون التجاري اقتصرت على الجانب السلبي له و هذا ما ظهر في المادة **551** قانون تجاري في فقرتها الأولى بنصها : **"للشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسئولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة".**

وتعد المسئولية التضامنية من أهم المميزات التي تتصف بها شركة التضامن كما كانت هذه الصفة السبب الرئيسي لاكتساء الحصص فيها الطابع الشخصي و اكتساب أصحابها صفة التاج[1].

و مؤدى هذه المسؤولية أن للدائن الرجوع على الشريك مباشرة ومطالبته بكل حقوقه وديونه لذا الشركة، و لا يمكن لهذا الأخير الدفع بمطالبة شريك آخر[2].

و يكون الشريك مسئولا عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية أو تعهداته الخاصة به، فتكون ذمته المالية بكاملها ضامنة للوفاء بهذه الديون أو القيام بتنفيذ تلك التعهدات، و لا يجوز له أن يدفع بأن حصته تمثل جزءا فقط من رأس مال الشركة بل أن دائن الشركة له أن يزاحم الدائن الشخصي للشريك دون أن يكون لهذا الأخير حق الاعتراض[3].

ويكون التضامن قائما بين الشركاء الذين تتألف منهم الشركة وقت التعاقد سواء ظهر اسمهم في عنوان الشركة أو لم يظهر ، فالعبرة بصفة الشريك وقت التعاقد[4]، حيث يكون لدائني الشركة ضمان خاص بهم على ذمة الشركة و ضمان إضافي على ذمم الشركاء الشخصية[5]، فيتزاحم الدائنين عليه مع دائني الشركاء المتضامنين المسئولين عن التزامات الشركة على وجه التكافل فيما بينهم، بمعنى أن لدائن الشركة أن يتقدم للشريك المليء فيطالبه منفردا بالدين، فمن يحصل على حكم بإلزام الشركة بأن تؤدي له مبلغا معينا يمكنه بموجب هذا الحكم أن ينفذ على الشركة كشخص معنوي بهذا المبلغ، كما له أن ينفذ هذا الحكم في مواجهة الشريك و لو لم يكن الحكم صادرا في مواجهة هذا الأخير، و ليس للشريك الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن بالرجوع على الشركة أولا قبل التنفيذ عليه، فهو مع الشركة كفيل متضامن و ليس كفيل عادي[6].

وهذه القاعدة تجعل دائن الشركة الأصلي بالتأكيد في موضع أفضل من الدائنين الشخصيين للشركاء[7].

ويخضع الشريك لهذا الالتزام بكل الدين و لو لم يوقع سند المديونية إذ يكفي أن يوقعه أحد الشركاء الآخرين شريطة أن يوقعه باسم الشركة، فإذا وقعه بصفته

---

[1]- Rene. Rodiere, «Droit commercial groupements commerciaux" , avec la collaboration de Bruno Oppelit , precit , Dalloz, 9- ème edition , 1997 page 87

[2]- محمد فريد ألعريني، هاني دويدار،" قانون الأعمال"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص 322 .

[3]- ـ أحمد محمد محرز ، "الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات التجارية، و شركات الأشخاص و شركات الأموال"، شركات القطاع العام، مشروع قانون الشركات الموحد الجديد، الطبعة 2000، ص 297.

4- رزق الله العربي بن مهيدي" الوجيز في القانون التجاري" ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة ، 2003 ص 56 .

5- مصطفى كمال طه، الشركة التجارية، "الأحكام العامة في شركات الأشخاص و شركات الأموال "، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997،ص 71

6- عبد الحكم فوذة، "شركات الأشخاص "، دار الفكر الجامعي، ص150.

7- عباس مصطفى المصري، «تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال "، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص88.

الشخصية المجردة دون أن يتعلق بتجارة الشركة و غرضها فإنه لا يلزم الشركاء بل يلزم الموقع فقط[1].

و نفس الحكم تضمنته المادة 221-1 من القانون التجاري الفرنسي[2].

حيث يمكن للدائنين مطالبة أي شريك في الشركة بتسديد دينه، و في حالة عدم تسديده يمكن الحجز على أمواله الخاصة و بيعها إذا لزم الأمر، و الالتزام بتسديد الديون المتعلقة بالشركة يقوم مباشرة بعد إثبات الدائن بأن الدين خاص بالشركة إلا إذا قام أحد الشركاء أو كلهم بالاعتراف أو بالإقرار بوجود ذلك الدين[3].

و إن هذا التضامن بين الشركة والشركاء ناتج عن الاشتراك في كل التصرفات و المصالح وهو تضامن قانوني أو تضامن كامل و تام، و يكون لكل متابعة لأحد الشركاء أثر على الشركاء الآخرين.

و يمنع على الشريك أن يحيل حصته أو يتنازل عنها لأي شخص و لو لشريك آخر بعد مطالبته بتسديد الديون تهربا من تلك المطالبة، خاصة أن الإحالة في شركة التضامن والتوصية البسيطة صعبة لأنها تقوم على

الاعتبار الشخصي، كما و لا يمكن للشريك أن يعارض أو يتهرب من المسؤولية التضامنية بأي طريقة[4].

و الجدير بالذكر أن التضامن في شركات الأشخاص أكثر صرامة من التضامن في الشركات المدينة لاقتصار التضامن في هذه الأخيرة على الشركاء بينما في شركة التضامن فهو تضامن ثنائي بين الشركاء من جهة و بين الشركاء و الشركة من جهة أخرى لذلك فهو تضامن تام.

و إن هذا التضامن مقرر لمصلحة الدائنين بالتالي يمكنهم التنازل عنه لمصلحة كل الشركاء أو لمصلحة أحدهم، و للدائن في نفس الوقت الحق في أن يتابع أي شريك يختاره و هو غير مجبر على تقسيم دينه على الشركاء[5].

و لا تشمل المسؤولية التضامنية إلا العلاقة بين الشركاء و الدائنين فلا يمكن إرغام الشريك من طرف المسير أو أغلبية الشركاء بقاعدة التضامن، و قيامهم بإجبار الشريك على دفع دين لا يوافق على تسديده أو يعارض في دفعه.

1- عبد الحكم فوذة، المرجع السابق، ص 150.

2-- تنص المادة 221 -1 من القانون التجاري الفرنسي: " كل الشركاء في شركة التضامن هم مسئولون من غير تحديد و بالتضامن عن الديون الخاصة بالشركة."

3- Francis Lemeunier, "société en nom collectif, société en participation", encyclopedie Delmas pour la vie des affaires, Paris, 9ème edition, 1993, Page 45-46

4- George Ripert- Rene Roblot, " traite de droit commercial", par Michel Germain, Delta, Paris Tome1 , 18 ème edition , 2001 , p 132.

5- Philippe-Merle, droit commercial, sociétés commerciales, Précis, Dalloz, Paris, 10ème edition, 2005, page 182.

و قاعدة التضامن لا تقتصر فقط على الاشتراك في الأرباح أو في دفع ديون الشركة بل يتم توزيع الخسائر كذلك حسب الطريقة المحددة في عقد الشركة، فيتم اقتطاع الخسائر من احتياطي الشركة، و إذا وفى أحد الشركاء دين يتعدى حصته التي دفعها في الشركة يقوم بملاحقة ومطالبة بقية الشركاء لأنه شريك متضامن معهم ومع الشركة[1].

و تضامن الشركاء قد يضع عليهم مسؤولية كبيرة نوعا ما لكنها تتيح الفرصة للشركة بأن توسع نشاطها في حدود القدرة المالية للشركاء، و لا يعني التضامن كذلك أنه في حالة خسارة الشركة بخصوص صفقة ما يظهر مباشرة اشتراك الشركاء في هذه الخسارة فحسب، لأن في هذه الحالة قد ترتفع التزامات الشريك دون موافقته، و الحقيقة أن المسؤولية التضامنية أو الالتزام نحو كل ديون الشركة و صفقاتها لا يصبح مؤثرا و لا تظهر نتائجه إلا في حالة عدم مقدرة الشركة على تسديد دائنيها من ذمتها المالية الخاصة بها[2]. و هذا ما سنتطرق له لاحقا بالتفصيل من خلال شروط قيام المسؤولية التضامنية. أما بالنسبة لمدى إلزامية قاعدة التضامن في شركات الأشخاص فالأصل أن التضامن في القانون التجاري مفترض، أي يفترض وجوده عرفا كلما اجتمعت مجموعة من الإرادات أو الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لانجاز عمل تجاري، و نتيجة لهذا الافتراض لا يمكن نفي هذا التضامن في الأعمال التجارية إلا بشرط في العقد أو بنص قانوني[3].

و افتراض التضامن في القانون التجاري يدل على أن المشرع التجاري ليس بحاجة إلى النص عليه كلما وجدنا جماعة ملتزمة بدين تجاري مشترك لأنه مفترض، مثاله التضامن المفترض في شركة المحاصة في حالة قيام الشركاء فيها بعمل تجاري فيقوم التضامن فيما بينهم وليس بينهم وبين الشركة، لأن شركة المحاصة لا وجود لها قانونا فشخصيتها المعنوية معدومة.

إلا أنه في شركة التضامن والتوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم لا يمكن الرجوع لقاعدة التضامن المفترض نظرا لأن للتضامن هنا طابع خاص ذلك أنه مفروض بقوة القانون، لا يفترض وجوده عرفا[4]، و ذلك عملا بنص المادة 551 والمادة 563 مكرر1 والمادة 715 ثالثا من القانون التجاري و التي جاء في فحواها إلزام الشريك المتضامن أمام الغير بدفع ديون الشركة كلها التزام مفروض بقوة القانون.

يمكننا القول أن التضامن في هذه الحالة له طبيعة آمرة أي من النظام العام فلا يجوز

---

[1]- G.Ripert-R.Roblot, " traite de droit commercial"l, par Michel Germain, Delta, Paris Tome1,16 eme edition p 642.

[2]- PH.Merles, op, cit, page 180-181

[3]- نادية فضيل، "القانون التجاري الجزائري "، الأعمال التجارية، المحل التجاري، التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 2003، ص 54.

[4]- علي البارودي، "القانون التجاري" أعمال تجارية تجار شركات الأشخاص دار المطبوعات الجامعية طبعة 1999، ص 247.

الاتفاق على نفيه أو استبعاده بالاتفاق، كما لا يجوز تحديد مسؤولية الشريك المتضامن في شركة التضامن و التوصية البسيطة[1].

ويعد التضامن هنا من الركائز الأساسية الرئيسية التي تقوم عليها مسؤولية الشريك المتضامن[2]، فإعماله ليس مجرد تطبيق لقرينة التضامن بين المدينين الشركاء بدين تجاري في حالة تعددهم حيث يفترض تضامنهم، إنما هو إجباري وقانوني إذ هو قاعدة موضوعية لا تقبل الدليل عكسها و هي بذلك من القواعد المتعلقة بالنظام العام، و يقع باطلا في مواجهة الغير كل شرط في العقد التأسيسي للشركة يقضي بإعفاء أحد الشركاء أو بعضهم من هذا التضامن.

و يصح للدائن في نفس الوقت أن يتنازل عن ميزة التضامن في إحدى معاملاته مع الشركة لأنها ميزة مقررة لمصلحته وحده فله أن يتنازل عنها برضائه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التضامن خاص بديون الغير قبل الشركة أما فيما يخص ديون الشركاء قبل بعضهم البعض فلا تضامن بينهم فمسؤوليتهم تظل محدودة فيما بينهم حسب الاتفاق[3]، وإذا كان لأحدهم دين في ذمة الآخر فيتم اقتضاؤه حسب القواعد العامة لاقتضاء دين عادي من المدين .

لأنه من البديهي أن الشريك يضمن الشركة لكن الشركة لا تضمن الشريك، و إذا وفى الشريك دينا على الشركة من ذمته الخاصة فله الحق في الرجوع على الشركة و على الشركاء الآخرين بقدر حصة كل منهم في الدين، و إذا كان أحدهم معسرا أو مفلسا تحمل تبعة هذا الإفلاس كل شريك بقدر حصته[4].

و يظل التضامن قائما بين الشركاء ما دامت لهم صفة الشريك حتى بعد انحلال الشركة وتصفيتها إلى أن

تسقط بالتقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة 777 القانون التجاري[5]، كما يمكن للدائن إعفاء أحد المدينين من التضامن في سند المديونية ذاته، أو في اتفاق لاحق أو تحديد مسؤولية أحد الشركاء المتضامنين أو بعضهم بقدر حصتهم في الشركة، أو غير ذلك مما لا يمكن اعتباره متعارضا مع النظام العام ، فهو أمر وجيه متفق مع مقتضى القواعد العامة التي تتيح حرية واسعة لمبدأ سلطان الإدارة بما لا يتعارض مع النظام العام، و الواضح أنه لا تعارض هنا لكن في نفس الوقت لا يمكن إلزام الدائنين بذلك التنازل.

1- علي البارودي، المرجع السابق ، ص247.

2- أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 298.

3-محمد فريد العريني، "الشركات التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني و تعدد الأشكال" ،دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2003 ص98.

4- انظر لاحقا الفرع الثاني من المطلب الثالث ص 85.

5- المادة 777 من القانون التجار ي الجزائري:" تتقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أ وذوي حقوقهم بمرور خمس سنوات اعتبارا من نشر انحلال الشركة في السجل التجاري."

مع الإشارة إلى أن هذا لا يعني ضرورة اتفاق الشركاء على مبدأ التضامن في عقد الشركة لأن ذلك يفرضه القانون و تفرضه طبيعة الشركة[1]، فالتضامن مطبق دون نص صريح في العقد لأنه ليس اتفاقي بل قانوني وإمكانية مناقشته بين الدائن و الشريك لا يعني أنه كذلك بين الشركاء و بالتالي يستحيل نفيه و استبعاده.

الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم قاعدة التضامن.

من المعلوم أن التضامن بين الشركاء و الشركة يعد كفالة تضامنية لا يمكن استبعاد أحكامها تطبيقا لنص المادة 551 قانون تجاري: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسئولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة و لا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي"، أي أنه من حق الدائن اللجوء لأي شريك لمطالبته بالدين، وتقابل المادة 551 المادة 22 من القانون الفرنسي و 22 من القانون المصري[2].

لكن أثارت هذه النصوص خلافا فقهيا فيما يخص طبيعة التضامن بين الشركة الشركاء، ذلك أن المشرع قد تطرق لتضامن الشركاء فيما بينهم باعتباره تضامن قانوني لا يمكن استبعاده بشرط يدرج في العقد وما لم يقبل الدائن بذلك الإعفاء لأحد الشركاء[3]، وسبب ذلك أن التضامن بين الشركاء مسألة جوهرية تحتمها طبيعة الشركة و يقوم بدون نص في العقد ، فلا يمكن الاتفاق على مخالفته ولو بشرط تم إشهاره، إلا أنه بالنسبة للعلاقة بين الشركة و الشركاء فيمكن الاتفاق على تحديد مسؤولية أحد الشركاء ولكن بعد الوفاء بديون الشركة[4].

لهذا السبب فقد ذهب بعض الفقه المعارض لفكرة الكفالة التضامنية بين الشركة والشركاء للقول بأن التضامن القائم هنا هو مجرد كفالة عادية، وطبقا للقواعد التي تحكم هذه الأخيرة يحق للكفيل العادي إذا ما طالبه الدائن بالوفاء أن يتمسك بحق التجريد طبقا لنص المادة 661من القانون المدني[5]، أي للكفيل التمسك في مواجهة الدائن بمطالبة المدين الأصلي أولا و التنفيذ على أمواله و تجريده من أمواله، واستنادا لهذا الرأي يجوز للشركاء أن يتمسكوا في مواجهة دائني الشركة بتجريدها من أموالها قبل الرجوع عليهم،

و لقد تبنى هذا الرأي بعض الفقه الفرنسي[6]، مثل "روسو" و "دريدا"، حيث ذهبوا إلى الإدعاء بأن الشركاء في شركة التضامن والتوصية البسيطة هم مجرد كفلاء

1- عباس مصطفى المصري المرجع السابق ص 73

2- نادية فضيل ،"أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري" ، شركات الأشخاص ، دار هومة للطبع ، طبعة 2005 ،ص 115.

3-.الياس ناصف ، "موسوعة الشركات التجارية "، شركة التضامن ، الجزء الثاني ،طبعة 1994 ص 39.

4- رزق الله العربي بن مهيدي ،المرجع السابق ، ص 57.

5- تنص المادة 661 قانون مدني جزائري: "إذ طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله ".

6- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 116.

عاديين فيما بينهم و ليس بينهم و بين الشركة، و على ذلك يكون من حق الشركاء في حالة رجوع دائني الشركة عليهم التمسك في مواجهتهم بمزية التجريد، أي التنفيذ على المدين الأصلي و هو الشركة و تجريده من أمواله قبل الرجوع عليهم، و ذلك طبقا للمواد 2023 قانون مدني فرنسي[1].

فلا يسأل الشركاء بصورة رئيسية بل بصفة تبعية ويأخذ على هذا الرأي أنه يضعف من المركز المالي للشركة كما أنه يضعف الثقة بها[2].

وهناك رأي آخر يرى أن الشركاء مدينين متضامنين مع الشركة، وأن للدائن حق ملاحقتهم مباشرة من أجل ديون الشركة دون القيام بأي إجراء مسبق، ويأخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى ملاحقة الشركاء في أموالهم الخاصة في الوقت الذي تكون فيه أموال الشركة كافية لتسديد كل الديون.

لكن الرأي الراجح يميل إلى القول أن التضامن القائم بين الشركاء من ناحية و بين الشركة و الشركاء من ناحية أخرى هو كفالة تضامنية، فلا يعد الشركاء كفلاء عاديين لهم حق التجريد بل كفلاء متضامنين و الكفيل المتضامن طبقا للمادة 665 من القانون المدني[3]، لا يجوز له أن يتمسك بتجريد المدين الأصلي.

والجدير بالذكر أن الكفيل المتضامن مختلف عن المدين المتضامن ذلك أن هذا الأخير التزامه أصلي عكس الكفيل المتضامن الملتزم تبعيا ، إلى جانب ذلك يستطيع دائن الشركة أن يتوجه مباشرة لأي من الشركاء دون أن ينفذ على الشركة، و متى قام الشريك بالوفاء له حق الرجوع على الشركة و الشركاء حسب قواعد الكفالة التضامنية[4].

غير أن تطبيق قواعد الكفالة التضامنية على إطلاقها من شأنه أن يضع الشريك تحت رحمة دائن الشركة و تعريضه لقسوته و تعسفه، وقد قيدت معظم التشريعات حق الدائن في الرجوع على الشريك بالقيدين التاليين:

- إثبات أن الدين خاص بالشركة و ذلك عن طريق حكم يصدر في مواجهتها و هذا الحكم يعتبر حجة على الشريك.

- سبق إعذار الشركة بالوفاء، و يتم هذا الإعذار بإنذارها بالوفاء و لا يتحمل الإعذار معنى تجريد الشركة من أموالها قبل الرجوع على الشريك، و إنما مجرد مطالبتها بالسداد خلال فترة يحددها الدائن متى انقضت دون وفاء الشركة تم التنفيذ مباشرة على أموال الشريك[5].

و ذلك استنادا للرأي الراجح فقها الذي اعتبر الشركاء مسئولون عن ديون الشركة لا كمدينين أصليين بل ككفلاء متضامنين، فلا يستطيع الكفيل المتضامن في حالة مطالبته من قبل دائني الشركة أن يدلي بدفع بتقسيم الدين بينه وبين سائر الكفلاء ،

1- محمد فريد العريني، المرجع السابق ص 96.

2-- نادية فضيل، المرجع أعلاه، ص 116 .

3- تنص المادة 665 من ألقانون المدني: "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد ".

4- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 116.

5- محمد فريد hالعريني ، المرجع السابق، ص97.

ويترتب على ذلك جواز رجوع الدائن على الشريك بكامل الدين[1]، ذلك أن للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء و تكون هي المسئولة أصلا عن الوفاء بديونها ، و ما تقرير المسؤولية التضامنية للشريك إلا لإضافة الضمان للدائنين زيادة على ضمانهم العام على الذمة المالية للشركة [2].

مع الإشارة إلى أن المحاكم الفرنسية لم تسمح لدائني الشركة الرجوع على الشركاء إلا بشرط البدء بإعذار الشركة ،و ذلك قبل النص على هذا الشرط في القانون التجاري، فلجوء دائني الشركة مباشرة للشركاء لا يعني أن دائن الشركة مجبر على التنفيذ على أموال الشركة قبل الرجوع على الشركاء ، و إنما المقصود هو مطالبة الشركاء بالوفاء بديون الشركة و تحديد ميعاد لها لإجراء هذا الوفاء ، فإذا انقضى الأجل أو عجزت الشركة عن الوفاء بديونها حق لدائنيها مطالبة أي شريك يختارونه للوفاء بالديون الخاصة بالشركة و التنفيذ على ذمته المالية الخاصة به[3].

و نظرا لقسوة قاعدة التضامن التي نص عليها القانون التجاري الفرنسي توصل الاجتهاد القضائي الفرنسي لنتيجة تم تبنيها من قبل القانون الصادر في 24 جويلية 1966 و هي عدم السماح للدائنين بملاحقة المدين في أمواله الخاصة قبل اللجوء للشركة أولا و مطالبتها بالدين، وفي حالة رفض الشركة للتسديد أو تبين عدم قدرتها عليه و بعد إعذارها بعقد غير قضائي يتم اللجوء للشركاء، و إن هذا الالتزام الذي تخضع له الشركة لا يقضي على القاعدة السابقة أي قاعدة اعتبار الشريك كفيل متضامن مع الشركة [4]، و هذا ما تم النص عليه في المادة 221-1 من القانون التجاري الفرنسي.

أما المشرع التجاري الجزائري فقد قيد التضامن بشرط قانوني على عكس المشرع المصري الذي ترك أمر تقييد التضامن للقضاء، حيث نصت المادة 551 فقرة ثانية من القانون التجاري على هذا الشرط المتمثل في عدم جواز توجه الدائن لأحد الشركاء ومطالبته بالوفاء بديون الشركة إلا بعد مرور 15 يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي أي بمقتضى ورقة عادية دون حاجة للرجوع إلى القضاء[5].

فقبل الرجوع على الشريك لا بد من مطالبة الشركة أولا، لأن الشركاء المتضامنون تبعا للنص المذكور ليسوا بمدينين أصليين مع الشركة بل هم كفلاء متضامنين فيحق للدائنين مطالبتهم دون الرجوع مسبقا على الشركة ولا يستطيعون الدفع بالتجريد أو التقسيم بينهم و لا بينهم و بين الشركة[6].

1- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 40- 41.

2- د. هاني دويدار،" التنظيم القانوني للتجارة "، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، المؤسسة التجارية، طبعة 1997، ص

3- عمورة عمار، "الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري "، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة للطبع، طبعة 2000، ص221.

4- G-Ripert-R. Roblot. op cit, page642

5- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 116.

6- عمورة عمار، المرجع السابق، ص297.

أما الشرط الثاني لإعمال قاعدة تضامن الشركاء فيتمثل في ضرورة تأكد الشريك من أن الدين متعلق بالشركة، و أنه محدد المقدار و لا شك في جديته، وأنه دين متعلق بعقد أبرمه المسير باسم الشركة وفي حدود الغرض الذي أنشأت لأجله[1]، والسبب في وجود هذا الشرط هو الحد من تعسف الدائنين حيث يكون غرضهم من مطالبة الشركاء المتضامنين مجرد الكيد و التشهير بهم، خاصة وأنهم يكتسبون صفة التاجر و يتعاملون على مسرح الحياة التجارية، وذلك في الحالات التي قد يلجا فيها الدائنين مباشرة بصفة متعمدة إلى التنفيذ على أموال الشركاء على الرغم من عدم اعتراض الشركة على الدفع و ملاءتها و كفاية أموالها للوفاء، كل ذلك بغرض الإساءة للشركاء[2].

ويخضع الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم لكل الأحكام السابقة، على عكس الشركاء الموصون الذين لا يسألون إلا بقدر حصصهم المقدمة.

هذا فيما يخص تضامن الشركاء تجاه ديون الشركة و تجاه دائنيها لكن هناك ديون أخرى ذات طابع خاص قد يطالب بها الشريك، فهل تقوم المسؤولية التضامنية فيما يخص الضرائب فهل يمكن لمصلحة الضرائب أن تواجه أي شريك لمطالبة بتسديد الضريبة المفروضة تطبيقا للمسؤولية التضامنية للشريك ؟

لم يفرض القانون المصري ضريبة الأرباح التجارية و الصناعية عن ما تنتجه شركات التضامن من أرباح و لكنه فرض ضريبة على كل شريك شخصيا عن حصته في أرباح الشركة تعادل حصته في الشركة، و من ثم فان الشريك في شركة التضامن يعتبر في مواجهة مصلحة الضرائب هو الممول وهو المسئول شخصيا وتضامنيا عن الضريبة على مقدار الربح المعادل لحصته في الشركة، ونتيجة لذلك يكون على الشريك عبء تقديم الإقرار عن أرباحه في الشركة، كما يجب أن توجه الإجراءات من مصلحة الضرائب إلى الشريك شخصيا كل ذلك إلا إذا كان الشريك قد أناب مدير الشركة أو أحد الشركاء فيها أو الغير في تقديم الإقرار عن الأرباح لمصلحة الضرائب، فإن الإجراءات في هذه الحالة يجب أن توجه إلى هذا النائب بصفته هذه، و ذلك سواء كانت الشركة قائمة أو كانت في حالة تصفية[3]. أما قانون الضرائب الجزائري فلم نعثر به على حكم مماثل.

المطلب الثاني: نطاق المسؤولية التضامنية في شركات الأشخاص.

---

[1]- Yves Guyon , droit des affaires droit commercial general et societes – economica, Paris, 7eme edition , tome 1, page 249.

2-- أحمد محمد محرز ، المرجع السابق، ص221.

3- عزت عبد القادر، " الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات الاستثمار"، دار الكتب، المحلة الكبرى، مصر طبعة 1998، ص 66.

ترتكز شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي وتقوم بتكيف حياتها على أساسه ويتوقف انقضاؤها على زواله[1]، مما أدى إلى وجود خاصية أخرى وهي خاصية التضامن الذي يمتد ويتقلص مجاله حسب تغير الظروف.

كما لا تضم شركة التضامن أو التوصية البسيطة أشخاص طبيعية فقط فقد يكون من بين الشركاء أشخاص معنوية كشركة مساهمة أو مسؤولية محدودة، ورغم ذلك فان مجال التضامن يتسع ليشمل الأشخاص المعنوية رغم المسئولية المحدودة التي تتمتع بها، إلى جانب ذلك فإن الاعتبار الشخصي الذي يميز هذه الشركة يرتب عدة آثار أهمها أن أي تغيير في الشركاء يؤدي لفض الشركة إلا إذا اتفق الشركاء على خلاف ذلك، فدخول شريك جديد أو انفصال شريك قديم معناه فض الشركة الأصلية وتكوين شركة جديدة[2]، و يبقى الشريك مسئولا عن ديون الشركة ما دام يتمتع بصفته كشريك في شركة تضامن و التوصية البسيطة، ويبقى متضامنا مع الشركة والشركاء حتى بعد انحلال الشركة وتصفيتها.

لكن هذه القاعدة تصطدم بحالات يخرج فيها الشريك من الشركة قبل حلول أجلها، أو انضمام شريك جديد بعد ممارسة الشركة لنشاطها، أو بتنازل شريك آخر عن حصته فهذا المجال قد يمتد وقد يتقلص خاصة في حالة قيام الشركة بأعمال وتصرفات ومزاولتها لنشاطها[3]، إلى جانب ذلك فهناك حالات تضامن الأشخاص القائمين بإدارة شركة التضامن والتوصية البسيطة سواء كان المسئولون عن الإدارة من الشركاء أو أجانب عن الشركة ويشترط لقيام مسئوليتهم التضامنية أن يكونوا أكثر من مدير واحد أي يجب تعددهم وارتكابهم لأخطاء إدارية مشتركة.

فسوف نتطرق في الفرع الأول لمجال التضامن في حالة وجود شخص معنوي في شركات الأشخاص، ثم نتطرق في الفرع الثاني لمدى مسؤولية الشريك الجديد عن ديون الشركة التي قامت بنشاط سابق على انضمامه ، ومدى مسؤولية الشريك المنسحب من الشركة، و في الفرع الثالث لمسئولية الشريك المتنازل والمتنازل إليه عن حصته في الشركة، ثم نتناول في الفرع الثالث ا لمسئولية التضامنية لمسيري شركات الأشخاص.

الفرع الأول: مسؤولية الشخص المعنوي.

1- محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 83.

2- محمد كامل درويش، "الأساسيات المطورة، وأحكام عامة في شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات التأمين "، دار الخلود للنشر والطباعة، الطبعة الأولى ،1993 ص173.

3. نادية فضيل، المرجع السابق ص 117.

قد يكون الشخص المعنوي شريك في شركة تضامن أو توصية بسيطة فيخضع عندئذ للمسؤولية التضامنية حتى و إن كان هذا الشخص المعنوي شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وقد يكون هذا الشخص المعنوي شركة تضامن أخرى ،لكن الفرض الأخير لا يثير أية مشاكل لأن كل الشركاء سواء أمام المسؤولية التضامنية.

أما إذا انضمت شركة توصية بسيطة لشركة تضامن فإن المسؤولية التضامنية تمتد لتطال الشركاء المتضامنين في هذه الشركة فقط و حتى الشركة ذاتها كشخص معنوي دون الشركاء الموصيين، ذلك أن مسؤولية هؤلاء محدودة سلفا بقدر حصصهم في الشركة مع اعتبار أن ذلك معلن ومشهر بطرق الشهر القانونية، فلا يجوز تشديد مسؤوليتهم لمجرد أن الشركة التي تضمهم قد أصبحت شريكا في شركة تضامن أخرى.

أما إذا كان من بين الشركاء في شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة شركة تضامن أو توصية بسيطة فتكون مسئوليتهم بقدر حصتهم أو مساهمتهم في رأس المال فقط، أما بالنسبة للشركاء فانه من غير المعقول أن يتم مسائلتهم عن ديون شركة المساهمة، على عكس الشخص المعنوي الذي يسأل مسؤولية محدودة في شركة المساهمة أو المسؤولية المحدودة، لكن ما ينبغي ملاحظته أنه إذا قامت علاقات بين شركة التضامن أو التوصية البسيطة مع شركة المساهمة أو المسؤولية المحدودة وترتب عنها ديون لصالح إحدى هاتين الأخيرتين فان الشركاء في شركة التضامن والتوصية البسيطة يسألون مسؤولية تضامنية عن هذه الديون، لأن هذا الفرض يختلف عن الفرض الأول.

أما في الحالة المعاكسة إذا كانت شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة شريك في شركة تضامن أو توصية بسيطة، فتظل مسؤولية الشركاء محدودة حسب حصصهم أما الشركة ذاتها فتسأل مسؤولية تضامنية في كل ما يمثل ذمتها المالية كشخص معنوي، وهذا الحكم صحيح ومطبق سواء دخلت الشركة كشريك في شركة تضامن بجزء من رأس مالها فقط أو حتى برأس مالها كله[1].

إلى جانب ذلك هناك حالة تحويل شركة تضامن لشركة أخرى وهذا التحويل هو تغيير الشكل القانوني للشركة فتصبح تكتسي شكلا أخرا بعد تغيير نظامها الأساسي، فتبقى الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية رغم تحويل شكلها وقد يحدث هذا التحويل بناءا على إرادة الشركاء للخضوع مثلا لنظام ضريبي اقل قسوة من النظام السابق، إلا أنه ابتداء من يوم التحويل تطبق أحكام الشركة الجديدة.

ففي حالة تحويل شركة التضامن أو التوصية البسيطة لشركة مساهمة يتم تحويل حصص الشركاء إلى أسهم مكونة لرأسمال شركة المساهمة، ويصبح الشركاء متمتعين بمسؤولية محدودة ابتداء من تاريخ التحويل لكن قبل تاريخ التحويل فان هؤلاء الشركاء تكون مسؤوليتهم غير محدودة وتضامنية عن كل ديون شركة التضامن قبل أن يتم تحويلها لشركة مساهمة أو مسؤولية محدودة، وسبب ذلك هو إمكانية قيام

1- عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق، ص90.و 232.

الشركاء بعملية التحويل تهربا من المسؤولية التضامنية، لذلك فان الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة و المسؤولية المحدودة لا يتم سريانها إلا من تاريخ استكمال إجراءات التحويل و حدوثه بصفة قانونية[1].

هذا بالنسبة للتحويل، أما في حالة الاندماج أي دمج شركة تضامن أو توصية بسيطة في شركة أخرى، أو حالة الانفصال أي تجزئة الشركة لشركتين أو أكثر فان المشرع التجاري الفرنسي قرر المسؤولية التضامنية للشركة المدمجة تجاه دائني الشركة المدمجة، حيث تكون مسؤوليتها نفس مسؤولية شركة التضامن، و كذلك بالنسبة للشركة الناتجة عن الانفصال تكون مسؤوليتها تضامنية مع الشركة المنفصلة تجاه دائني هده الأخيرة، لكن مع إمكانية اتفاق الشركات القائمة بعملية الانفصال أن لا تسأل الشركة المنفصلة إلا عن ديونها وبدون تضامن[2].

أما المشرع الجزائري فلم يأت لنا بهذه المسؤولية التضامنية مثل ما فعل بالنسبة لانفصال شركة المساهمة، خاصة وأنه قد نص في المادة **746** من القانون التجاري على

أنه : " خلافا لأحكام الفقرة الثانية من المادة **745**، إذا كان من شأن العملية المقررة زيادة تعهدات الشركاء أو المساهمين لشركة أو عدة شركات معينة، فانه لا يقرر ذلك إلا بموافقة الشركاء المذكورين أو المساهمين بالإجماع ".

أي أنه في حالة تحول شركة تضامن لشركة مساهمة أو في حالة انفصالها، فيجب موافقة كل الشركاء المساهمين في العملية بالإجماع على تحمل المسئولية التضامنية وفي حالة امتناعهم فلا تضامن تجاه دائني شركة التضامن.

فلم يقرر المشرع حماية كافية للغير في حالة اندماج أو انفصال شركة التضامن، أو التوصية البسيطة مثل ما فعل بالنسبة لانفصال و اندماج شركة المساهمة ،خاصة وأنه قد ينتج عن تلك العملية اختفاء الضمان للمتعاملين مع الشركة والمتمثل في المسؤولية التضامنية للشركاء، حيث يصبح هؤلاء الدائنين بعد الإدماج أو الانفصال أمام شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة لا يسأل فيها الشركاء إلا بقدر حصصهم.

الفرع الثاني: مسؤولية كل من المنضم والمنسحب من الشركة.

أ- مسؤولية الشريك المنضم:

[1]- PH. Merle , op, cit page 136 137

[2]- F. Lemenier, op, cit , page 130

يعتبر الشريك الجديد مسئولا مسؤولية تضامنية وغير محدودة عن التزامات الشركة السابقة لانضمامه إليها، لأن مجرد قبوله الانضمام للشركة يعني أنه لا يمانع الخضوع لجميع الالتزامات التي نشأت عنها.

فعلى الشريك أن يشترط صراحة عند دخوله الشركة عدم المسؤولية عن الديون السابقة إذا فضل عدم مسائلته عن تلك الديون السابقة على انضمامه، والشرط صحيح لكن يجب إشهاره ليتمكن للشريك أن يحتج به في مواجهة الغير، خاصة وأنه تعديل جديد في الشركة لا يفترض في الغير معرفته بدون إشهار[1].

والسبب في ذلك يرجع من ناحية إلى أن الديون السابقة على انضمامه قد نشأت في ذمة الشركة كشخص معنوي، ودخوله في هذه الشركة تم بمحض إرادته مما يمكن حمله على معنى قبوله الشركة بحالتها الراهنة أي بما تحتويه ذمتها من إيجابيات وسلبيات، كما يمكن حمله من ناحية أخري إلى اعتبار المسؤولية التضامنية عن ديون الشركة حكم ملازم حتما لصفة الشريك بغض النظر عما إذا كان الشريك مؤسسا للشركة أو منضما إليها[2]، وذلك لعموم نص المادة 551 من القانون التجاري التي تقابلها المادة 22 في كل من القانون المصري والفرنسي.

إذن يجوز أن يشترط الشريك الجديد في سند انضمامه إلى الشركة عدم مسؤوليته عن الديون السابقة على دخوله الشركة، بشرط أن يتم شهره طبقا للإجراءات التي نص عليها القانون ولا يكون للغير الاحتجاج على هذا الشرط المشهر نظرا لأنه لا يؤثر على الضمان العام للمتعاملين مع الشركة وقت أن تعامل معها[3]، ذلك أنهم لم يعتمدوا على وجود الشريك عند تعاملهم مع الشركة متى تم شهر الشرط بالطرق القانونية[4].

ونظرا لسكوت المشرع عن هذه الحالة فقد استقرر رأي معظم الفقه على أن يسأل الشريك المنضم عن الديون السابقة لانضمامه مسئولية شخصية تضامنية، إلا في حالة وجود شرط مخالف لذلك يتم شهره لأعلام الغير به[5].

فهذا النوع من المسؤولية عن ديون والتزامات الشركة أمام الغير يشمل أيضا كما جاء في المادة 26 قانون الشركات الأردني كل من انتحل صفة الشريك في شركة التضامن، سواء بلفظ أو بكتابة أو تصرف أو سمح للغير عن علم منه بإظهاره كذلك، فكل من يدعي قولا أو عملا أو بسماحه الغير بإظهاره وكأنه شريك متضامن تكون مسؤوليته شخصية وتضامنية، فيكون ذلك أمام دائن الشركة الذي اعتقد بصحة الإدعاء المذكور وتعامل مع الشركة بناءا على هذا الاعتقاد وأصبح بتعامله معها دائن لها، وقد جاء هذا

1- عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص66.

2- محمد فريد العريني، المرجع السابق ،ص.99

3- احمد محمد محرز ، المرجع السابق، ص300

4- فريد ألعريني ، المرجع السابق،ص 99

5- Dominique-legeais, Droit commercial et des affaires, Armand Colin, paris, 14ème édition, 2001 page170 .

الحكم تطبيقا لأهمية الاعتبار الشخصي بالنسبة لشركة التضامن وأساسه ثقة الغير المبنية على الاعتبار الشخصي للشركاء في هذا النوع من الشركات[1].

لكن لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الحالة في شركة التضامن، لكنه أتى على ذكرها بالنسبة للشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة، حيث تطال المسؤولية التضامنية حتى الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، في حالة ظهور اسمه في عنوان الشركة وذلك حماية للغير حسن النية الذي يظهر له اسم الشريك فيعتبره شريكا متضامنا، لأن المشرع قد سمح للشركاء المتضامنين فقط بإدراج أسمائهم في عنوان الشركة حيث تنص المادة 563 مكرر 2 من القانون التجاري بأنه : " وإذا كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موص فيلتزم هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن بديون الشركة ".

فكان على المشرع أن يقرر المسؤولية التضامنية بالنسبة لكل شخص ظهر اسمه في الشركة سواء كان شريك في شركة تضامن بعد انضمامه لها أو شريك موصي في شركة توصية بسيطة، أو كان غير شريك أصلا حماية للغير الذي تعامل مع شركة التضامن أو التوصية البسيطة.

أما في القانون التجاري اللبناني فإنه لا يقع على الشريك المنضم للشركة عبء ديونها السابقة، حيث لا يسأل إلا عن الديون التي تنشأ وقت اكتسابه صفة الشريك[2].

ب-مسئولية الشريك المنسحب من الشركة:

تبدأ مسؤولية الشريك المتضامن في شركة التضامن والتوصية البسيطة منذ أن يصبح شريكا وخلال مدة بقائه في الشركة فيسأل عن ديونها طيلة تلك المدة[3].

وإذا انسحب الشريك من الشركة يبقى عندئذ مسئولا بالتضامن مع الشركاء الآخرين عن ديون والتزامات الشركة التي ترتبت عليها قبل انسحابه[4]، ولا يكون مسئولا عن الديون التي تولدت بعد خروجه [5]، فالشريك المنسحب أو المفصول لا يلتزم إلا بالالتزامات السابقة على انسحابه أو فصله.

أما بالنسبة لديون الشركة وتعهداتها التي نشأت بعد خروجه وانسحابه فالأصل أنه لا يسأل عنها لنشوئها

بعد سقوط صفة الشريك عنه، غير أن إعمال هذا الأصل يتوقف على وجود شرطين يجب اجتماعهما معا وهما [6]:

1- فوري محمد سامي،" الشركات التجارية"، الأحكام العامة والخاصة، دار الصبح للنشر و التوزيع، طبعة 1999 ص87.

2- هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص447 .

3 - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 87.

4 - عزيز العكيلي، "القانون التجاري، الأعمال التجارية ،التجار والمتجر، الشركة التجارية، الأوراق التجارية "، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة، 1995 ص201 .

5 - عبد الحكم فوذة، المرجع السابق، ص 101.

6- محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص99.

أ- شهر هذا الانسحاب : فإذا لم يشهرا لشريك انسحابه يعتبر كأنه لا يزال شريكا فيها ويظل مسئولا عن ديون الشركة ولو كانت لاحقة على انسحاب[1].

ب -أن يتم حذف اسم الشريك المنسحب من عنوان الشركة إذا كان اسمه واردا بها، حتى لا يظل الغير معتمدا على استمرار الشريك في الشركة، الأمر الذي يؤثر على ائتمان الشركة ومدى ضمانها العام الذي يتم التعامل معها على أساسه[2].

فإذا تخلف هذين القيدين أو كلاهما ظلت مسؤولية الشريك الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة قائمة رغم خروجه منها إلى غاية أن تنقضي الشركة، أو يتم تصفيتها و سقوط دعاوى دائنيها بالتقادم الخمسي.

و قد قضت المادة 561 من القانون التجاري[3] بعدم جواز الاحتجاج على الغير بإحالة الحصص عند انسحاب أو خروج أحد الشركاء إلا بعد إفراغها في عقد رسمي ونشرها في السجل التجاري.

أما السكوت عن ذلك وعدم إعلام الغير به فلا يسري في مواجهة الغير وإن سرى بالنسبة لباقي الشركاء، و تحدث هذه الصورة عندما تنتهي علاقة الشريك بالشركة ولكن يترك اسمه بعنوان الشركة فيوهم الغير باستمرار عضويته فيها، فقد يكون انضمام ذلك الشريك سببا لتعاقد دائني الشركة، فالشريك المنسحب الذي لم يشهر انسحابه وقام بالوفاء بالدين عن فترة لاحقة له الحق في الرجوع على الشركاء بما دفع[4].

إن إفراغ الانسحاب في عقد رسمي، و شهر الانسحاب وشطب اسم الشريك من عقد الشراكة كلها شروط لازمة ولاغنا لواحد منها ولا يغني واحد منها عن الآخر، لأن إغفال أحدهما من شأنه إيقاع الغير في الغلط، فإذا ظل اسم الشريك واردا في عنوان الشركة على الرغم من انسحابه ولم يعترض على ذلك بقي مسئولا قبل الغير عن تعهدات الشركة[5]. لذلك فيكفي نشوء الدين قبل الانسحاب وإن تأخر استحقاقه إلى ما بعد انسحاب الشريك من الشركة[6].

الفرع الثالث: مسؤولية كل من المتنازل و المتنازل إليه عن الحصة في الشركة.

قد يتنازل الشريك عن حصته بموافقة جميع الشركاء بإثبات ذلك التنازل بموجب عقد رسمي و التأشير عليه في السجل التجاري حسب المادة 561 من القانون

1- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص73.

2- أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص299.

3- المادة 561 قانون تجاري جزائري:" يجب إثبات إحالة الحصص الخاصة بالشركة بموجب عقد رسمي و يكون الاحتجاج بها على الشركة بعد تبليغها للشركة وقبولها للإحالة بعقد رسمي ولا يجوز الاحتجاج بها على الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات وكذلك بعد النصر في السجل التجاري".

4- عبد الحكيم فوذة، المرجع السابق، ص151.

5 - أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 299.

6- هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص448.

التجاري، التي قررت أن إحالة الحصة الخاصة بالشركة لا يتم إلا بموجب عقد رسمي و لا يجوز الاحتجاج بهذه الإحالة إلا بعد إتباع جميع إجراءات الشهر.
لكن قد يسبق هذا التنازل ديون و تعهدات نشأت قبل شهر التنازل، فهل يمكن القول أنّ التنازل عن الحصة يتضمن حوالة ديون المتنازل للمتنازل إليه فتبرئ ذمة المتنازل منها و تنتقل لذمة المتنازل إليه فتطبق أحكام حوالة الدين، أم تظل الديون عالقة بذمة الشريك المتنازل؟.

ذهب رأي إلى القول بأن تنازل الشريك عن حصته في الشركة يستتبعه إحلال المتنازل إليه محل المتنازل في كافة الحقوق و الالتزامات، و يترتب هذا الأثر بمجرد إتمام التنازل دون اشتراط موافقة الدائنين حيث تبرأ ذمة المتنازل بمجرد تنازله[1]، غير أن هذا الرأي لم يجد تأييدا من الفقه.
فيرى الفقه الغالب ضرورة موافقة دائني الشركة على حلول المتنازل إليه محل المتنازل في الالتزام بتلك الديون، و يعود السبب في ذلك إلى أن التنازل ينطوي على حوالة للدين، ولا تسري هذه الحوالة إلا إذا أقرها الدائن، فان حصل مثل هذا القرار برأت ذمة المتنازل عن الديون السابقة عن شهر تنازله وانتقل الالتزام بها للمتنازل إليها.

أما إذا لم يقع هذا الإقرار بقيت ذمة المتنازل مثقلة بهذه الديون، و من الطبيعي أن لا يوافق الدائنون على التنازل عن الضمان العام المقرر لهم في مواجهة المتنازل، إلا إذا وثقوا في ملاءة المتنازل إليه.
إذ كما سبق و قلنا أن هذا النوع من الشركات قائم على أفراد تربطهم صلة القرابة أو الصداقة بحيث يأنس كل واحد منهم للأخر و يوليه الثقة، من ثم فإدخال شخص غريب يعد أمرا خارجا عن إرادة الشركاء بعد إنشاء الشركة[2].

لكن رغم حالة رضا المتنازل إليه بتحمل كل الالتزامات السابقة على انضمامهم للشركة، و رضا الدائنين بهذا التنازل قد يحدث أن تظهر التزامات أخرى بعد التنازل وتكون مرتبطة بالمتنازل عن الحصة، نظرا لتعلقها بالتعهدات التي تعهد بها و الديون المتعلقة بحصته، لذلك فقد جرى الواقع العملي على أن المشتري أو المتنازل إليه عن الحصة قد يفرض على المتنازل أو البائع منح ضمان بعدم التزام المشتري بأي تعهد أو دين قد يظهر بعد التنازل، عدا الالتزامات الواضحة المعروفة وقت التنازل و التي تم الاتفاق عليها، و من بين هذه الالتزامات التي قد تظهر بعد عملية التنازل هي حالة زيادة قيمة الديون بعد إجراء مراجعة الضريبية، أو حالة ظهور نزاع ضد الشركة[3].

والجدير بالذكر أن هناك حالة أخرى قد ينضم فيها شخص غريب للشركة دون موافقة الشركاء وهي حالة قيام أحد الشركاء برهن حصته، فتقع حينها إمكانية دخول شخص جديد للشركة وهو الدائن المرتهن، لذلك يجب الإشارة إلى أن الالتزام الشخصي

1-- محمد محرز المرجع السابق ص300 .
2- نادية فضيل المرجع السابق ، ص120
3- PH Merles, OP , Cit , page 182

والتضامني مرتبط بصفة الشريك في الشركة فكل من له هذه الصفة يعد مسئول عن كل ديون الشركة وكل تعهداتها[1].

فالمسؤولية التضامنية مرتبطة بصفة الشريك يعني ذلك أنه إذا وجدت حصص مرهونة فالمسؤولية التضامنية تقع على مالك الحصة، وهو الراهن لأن الدائن المرتهن ليس له صفة الشريك وهذا ما يتفق عليه الجميع[2]. لذلك فليس هناك ما يمنع من أن يرتب الشريك في شركة التضامن حق رهن على حصته في الشركة لمصلحة لدائنه، أو يقرر حق انتفاع عليها وللدائن المرتهن أن يتخذ الإجراءات القانونية للتنفيذ على حصة مدينه وطلب بيعها، وإذا تم البيع فإنه من رسا عليه البيع لا يحل محل الشريك الراهن في الشركة، فيجب موافقة جميع الشركاء على ذلك وإلا فإن حقه ينحصر في التمتع بالمزايا المالية فقط، كالحصول على الأرباح أو الحصول على قدر من هذه الحصة من موجودات الشركة عند تصفيتها .

بالتالي فلا يجوز انضمام الدائن المرتهن للشركة أو حلوله محل الشريك بحيث يظل هذا الأخير مسئولا مسؤولية تضامنية عن ديون الشركة بصفته شريك أصلي فيها، ولا يمكنه التهرب منها ويخضع لنفس الحكم الدائن المرتهن صاحب حق الانتفاع بالثمار أو صاحب حق الانتفاع من الحصة طوال فترة الشركة، فان ذلك لا يمنحه حق في أن يكون شريكا في الشركة فتظل الصفة لمالك حق الرقابة وهو الشريك الأصلي الذي له حق الحصول على حصته، أو قيمتها عند نهاية الشركة وتصفية مجوداتها، فلا يحل الراسي عليه البيع محل الشريك إلا بموافقة كل الشركاء أو نسبة منهم إذا تضمن عقد الشركة قواعد اتفاقية تنظم ذلك، وإلا كان له الحق في التمتع بالمزايا المالية الناتجة عن الحصة فقط كالأرباح ويمنع عليه التصرف فيها، ويمكن للدائن المرتهن اللجوء لوسيلة حجز ما للمدين لذا الغير والتنفيذ بحق المديونية على نصيب الشريك في الأرباح إلى أن يستوفي حقه منها، وذلك في الحالات التي لا يتم فيها الحجز على حصة الشريك مباشرة بوجود حكم بإلزام المدين بقدر المديونية محل الدعوى[3].

كما يمتد مجال التضامن للشركاء الموصون في شركة التوصية البسيطة فيسألون عن ديون الشركة في حالة تحولها لشركة تضامن فترتفع مسؤوليتهم بعد أن كانت محدودة[4].

الفرع الرابع: المسؤولية التضامنية لمسيري شركات الأشخاص.

إن المسؤولية غير المحدودة و التضامنية للشركاء تسهل للدائنين الحصول على حقوقهم إذ لها اثر ايجابي بالنسبة لهم[1]، و تكون هذه المسؤولية أكثر إفادة عندما تشمل القائمين بإدارة شركة التضامن.

1- G.Ripert. R.Robbot, OP, Cit, page, 642.

2- PH.Merles, OP, Cit, page, 182

3- عباس مصطفى المصري ، المرجع السابق ص96-97.

4- PH. merles .op.cit . page 196

لكن هذه المسؤولية ليست خاصة بديون الشركة و إنما هي مسؤولية قائمة على تعدد المسيرين و ارتكابهم لأخطاء تسيير مشتركة، ذلك أنه لتسيير شركة التضامن يجب البحث عن أشخاص طبيعية تقوم بالأعمال التي نشأت من أجلها وإدارة نشاطها لتحقيق الهدف المنشود.

فللشخص المعنوي شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء و لا يمكن لهذه الشخصية أن تظهر إلا بواسطة هؤلاء الأشخاص، وفي هذا المعنى تنص المادة 553 من القانون التجاري على أنه :" تعود إدارة شركة التضامن لكافة الشركاء ما لم يشترط القانون الأساسي على خلاف ذلك، و يجوز أن يعين في القانون المشار إليه مدير أو أكثر من شركاء أو غير الشركاء أو بنص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق ".

يتضح من النص أن الأصل في إدارة شركة التضامن يعود إلى كافة الشركاء بحيث يعتبرون جميعا وكلاء عن بعضهم البعض في إدارة أعمال الشركة دون الرجوع لأحدهم على الآخر، إلا انه من حق أي شريك الاعتراض على العمل الذي يريد انجازه شريك أخر، و يمكن للمسير القيام بكل التصرفات التي تنصب في مصلحة الشركة حسب ما جاء في المادة 454 من القانون التجاري[2] و التي تقابلها المادة 221 من القانون التجاري الفرنسي.

كما يتضح لنا من المادة أن للمدير القيام بكل التصرفات إلا إذا تم تحديد تصرفاته في القانون الأساسي.

فيعد المسير مسئولا عن الخسارة تجاه الغير و تجاه الشركة في حالة تجاوزه لسلطاته و في حالة مخالفته القانون الأساسي، أو مخالفة القوانين و التنظيمات أو في حالة ارتكابه لخطأ في التسيير، و هذه المسؤولية تقوم حتى و إن منح الشركاء إبراء للمسير، ويمكن أن تتحمل الشركة المسئولية العقدية إذا أبرم المدير باسم الشركة ولحسابها عقد يدخل في حدود غرض الشركة، فتسأل هذه الأخيرة عن أعمال المدير مسئولية عقدية، ويسري نفس الحكم بالنسبة للمسئولية التقصيرية التي تتحملها الشركة في حالة قيام المدير بأخطاء أثناء تأدية وظيفته طالما أضرت بالغير وطالما كانت في حدود غرض الشركة وغير مخالفة للنظام الأساسي لها [3].

أما في حالة تعدد المسريين يكون لكل سلطاته المحددة في القانون الأساسي، و يكون من حق كل واحد منهم أن يعارض أي تصرف أو عملية قبل انتهائها هذا ما قضت به المادة 554 قانون تجاري فقرة2 وللشركاء حق المعارضة بالإجماع حتى وان كان هذا

---

[1]- France.Guiraman-Alain Heraud "Droit des societies" Manuel et applications campus, Dunod , Paris 10- ème edition année 2003 , page 83 .

2 - المادة 454: " يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة وعند تعددا لمديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها في الفقرة المتقدمة ويحق لكل واحد منهم أن يعارض في كل عملية قبل إبرامها ".

[3] - نادية فضيل ، المرجع السابق ن ص 130-131

التصرف المتنازع فيه غير معارض للنظام الأساسي، لكن حق الفيتو هذا لا يسري في حق الغير إلا من علم بهذه المعارضة المادة 555 القانون تجاري نصت على أنه "لا أثر لمعارضة أحد المديرين لأعمال مدير آخر بالنسبة للغير ما لم يثبت انه كان عالما به و لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة ".

أما بالنسبة لمسؤوليتهم فتكون تضامنية بالاستناد على عقد الوكالة أو تقصيرية نتيجة لعمل غير مشروع، حيث يسألون عن ديون الشركة سواء في الحالة التي يرتكب فيها الخطأ من أحد المسيرين أو كلهم.

وتعد مسألة تضامن المديرين في المسؤولية مسألة دقيقة طالما كانت محل رفض و معارضة من الفقه خاصة في حالة ارتكاب أحد المديرين لخطئ في التسيير.

حيث يرى البعض أن في ذلك ظلم للمسيرين اللذين لم يرتكبوا الخطأ الذي ارتكبه أحدهم، و أن التضامن يطبق على العقود التجارية والشركة ليست عقدا تجاريا، إلى جانب

ذلك فالخطأ الشخصي لأحد المدراء لا يجوز أن يتحمله سوى مرتكبه فالشركاء ليسوا وكلاء عن بعضهم البعض بل هم مجرد أعضاء في مجلس إدارة[1].

وعليه فيجب على المدير سواء كان شريكا أو من الغير يبذل العناية اللازمة لتحقيق الغرض الذي نشأت من أجله الشركة، و يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد فهو يتقاضى أجرا نظير إدارته، و من تم يكون مسئولا قبل الشركة عن أخطائه الناتجة عن تصرفاته و إدارته فإذا أساء الإدارة وألحق أضرار بالشركة أو تجاوز حدود اختصاصه أو تعدى الغرض الذي نشأت الشركة لأجله كان مسئولا في مواجهتها[2]، و من أهم الأعمال التي يلتزم بها المسيرين قيامهم بتقديم حساب مدعم بالمستندات للشركاء ليتسنى لهم مباشرة حقهم في الرقابة و الإشراف على إعماله، كما يعد المدير أمينا على أموال الشركة فإذا بددها أو اختلسها كان مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة فيسأل مسؤولية جناية و يوقع عليه العقاب شخصيا[3].

و إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمدير الواحد المنفرد فان الأمر كذلك أيضا في حالة تعدد المديرين إذا كانوا مسئولين عن نفس الخطأ فلا مفر من تحملهم المسؤولية بصفة تضامنية نتيجة خطئهم المشترك كما هو الحكم عند تعدد الوكلاء، و يسري نفس الحكم إذا ما أناب المدير غيره في تنفيذ عمل الإدارة دون أن يكون مرخص له بذلك، فلا مفر من تطبيق المسؤولية التضامنية على المدراء في شركة التضامن في حالة تعدهم وارتكابهم لأخطاء مشتركة.

وإذا كلف الشريك بالإدارة فهذا لا تأثير له على المسؤولية التضامنية للشريك بصفته شريكا وقت التعاقد، فلا تداخل بين تضامن المديرين عن خطأ شخصي و

---

[1] - G.Ripert, R.Robbot OP.Cit, Page 1013

[2] - نادية فضيل المرجع السابق ص 132.

[3] - فريد العريني المرجع السابق ص 112.

تضامن الشركاء عن ديون الشركة لأن المدير غير الشريك لا يسأل مسؤولية تضامنية إلا إذا كان يدير الشركة مع الآخرين و كانوا قد ارتكبوا أخطاء مشتركة في التسيير[1].

فالمسير أو المدير شريكا كان أو لم يكن هو مطالب بتسديد ديون الشركة من أمواله الخاصة من يوم ارتكابه لأي خطأ في التسيير، خاصة أن هذا الخطأ قد يساهم في إضعاف الشركة و الانتقاص من الجانب الايجابي لذمتها المالية، فيساهم المسير القانوني و حتى الفعلي الحاصل على الأجر أو الذي لم يتحصل عليه مساهمة شخصية في إفلاس الشركة تطبيقا لنص المادة 224 من القانون التجاري، كما يمكن منعه من تسيير الشركة وكل هذا يسأل عنه المسيرون في حالة تعددهم مسؤولية تضامنية.

و نظرا لعدم وجود نص يقرر هذه المسئولية التضامنية لمسيري شركة التضامن أو التوصية البسيطة في القانون التجاري، فيمكن أن يكون تضامنهم مفترض خاصة وأن المشرع قد أضفى عليهم صفة التاجر بنص المادة الثالثة من الأمر 96 -07 المتعلق بالسجل التجاري التي تنص على أنه: " تكون لكل أعضاء مجالس الإدارة والرقابة في الشركات التجارية صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها".

كما يمكن الرجوع للقواعد العامة في المسؤولية التضامنية فنجد المادة 126 من القانون المدني تنص على أنه : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

فمسئولية المسيرين هي إما تقصيرية تجاه الغير أو عقدية تجاه الشركة، وهنا يمكن كذلك الإحالة كذلك للقواعد العامة التي تحكم عقد الوكالة باعتبار أن المسير مرتبط بالشركة عن طريق عقد الوكالة حيث تنص المادة 579 من القانون المدني على أنه : " إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك، على أن الوكلاء لو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فيها".

ولتحقق المسؤولية التضامنية على أساس عقد الوكالة يجب أن تكون الوكالة غير قابلة للانقسام، أي يجب يقوم بها كل الوكلاء المسيرين، ونتيجة لهذا الشرط فيجب أن يرتكب خطأ مشترك يساهم فيه كل أو معظم القائمين بالإدارة.

هذا بالنسبة لمسؤولية المسيرين تجاه الشركة، لكن يمكن للغير مطالبة المسيرين بالمسؤولية التضامنية وتكون مسؤولية عقدية قائمة على أساس عقد الوكالة في حالة مخالفة المسيرين لقواعد وكالتهم وإضرارهم بالغير، أو على أساس المسئولية التقصيرية والعمل غير المشروع. كما قرر المشرع الجزائري مسئولية تضامنية تخص المسيرين عن الديون الضريبية والتي نص عليها قانون الإجراءات الضريبية في المادة 155 منه، والتي رتبت المسئولية التضامنية بين المدير والمديرين أو المسير والمسيرين في حالة قيامهم بأعمال ومناورات تدليسية الغرض منها الامتناع عن

[1] - الياس ناصف المرجع السابق،ص 37.

الخضوع للالتزامات الضريبية، فيسبب دلك عدم تسديد الضرائب والغرامات الناتجة عن التأخير في تسديد الضريبة المستحقة، حيث يتضامن المسيرين في تسديد الديون الضريبية مع الشركة ذاتها، ويقوم العون المكلف بالتحصيل برفع الدعوى أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها مقر الشركة، وهذا طبقا للمادة 155 من قانون الإجراءات الضريبية التي تنص على أنه: " عندما يتعذر تحصيل الضرائب من أي نوع كانت والغرامات الجبائية التي يستند تحصيلها لمصلحة الضرائب والمترتبة على شركة، من جراء مناورات تدليسية أو عدم التقيد بصفة متكررة بمختلف الالتزامات الجبائية، يمكن أن تحمل المسئولية بالتضامن بين المدير أو المديرين والمسير أو المسيرين أصحاب الأغلبية أو الأقلية، بمفهوم المادة 14-2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، مع هذه الشركة عن دفع الضرائب والغرامات المذكورة.

ولهذا الغرض، يباشر العون المكلف بالتحصيل دعوى ضد المدير أو المديرين أو المسير أو المسيرين أمام رئيس المحكمة الذي يتبعه مقر الشركة، الذي يبث على منوال ما هو معمول به في المواد الجزئية.

لا تمنح طرق الطعن التي يباشرها المدير أو المديرين أو المسير أو المسيرين في قرار رئيس المحكمة الذي يقر بمسؤوليتهم، أن يتخذ المحاسب في حقهم التدابير التحفظية ".

وهناك مسؤولية تضامنية للمسيرين في شركات التضامن في قانون الإجراءات الضريبية الفرنسي في مادته 267 و التي تلزم مسير الشركة في حالة قيامه بتصرفات خاطئة، أو في حالة صدور إهمال خطير و متكرر من قبله مما يعرقل تسديد الالتزامات الضريبية و يؤدي لاستحالة سدادها بالكامل، فينتج عن ذلك مبالغ سببها التأخير في التسديد .

وكنتيجة لذلك يكون المسير نظرا لإهماله مسئولا مسؤولية تضامنية عن تسديد الضرائب و المبالغ الناتجة عن التأخير في التسديد، و تفرض عليه هذه المسؤولية من رئيس المحكمة هذه المسؤولية الخاصة تطبق على المسير القانوني و حتى المسير الفعلي لشركة التضامن[1].

و نفس الشيء بالنسبة لإدارة شركة التوصية البسيطة فهي تخضع لأحكام شركة التضامن بحيث تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء المتضامنين ما لم يشترط القانون الأساسي للشركة على خلاف ذلك، كما يجوز تعيين مدير أو أكثر من الشركاء أو من الأجانب عن الشركة ما عدا الشركاء الموصون و يجب أن تتوافر لديهم أهلية التصرف في سواء للمدير الشريك أو غير الشريك[2].

فلا يمكن للشركاء الموصون تولي إدارة الشركة، و ذلك تطبيقا لحظر وضعه المشرع حيث منع الشريك الموصي من التدخل في أعمال الإدارة الخارجية ولو بمقتضى وكالة من الشركاء.

---

[1] - PH. Merles, OP Cit, page 177

[2] - عمورة عمار، المرجع السابق، ص 252.

ويترتب عن هذا الحظر نتيجة مهمة والمتمثلة في الجزاء الذي أوردته المادة 563 مكرر 5 من القانون التجاري[1]، حيث يتضح من النص بأن المشرع التجاري قد قرر نوعين من الجزاءات على مخالفة قاعدة الحظر وهما:

أ- الجزاء الإجباري: وهو تحمل الشريك الموصي المسؤولية التضامنية مع الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة و التزاماتها المترتبة عن أعمال الإدارة الخارجية الممنوعة، وهو جزاء واقع بقوة القانون دون أدنى تقدير من الجانب القاضي، و في غير هذا العمل الذي تدخل به في إدارة الشركة فتكون مسؤوليته محدودة بقدر حصته.

-ب- الجزاء الجوازي أو الاختياري: و هو الذي يظهر في المادة 563 مكرر 5 فقرة ثانية فتطبيق هذا الجزاء متروك لتقدير القاضي الذي يستهدي بعدد و جسامة أعمال الإدارة التي قام بها الشريك الموصي، و ما ترتب على ذلك من أثر بالنسبة للغير.

فيمكن أن يقدر القاضي هذه الأعمال فإذا وجدها من حيث أهميتها و خطورتها و تكرارها قد أصبحت كافية لتولد لذا الغير الاعتقاد بأن الشريك مسئول مسؤولية غير محدودة و تضامنية، جاز لها الحكم بمؤاخذته عن كافة ديون الشركة و تعهداتها التي ترتبت منذ قيامه بالإدارة فيصبح شريكا متضامنا في مواجهة الغير و يشهر إفلاسه تبعا لإفلاس الشركة، اعتمادا على نص المادة 224 من القانون التجاري.

كما يظل الشريك في علاقته مع الشركاء شريك موصي يمكنه بناء على ذلك الرجوع على الشركاء بما دفعه زائد عن حصته، بشرط أن يكون تدخله بناءا على توكيل منهم و إذا انتفى التوكيل فلا رجوع على الشركاء إلا إذا استند على القواعد العامة كالإثراء بلا سبب أو الفضالة.

و تبرير هذه " المسؤولية التضامنية " هو أن الشركاء الموصين ذوي المسؤولية المحدودة قد يقومون بتصرفات تضر بالشركاء المتضامنين مما له أثر سلبي على ذممهم المالية، ومن ناحية أخرى حماية الغير حسن النية الذي قد يختلط عليه الأمر فيظن الشريك الموصي بتدخله أنه متضامن و ليس موصي فيمنح الشركة ثقة كبيرة[2].

أما مسيري شركة المحاصة فانه في حالة تعددهم وقيامهم بأخطاء مشتركة تطبق عليهم المسؤولية التضامنية المفترضة في حالة اعتبار شركة المحاصة تجارية، خاصة و أن المشرع قد منح مسيري الشركات التجارية صفة التاجر حسب المادة الثالثة من الأمر 96 -07 المتعلق بالسجل التجاري.

---

1 _ لمادة 563 مكرر5: "لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة في حالة مخالفة هذا المنع يتحمل الشريك الموصي بالتضامن مع الشركاء المتضامنين ديون الشركة والتزاماتها المترتبة عن الأعمال الممنوعة ويمكن أن يلتزم بالتضامن بكل التزامات الشركة أو بعضها فقط حسب عدد وأهمية هذه الأعمال الممنوعة ".

2 - محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص123 - 125.

المطلب الثالث: آثار الالتزام التضامني.

إن قاعدة التضامن المطبقة على الشركاء في شركة التضامن و المتضامنين منهم في شركة التوصية البسيطة، لها عدة نتائج خاصة بطبيعة هذه الشركة أهمها أن التزام الشركاء لا يتحدد بحصصهم المقدمة نظرا لأن مسؤوليتهم تشمل كل الديون وليس جزء منها كما أن الحصص في هذه الشركة غير قابلة للتداول ولا يمكن التنازل عنها إلا بموافقة كل الشركاء، ولا يمكن للقاصر أن ينضم لهذه الشركة لأن لاكتساب الشركاء فيها صفة التاجر، الأمر الذي يحتم توافر بعض الشروط و على رأسها الأهلية التجارية[1]. وهناك آثار أخرى لقاعدة التضامن تظهر في مرحلة إعمال هذه القاعدة، وهي آثار متميزة و خاصة لأنها صعبة التنفيذ نوعا ما لاشتراك الشركاء في الدين من جهة، ولوقوع الالتزام على كل شريك بصفة شخصية من جهة أخرى، و تظهر الصعوبة إعمال القاعدة في وقت المطالبة بالدين و توجيه الإنذار بالدفع للشركاء وعند توزيع الخسائر ثم إفلاس الشركة، فهناك نتائج خاصة يرتبها مبدأ التضامن نظرا لأن مجرد إفلاس الشركة يعني إفلاس الشركاء المتضامنين فيها، و نظرا لامتداد التضامن حتى في فترة تصفية الشركة، فينتج عن ذلك ضرورة الوفاء للدائنين و يكتسي هذا الوفاء حينها الطابع التضامني لالتزام الشركاء فيما بينهم وبينهم وبين الشركة.

و قد تظهر في مرحلة تسديد الديون حالات مختلفة فيمكن أن يفلس شريك واحد دون بقية الشركاء و قد يفلس كل الشركاء دفعة واحدة أو بعضهم.

فسندرس ذلك من خلال فرعين نتطرق في الفرع الأول لمرحلة المطالبة بالدين، ثم في الفرع الثاني للمسئولية التضامنية في مرحلة الإفلاس.

الفرع الأول: مرحلة المطالبة بالدين.

إذا وجه دائن الشركة إنذارا إلى أحد الشركاء فإن أثره ينحصر في هذا الأخير دون سائر الشركاء لاسيما من ناحية سريان الفوائد التأخيرية، لذلك فمن أجل الحصول على مفعول شامل و على حكم نافذ بحق الجميع يجب توجيه الإنذار إلى كل المدينين المتضامنين، كما يجب في الوقت نفسه استحضار الشركة ممثلة بمديرها و كل الشركاء.

و السبب في اقتصار الإنذار الموجه إلى الشريك في شركة التضامن عليه وحده هو أن النيابة التبادلية العامة فيما ينفع لا فيما يضر تحكم علاقة الشركاء المتضامنين، و للسبب نفسه لا يكتسب الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين قوة الشيء المقضي به بالنسبة للمدينين الآخرين، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد الشركاء فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنيا على سبب يتعلق بشخص الشريك الذي صدر الحكم

[1]- R. Rodiere, op, cit, page 88.

لصالحه حيث تطبق هنا نفس القاعدة العامة المتعلقة بالنيابة التبادلية في القانون المدني.

فالأسباب التي توقف الحكم وتوقف مرور الزمن يمكن إبقاؤها شخصية و مختصة بأحد الدائنين، لكن الأسباب التي تقطع مرور الزمن بالنظر لأحد الشركاء المتضامنين تقطعه أيضا بالنسبة للآخرين، و قطع الزمن أو مرور الزمن الذي يستعمله دائن الشركة في مواجهة أحد الشركاء سواء بمطالبة وجهها إليه أو باعتراف الشريك بالدين يسري على الشركاء الآخرين.

لكن لا يصح هذا الاعتراف من الشريك إلا إذا كان مديرا للشركة و هذا كله تطبيقا للقواعد العامة.

و من أهم آثار التضامن أن لدائن الشركة أن يطالب أيا من الشركاء منفردا بكل الدين كما له أن يطالبهم مجتمعين، و إذا وفى أحدهم بكامل الدين كان له أن يطالب الآخرين كل بقدر حصته في الدين، و إذا كان أحدهم مفلسا تحمل تبعة الإفلاس الشريك الموفي و سائر الشركاء كل بقدر حصته، وهذا كله ناتج عن النيابة التبادلية في ما ينفع لا فيما يضر[1].

إلى جانب ذلك، من حق الشريك الذي وفى بدين أكبر من حصته أن يتوجه لمتابعة الشركة برفع طعن، لكنه يبقى في الحقيقة طعنا نظريا لأن الشركة منذ البداية أي منذ توجيه الإنذار بالدفع في مواجهتها لم تستطع دفع الديون ، فعلى الشريك أن يقوم بمتابعة الشركاء حيث يكون له الحظ الأوفر و الأكبر في تحصيل ديونه عوض متابعة الشركة، و يقدم هذا الطعن مباشرة بعد دفعه دين أكبر من حصته و هذا تطبيقا للحق و الالتزام المشترك الناتج عن التضامن.

و في حالة غياب اتفاق في النظام الأساسي للشركة حول هذا التقسيم للخسائر يلتزم كل شريك بالدفع و تحمل هذه الخسارة بحسب حصته المقدمة في الشركة، حيث يقسم المبلغ المدفوع على كل الشركاء.

بالتالي يمكن للشريك أن يحدد قيمة خسارته بمبلغ معين، و يعد هذا الشرط ساري المفعول طالما أنه ليس "بشرط أسد".

و لا يمكن لهذا الاتفاق أن يكون له أثر بالنسبة لدائني الشركة لأنهم في كل الأحوال يحصلون على مبلغ الدين[2]، ففي علاقة الشركاء فيما بينهم يمكن الاتفاق على إعفاء بعضهم أو أحدهم من المسؤولية إلى ما تجاوز حصصهم أو ما يجاوز مبلغ معين، فيجوز عندئذ لهؤلاء الشركاء إذا دفعوا ديون الشركة الرجوع على الباقين بما جاوز القدر المتفق عليه[3].

---

[1] - إلياس ناصف، المرجع السابق، ص38-39.

[2] - Ph. Merles, Op cit, page 183

[3] -- الياس ناصف المرجع السابق ص 36-37

و إذا كانت المسؤولية التضامنية من أهم خصائص شركة التضامن فان كيفية توزيع الخسارة كنتيجة لهذا التضامن صعبة التطبيق نوعا ما و قد تكون على الشكل التالي :

فمثلا: هناك شريك قد سدد دين لأحد الدائنين فمن حق هذا الشريك الرجوع على الشركاء الآخرين، فإذا كان يدين للشركاء بنصف المبلغ فكل شريك مسئول جزئيا حسب حصته في الشركة كأن يكون كل منهم قد ساهم بـ 10 % من رأس المال فهو ملتزم بـ 10 %، إلا استثناء في حالة وجود شرط في القانون الأساسي للشركة يقضي بتقسيم آخر لهذه الالتزامات[1].

مثال آخر: إذا كانت شركة تضامن مكونة من ثلاث شركاء أ-ب-ج لهم على التوالي 50% -20%- 30% من رأس مال الشركة :

يلجأ الدائن للشريك "أ" المسئول عن الدين بكامله بصفته شريكا متضامنا و بعد تسديده للدين يقوم بمطالبة كلا الشريكين "أ" و "ج" كل منهم بنسبة مشاركته في الشركة، فيطالب "ب" بدفع 20 % من المبلغ المدفوع و يطالب "ج" بـ 30 % من الدين الذي تم تسديده، ويكون هذا بعد أول خطوة و هي إعذار الشركة بالدفع وبقاؤه بدون نتيجة[2]. وإن كان الإنذار بالدفع حسب ما نص عليه المشرع يوجه إلى كل الشركاء تطبيقا للقواعد العامة للتضامن تطبيقا لمبدأ النيابة التبادلية، فإن الحكم الصادر بالدفع ضد الشركة أو الشركاء لم يأت المشرع على ذكره إلا أنه لا يشترط صدوره ضد كل الشركاء.

وتجدر الإشارة هنا بأننا لا نجد نص في القانون التجاري يبين لنا كيفية سير إجراءات المطالبة بالمسئولية التضامنية للشركاء، كما أننا لم نعثر على أي قرار أو حكم بشأن هذه الأمور الإجرائية الخاصة بطريقة إعمال قاعدة التضامن.

إلا أنه لم يشترط القضاء الفرنسي أن يصدر الحكم في مواجهة كل شريك حيث يجوز صدوره ضد الشركة فقط.

أما بالنسبة لرفع الدعوى فقد استقر القضاء اللبناني في معظمه على أن رفعها على الشركة لا يعد كافيا بل يجب أن ترفع على الشريك المتضامن أيضا.

و يستخلص مما تقدم أن التضامن قائم بكافة آثاره بين الشركاء عند تخلف الشركة عن الدفع لكن قواعده لا تطبق على إطلاقها فيما بين الشركاء و الشركة[3].

الفرع الثاني: المسئولية التضامنية في مرحلة الإفلاس.

[1] - على الموقع الإلكتروني: .http://fr.wikipedia.org/wiki.personne morale

[2] - F. Guiramand – A. Heraud ,op, cit , page 88

[3] - إلياس ناصف، المرجع السابق،ص 44- 45.

يستتبع إفلاس شركات التضامن و التوصية إفلاس الشركاء المتضامنين فيها، لأن الشريك المتضامن يعد تاجرا يلتزم بوفاء كل ديون الشركة متى عجزت عن والوفاء بها، و يعتبر الشريك في حالة توقف عن الدفع من تلك اللحظة ، كما تكون قد توافرت في شخصيته شروط الإفلاس[1].

على العكس من ذالك فإن إفلاس الشريك لا يستتبعه إعلان إفلاس الشركة لأن الشركة لا تكون مسئولة عن الديون الشخصية التي تشغل ذمة الشريك، و إنما يؤدي إفلاس الشريك بحسب الأصل إلى انقضاء شركة التضامن لزوال الاعتبار الشخصي[2].

لكن إذا أعلن إفلاس الشركة فذلك يعني في الوقت نفسه أن الشركاء قد عجزوا عن الوفاء بديونها و خضعوا بالتالي لأحكام الإفلاس، إلا أنه بإمكانهم استئناف الحكم الصادر عليهم بالإفلاس تبعا لإفلاس الشركة بإثبات عجز الشركة عن الدفع، و أن إفلاسها و الذي ترتب عنه إفلاسهم لم يكن في محله القانوني، و هذه هي الطريقة الوحيدة التي يستطيع الشريك بواسطتها التخلص من الإفلاس الذي وقع فيه بسبب كونه شريكا متضامنا في شركة أعلن إفلاسها.

و نتيجة للتضامن يكون كل من الشركاء في حالة توقف عن الدفع في الوقت نفسه مع الشركة، و هذا ما يمنح للدائنين الحق في إثبات ديونهم في تفليسة الشركة و تفليسة الشركاء، و استيفاء ديونهم من التوزيعات التي تعطى من كل التفليستين، و تكون كل تفليسة من التفليسات متميزة عن الأخرى حتى لو عين وكيل متصرف قضائي واحد لها جميعا، فلكل منها جماعة دائنين مستقلة و حلول متميزة عند انتهائها، و يتزاحم في تفليسات الشركاء دائنو الشركة و دائنو الشركاء الشخصيين بدون أفضلية لأحدهم على الآخر[3].

أما إفلاس الشريك بدين خاص فلا يؤدي إلى إفلاس الشركة إذا كانت ذمة الشركة كافية للوفاء بديونها، أو إذا كان الشركاء الآخرون في حالة يسر أي أنهم قادرون على الوفاء بديون الشركة إلا أن إفلاس الشريك يؤدي إلى حل الشركة لأنها قائمة على الاعتبار الشخصي، فلا تستمر في نشاطها إلا إذا وجد شرط لاستمرارها في العقد التأسيسي رغم إفلاس أحد الشركاء، أو وضع اتفاق فيما بين الشركاء باستمرار الشركة فيما بينهم دون الشريك المفلس[4].

و عليه فإن التضامن يقوم بين الشركاء و فيما بينهم و الشركة، فتظل المسؤولية التضامنية للشريك حتى لو أشهر إفلاسه و كذلك الأمر في حالة شهر إفلاس الشركة[5].

فتبقى إذن المسؤولية قائمة و إن كانت الشركة تحت التصفية ويسري الأمر في حالة بطلان عقد الشركة أو عدم اكتمال الإجراءات تطبيقا لنظرية الشركة الفعلية[6]، فإذا

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، "الإفلاس "، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1995، ص 267.

[2]- محمد هاني دويدار، المرجع السابق، ص 449.

[3]- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص47- 48.

[4] - عمورة عمار، المرجع السابق، ص227.

[5] - أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 297.

[6] - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص87.

أفلس شريك متضامن لا يؤثر في مركز الملتزمين الآخرين سواء كان هؤلاء الملتزمون مدينين متضامنين معه أم كفلاه في الدين [1]، إلا أن لهذه القاعدة استثناء و هو أن إفلاس شركة تضامن أو توصية بسيطة ينتج عنه حتما إفلاس جميع الشركاء المتضامنين في شركة التضامن و التوصية البسيطة[2].

و قد تأخذ المسؤولية التضامنية للشركاء بعد إفلاسهم عدة صور كما قد تمر بحالات عديدة هي:

أ- إفلاس الملتزمين قبل الوفاء: قد يتعدد المدينون فيكونون مسئولين بوجه التضامن، أو يكون أحدهم مسئولا بصفة أصلية و الباقون بصفتهم كفلاء، و في هذه الحالات تقضي القواعد العامة بأنه إذا قام أحد المدينين بوفاء جزء من الدين للدائن برئت ذمة الباقين بقدر ما دفع، كما أنه إذا دفع أحد المدينين الدين فله حق الرجوع على الباقين بقدر ما دفع كل بقدر حصته في الدين[3].

الملاحظ أنه إذا أشهر إفلاس جميع الملتزمين سواء بصفة مدينين متضامنين، أو بصفة مدينين أصليين أو كفلاء قبل تأدية أي مبلغ فإنه يحق للدائن أن يشترك بكامل الدين في تفليسات سائر المدينين الشركاء في الشركة، و هذا ما تضمنته المادة 288 بخصوص الالتزام المشترك في حالة الإفلاس حيث تنص على أنه : "للدائن صاحب التعهدات الموقعة أو المظهرة أو المكفولة تضامنيا من قبل المدين و شركائه في الالتزام و المتوقفين عن الدفع أن يطالب كل جماعات الدائنين بالقيمة الاسمية لسنده، و أن يشترك في التوزيعات حتى الوفاء الكامل".

مقدار ما يتقدم به الدائن في تفليسات الشركاء:

إذا أفلس جميع الشركاء و أشهر إفلاسهم جميعا اشترك الدائن في كل تفليسة بكل دينه إلى أن يستوفيه بتمامه من أصل و فوائد و مصروفات، و لا يجوز لكل تفليسة منها الرجوع

على تفليسة أخرى، و إذا وجدت زيادة عادت إلى التفليسات التي دفعت أكثر من حصتها في الدين[4].

فإذا أشهر إفلاس شركة تضامن تتكون من أربعة أشخاص لتوقفها عن دفع دين قدره 1000 دج توجد في هذه الحالة خمسة تفليسات: أربع للشركاء المتضامنين، و الخامسة للشركة كشخص معنوي، فيحق للدائن أن يتقدم في كل التفليسات للمطالبة بجميع دينه البالغ 1000 دج، فإذا تقدم أولا لثلاث تفليسات و حصل على جزء قدره 600 دج جاز له التقدم بكل دينه في التفليسات الأخرى إذا كانت لا تزال قائمة دون أن يكون ملزما بخصم ما حصل عليه من التفليسات الثلاث التي تقدم إليها أولا، و لكن في كل الأحوال لا يجوز له الحصول على أكثر من دينه[5].

---

[1] - عزيز العكيلي "أحكام الإفلاس و الصلح الواقي، دراسة مقارنة" مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ، طبعة 1997، ص131.

[2] - أحمد محمود خليل،" شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد"، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2001- 2002 ص103.

[3] - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 326.

[4] - أحمد محمود خليل، المرجع ، السابق، ص104.

[5] - عزيز العكيلي ، المرجع السابق ، ص 136.

أما إذا أشهر إفلاس جميع الملتزمين بدين واحد دفعة واحدة دون أن يستوفي الدائن جزء من دينه، كما لو أفلس 5 شركاء متضامنين جميعا تبعا لإفلاس الشركة و كان الدين قدره 1000 دج، جاز للدائن أن يتقدم في كل من التفليسات الخمسة بكل الدين أي بمبلغ 1000 دج دون أن يلزم بخصم ما يحصل عليه من هذه التفليسات، و ذلك حتى يستوفي كامل حقه، و إن كان هذا الحل يوفر للدائن حماية كافية من التضامن خلال المطبق، إلا أنه محل خلاف بين الفقهاء و أبسط تفسير تم قبوله في هذا الشأن هو أن حق الدائن يتحدد بصفة ثابتة يوم صدور حكم شهر الإفلاس، و له الحق حينئذ في أن يطالب كل مدين متضامن بالدين بأسره تطبيقا للقواعد العامة.

و يجوز للدائن أيضا أن يتقدم في تفليسة كل منهم بكل الدين إلى جانب ذلك قد يفلس الملتزمون تبعا وتعاقبا، وتبريرا لذلك قد اتجه بعض الفقه إلى القول أنه لا يوجد أي مبرر للتفرقة بين التفليسات المتعاقبة و التفليسات التي تقع دفعة واحدة، و لذلك يجوز للدائن أن يتقدم في التفليسات اللاحقة بكل الدين دون أن يلتزم بخصم ما حصل عليه من التفليسة الأولى.

أما إذا استوفى الدائن جزءا من دينه من بعض الملتزمين الميسورين في الوقت الذي كان فيه بعض الملتزمين الآخرين مفلسا، فلا يجوز له الرجوع على تفليسة أخرى، فإذا حصل دائن على 1000 د من دين مقدر بـ 2000 د من تفلسة معينة فلا يجوز لهذه التفليسة الرجوع بما دفعته على تفليسة أخرى، أما إذا كان مجموع ما يحصل عليه الدائن من التفليسات بما يزيد على دينه مثلا : في المثال السابق نفرض أن الدائن حصل على 1000 د من تفلسة المدين ثم تقدم في تفلسة مدين آخر و حصل على 1300 فالزيادة 300 تكون من حق تفلسة المدين الأول و يمكنه مطالبة المدين الثاني[1].

ب- إفلاس أحد الملتزمين بالدين : إن إفلاس الشركة يؤدي إلى إفلاس الشركاء المتضامنين نظرا لمسؤوليتهم التضامنية عن ديون الشركة و على العكس من ذلك فإن القاعدة تقضي بأن يترتب على إفلاس أحد الشركاء الملتزمين في شركة التضامن لا يؤثر في مركز باقي الملتزمين و يترتب على ذلك النتائج التالية:

أ) إذا سقط أجل الدين بالنسبة لأحد الملتزمين لشهر إفلاسه فلا يسقط بالنسبة للملتزمين الآخرين.

ب) إن الصلح الذي يحصل عليه أحد الملتزمين لا يستفيد منه المدينون المتضامنون معه.

أما الاستثناء الوارد على هذه القاعدة فيتمثل في أن إفلاس الشركة يؤدي إلى إفلاس الشركاء المتضامنين، نظرا لمسؤوليتهم التضامنية عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة[2]، فإذا استوفى الدائن حقه من أحد الملتزمين فلا يحق له الدخول في تفليسة

---

[1] - مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، بجامعة الإسكندرية، "أصول الإفلاس" ، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005 ، ص 138-139.

[2]- مصطفى كمال طه، "أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية و الإفلاس "، الدار الجامعية ، ص 453 - 454.

من أفلس منهم، غير أن لمن سدد الدين الحق في أن يدخل في تفليسة المدين المفلس، وإذا حصل الدائن على جزء من حقه من أحد الملتزمين فيحق له الدخول في تفليسة المدين المفلس بقدر ما لم يستوفه كما يحق لمن أوفى له من الملتزمين الدخول في تفليسة المدين المفلس أيضا.

وفي حالة حصول الدائن على جزء من حقه من تفليسة المدين المفلس، يظل له حق مطالبة باقي الملتزمين بقدر ما لم يحصل عليه كما يحق لهؤلاء الدخول في التفليسة بقدر ما سدده كل منهم.

ج- إفلاس بعض الملتزمين بعد الوفاء الجزئي:

ورد في نص المادة 290 قانون تجاري أنه : "إذا كان الدائن صاحب التعهدات التضامنية بين المدين المفلس أو المقبول في تسوية قضائية و بين شركاء له في الالتزام قد قبضا قسطا من حقه قبل التوقف عن الدفع، فإنه لا يدخل ضمن جماعة الدائنين إلا بعد استنزال هذا القسط، مع حفظ جميع الحقوق عن القدر الباقي له ضد الشريك في الالتزام أو الكفيل الصادر منه الدفع الجزئي في نفس جماعة الدائنين لكل ما دفعه إجراءا لذمة المدين".

فإذا افترضنا أن مبلغ الدين هو 100000دج واستلم الدائن من المدين أ قبل توقفه عن الدفع مبلغ 25000، فلا يمكنه بعد ذلك أن ينضم إلى تفليسة "أ"، أو تفليسة شريكه في الالتزام "ب" إلا بمبلغ 75000دج وإذا أفلس "أ" و "ب" في آن واحد فان الدائن ينضم إلى كل من التفليستين بمبلغ 75000دج، أي أنه لا يمكن للدائن أن يدخل ضمن جماعة الدائنين إلا بعد طرح هذا القسط مع حفظ حقه عن القسط الباقي، ويدرج المدين الذي دفع ضمن جماعة الدائنين بكل ما دفعه ابرءا لذمة المدين.

أما إذا أفلس المدينون تبعا فيتقدم الدائن في كل تفليسة بكامل دينه، فلو فرضنا أن مبلغ الدين 10000 وأن" أ" و "ب" ملتزمان بالوفاء فأفلس "أ" وحصل الدائن من تفليسته على 3000 ثم أفلس "ب" عندها يحق ل "أ" أن ينضم لتفليسة هذا الأخير بكامل دينه أي ب بمبلغ 10000دج[1].

[1]- راشد راشد، "الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2004، الصفحة 280.

المبحث الثاني

صور الالتزام التضامني في شركات الأموال، و الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

قد نتصور للمسؤولية التضامنية في الشركات التجارية تقتصر على شركات الأشخاص، أي تضامن الشركاء في شركة التضامن والتوصية البسيطة، إلا أن مجال هذه المسؤولية يمتد تطبيقه حتى بالنسبة لشركات الأموال والتي لم يستثنها المشرع من تطبيق هذه الأحكام، و بالرغم من أن مسؤولية الشركاء في شركات الأموال هي مسؤولية محدودة حسب الحصة المقدمة، إلا أنها قد تتوسع لتصبح مسؤولية مشتركة تضامنية عن كل الديون ولو تجاوزت الحصة المقدمة ، كما لا يمكن للشريك الدفع بالتجريد ولا بالتقسيم في حالة تقرير مسؤوليته التضامنية، ولا يمكن اتفاق الشركاء على مخالفتها أو استبعادها نظرا لأنها مسؤولية مقررة بحكم القانون.

ولا تشمل هذه المسؤولية الشركاء فقط بل تشمل المسيرين على وجه الخصوص في حالة مخالفة القوانين والأنظمة التي تحكم الشركات.

كما تشمل المسؤولية التضامنية حتى الشركات فيما بينها في حالة الانفصال أو الاندماج .

وعليه فان صور التضامن في شركات الأموال والشركة ذات المسؤولية المحدودة تمثل حماية أو ضمانا للغير المتعامل مع الشركة، كما أن تدخل المشرع بتقرير هذه المسؤولية لم يكن فقط لصالح الغير بل حتى لمصلحة الشركاء من تصرفات بعضهم تجاه البعض الآخر، ومن تصرفات المسيرين ، سواء كان ذلك في حالة قيام الشركة بنشاطها أو في حالة عجزها وشهر إفلاسها.

المطلب الأول: الالتزام التضامني في شركات الأموال.

تعد شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، ومن أهم خصائص هذه الشركة أن الشركاء فيها يسألون مسؤولية محدودة وانفرادية عن ديون والتزامات الشركة، إلا أن هذا لم يمنع المشرع من توسيع مجال هذه المسؤولية حماية للغير بنصوص قانونية صريحة في القانون التجاري و ذلك بتقرير تضامن الشركاء المساهمين في شركة المساهمة والموصين في شركة التوصية بالأسهم، لكن ضمن الحدود القانونية وفي حالة وجود نص صريح يقررها، لأن الأصل في مسؤولية الشركاء أنها محدودة وغير تضامنية.

كما لم يفلت المسيرون و أعضاء الهيئات الإدارية في شركة المساهمة من المسؤولية التضامنية، حيث تتحول مسؤوليتهم من شخصية وانفرادية إلى مسؤولية تضامنية في حالة اقترافهم لأخطاء مشتركة و ذلك حماية للغير، و تسري نفس المسؤولية على المسيرين في شركة التوصية بالأسهم.
وفي إطار الحديث عن حماية الغير فان المشرع قد مدد المسؤولية التضامنية وجعلها تطال حتى الشركة حيث تتضامن شركة المساهمة مع شركة أخرى أو شركات أخرى في حالة إجراء عملية الانفصال. لذلك، سنتطرق في الفرع الأول لحالة اتساع مجال مسؤولية الشريك في شركات الأموال، ثم لتضامن أعضاء الهيئات الإدارية لشركات الأموال في الفرع الثاني، ثم نتناول في الفرع الثالث المسؤولية التضامنية في حالة انفصال شركة المساهمة.

الفرع الأول: اتساع مجال مسؤولية الشريك المساهم.

تعتبر شركة المساهمة من أبرز شركات الأموال فهي تهدف لتجميع رؤوس الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية و تجارية[1]. و قد عرفتها المادة 592 من القانون التجاري بأنها الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى حصص و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. و تقوم هذه الشركة على الاعتبار المالي بمعنى أنه ليس لشخصية الشركاء اعتبار سواء فيما بينهم أو بالنسبة إلى الغير، و يكون أساس الشركة هو قوة مركزها المالي.
و تجدر الإشارة إلى أن اعتبار هذه الشركة من شركات الأموال لا يعني عدم الاعتداد بالعنصر الشخصي فيها وهو الشركاء، ذلك أن جميع أشكال الشركات يتضمن عنصر مالي و شخصي، و التمييز بين شركات الأموال و شركات الأشخاص يكون بالاعتماد على غلبة أحد العنصرين على الآخر، و الغلبة تكون للاعتبار المالي في شركة المساهمة بما أن رأس مالها ينقسم إلى حصص متساوية القيمة قابلة للتداول، بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب في تلك الحصص.
و يتأكد الاعتبار المالي للشركة عندما يقر المشرع بمسؤولية الشريك المساهم مسؤولية محدودة و بقدر حصته أو أسهمه، ذلك أن الغير لا يمنح ائتمانه للشركة بالنظر إلى أشخاص الشركاء لأنهم لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود ما يساهمون به في رأسمالها، و إنما تكون العبرة بمركز الشركة المالي و مدى قوته[2].
ونفس الاعتبار المالي نجده يطغى على شركة التوصية بالأسهم حيث تلجئ للاكتتاب العام و يقسم رأسمالها إلى أسهم قابلة للتداول، وكنتيجة لهذا الاعتبار المالي في هاتين

[1] - عمورة عمار، المرجع السابق، ص263.
[2] - هاني محمد دويدار، المرجع السابق ص 493- 494.

الشركتين فلا يتحمل الشركاء الديون إلا بقدر حصصهم ومن غير تضامن بينهم ولا حتى بينهم وبين الشركة.
ومنعا لأي لبس حول المسؤولية المحدودة و غير التضامنية للشركاء المساهمين قامت بعض التشريعات بحظر إبراز اسم الشريك المساهم أو الشركاء المساهمين في عنوان الشركة، ومن بين هذه التشريعات القانون التجاري المصري في مادته 33،إلا أن المشرع الجزائري قد أجاز ذلك في الفقرة الثانية من المادة 593 من القانون التجاري بقولها: "يجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة".
إن شركة المساهمة لا تقوم على الاعتبار الشخصي و من ثم فإن ظهور أسماء الشركاء أو أحدهم على غرار شركات الأشخاص يجعل الشركاء مسئولين شخصيا و بالتضامن عن ديون الشركة، فالأسماء في شركة المساهمة لا تعتبر عنصرا لازما حيث أن ائتمانها لا يقترن بائتمان الشركاء كأشخاص لأن شركة المساهمة تعتمد على رأس مالها و هو ما ترتكز عليه كأكبر ائتمان لها، و الشركاء المساهمين فيها مسئولون فقط في حدود قيمة أسهمهم، و طالما أن الشركاء لا يسألون إلا في حدود قيمة أسهمهم فكان على المشرع حظر إبراز أسمائهم في عنوان الشركة، فإذا برز اسم أحدهم يجعله أمام الغير و كأنه في وضع قانوني يختلف عما هو مقرر بالنسبة لوضع الشركاء الحقيقي أي مسؤوليتهم المحدودة و غير التضامنية.
إضافة إلى أن ذلك، قد يكون إدراج الإسم دافعا للغير في أن يتعامل مع الشركة ظنا منه أن مسؤولية الشريك أو الشركاء الذين ظهر اسمهم في عنوان الشركة غير محدودة و تضامنية ثم يكتشف عكس ذلك.
إلا أن قاعدة عدم تضامن الشركاء المساهمين قد تصطدم ببعض الحالات التي تجعل تطبيق هذه القاعدة أو الخاصية التي تتميز بها هذه الشركة أمرا مستحيلا، نظرا لتغلب الاعتبار الشخصي على الاعتبار المالي في مرحلة تأسيس الشركة، لأن عملية إنشاء شركة المساهمة تتطلب الكثير من الإجراءات الطويلة على عكس الشركات الأخرى التي تنشئ بمجرد إنشاء العقد، و يعود سبب هذا التعقيد في الإجراءات لضخامة هذه الشركة و ضخامة ما تقوم به من مشاريع اقتصادية كبيرة و رؤوس أموال طائلة لتحقيق أهدافها، و هي من الشركات التي تجتذب رؤوس الأموال من كبار المساهمين، و حتى المدخرين الصغار الذين يرغبون في استثمار أموالهم عن طريق مساهمتهم بسندات مالية تحدد مسؤوليتهم و لا تكلفهم مشاقة المسؤولية المطلقة و التضامنية عن ديون الشركة.
فإن تأسيس شركة المساهمة يتم إما بإتباع طريقة التأسيس الفوري، أين يقتصر الاكتتاب على المؤسسين فيتم الاكتتاب في رأس المال أو بإتباع طريقة التأسيس المتتابع حيث يتطلب التأسيس في هذه الحالة فترة طويلة. و في كلتا الحالتين يتم تحرير عقد ابتدائي للشركة يوقعه المؤسسون و يتضمن النظام الأساسي للشركة، ثم تأتي مرحلة الاكتتاب و

هو إبداء رغبة المكتتب في دخول الشركة المستقبلة بتعهده بشراء عدد من الأسهم و هذا الاكتتاب يكون عاما أو مفتوحا عند اللجوء للجمهور ويسمى التأسيس المتتابع، أو اكتتابا خاصا حين يتقاسم فيه المؤسسون الأسهم فيما بينهم[1].

و لهذا الاكتتاب بيانات إذا لم يتم احترامها فيكون مرفوضا حسب المادة 595 فقرة أخيرة "لا يقبل أي اكتتاب إذا لم تحترم الإجراءات المقررة في المقطعين الأول و الثاني أعلاه".

وعمدت معظم التشريعات إلى ترتيب المسؤولية التضامنية للشركاء تجاه الشركة و تجاه الغير في حالة الإخلال بصحة البيانات الواردة في برنامج الاكتتاب [2].

أما المشرع الجزائري فقد قرر المسؤولية التضامنية لمؤسسي شركة المساهمة في حالة تسببهم في بطلان الشركة، فيلتزمون بالتعويض وبالتضامن تجاه المساهمين و الغير، حيث نصت المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري على أنه : " يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان و القائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة."

ففي حالة التأسيس و خاصة المتتابع قد يقوم الشركاء بتصرفات قانونية كالتعاهد مع البنوك و المؤسسات التي تقوم بالدعاية والإعلان و التعاقد مع مكاتب أو مصالح الدراسات العلمية و الفنية، أو شراء آلات و معدات و التعاقد مع العمال، و ذلك يكون باسم الشركة تحت التأسيس أي أثناء تأسيسها و قبل تسجيلها في السجل التجاري و اكتسابها الشخصية المعنوية.

و من هنا يثور التساؤل عمن يتحمل المسؤولية المترتبة في حالة القيام بهذه التصرفات و من هو المدين بها، هل الشركة التي لم تكتسب للشخصية المعنوية بعد، أم المؤسسون الذين تصرفوا باسم الشركة؟.

و للإجابة عن هذا السؤال يمكن التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا باء مشروع الشركة بالفشل و لم يتم استكمال الإجراءات، فيظل المؤسسون مسئولون عن تنفيذ العقود التي أبرموها مع الغير، ويلتزمون شخصيا و بالتضامن عن الالتزامات التي تعقد و عن النفقات التي تبذل لأجل تأسيس الشركة، و لا يحق لهم أن يرجعوا بها على المكتتبين، ولا تنال هذه المسؤولية غير المؤسسين الذين أجروا التعاقد دون المكتتبين أو غيرهم[3].

أما الحالة الثانية: هي عندما ينجح مشروع الشركة هنا تثور الصعوبة بعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية فكيف تفسر مسؤولية الشركة عن أعمال المؤسس قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية؟

---

[1] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص159.

[2] - جلال وفا محمدين، المرجع السابق ،ص 207.

[3] - لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، منشورات الجامعة المفتوحة، طبعة 1993، ص243.

قد أرجع بعض الفقه هذه المسئولية إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أي لمصلحة الشركة المستقبلة.

و أرجعها البعض الآخر لنظرية الفضالة فاعتبروا المؤسس فضولي لحساب الشركة المستقبلية. ويرى رأي آخر أن إلزام الشركة بالتصرفات التي يجريها المؤسسون لتمتعها بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لعملية التأسيس، قياسا على الشخصية المعنوية التي تحتفظ بها الشركة أثناء التصفية[1].

و نظرا لأهمية هذه المسألة فإن بعض التشريعات عالجتها بنصوص صريحة تتضمن تسليما كاملا بأن للشركة خلال فترة التأسيس شخصية معنوية بالقدر اللازم لتحمل الالتزامات الناجمة عن تصرفات المؤسسين خلال فترة التأسيس، و المصروفات التي أنفقت بسبب تأسيسها.

و هناك بعض التشريعات من رتبت المسؤولية التضامنية للشركاء أو المؤسسين حيث قضت المادة 331 من القانون المدني الإيطالي بمسؤولية المؤسسين بالتضامن في مواجهة الغير عن التعهدات التي يبرمونها بمناسبة تأسيس الشركة ، فإذا تكونت الشركة وجب عليها أن تبرئ المؤسسين من هذه التعهدات و تأخذها على عاتقها، و أن تدفع لهم مصاريف التأسيس بشرط أن تكون ضرورية و تصادق عليها أول جمعية عمومية.

أما القانون التجاري الفرنسي فنص في مادته 210-8 على المسؤولية الشخصية و التضامنية و غير المحدودة عن التصرفات التي يقوم بها المؤسسون في مرحلة التأسيس إلا إذا أخذتها الشركة على عاتقها، حيث تنص المادة 210- 8 من القانون التجاري على أنه " يعد كل من مؤسسي الشركة، و الأعضاء الأوائل المكلفين بالإدارة والتسيير والرقابة مسئولون بالتضامن عن الضرر الناتج عن مخالفة النظام الأساسي للشركة أو عدم احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بتأسيس الشركة.

وتسري الفقرة السابقة حتى بالنسبة لتعديل النظام الأساسي للشركة، فيسأل بالتضامن كل من المسيرين والمديرين وأعضاء مجلس المراقبة في حالة إجراء دلك التعديل. وتتقادم هذه الدعوى بمرور 10 سنوات من يوم ارتكاب أحد الأفعال المشار إليها ".

أما المشرع التجاري المصري فقد فرق بين أمرين، إذا كانت التعهدات ضرورية للشركة عندئذ تلتزم بها بعد تمام تكوينها و قيدها في السجل التجاري و لا تبرئ ذمة المؤسسين إلا إذا حلت الشركة محل المؤسسين في العقد أي بتغيير المدين، أما إذا كانت التعهدات غير ضرورية و رفضت الشركة التصديق عليها أو رفض الغير تجديد

[1] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص162.

الالتزام نظرا لتغير المدين، فالمسؤولية يتحملها المؤسسين وهي مسؤولية تضامنية يتحملها هؤلاء بصفتهم الشخصية[1].

و خلافا لذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يأت بأي تمييز بين التصرفات التي يجريها المؤسسون بشأن الشركة قبل تأسيسها، و اعتبر كل التصرفات التي تصدر عنهم و المتعلقة بالشركة و باسمها تصرفات يسألون عنها مسؤولية تضامنية، إلا إذا وافقت الشركة بعد تمتعها بالشخصية المعنوية أن تتحمل تعهداتهم.

حيث تنص المادة 549 من القانون التجاري على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، و قبل إتمام هذه الإجراءات يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد بأموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

و نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين التصرفات الضرورية و غير الضرورية التي يقوم بها المؤسسون، و لم يفرق بين مسألة نجاح المشروع أو فشله فلا فرق بين الحالتين، لأن المؤسسين مسئولون مسؤولية تضامنية في أموالهم الخاصة عن جميع التعهدات المتخذة لصالح الشركة قبل تأسيسها و اكتسابها الشخصية المعنوية.

أما إذا رفض الدائنون أي الغير تجديد الالتزام بتغيير المدين حيث تحل الشركة محل المؤسسين، يظل المؤسسون مسئولون مسؤولية تضامنية في مواجهة الغير وإن كان لهم حق الرجوع على الشركة بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب أو بمقتضى أحكام الفضالة[2].

أما إذا خالف المؤسسون الإجراءات القانونية سواء الشكلية منها أو الموضوعية و نتج عن ذلك عيب أدى إلى بطلانها، أو قام المؤسسون بتعريض أموال الجمهور لخطر الضياع، فإن هذا يؤدي لضرورة التعويض عما أصاب الغير من ضرر بسبب المؤسسين نتيجة لهذه العيوب، حيث يسألون قبل الغير و حتى قبل الشركة بتطبيق القواعد العامة و تكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن فيما بينهم.

و من أمثلة هذه العيوب أو الأضرار التي تصيب الغير و تستوجب التعويض من المتسببين فيها بصفة تضامنية قيام المؤسسين بشطب قيد الشركة من السجل التجاري[3]، أو نشر بيانات كاذبة لإغراء الجمهور على الاكتتاب، أو قبول اكتتابات أشخاص معسرين أو عدم إيداع المبالغ المحصلة من قيمة الأسهم في أحد البنوك، أو وجود مبالغ كبيرة في تقدير الحصص العينية بصفة مقصودة[4].

كما لا يجوز للمؤسسين التهرب من هذه المسؤولية التضامنية عن طريق إدراج شروط في العقد الابتدائي للشركة تعفيهم كلهم أو بعضهم من تطبيق قواعد المسؤولية

---

[1] - أحمد محرز، المرجع السابق، ص412- 413.

[2] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص164.

[3] - محمد فريد العريني، المرجع السابق،ص 182- 183.

[4] - جلال وفا ألبدري، المرجع السابق، ص 221.

التقصيرية تجاه الغير، حيث لا يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامها خاصة في هذه الحالة أي حالة تعدد الملتزمين المسئولين عن الضرر و ذلك تطبيقا لنص المادة 126 قانون مدني[1].

و يمكن إقامة دعوى المسؤولية على المؤسسين حتى و لو تم تطهير البطلان الناشئ عن خلل في إجراءات التأسيس، باللجوء إلى قيد الشركة في السجل التجاري و ذلك لأن المسؤولية التقصيرية تطبق من خلالها القواعد العامة[2].

كما يمكن طلب التعويض من المؤسسين حتى في حالة البدء في إجراءات التأسيس و عدم إتمامها بسبب خطئهم، فيكون لكل مكتتب حق الرجوع على المؤسسين على سبيل التضامن نتيجة الأضرار التي لحقته بسبب فشلهم في التأسيس. حيث نصت 715 مكرر 21 من قانون تجاري على هذه المسؤولية التضامنية: "يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان و القائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يحلق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة".

نستنتج من هذا النص أن المشرع قد رتب المسؤولية التضامنية في حالة بطلان الإجراءات بسبب المؤسسين، لكنها جوازية عكس المسؤولية التضامنية في مرحلة التأسيس عند قيام المؤسسين بتصرفات قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية فهي مسؤولية وجوبية.

و بالرغم من أنها قاعدة جوازية إلا أن الاتفاق على مخالفتها مستحيل في حالة حدوث أضرار للشركة أو الغير، مما ينتج عنه تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في القواعد العامة، و التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها على عكس المسؤولية العقدية التي يجوز الاتفاق على تعديلها أو الرجوع فيها حسب اتفاق الأطراف نظرا لحريتهم التعاقدية.

هذا وتطبق نفس إجراءات التأسيس على شركة التوصية بالأسهم حسب ما نصت عليه المادة 715 ثالثا 1 في الفقرة الأولى على أنه : " يعين المسير الأول أو المسيرين الأولون بموجب القانون الأساسي وينجزون إجراءات التأسيس التي يكلف بها مؤسسو شركات المساهمة".

كما تسري نفس المسؤولية الوجوبية على هذه الشركة حسب ما نصت عليه المادة 549 من القانون التجاري، أما المسؤولية الجوازية السابقة الذكر فلم ينص عليها المشرع في شركة التوصية بالأسهم.

لعل أهم ما يدخل في اختصاص الجمعية العامة التأسيسية هو ما يتعلق بتقدير الحصص العينية، ذلك أن المشرع قد حرص على تقدير تلك الحصص تقديرا صحيحا حماية لأصحابها، و حماية للغير من تجاوز المبلغ المسمى لرأس المال للقيمة الحقيقية

---

[1] - تنص المادة 126 من القانون المدني بأنه: "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

[2] - جلال وفاا البدري، المرجع السابق، ص221.

لأموال الشركة[1]. لذلك فقد رتب المشرع المسؤولية التضامنية لمقدمي الحصص العينية الذين تم تحقيق حصصهم بإجراءات مخالفة للقانون، و بدون صدق و أمانة لكنها مسؤولية جوازية لأن المشرع استعمل عبارة "يجوز" في المادة 715 مكرر 21 في فقرتها الثانية التي تنص على أنه : " كما يجوز أن تسند نفس مسؤولية التضامن للمساهمين الذين لم يحقق من حصصهم المقدمة للشركة أو المنافع و لم يصادق عليها "، و على عكس ذلك فالمسؤولية في هذه الحالة في ظل الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي مسؤولية وجوبية[2] .

كما قرر المشرع مسؤولية المؤسسين التضامنية في حالة شراء الشركة لأسهمها عن طريق شخص من الغير، فإن هذه المسؤولية التضامنية جاءت كجزاء لمخالفة الحظر الذي وضعه المشرع و الخاص بمنع الشركة أن تشتري أسهمها الخاصة بها لتخفيض رأسمالها عن طريق هذه العملية، أي بشراء أسهمها بقيمة الجزء الذي تريد تخفيضه من رأس المال، ثم تقوم بإلغاء هذه الأسهم التي قامت بشرائها بمبالغ مقتطعة من رأس المال أو الاحتياطي القانوني[3]، حيث قضت بذلك المادة 714 فقرة أولى من القانون التجاري بنصها على أنه : "يحظر على الشركة الاكتتاب لأسهمها الخاصة و شرائها إما مباشرة أو بواسطة شخص يتصرف باسمه الخاص لحساب الشركة".

أما في حالة قيام الشركة بالاكتتاب في أسهمها بواسطة شخص من الغير يتصرف باسمه و لكن لحسابها، فيلتزم هذا الشخص بتسديد قيمة الأسهم بالتضامن مع المؤسسين أو مع أعضاء مجلس الإدارة أو مع أعضاء مجلس المديرين حسب الأحوال.

كما يعتبر هذا الشخص فضلا عن ذلك كأنه قام بالاكتتاب لحسابه الخاص، و يكون بذلك التزامه شخصي و تضامني مع المؤسسين أو أعضاء مجلس الإدارة، حيث أن المادة 714 فقرة ثانية أجازت شراء أعضاء مجلس الإدارة أسهم الشركة لتخفيض رأس مالها بنصها: "غير أنه يجوز للجمعية العامة التي قررت تخفيض رأسمال غير المبرر للخسائر أن تسمح لمجلس الإدارة أو مجلس المديرين بشراء عدد معين من الأسهم قصد إبطالها ".

أي أنه بإمكان أعضاء مجلس الإدارة فقط دون غيرهم أن يقوموا بشراء الأسهم الخاصة بالشركة، لكن في الأحوال غير المبررة لوقوع الشركة في الخسائر أي أن لا تكون الغاية من هذا التخفيض تغطية خسارة الشركة.

أما إذا اشترك الغير في هذه العملية عن طريق شراء الأسهم باسمه لحساب الشركة، فإنه يسأل عن تسديد قيمتها بالتضامن مع المؤسسين أو مع أعضاء مجلس الإدارة في كل الأحوال سواء في الحالة العادية أو في حالة وقوع الشركة في خسائر، و هذا حسب المادة 715 قانون تجاري "عندما يتم اكتتاب الأسهم أو حيازتها من

---

[1] - هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص3، 5 .

[2] - مصطفى كمال طه، " أصول القانون التجاري "، الدار الجامعية للطباعة و النشر المكتبة القانونية، طبعة 1994،ص 432.

[3] - نادية فضيل، المرجع السابق،

شخص يتصرف باسمه لحساب الشركة يتعين على هذا الشخص تسديد قيمة الأسهم بالتضامن مع المؤسسين أو حسب الحالة مع أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين".

و هذه المسؤولية التضامنية تترتب عن الحظر أي كجزاء لمنع الشركة من أن تقوم بشراء أسهمها عن طريق شخص من الغير، لأنه لا يمكن أن يقوم بهذه العملية إلا أعضاء مجلس الإدارة وفي الحالات العادية غير المبررة لخسارة الشركة.

كما تصدر شركة المساهمة نوعين من الصكوك و هما الأسهم و السندات، أما الأسهم فهي تمثل الحصص المقدمة من الشركاء و يتكون منها رأسمال الشركة، و أما السندات فتمثل قروضا عامة تعقدها الشركة و تضفي على حاملها صفة الدائن لا صفة المساهم، فالمساهم هو الشريك في شركة المساهمة، و يعرف السهم عند البعض من الفقه بأنه "حق الشريك في الشركة و في ذات الوقت الصك المثبت لهذا الحق" و عرفه المشرع في المادة 715 مكرر 40 : "السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها".

و من أهم خصائص هذه الأسهم، إضافة لقابليتها للتداول، أنها غير قابلة للتجزئة، فإذا تملك السهم أكثر من شخص واحد بطريق الإرث كان على الورثة أن ينيبوا عنهم شخصا واحدا يتولى مباشرة الحقوق المتصلة بهذا السهم في مواجهة الشركة[1].

إذن فالسهم يحتفظ بوحدته على الرغم من تعدد مالكيه و نظرا لهذا الاشتراك في الأسهم في حالة الإرث مثلا، فإن بعض التشريعات كالتشريع التجاري الليبي في مادته 499 قد رتبت المسؤولية التضامنية عن الالتزامات الناشئة عن هذا السهم أو هذه الأسهم، لأن السهم يرتب عدة التزامات يتحملها مجموعة من الأشخاص كحالة الإرث المتمثل في أسهم في شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم[2].

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لهذه الحالة أي حالة اكتساب أسهم عن طريق الإرث فهل تترتب المسؤولية التضامنية عن الالتزامات الناشئة عن الأسهم أم لا ؟

لقد نصت المادة 679 من القانون التجاري على حقوق الشركاء المالكين للأسهم المشاعة بنصها على أنه: " يرجع حق التصويت المرتبط بالسهم إلى المنتفع في الجمعيات العامة العادية، ولمالك الرقبة في الجمعيات العامة غير العادية.

كما يمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد، فإذا لم يحصل اتفاق، عين الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهمه الاستعجال".

بينما لم يأت لنا المشرع بالالتزامات الناشئة عن الأسهم المشاعة التي يملكها الشركاء، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن تطبق المسؤولية التضامنية فيما يخص هذه

---

[1] - محمد فريد ألعريني، المرجع السابق،ص 184- 185.

[2] - لطيف جبر كوماني، المرجع السابق،ص 236.

الالتزامات، نظرا لتوفر شروطها أو أسسها وهي وحدة محل الالتزام المتمثل في الأسهم المشاعة وتعدد الأطراف وهم المالكين.

فالأصل في السهم القابلية للتداول إلا إذا قيد هذا الإطلاق بقيود خاصة[1]، فالسهم ملك للمكتتب الأصلي هو المدين الأصلي بقيمته، لكن قد يباع هذا السهم و يتداول بضعة مرات قبل استفاء الشركة لباقي قيمته، لذلك أوجب المشرع أن تبقى الأسهم اسمية إلى أن يتم الوفاء بقيمتها كاملة[2]، حيث تنص المادة 715 مكرر 52 من القانون التجاري على انه: " يكون السهم النقدي اسميا إلى أن يسدد كاملا ".

إلا أن المشرع لم ير ذلك كافيا، فحماية للغير جعل هذا التنازل عن السهم لا يمنع على الإطلاق بقاء المكتتب الأصلي ملتزما بتسديد قيمة السهم كاملة، فقرر المسؤولية التضامنية لكل من المكتتب الأصلي و المتنازلين السابقين تجاه الشركة لتسديد القيمة الاسمية للسهم، حيث تنص المادة 715 مكرر 48 من القانون التجاري على أنه : "يعد المساهم المتخلف و المحال لهم المتتابعون و المكتتبون ملزمين بالتضامن بمبلغ السهم غير المسدد و يمكن الشخص الذي سددها للشركة من دين المطالبة بالكل ضد أصحاب السهم المتتابعين و يبقى العبء النهائي للدين على عاتق الأخير منهم".

و يفسر هذا الحكم بأن التنازل عن السهم يتضمن إنابة ناقصة لا يترتب عليها تجديد الدين، بل يظل المكتتب الأصلي ملتزما بالوفاء إلى جانب الحامل الحالي للسهم على وجه التضامن[3].

و إذا أجبر المساهم السابق على دفع باقي ثمن السهم الذي تنازل عنه فإنه يحل محل الشركة في الحقوق و في الادعاء على جميع الذين أحرزوا السهم بعده[4].

و إذا وفى أحد المتنازلين أو الحملة المتتابعين قيمة السهم للشركة جاز له الرجوع على كل منهم بكامل الدين، تطبيقا للقواعد العامة في التضامن مع بقاء المحال إليه الأخير ملزما بكامل الدين في مواجهته[5]، و هذا ما قضت به المادة 715 مكرر 48.

وليسهل على الشركة أمر معرفة حامل السهم لكي يكون بإمكانها الرجوع عليه بالمبالغ الباقية، فإن المشرع قد ألزم أن يظل السهم اسميا ولا يجوز التنازل عنه إلا بقيده في سجلات الشركة إلى أن يتم الوفاء بكل قيمته[6]، و هذا ما أكدته المادة 715 مكرر 52، فإن فرض الطابع الاسمي للأسهم غير المسددة بالكامل يسهل تداولها و يسهل للشركة العثور على الحملة و مطالبتهم بالمسؤولية على وجه التضامن[7].

---

[1] - محمد فريد ألعريني، المرجع السابق،ص 181.

[2] - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص450.

[3] - جلال وفاء ألبدري محمدين، المرجع السابق، ص217.

[4] - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص451.

[5] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص216.

[6] - مصطفى كمال طه، المرجع السابق،ص 451.

[7] - G.Ripert- R.Roblot- " traité de Droit commercial", les sociétés commerciales- par Michel Germain- Librairie générale de Droit et de Jurisprudence- Tome 1- Volume 2-10ème edition- année 2002 - page 322.

و نظرا لأن هذا الحكم يعد قاسيا نوعا ما على المساهم والمحال لهم المتتابعين، حددت الكثير من التشريعات مدة هذه المسؤولية التضامنية لكل من المكتتب و المحال لهم المتتابعين. فقد حددتها المادة 119 من القانون التجاري المصري بعامين فقط من تاريخ التنازل، و حددها المشرع التجاري الفرنسي في المادة 228 - 23 بعامين من يوم نقل السهم أو الأسهم من حساب المتنازل للمتنازل إليه في سجلات الشركة، و إذا وفى المكتتب قيمة السهم كان له الرجوع على باقي المحال لهم عن طريق رفع دعوى، ويقع الالتزام النهائي على عاتق آخر متنازل له عن السهم.

أما المشرع التجاري الجزائري فقد حدد مدة الالتزام لسداد القيمة الكاملة للسهم بسنتين كذلك، و ذلك حسب المادة 715 مكرر 48 فقرة ثانية بنصها: "كل مكتتب أو مساهم أحال سنده لا يبقى ملزما عن سداد الأقساط التي لازالت لم تطلب بعد سنتين من إثبات التنازل".

ويعود سبب تقليص هذه المدة لتخفيض حدة الضمان نظرا لصعوبة إيجاد سببه و مبرره القانوني خاصة بالنسبة للحملة المتتابعين.

فلا يحبذ بعض الفقه هذا التحديد للمدة بسنتين في حالة التنازل غير الحقيقي الصوري الذي يتنازل فيه المكتتب عن طريق التدليس، أو يقوم فيه بالتنازل لشخص متوقف عن الدفع، ففي هذه الحالات يعتبر التنازل كأن لم يكن أصلا، فانه من الأفضل حسب البعض أن يتفطن المشرع لهذه الحالة بجعل فترة المسؤولية التضامنية في هذه الأحوال غير محدودة، لما في ذلك من تحايل و غش قد يرتكب من طرف حملة الأسهم أو المحال لهم.

إن المشرع التجاري بتقريره لهذه المسؤولية إنما قصد تسديد قيمة السهم بكامله لجعله قابلا للتداول، و هذا التداول يستفيد منه كل الأطراف المكتتب و الحملة المتعاقبين إضافة إلى الشركة[1].

هذا بالنسبة للسهم غير المسدد القيمة و تضامن المكتتب مع حملة المتعاقبين للسهم.

وكل ما سبق ذكره يطبق على حملة الأسهم في شركة التوصية بالأسهم لأن المشرع قد اعتبرها شركة مساهمة بالنسبة للشركاء المساهمين حسب المادة 715 ثالثا التي نصت في الفقرة الثالثة على أنه: "تطبق القواعد المتعلقة بشركات التوصية البسيطة وشركات المساهمة باستثناء المواد 610 إلى 673 المذكورة أعلاه على شركات التوصية بالأسهم ما دامت تتطابق مع الأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا الفصل".

و هناك حالة أخرى تتسع فيها مسؤولية الشريك المساهم في شركة المساهمة، لكن هذه الحالة لا يفرضها عليه المشرع بل يقرر الشريك مسؤوليته التضامنية بموافقته على زيادة التزاماته، ويقع ذلك في حالة تحويل شركة المساهمة إلى شركة أخرى، بعد عرض الجمعية العامة تحويل الشركة لشركة تضامن أو توصية بسيطة أو توصية

[1] - G-Ripert- R. Roblot, Op, cit, page 322.

بالأسهم، فهذا يؤدي إلى اعتبار المساهمين مسئولين عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة و تضامنية في أموالهم الخاصة.

إن المشرع قد ألزم موافقة كل المساهمين على هذا التحويل لأنه من شأنه أن يجعل مسؤوليتهم مضخمة، على عكس ما كانت عليه في السابق أي في شركة المساهمة أين كانوا يسألون مسؤولية محدودة و انفرادية، و هذا ما كرسته المادة 715 مكرر 17 من القانون التجاري فقرة أولى التي تنص على أنه: "يتطلب التحويل إلى شركة تضامن موافقة كل الشركاء".

فهذا التحويل متوقف على شرط قانوني و هو موافقة كل حملة الأسهم، رغم أن ذلك صعب التحقيق عمليا نظرا لأنه من الضروري حضور كل حملة الأسهم و موافقتهم على هذا التحويل، و هذا في الواقع العملي صعب بل مستحيل أحيانا لأنه من الصعب جدا حضور كل المساهمين، خاصة بالنسبة لشركات المساهمة المؤسسة عن طريق اللجوء للادخار العلني[1].

فإذا تم تحويل شركة مساهمة لشركة تضامن يصبح الشركاء مسئولين مسؤولية غير محدودة و تضامنية بالنسبة للديون المستقبلية فقط، أي تلك التي تنشئ بعد تاريخ التحويل القانوني بينما تبقى مسؤولية الشركاء في شركة المساهمة عن الديون السابقة لتاريخ التحويل محدودة حسب أسهمهم و بدون تضامن.

أما في حالة تحويل شركة المساهمة لشركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم، يجب موافقة الأغلبية في الجمعية العامة غير العادية وليس الإجماع كما هو مفروض في الحالة السابقة[2].

الفرع الثاني: مسؤولية أعضاء الهيئات الإدارية في حالة الخطأ المشترك.

إن إدارة شركة المساهمة تتم عن طريق مجلس إدارة الذي يتكون من أعضاء تتولى تعيينهم الجمعية العامة العادية، و لهذه الهيئة الدور الحيوي في إدارة الشركة و في تسيير أعمالها، و يتكون المجلس من أعضاء يتخذون القرارات اللازمة لإدارة الشركة بأغلبية الأصوات[3].

كما يمكن للشركة أن تتبنى أسلوبا جديدا وهو مجلس المديرين عوض مجلس الإدارة، بشرط التصريح بالأسلوب الإداري المتبع و ذلك في قانونها الأساسي حسب نص المادة 642 من القانون التجاري[4]. و يتم تعيين مجلس المديرين من طرف مجلس

---

[1] - Francis Lemenier "sociétés anonymes", creation- Gestion- évolution- Delmas- 18ème edition, 2001, page 306.

[2] - Ph. Merles op, cit, P136 et 697-

[3] - د. جلال وفاء ألبدري، المرجع السابق، الصفحة 255.

[4] - أنظر المادة 642 من القانون التجاري التي تنص. على انه : " يجوز النص في القانون الأساسي لكل شركة مساهمة، على أن هذه الشركة تخضع لأحكام هذا القسم الفرعي. يمكن أن تقرر الجمعية العامة غير العادية أثناء وجود الشركة إدراج هذا الشرط في القانون الأساسي أو إلغائه".

المراقبة، و يتولى هدا الأخير الرقابة عليه و على تسييره لإدارة الشركة، و الجمعية العامة هي التي تقوم بانتخاب أعضاء مجلس المراقبة الذين قد يعينوا من بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، على أن يعين الشخص المعنوي من يمثله بصفة دائمة، و يخضع لنفس الشروط و الالتزامات التي يخضع لها الشخص الطبيعي.

كما تعين الجمعية العامة هيئة المراقبة أو مندوبي الحسابات حيث تعين مندوبا أو أكثر، و تنحصر مهمته في مراقبة أعمال مجلس الإدارة و الإطلاع على حسابات الشركة و دفاترها و التحقق من انضباطها، لكنه لا يتدخل في التسيير و لا شأن له به، فعليه بالتدقيق في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، و في الوثائق المرسلة للجمعية العامة حول الوضعية المالية للشركة و حساباتها، لكي تكون للجمعية العامة المعرفة الكافية بأمور الشركة[1].

أما في شركة التوصية بالأسهم فيعين المسيرون من طرف الجمعية العامة ويخضعون لنفس الالتزامات التي يخضع لها المسيرين في شركة المساهمة و أهمها المسؤولية التضامنية.

و قد يقوم أعضاء هذه الهيئات الإدارية بارتكاب أخطاء أو مخالفات سواء فردية أو جماعية، وفي الحالة الأخيرة أي حالة الخطأ المشترك لأعضاء هذه الهيئات، تقوم المسؤولية الجماعية المتمثلة في التعويض على وجه التضامن، نظرا لارتكاب أخطاء ترتب عنها أضرار سواء للشركة أو للغير و حتى للمساهمين أنفسهم.

فبالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة، تقضي القاعدة أنه لا مسئولية عن

الأضرار التي تصيب الشركة أو المساهمين أو الغير، طالما أن هذه الأضرار لا يمكن نسبتها إلى خطأ اقترف أثناء قيامهم بإدارة الشركة[2].

أما إذا ثبت خطأهم فلا مفر من مسائلتهم و قد تكون المسائلة جنائية كلما كان الفعل الخاطئ يشكل جريمة، و قد تكون المسؤولية مدنية عندما يخرج فعلهم عن نطاق الأفعال المعاقب عليها جنائيا و يندرج تحت طائفة الأخطاء المدنية، فمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مزدوجة و تأخذ شكل المسؤولية الجنائية و/أوالمدنية[3].

وتقوم المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة أضرت بالغير، وتكون تضامنية مصدرها العقد الذي أبرمه الغير المتعامل مع الشركة، و التي يسأل من خلالها مجلس الإدارة باعتباره ممثل الشركة وجزء من نسيجها.

كما قد يكون مصدر المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس الإدارة الفعل الضار، أو الخطأ الذي وقع منهم أثناء إدارتهم و أصاب الغير بضرر فتكون هنا المسؤولية

---

[1] - نادية فضيل، المرجع السابق،ص ، 257 و 263 و 334.

[2] - محمد فريد ألعريني، المرجع السابق، ص262.

[3] - أنظر القسم الثاني من الفصل الثاني من القانون التجاري ، والمتعلق بالمخالفات المتعلقة بمديرية شركات المساهمة وإدارتها.

تقصيرية، و في هذه الحالة يجب إثبات التصرف الخاطئ الذي وقع من مجلس الإدارة، و الضرر الذي لحق الغير و العلاقة السببية بينهما[1].

هذا و يسأل أعضاء المجلس عن كل الأخطاء التي ترتكب في التسيير، بالإضافة إلى عدم احترامهم للقوانين و التنظيمات و خرقهم للنظام الأساسي للشركة.

و تسري هذه المسؤولية التضامنية للمسيرين على شركة التوصية بالأسهم، وعلى كل المسيرين في كل أشكال الشركات التجارية تجاه الشركات التي يقومون بتمثيلها[2].

أما مصدر هذه المسؤولية فهو العقد الذي يربط المسير بالشركة، فمجلس الإدارة في شركة المساهمة يعد وكيلا عن الشركة ويتقاضى أعضاؤه أجرا عن إدارتها، لذا فإن مسؤوليته تتحدد على ضوء القواعد العامة للوكيل بأجر إضافة لنصوص القانون التجاري الخاصة بالشركات ، حيث تنص المادة 579 من القانون المدني على أنه: " إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك، على أن الوكلاء لو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فيها"، وباعتبار المسيرين وكلاء عن الشركة فإنهم يخضعون للقواعد العامة التي تحكم تصرفات الوكلاء.

ويقع على المسير واجب بذل العناية في تنفيذ وكالته وهي عناية الرجل العادي، فعليه أن يلتزم بحدود سلطاته المحددة في القانون التجاري و نظام الشركة الأساسي و احترام الأحكام الواردة فيها، فمسؤوليتهم تنحصر في التسيير و لا علاقة لها بتحقيق الشركة للأرباح أو الخسائر، لأن أعضاء مجلس الإدارة مهما بذلوا من عناية و حرص في إدارة الشركة لا يمكنهم ضمان الأرباح.

إن مسؤولية المسير ليست تضامنية في كل الأحوال بل هي شخصية تلحقه بذاته إلا إذا كان الخطأ مشتركا مع أعضاء مجلس الإدارة ، فحينها تصبح تضامنية كأن يصدر القرار الخاطئ بموافقة جميع الأعضاء، أما في حالة صدور ذلك القرار بموافقة أغلبية الأعضاء فلا يسأل عنه إلا الأعضاء الذين وافقوا على القرار، و لا تكون الأقلية المعارضة مسئولة متى ثبت اعتراضها في محضر الجلسة[3] .

و من أمثلة هذه الأخطاء مثلا: الخرق القانوني في إجراءات التأسيس و بالتالي بطلان إجراءاته، أو عدم قيد الشركة أو شهرها، أو عدم القيام بشهر التعديلات التي قد تطرأ على الشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية، و هذا الخرق رتب عليه المشرع المسؤولية التضامنية بنص صريح تجاه الغير و تجاه الشركة في حالة إصابتها بأضرار، في حالة إسناد البطلان للقائمين بالإدارة.

---

[1] - عبد العزيز العكيلي،" القانون التجاري، الأعمال التجارية و التجار و المتجر، الشركات التجارية و الأوراق التجارية "، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 1997، ص318.

[2] - Dominique Vidal, "Droit des sociétés", Manuel L.G.D 2ème edition, année 1998- page 187.

[3] - عزيز العكيلي، المرجع السابق،ص 314- 315.

فهذا ما قضت به المادة 715 مكرر من القانون التجاري21 فقرة أولى بأنه:" يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان و القائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة"، و ذلك لأن المسيرين ملزمون بالتحقق من صحة إجراءات التأسيس، فهم مسئولون في مواجهة المضرور بالتضامن، و يمكن للمضرور الرجوع عليهم مجتمعين أو الرجوع على أحدهم[1].

و قد يكون الخطأ متمثلا في سوء إدارة و تسيير الشركة، أو متعلقا باستدعاء الجمعية العامة للانعقاد و سيرها، و كل ما ينتج عن ذلك من أضرار قد تقع للشركة أو للغير باسم الشركة. و في الحالة التي لا يكون فيها هذا العمل المنتج للضرر منصوصا عليه في النظام الأساسي للشركة، فإنه لا يعد خطأ في التسيير يرتب مسؤولية عقدية، بل خطأ يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية بتطبيق أحكام المادة 126 من القانون المدني، إلا أنها في كل الأحوال تظل المسؤولية تضامنية لأن الاختلاف يكون بالنسبة للجهة المطالبة بهذه المسؤولية حيث تختلف المسئولية باختلاف مصدرها، فيكون إما عقدا أو عملا غير مشروع، نظرا لأن هذه الأخطاء قد تكون أخطاء في التسيير فتضع القائمين بالإدارة في مواجهة الشركة، كما قد تسبب أضرار للغير لكنها ليست أخطاء في التسيير فتضعهم في مواجهة الغير.

فخطأ المسير المرتب للمسؤولية التضامنية مع باقي أعضاء مجلس الإدارة يكون عادة خطئا اقتصاديا [2]، و قد يكون خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة الأساسية للشركة، كما قد يكون الخطأ ناتجا عن إهمال كعدم إيداع أسهم الضمان لأحد البنوك، أو توزيع أرباح صورية، أو الخروج أن الغرض الأساسي للشركة، كما قد يظهر الإهمال في عدم التأمين على الشركة، أو عدم العناية بحسابات و الدفاتر التجارية للشركة.

ولا تطبق المسؤولية التضامنية إلا إذا صدرت هذه التصرفات من قبل أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم، أي يجب وجود عنصر الاشتراك في الافعال[3].

كما لا يمكن لهم الانضمام كشركاء في شركة منافسة لأن ذلك قد يتعارض مع نشاط الشركة و مصالحها[4].

ويجب على أعضاء مجلس الإدارة أن يقوموا بواجب الإشراف والرقابة على تصرفات كل منهم لمنع استمرار مباشرة نشاط مضر بالشركة أو بالغير، كما لا يجوز للمسيرين إهمال استيفاء حقوق الشركة من الغير، أو القيام بإيداع أموال الشركة في بنك مهدد بالإفلاس، أو الإقراض دون ضمانات في الوقت الذي يكون فيه نظام الشركة يوجب الحصول على ضمانات، أو قيام المسيرين بعمليات جزافية تؤدي لخسارة الشركة[5].

---

[1] - محمد جلال وفا ألبدري، المرجع السابق، ص221.

[2] - Dominique Vidal- op- cit- page 187

[3] - محمد فريد ألعريني، المرجع السابق، ص263.

[4] - لطيف جبر كوماني، المرجع السابق،ص 255.

[5] -- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص487- 488.

كما قد يقوم مجلس الإدارة بحجز الأرباح المستحقة لأحد المساهمين أو بعضهم لفترة طويلة وعدم توزيعها لمستحقيها، أو قيامه باتخاذ قرارات تشكل منافسة غير مشروعة للغير، أو قيامه بالإعلان عن بيانات غير صحيحة عن مركز الشركة المالي وعن ميزانيتها، لإبهام الغير عن طريق رفع قيمة أسهم الشركة فيسبب ذلك ضررا للغير[1].
وهذه المسؤولية التضامنية نصت عليها المادة 715 مكرر 23 بقولها: " يعد القائمون بالإدارة مسئولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة تجاه الشركة أو الغير إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة و إما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم".
و إن إجازة الجمعية العامة للتصرفات الخاطئة لأعضاء مجلس الإدارة لا تؤدي إلى إعفائهم من المسؤولية عن الأضرار، كل ما هناك أنها يمكن أن تكون سببا في تخفيف المسؤولية[2] و هذا ما قضت به المادة 715 مكرر 25 فقرة ثانية[3].
كما ولا يعفي المسير من المسئولية التضامنية مبادرته لتبرير موقفه ما دام أن أركان المسئولية قد اكتملت فلولا إهماله لما ترتبت تلك الأضرار.
و تكون الأخطاء متعلقة بخرق أعضاء مجلس الإدارة للأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، أو لتلك القواعد العامة التي تحكم كل الشركات، فتكون المسئولية جماعية وتضامنية و ذلك محاولة من المشرع أن يتجنب أكبر قدر من الأخطاء التي قد يقع فيها المسير منفردا عند ممارسته لوظيفة التسيير[4].
وإن خرق القانون الأساسي أو الأحكام التشريعية والتنظيمية، أو حتى ارتكاب أخطاء تضر الغير يمكن معرفتها و اكتشافها، لكن الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير و التي ذكرها المشرع في المادة 715 مكرر 23 فقرة أولى صعبة التكييف.
فالقائمون بالإدارة يتولون التسيير لمصلحة الشركة فعليهم التزام الحيطة و الحذر و تفادي وقوع الأخطاء المتوقعة أو الأخطاء البينة على عكس الأخطاء الخارجة عن إرادة المسيرين و التي لا يمكن تفادي حدوثها، فعلى القاضي أن يكيف بسلطته التقديرية أفعال و تصرفات المسير على ضوء الظروف و الملابسات، خاصة و أن المسير أو القائم بإدارة الشركة يتخذ قرارات بالاشتراك مع أعضاء مجلس الإدارة، وغالبا ما تكون هذه القرارات تحتوي على مخاطر ومجازفات اقتصادية. فيكون مجلس الإدارة أحيانا مضطرا لاتخاذ قرار دون آخر لأن الخيارات الأخرى قد تحمل مخاطر للشركة، و هذا كثير الوقوع في شركات الأموال و خاصة شركة المساهمة فيتخذ مجلس الإدارة قرارات في التسيير تحت تأثير ظروف اقتصادية صعبة، أو قد تحدث

---

[1] - فوزي محمد سامي، "شرح القانون التجاري"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، لسنة 1997، ص 292.

[2] - فريد ألعريني، المرجع السابق، ص263.

[3] - نصت المادة 715 مكرر 25 في فقرتها الثانية: " لا يكون لأي قرار صادر من الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم".

[4] - رسالة ماجستير في " مسئولية المسيرين في شركة المساهمة" ص175

مستقبلا فتتحمل الشركة خسائر، لكن لا يمكن اعتبار أن هذه القرارات أخطاء في التسيير.

و عليه فالخطأ في التسيير يكمن في خرق الأحكام القانونية التي تحكم تصرفات المسير الذي يكون من المفروض حذرا و مهتما بأمور الشركة، و بمفهوم المخالفة يعد مرتكبا للخطأ في التسيير كل من أهمل تطبيق القوانين، أو أهمل مصالح الشركة أو قام بتصرفات تصب في مصلحته الخاصة عوض مصلحة الشركة أو قام بمنافسة الشركة شخصيا أو حتى عن طريق شركة أخرى[1].

لذلك فان الخطأ في التسيير مختلف عن الأخطاء المتعلقة بالأخطار العادية لمشروع الشركة والتي تتحملها هذه الخيرة، فالخطأ هنا معذور يعفي الواقع فيه من المسئولية، كما يتميز الخطأ في التسيير عن التعسف في التسيير المكون من تصرفات تدليسية ناتجة عن سوء النية، و من صورها تحقيق مصالح خارجة عن مصلحة الشركة ويحكم هذا الخطأ قواعد المسؤولية الجنائية[2].

و تجد المسؤولية التضامنية للمسيرين أساسها في وحدة السلطة الذي يحكم عمل كل الأعضاء، حيث لا يفلت من هذه المسؤولية إلا الأعضاء الذين اعترضوا على عمل زملائهم و أثبتوا ذلك في محضر جلسة مجلس الإدارة[3].

فلا يمكن التنصل من المسؤولية التضامنية إلا إذا حصل الاعتراض على القرار المرتب للضرر، بشرط أن يكون الاعتراض صريحا مثبتا في محضر الجلسة التي صدرت عنها هذه القرارات[4].

و الخطأ المشترك لا يعني دائما أن كل أعضاء مجلس الإدارة قد ارتكبوا نفس الخطأ، بل يعني كذلك أن أحد الأعضاء قد ارتكب خطأ بسبب عدم وجود رقابة محكمة من الأعضاء الآخرين، لذلك فالقرار الخاطئ قد يكون مصدره رئيس مجلس الإدارة بالاشتراك مع أعضاء مجلس الإدارة، نظرا لإهماله للرقابة و الإشراف على أعمال المجلس فيسألون بالتضامن، و حتى مع أعضاء مجلس المراقبة كما سنرى أثناء الحديث عن مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة.

كما أنه لا يكفي للتنصل من المسؤولية التضامنية الإدعاء بعدم المشاركة في جلسة مجلس الإدارة لأن الغياب يعد كذلك خطأ ناتجا عن الإهمال، فللتنصل من هذه المسؤولية يجب أن يثبت عضو مجلس الإدارة بأنه لم يكن بإمكانه اكتشاف ذلك الخطأ أو منع حدوثه أو كان الغياب بعذر مقبول، و هناك بعض الفقه من يحمل المسير المسئولية ولو كان غيابه بعذر مشروع، إلا أن الراجح هو الإعفاء من المسؤولية في حالة استناد الغياب لعذر المشروع، كالمرض أو بسبب تكليف المسير بمهمة تخص الشركة خارج مقرها، ولا يعتبر كلا الفريقين أن مجرد الغياب يعد نافيا للمسئولية، لأن

---

[1] - D. Vidal, Op, cit, page: 189-190.

[2] - رسالة ماجستير ص 182

[3] - فريد ألعريني، المرجع السابق،ص 264.

[4] - جلال وفا البدري، المرجع السابق، ص2612.

التخلف عن حضور الاجتماع قد يكون غرضه تفادي الاشتراك في اتخاذ القرارات أو تفادي الاعتراض عليها[1].

وتقوم المسئولية التضامنية للمسير الغائب عن الاجتماع الذي تم اتخاذ القرار الخاطئ أثنائه من قبل زملائه الحاضرين، على أساس انه لم يعن ببحث أمور الشركة المنوط به تسيير نشاطاتها الاقتصادية، فكانت وظيفته شرفية لا فعلية، فيكون بذلك خطؤه أكثر جسامة عما هو منسوب لزملائه، فيسأل تجاه الغير وتجاه الشركاء المساهمين[2].

و من البديهي أن لا تقوم مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة إلا عن الأعمال التي ارتكبوها أثناء عضويتهم، أما إذا وقع الضرر بعد تركهم العضوية فلا مسؤولية عليهم إلا إذا كان الضر راجع لأفعال أثناء مدة العضوية ولا يتهم في المجلس[3].

فالمسير الأمين الحذر الذي يقوم بكل احتياطاته لتفادي حدوث الأخطاء، لا يقوم بالرفض أو عدم الموافقة أثناء التصويت، بل يقدم استقالته لمنع اشتراكه أو ليحول دون اشتراكه في الخطأ.

و لتطبيق هذه المسؤولية التضامنية على القائمين بالإدارة يجب أولا التأكد و التثبت من وجود هذا الخطأ المشترك، لأنه لا يمكن أن تقوم هذه المسؤولية التضامنية إذا كان الخطأ صادر من رئيس مجلس الإدارة منفردا[4]، مع العلم أن رئيس مجلس الإدارة له نفس مسؤوليات أعضاء مجلس الإدارة الآخرين و يمكن مساءلته منفردا، ويمكن إعفاء الكل من المسؤولية خاصة في حالة عدم تمكين أعضاء مجلس الإدارة بالمعلومات اللازمة للقيام بمهامهم على أحسن وجه، كما أن لا تضامن في حالة ارتكاب الجنح المعاقب عليها جنائيا[5].

و في حالة تقرير المسؤولية التضامنية من طرف القاضي فإنه يحدد المبلغ الذي تقع عليه المسؤولية التضامنية، إضافة لحصة كل شخص متضامن بعد تقسيم الضرر أو تقسيم التعويض على كل المشتركين في الخطأ [6].

حيث نصت المادة 115 مكرر 23 فقرة ثانية بأنه: "إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر".

كما منح المشرع أعضاء مجلس الإدارة حق امتلاك أسهم الضمان، و الحكمة من هذه الأسهم أنها تضمن مسؤولية المسير اتجاه دائني الشركة في الحالات التي يتقرر فيها رجوعهم على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة للتصرفات الخاطئة التي يرتكبونها[7].

---

[1] - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 293.

[2] - رسالة ماجستير مسئولية المسيرين في شركة المساهمة. ص 176

[3] - فريد ألعريني، المرجع السابق، ص264.

[4] - G. Ripert- R. Roblot op cit, p.514

[5] - Ph. Merles op cit, p 501-502

[6] - G. Ripert et R. Roblot op cit, p 514

[7] - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص267.

كما تطبق على القائمين بالإدارة المسؤولية التضامنية في حالة تقرير الشركة شراء أسهمها الخاصة بغرض تخفيض رأس المال، حيث يعتبرهم المشرع مسئولين عن تسديد قيمة الأسهم بالتضامن مع المؤسسين و الشخص الذي قام بشرائها لحساب الشركة حسبما نصت عليه المادة 715 من القانون التجاري.

وتطبق نفس الأحكام السابقة على المسيرين في شركة التوصية بالأسهم في حالة تعددهم، حيث أخضعهم المشرع لنفس الأحكام التي تسري على مسيري شركة المساهمة، لكن الفرق الوحيد يتمثل في أن المسؤولية التضامنية لمسيري شركة المساهمة واقعة بالنص القانوني الصريح، أما تضامن المسيرين فهو مفترض في شركة التوصية بالأسهم خاصة بعد أن أضفى عليهم المشرع صفة التاجر بتطبيق المادة 03 من الأمر 96 – 07، بالرغم من أنه بإمكاننا أخذ هذه المادة كقرينة قانونية قاطعة وصريحة لتطبيق التضامن بالنسبة لهم.

أما أعضاء مجلس المراقبة فيتحملون المسؤولية عن أعمالهم أي عن الأخطاء التي يقترفونها أثناء تأدية مهامهم، فإذا ارتكبوا أخطاء مشتركة كانت مسؤوليتهم تضامنية و يستفاد من المادة 663 قانون تجاري[1] أن الشخص المعنوي يمكنه أن يكون عضوا في مجلس المراقبة و يعين ممثلا له في المجلس أي شخصا طبيعيا يمثله، وقد حمل المشرع هذا الممثل المسؤولية الجنائية و المدنية في حالة إضراره بالغير، و ذلك دون الإخلال بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي بصفته عضوا في مجلس المراقبة ، فالمسؤولية التضامنية تقع على الشخص المعنوي و ليس ممثله الذي يتحمل المسؤولية عن أخطائه الشخصية فقط، أما بالنسبة للأعمال التي يقوم بها بصفته ممثلا فيسأل عنها الشخص المعنوي على وجه التضامن مع باقي أعضاء مجلس المراقبة وليس بالتضامن مع ممثله.

أما بالنسبة لأعضاء مجلس المراقبة في شركة التوصية بالأسهم فإن المشرع لم ينص على مسؤوليتهم التضامنية، رغم أنه قرر مسؤوليتهم المدنية الشخصية في المادة 715 ثالثا 9 في الفقرة الأولى من القانون التجاري التي تنص على أنه : " لا يتحمل أعضاء مجلس المراقبة أية مسؤولية تتعلق بأعمال التسيير والنتائج المترتبة عنها ... ويكونون مسئولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة خلال مدة وكالتهم".

فلا يتحمل أعضاء مجلس المراقبة المسؤولية عن أعمال التسيير و نتائجها في حالة إهمال أو عدم مراعاة المسيرين لمهامهم، و فيما يخص شركة المساهمة تنص المادة 715 مكرر 29 فقرة أولى من القانون التجاري على أنه: "يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسئولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكالتهم و لا يتحمل أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير و نتائجها".

[1] - نصت المادة 663 من القانون التجاري على أنه:" يجوز تعيين شخص معنوي في مجلس المراقبة و عليه أن يعين ممثلا دائما عند تعيينه يخضع لنفس الشروط و الالتزامات و يتحمل نفس المسؤوليات الجزائية و المدنية كما لو كان عضو باسمه الخاص دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله و إذا عزل الشخص المعنوي ممثلة وجب عليه استخلافه في الوقت نفسه".

و كذلك بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم فان نص المادة 715 ثالثا 9 قد قضى بنفس الحكم أيضا، نستنتج من هذه النصوص أنه لا مسؤولية لأعضاء مجلس المراقبة إلا إذا ارتكبوا أخطاء أثناء ممارسة أعمالهم، و لا يسألون عن أعمال التسيير حيث لا شأن لهم بها.

لكن في واقع الأمر يمكن أن يتحمل أعضاء مجلس المراقبة نتائج أخطاء أعضاء مجلس الإدارة في حالة علمهم بها و عدم كشفهم عنها، لكن أعمال التسيير في حد ذاتها فلا يسألون عنها إلا إذا قاموا بالتسيير الفعلي للشركة و تم اعتبارهم مسيرين فعليين.

أما بالنسبة لمندوبي الحسابات فيتحملون المسؤولية المدنية قبل الشركة و يقومون بالتعويض عن الأضرار التي يلحقونها بالغير، و إذا كان للشركة عدة مندوبي حسابات و اشتركوا في الخطأ كانوا مسئولين بالتضامن تجاه الشركة، و يجب عندها إثبات الخطأ من جانب المراقب نظرا لأن التزامه هو التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة.

و يقاس خطأ مندوب الحسابات بمعيار موضوعي و هو سلوك المراقب الحريص، كما يجب وجود العلاقة السببية بين خطأ مندوبي الحسابات و الضرر، لأن الضرر قد ينجم عن أسباب أخرى لا علاقة لها بالمندوب. و من أمثلة الخطأ الموجب للمسؤولية عدم صحة البيانات الواردة في التقرير السنوي الذي يقدمه المندوبون للجمعية العامة أو مجلس الإدارة، أو عدم التدقيق في صحة المعلومات[1].

كما يتحقق مندوبو الحسابات من احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، كما تقع عليهم مسؤولية إطلاع مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بالمخالفات و الأخطاء التي قد يكتشفونها[2].

فكل من مندوب الحسابات و عضو مجلس الإدارة مسئول عن أعماله بانفراد وبانفصال و كل في إطار مهامه ، فلا يمكن لأعضاء مجلس الإدارة الإفلات من المسؤولية بحجة غياب الرقابة التي كان من المفروض على المندوبين فرضها عليهم، أما إذا اشترك المسير مع المراقب في الخطأ الذي سبب الضرر للغير أو للشركة وجب التعويض بتطبيق أحكام المسؤولية التضامنية، فيسأل حينها كل من المسيرين والمندوبين بالتضامن.

كما يسأل مندوب الحسابات بالتضامن مع أعضاء مجلس الإدارة إذا تدخل في أعمال التسيير باعتباره مسير فعلي[3]، أو في حالة علمه بالخطأ و عدم إعلانه عنه و التزامه الصمت[4].

---

[1] - فريد العريني، المرجع السابق، ص320- 321.

[2] - عمورة عمار، المرجع السابق،ص 311.

[3] - Ph. Merles, op, cit, p : 605 et 322

[4] - G. Ripert et R. Roblot, op, cit, p : 496

وعليه فلا يسأل أعضاء مجلس المراقبة و لا مندوبو الحسابات عن أخطاء التسيير إلا إذا تم اعتبارهم مسيرين فعليين للشركة، ففي هذه الحالة يسألون مسؤولية تضامنية عن سوء التسيير المؤدي لحدوث أضرار للشركة أو الغير وحتى الشركاء المساهمين.

و إن فكرة المسير الفعلي صعبة التحديد ولا يمكن ضبط مفهومها بسهولة، لكن يمكن اعتبار المسير الفعلي ذلك الشخص الذي يقوم بالتصرفات أو الأفعال الإيجابية و المتكررة فيما يخص تسيير الشركة، و يكون ذلك بصفة صريحة و واضحة و مستقلة تجاه الغير حيث يظهر للغير أنه المسير الحقيقي، أو يقوم باستعمال غطاء أو ستار يختبئ وراءه باستعمال شخص مسخر من طرفه يتصرف بأوامره، و إن إثبات صفة المسير الفعلي تقع على رافع دعوى المسؤولية[1].

وبذلك يدخل ضمن المسيرين الفعليين كل من أعضاء مجلس المراقبة ومندوبو الحسابات، فإذا قاموا بتسيير الشركة فعليا وارتكبوا أخطاء مشتركة يسألون عنها بالتضامن.

وعلى عكس ذلك فإن المدير التقني للشركة والذي انضم للشركة بعقد عمل، فانه يفلت من المسؤولية عن أعمال التسيير إلا إذا كان مسيرا فعليا فيسأل حينها بالتضامن مع باقي المسيرين[2].

إجراءات دعوى المسؤولية التضامنية : إن الضرر الذي قد ينجم عن خطأ أعضاء الهيئات الإدارية قد يصيب الشركة، أو أحد الشركاء أو مجموعة منهم أو الغير، فمن حق كل هؤلاء رفع دعوى للمطالبة بالتعويض.

أ- دعوى الشركة :

يمكن للشركة أن ترفع دعوى على مندوبي الحسابات، و يمكن حتى للمساهم أن يرفع الدعوى عليهم، و تكون مسؤوليتهم تقصيرية و تضامنية إذا ألحقوا أضررا بالغير، و إن مصادقة الجمعية العامة على تقرير مجلس الإدارة لا يعفي المندوب الذي ارتكب خطأ ما من التعويض[3].

و يحق للشركة أن تقيم دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة منفردين أو مجتمعين نظرا لمسؤوليتهم التضامنية، و نظرا للأفعال التي صدرت منهم أثناء الإدارة و التي سبق و أن ذكرناها، حيث يتم تعيين رئيس مجلس الإدارة لرفع هذه الدعوى إلا إذا كان مشتركا في الخطأ ففي هذه الحالة يعين شخص آخر، و إذا كان الخطأ قد وقع من عضو بالذات شخصيا فترفع الدعوى عليه و يسأل فرديا[4].

و إن إجازة الجمعية العامة لهذا الخطأ عن طريق قرار تتخذه لا يعفي أعضاء مجلس الإدارة من المسؤولية، و تتقادم هذه الدعوى ضد القائمين بالإدارة بمرور 3

---

[1] - Yves. Guyon « Droit des affaires entreprises en difficultés – redressement judiciaire – Faillite, économica, Delta, Tome2, 6ème edition. Page 429.

[2] - Yves, Gruyo, op, cit, page 428

[3] - فريد العريني، المرجع السابق، ص320.

[4] - عزيز العكيلي، المرجع السابق،ص 316.

سنوات من تاريخ ارتكاب العمل الضار حسب المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري.

ب- دعوى الشريك المساهم :

يمكن للمساهم أن يرفع دعوى الشركة بصفته الشخصية باعتباره شريكا في هذه الشركة، رغم أن ذلك غير واضح في نص المادة 715 مكرر 25 فقرة أولى من القانون التجاري و التي نصت بأنه: "كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوى يعد كأنه لم يكن".

وترتيبا على ذلك فإن المشرع قد جعل شرط ممارسة دعوى الشركة بعد أخذ رأي الجمعية العامة أو استئذانها كأن لم يكن ، وبذلك يمكن للمساهم رفع دعوى الشركة بنفسه ضد القائمين بالإدارة، لكن لا يطالبهم بالتعويض عما أصابه بصفة شخصية من أضرار بل عما لحق الشركة ككل، و يمكن للشركة أن تعوضه عما أنفقه من مصاريف في سبيل الدعوى[1].

كما يمكن للمساهم أن يرفع دعوى فردية على أعضاء مجلس الإدارة إذا وقع منهم خطأ مشترك نشأ عنه ضرر أصابه شخصيا، و مثاله امتناع مجلس الإدارة عن تقرير أو صرف الأرباح لأحد المساهمين دون مبرر، أو منعه حضور الجمعية العامة و تعتبر هذه الدعوى مستقلة عن دعوى الشركة لأن التعويض في هذه الحالة من نصيب المساهم[2] طبقا للمادة 715 مكرر 24.

ج- دعوى الغير:

قد يسأل مجلس الإدارة تجاه الغير و هنا يجب التفرقة بين مجرد الخطأ في الإدارة والتسيير و بين العمل الذي ينطوي على الغش أو مخالفة القانون أو نظام الشركة، فلا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسئولين تضامنيا عن مجرد الخطأ في الإدارة تجاه الغير، بل تكون الشركة التي يمثلونها هي المسئولة وحدها عن هذا الخطأ تجاه الغير بصفة فردية حيث تتحمله الشركة نظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية.

لكن أعضاء مجلس الإدارة يكونون مسئولين تجاه الغير عن جميع أعمال الغش و عن كل مخالفة للقانون أو لنظام الشركة، وهذه التفرقة مشابهة للتفرقة المعروفة في القانون الإداري بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي المعمول بها بالنسبة لموظفي الدولة.

و عليه، تكون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تجاه الغير مسؤولية تضامنية عن الأخطاء الشخصية و ليس عن أخطاء التسيير.

و من صور الأخطاء الشخصية التي ترتب مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تجاه الغير، التعاقد مع الغير حسن النية متجاوزين حدود سلطاتهم المبينة في النظام الأساسي للشركة، أو تبديد الأموال المسلمة إليهم من الغير لحساب الشركة، أو ارتكاب أعمال

---

[1] - فريد العريني، المرجع السابق، ص267.

[2] - .محمد جلال وفا ألبدري، المرجع السابق،ص 262-263.

منافسة غير مشروعة، أو تقديم ميزانية غير صحيحة تخفي سوء حالة الشركة إلى أحد البنوك فيقدم إليها ائتمانه فيصيبه ضررا، كما قد يقوم مجلس الإدارة بتقديم ميزانية مصطنعة للغير لإيهامه بمتانة مركزها المالي للحصول على الائتمان الذي تحتاجه الشركة[1].

و للغير دعويين للمطالبة بحقه في مواجهة المسير، دعوى عقدية بالنظر للعقد الذي يربطه مع الشركة، و دعوى تقصيرية نظرا للخطأ الشخصي الذي صدر عن عضو مجلس الإدارة أو الخطأ المشترك لكل الأعضاء، فتقوم المسؤولية التضامنية و تتقادم الدعوى بمرور 3 سنوات من ارتكاب الفعل الضار، فترفع هذه الدعاوى على كل من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي تطبق عليه نفس أحكام مجلس الإدارة حسب المادة 715 مكرر 28، كما يمكن أن ترفع أيضا على كل من أعضاء مجلس المراقبة أو مندوبي الحسابات إذا اشتركوا في التسيير[2].

الفرع الثالث: انفصال شركة المساهمة.

قد يحدث أن تقوم شركة المساهمة بعملية الانفصال لإنشاء شركات جديدة أو تقوم بالاندماج مع شركة أخرى، و لهاتين العمليتين انعكاسات كثيرة على حقوق الدائنين. فانفصال الشركة يعرض الدائنين للخطر، حيث أنهم يتعاملون مع شركة ثم تنقسم هذه الأخيرة إلى شركتين أو أكثر، فتدخل المشرع بأحكام لحماية الغير في حالة حدوث الانفصال.

فانفصال الشركة يحدث عندما تختفي الشركة بعد تقسيم رأس مالها لتكوين شركات جديدة، و يمكن إجراء الانفصال بغض النظر عن شكل الشركة فقد يحدث الانفصال بين أشكال مختلفة، فقد يقع بين شركات تضامنية أو شركة توصية بسيطة لتكوين شركات ذات مسؤولية محدودة، و قد تنفصل شركات المساهمة لتكوين شركة أخرى، و لا يهم إن كانت الشركة في حالة تصفية، لكن لا بد أن يتم الانفصال قبل البدء في توزيع موجودات الشركة على الشركاء.

و إذا تم الانفصال بالنسبة لشركة المساهمة فإن هذا يحتم موافقة الجمعية العامة غير العادية و هذا ما أكدته المادة 759من قانون تجاري في الفقرة أولى :" عندما يجب تحقيق الانفصال بتقديم الحصص لشركات المساهمة الجديدة فان هذا الانفصال يقرر من الجمعية العامة غير العادية للشركة المنفصلة ".

[1] - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص493.

[2] - G. Ripert- R- Roblot, op, cit, p 470.

أما الإدماج فيتم عندما تدمج شركة مساهمة مع شركة أخرى، أي تؤول أموال الشركة المدمجة لشركة أخرى فتصبح هذه الأخيرة مدينة لدائني الشركة المدمجة، دون أن يضطر الدائنون لتجديد الدين.

و حماية للدائنين تدخل المشرع و منح لأصحاب الديون التي نشأت قبل نشر مشروع الإدماج حق معارضة هذه العملية في مهلة 30 يوما ابتداء من نشر الموضوع، فيحكم القاضي المختص إما برفض المعارضة، أو الأمر بتسديد الديون، أو الأمر بتقديم ضمانات، أو بفرض الإدماج على الدائنين حسب المادة 756 قانون تجاري[1].

أما بالنسبة للانفصال الذي قد تقوم به شركة المساهمة، فينتج عنه إنشاء مجموعة من الشركات حيث يقسم رأسمال الشركة المنفصلة، أو التي تم تجزئتها بجانبه السلبي و الإيجابي على شركات أخرى هي الشركات المستفيدة من عملية الانفصال[2].

فتدخل المشرع لحماية الغير المتعامل مع الشركة على غرار عملية الاندماج و لكن هذه الحماية مختلفة عن الأولى الخاصة بعملية الإدماج، نظرا لأن المشرع لم يكتف بمنحهم حق المعارضة لعملية الانفصال بل جعل كل الشركات الناتجة عن عملية الانفصال مدينة بالتضامن تجاه دائني الشركة المنفصلة.

و هذا الحكم خاص بالدائنين العاديين للشركة دون الدائنين حملة السندات بل الدائنين العاديين دون سواهم، لأن المشرع في المادة 760 ذكر "الدائنين" و جعل الشركات المستفيدة من الانفصال مدينة تجاههم في مكان الشركة المنفصلة أو عوض الشركة المنفصلة، بدون أن يكون لهذا الاستبدال أو التغيير للمدين أي أثر بالنسبة للدائنين، حيث أن هذه العملية لا تجبرهم على تجديد الدين نظرا لتغير المدين أو لحلول مدين محل الآخر.

وعليه فإنه من حق دائن الشركة المجزأة أن يطالب إحدى الشركات المنفصلة بتسديد كل مبلغ الدين، دون أن يكون لهذه الأخيرة حق الاعتراض أو التهرب من التسديد لأنه تضامن مفروض على الشركة بقوة القانون حيث نصت عليه المادة 760 بقولها: " تكون الشركات المستفيدة من الحصص الناتجة عن الانفصال مدينة بالتضامن تجاه دائني الشركة المنفصلة في المحل و المكان دون أن يترتب عن الحلول تجديد بالنسبة لهم".

و يمكن للشركات المستفيدة من الانفصال أن تضع شرطا مفاده عدم مسؤوليتها إلا عن الجزء السلبي أو الديون المتعلقة بالجانب الإيجابي، أو عن رأس المال الذي انتقل إليها بعد عملية الانفصال، أي فقط عن جزء محدد من الديون التي آلت إليها و بدون تضامن مع باقي الشركات[3]، هذا ما قضت به المادة 761 فقرة أولى من القانون

---

[1] - تنص المادة 756 من القانون التجاري في فقرتها الثانية على أنه: ...."

[2] - PH. Merles, op, cit, p 856.

[3] - F. Lemeunier, op, cit, p 317.

التجاري بنصها: يجوز خلافا لأحكام المادة السابقة أن يشترط بأن الشركات المستفيدة من انفصال لا تلتزم إلا بجزء من دين الشركة المنفصلة ".

و في هذه الحالة فقط أجاز المشرع لدائني الشركة المنفصلة أن يقوموا بمعارضة عملية الانفصال في مهلة 30 يوما ابتداء من نشر مشروع الانفصال في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية، و تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 756 فقرة 02 قانون تجاري التي تنص على أنه: " و يجوز لدائني الشركة الذين شاركوا في عملية الإدماج و كان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل 30 يوما ابتداء من النشر المنصوص عليه في المادة 748 و يتخذ بعد ذلك قرار قضائي إما برفض المعارضة و يلغى الأمر، إما بتسديد الديون و إما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة الماصة بشرط أن تكون هذه الضمانات كافية، و لا يحتج بهذا الإدماج على هذا الدائن إذا لم تسدد الديون أو لم تنشأ الضمانات التي أمر القاضي بتقديمها، على أن المعارضة المقدمة من دائن واحد لا يكون لها أي تأثير على متابعة عمليات الإدماج، كما لا تعترض أحكام هذه المادة بالنسبة لتطبيق الاتفاقيات التي ترخص للدائن باشتراط التسديد العاجل لدينه في حالة إدماج الشركة المدينة بشركة أخرى".

بالتالي تطبق أحكام هذه المادة الخاصة بعملية الإدماج على عملية انفصال الشركة حسب نص المادة 761 قانون تجاري فقرة ثانية.

لذلك فيجوز لدائني الشركة المنفصلة أن يقوموا بالمعارضة في الانفصال حسب الشروط و تحت الآثار المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 756 و ما بعدها.

و عليه فإن المشرع قد قرر قاعدة التضامن لصالح الدائنين و منحهم حق المعارضة لحمايتهم في حالة إدراج الشركات المستفيدة لشرط يستبعد تطبيق قاعدة التضامن.

كما لا يمكن أن يستعمل حق المعارضة إلا الدائنون أصحاب الديون السابقة لنشر مشروع الانفصال، و في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يرفض معارضة هؤلاء فيتم الانفصال بدون تضامن بين الشركات المستفيدة، أو يأمر بتسديد الدين أو بتقديم ضمانات من تلك الشركات من رأس المال الذي تم نقله إليها من الشركة المنفصلة، مع العلم انه في الفرضين الأخيرين يسقط حق الدائنين في المعارضة.

و نرى أن المشرع قد منح السلطة التقديرية للقاضي الذي يقدر رفض أو قبول المعارضة حتى في حالة وجود الشرط الذي تدرجه الشركات المستفيدة و الذي يحرم الدائنين من قاعدة التضامن المقررة لمصلحتهم، فيمكن للقاضي أن يرفض المعارضة لعملية الانفصال أو يأمر بإجرائها و بدون تضامن بين الشركات و هذا ما يفهم من المادتين 761 و 756 من القانون التجاري السالفة الذكر.

ويمكن للدائن أن يبرم اتفاقا مع الشركة المنفصلة مفاده أن يتم تسديد دينه بالاستفادة من تضامن الشركات المستفيدة من الانفصال في حالة حدوثه، فيسدد دينه مباشرة باللجوء لأي شركة من تلك الشركات، و هذا الاتفاق السابق لعملية الانفصال يجعل دينه معجل التسديد بالإضافة لمزية التضامن، مما يجعله في غنى عن استعمال

حقه في معارضة عملية الانفصال لأن دينه يسدد بصفة تلقائية عن طريق إحدى الشركات[1].

لكن نص المشرع في المادة 756 فقرة أخيرة على إمكانية وجود شرط يضعه الدائن بتعجيل تسديد دينه في حالة حدوث عملية الانفصال أو الاندماج، دون ذكر قاعدة التضامن أو إجازة الاتفاق على وجودها رغم أن ذلك من حق الدائن ، أي أنه بإمكان الدائن أن يشترط تضامن الشركات المستفيدة من الانفصال في حالة حدوثه لتسهيل عملية تسديد دينه الخاص بالشركة المنفصلة.

لكننا لا يمكن أن ننكر بأن المشرع قد قرر قاعدة التضامن بالنسبة للشركات الناتجة عن الانفصال لمصلحة الدائنين وحماية لهم، رغم ما يحتويه هذا التضامن من مشقة لهذه الشركات، نظرا لتحملها لكل ديون الشركة المنفصلة و بالتضامن رغم أنه لم يقدم لها إلا جزء من رأس مال الشركة المنفصلة و ليس كله، حيث تسأل الشركات الناتجة عن الانفصال عن كل الديون و ليس فقط تلك المتعلقة بالجانب الإيجابي الذي استفادت منه، و من جهة أخرى فإن الشركات المستفيدة تتحمل ديون لا علاقة لها بها.

كما أن لهذا الانفصال انعكاس سلبي لا يمكن إنكاره بالنسبة للدائنين، و يظهر ذلك في حالة افتراض وجود مدين جديد قد تكون قدرته المالية أقل بكثير من المدين الأول أي الشركة المنفصلة.

كل ما سبق ذكره بالنسبة للانفصال يكون في حالة نقل رأس مال الشركة كله أو جزء منه لأن هذه الحالة الأخيرة أي حالة نقل الشركة المنفصلة لجزء من رأس مالها ممكنة الوقوع دون أن تختفي الشركة المنفصلة، و هذا ما قضت به المادة 762 بقولها: "يجوز للشركة التي تقدم جزء من مالها لشركة أخرى و كذلك التي تستفيد من هذه الحصة أن تقرر بالاتفاق بإخضاع العملية لأحكام المادتين 758 و 761"، و هذه الفرضية أي نقل الشركة لجزء من رأسمالها فقط لا تمنع تطبيق قاعدة التضامن بين الشركتين لمصلحة الدائنين، حيث تصبح الشركة المقدمة لجزء من رأسمالها مدينة اتجاه دائنيها بالتضامن مع الشركات المستفيدة من الأسهم المقدمة شرط أن تكون ديونهم سابقة لنشر عملية الانفصال.

لكن نص المادة 762 افترض أن تقدم الشركة الجزء الإيجابي من رأسمالها أي موجداتها أو حقوقها فقط مما يعني أنها احتفظت بديونها، و مما يجعل أحكام الانفصال صعبة التطبيق بالنسبة للشركة المنفصلة في حالة تقديم الشركة لديونها دون حقوقها أو في الحالة التي لا يكون فيها للشركة المنفصلة إلا الجانب السلبي من ذمتها المالية أي الديون فقط، لذلك فيجب تطبيق النصوص بمرونة و اعتبار كل الشركات المنفصلة المقدمة لجزء من موجداتها أو ديونها و الشركة الناتجة عن الانفصال مسئولة بصفة تضامنية عن ديون الشركة الأولى، قياسا على حالة الانفصال المنصوص عليها في المادة 760 أي حالة تقديم شركة المساهمة لكل ما تملكه من حقوق و ديون، كما

[1] - PH. Merles, op, cit, p 886.

تطبق نفس أحكام الانفصال بشروطه و آثاره و أهمها المعارضة التي يقوم بها الدائنون في حالة وجود شرط يعفي الشركات المستفيدة من التضامن.

و إن كانت هذه الحالة صعبة التطبيق فإن حالة تقديم الشركة للجزء السلبي من ذمتها المالية أي تقديم الديون دون الحقوق هي مسألة أصعب بكثير، لأن الحالة السابقة تفترض امتلاك الشركة المنفصلة للديون فقط، لكن يوجد حالة أخرى و التي لم يفترض المشرع حدوثها، وهي أن يكون للشركة حقوق وديون لكنها لا تقوم بتقديم إلا ديونها، لكن و بالرغم من أن المشرع لم يفترض هذه الحالة فأنه في كل الأحوال التي يحدث فيها الانفصال يطبق التضامن لمصلحة الدائنين المتعاملين مع الشركة، فيسأل كلا الشركتين المقدمة للجزء السلبي من رأسمالها و الشركة التي تلقت هذا الجزء بالتضامن عن ديون الشركة المنفصلة نظرا لأن النص جاء عاما[1].

هذا بالنسبة للدائنين العاديين الذين استفادوا من قاعدة التضامن في حالة الانفصال الذي تقوم به شركة المساهمة، لكن هناك دائنون آخرون غير الدائنين العاديين للشركة لهم حقوق في ذمتها لم يتفطن لهم المشرع و تجاهل وجودهم و هم حملة السندات، و هؤلاء الأشخاص هم كذلك دائنون للشركة لأنهم يحملون صكوك تمثل دين على الشركة، و حاجة الشركة للمال هي التي دفعتها لإصدار هذه السندات و الاقتراض من الجمهور الذي يقبل الاكتتاب بهذه السندات نظرا لما تخوله لهم من فائدة ثابتة، بغض النظر عما تحققه الشركة من أرباح أو ما يلحق بها من خسائر[2].

فعندما وضع المشرع قاعدة التضامن ضمانا لحقوق الدائنين العاديين في حالة انفصال شركة المساهمة لم يتفطن لحملة السندات، و على العكس من ذلك فإن المشرع التجاري الفرنسي تفطن لهذا الموضوع و منحهم حق الموافقة أو الرفض لمشروع الانفصال بعد عرضه عليهم على غرار الجمعية العامة غير العادية لحملة الأسهم، و تجري المعارضة لعملية الانفصال ضمن نفس المواعيد و الشروط، و ذلك ما قضت به المادة 236- 13 من القانون التجاري الفرنسي.

حيث يكون أيضا للشركة المنفصلة أن تختار بين عرض المشروع على الجمعية العامة لحملة السندات أو عدم عرضه عليهم مع تسديد الديون الخاصة بهم بمجرد طلبهم التسديد، و في حالة عدم عرض التسديد لهم حق المعارضة للعملية و إذا عرض المشروع عليهم وتم رفضه يمكن للشركة القيام بالانفصال، و في كل الأحوال تكون الشركات المستفيدة من الانفصال مدينة بالتضامن في مواجهة حملة السندات[3].

المطلب الثاني: الالتزام التضامني في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

---

[1] - G. Ripert – R. Roblot, op, cit

[2] - جلال وفا ألبدري محمدين، المرجع السابق،ص 233.

[3] - PH. Merles, op, cit, p 887.

إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تندرج ضمن طائفة معروفة من الشركات بل هي مزيج من شركات الأشخاص و شركات الأموال معا، فهي تشبه شركات الأشخاص من ناحية قيامها إلى حد واسع على الاعتبار الشخصي نظرا لأنها تضم عددا محدودا من الشركاء تربطهم في العادة رابطة الأسرة أو الصداقة، و لأنه يحظر فيها الاكتتاب العام و لان حصص الشركاء فيها غير قابلة للتداول بل و يخضع انتقالها لموافقة نسبة معينة من الشركاء كما لا يجوز لها أن تتخذ عنوان يتضمن اسم شريك أو أكثر.

و هي تشبه شركات الأموال من ناحية أن كل شريك فيها لا يكون مسئولا إلا بقدر حصته، و أن حصص الشركاء فيها تنتقل بالوفاة إلى الورثة ، و يجوز التنازل عنها بشروط معينة و انه يجوز للشركة أن تتخذ اسما خاصا لها مستمدا من غرضها، كما أن قرارات الشركاء تصدر في الجمعية العامة بأغلبية الأصوات.

و هذا ما أدى إلى الاختلاف حول الطبيعة القانونية للشركة ذات المسؤولية المحدودة فالبعض اعتبرها شركة أشخاص و البعض الأخر اعتبرها شركة أموال ، لكن الرأي الراجح هو اعتبرها شركة مختلطة في مركز وسط بين شركات الأشخاص و شركات الأموال، مع استبعاد المسؤولية التضامنية المطلقة التي تقع على الشركاء في شركات الأشخاص[1].

إلا أنه رغم هذا الاستبعاد للمسؤولية التضامنية فان تأرجح مركز هذه الشركة بين شركات الأشخاص و شركات الأموال جعل مركز الشريك فيها متأرجحا بالضرورة، لأننا نجد تغلب العنصر الشخصي في بعض الأحيان على مركز الشريك، و أحيانا أخرى نجد العنصر العيني هو الغالب بالنظر للمسؤولية المحدودة للشريك في هذه الشركة، أي أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة في حدود حصته تعرف عدة استثناءات[2]، وذلك لأن المشرع قد شدد مسؤولية الشريك حماية للغير، و خاصة مسؤولية المسيرين حيث جعلهم مسئولون عن خسائر الشركة نظرا لما لهم من سلطات واسعة، فيمكنهم التصرف باسم الشركة و لحسابها لكن دون الإخلال بالسلطات التي منحها القانون لهذه الشركة، فنجاح الشركة يتوقف على اليقظة و الحيطة التي يتخذها المسير في مباشرة و تسيير أعمال الشركة، لذلك فهو ملزم بواجبات التسيير و في حالة عدم احترامها يتحمل المسؤولية تجاه الشركة أو الغير[3].

لذلك سنتعرض للمسئولية التضامنية للشركاء في الفرع الأول، ثم لتضامن المسيرين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تضامن الشركاء.

[1] - مصطفى كمال طه – المرجع السابق – ص 360-361.

[2] - EVA Mouial Bassilana: "Droit des affaires et Droit commercial"- Irina Parochkeva, annales corrigés épreuve de Deug, l'année et licence gualino, 2003 page 161.

[3] - نادية فضيل – المرجع السابق –ص 55.

إن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة محدودة، فهو لا يسأل في كل أمواله الخاصة عن هذه الديون و إنما يسأل فقط بمقدار ما يمتلكه من حصة في الشركة و في هذا يختلف مركز الشريك في هذه الشركة عن مركز الشريك في شركة التضامن، و الذي تكون فيه مسؤولية هذا الأخير تضامنية و مطلقة عن ديون الشركة، و في نفس الوقت يتقارب مركز الشريك في هذه الشركة مع مركزه في شركة المساهمة الذي لا يكون مسئولا إلا بقدر ما له من أسهم ، حيث تنص المادة 564 من القانون التجاري في فقرتها الأولى: " تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص".

إلا أن هذه المسؤولية المحدودة لها عدة استثناءات يكون بمقتضاها الشريك مسئول بالتضامن عن ديون الشركة و من غير تحديد.

حيث قد ألزم المشرع على المؤسسين إتباع بعض الإجراءات القانونية و احترام بعض البيانات في عقد التأسيس، من بينها اسم الشركة و عنوانها حيث أجاز المشرع أن تتخذ الشركة اسم يدخل في تكوينه اسم أحد الشركاء أو أكثر، و مع أن ذكر اسم احد الشركاء أو بعضهم في عنوان الشركة قد يحدث لبس لدى الغير حول طبيعة الشركة، إذ قد يعتقد البعض انه يتعامل مع شركة أشخاص بها شركاء متضامنين، و منعا لأي لبس أو خلط من هذا النوع اوجب المشرع ذكر عبارة "الشركة ذات المسؤولية المحدودة" في عنوان الشركة، حتى يكون الغير على يقين بطبيعة الشركة و كيانها[1].

و في حالة عدم ورود تلك العبارة و وجود اسم الشريك فقط دون أن يكون متبوعا أو مسبوقا بتلك العبارة، فإن بعض التشريعات قد رتبت المسؤولية التضامنية عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير إذا ما أهملت عبارة "شركة ذات مسؤولية محدودة"، لأن هذا التصرف يجعل الشريك المسئول الوحيد أمام الغير، كما لا تقوم مسؤولية أي من الشريك أو المؤسسين إذا ثبتت سوء نية الغير و علمه بأن الشركة التي يتعامل معها هي شركة ذات مسؤولية محدودة، أو انه بالرغم من حسن نيته فان ضررا ما لم يصبه[2].

أما المشرع الجزائري فقد رتب المسؤولية التضامنية للمؤسسين في حالة إبرامهم لتصرفات باسم الشركة تحت التأسيس، أي قبل اكتسابها الشخصية المعنوية تطبيقا لنص المادة 549 من القانون التجاري و بربط هذه المادة مع المادة 565 من القانون التجاري[3]، فإن كل من الشركاء أو وكلاهم مسئول بالتضامن في حالة وجود أخطاء في التأسيس أو مخالفات في قواعد التأسيس بصفة عامة، و أهمها عبارة "ش.ذ.م.م" إلى جانب قواعد شهر الشركة لإعلام الغير بها لكي لا يقع هذا الأخير في لبس للغير و

---

[1] - علي البارودي – محمد السيد ألفقي، " القانون التجاري- الأعمال التجارية- التجار- الأموال التجارية – الشركات التجارية- عمليات البنوك و الأوراق التجارية "- دار المطبوعات الجامعية- طبعة سنة 1999 ص 463.

[2] - عباس مصطفى المصري – المرجع السابق – ص177.

[3] - تنص المادة 565 من القانون التجاري على أنه : " يجب أن يتولى إبرام عقد تأسيس الشركة جميع الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلاء يثبتون تفويضهم الخاص لذلك ".

يتوهم أمور على غير حقيقتها، فالمشرع لم يكتف بتقرير جزاء البطلان عند مخالفة أحكام التأسيس، بل قرر جزاء المسؤولية المدنية التضامنية و هذه المسؤولية تقع بقوة القانون ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تعد من النظام العام للشركات[1].

فقد حدد المشرع كل الإجراءات و ألزم المؤسسين بها لمنع وقوع الغير في أي لبس أو غلط بشان طبيعة هذه الشركة و مدى مسؤولية الشركاء فيها، و إذا حدث ذلك اللبس نتيجة لإهمال الشركة إجراءات الشهر فان جزاء ذلك هو قيام مسؤوليتهم الشخصية و التضامنية، فمصلحة الغير موضوعة في الاعتبار و مصانة في جميع الأحوال.

و سبب افتراض وجود هذا اللبس هو في الحقيقة أن المشرع قد أجاز إدخال اسم الشريك في عنوان الشركة مثل الشركات التي تتكون من شركاء متضامنين كشركة التضامن أو التوصية البسيطة، و ذلك لأن الحكمة من إدراج أسماء الشركاء في عنوان الشركة إنما هو إعلام الغير بالشركاء المتضامنين فيها، و قد ترك المشرع الخيار للمؤسسين إما بإدراج اسم مستمد من غرض الشركة أو عنوان يدخل في تكوينه اسم الشركاء أو بعضهم، و هذا من شانه إيقاع الغير في غلط و اعتقاده أن الشريك المذكور اسمه في عنوان الشركة إنما يسال عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية، لذلك فان عبارة "شركة محدودة المسؤولية" مهمة جدا وضرورية خاصة بالنسبة للأوراق التي تصدر عن الشركة لمنع حدوث هذا اللبس[2]، لذلك قرر المشرع المسؤولية التضامنية في حالة الإخلال بهذه الإجراءات على أن لا تقوم هذه المسؤولية إلا في الحالات التي ينص عليها المشرع و في الحدود المسموح بها ذلك لأن الأصل في مسؤولية الشريك أنها محدودة[3].

قد أجاز المشرع للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم حصة عينية، فلم يفرض على الشركاء تقديم الحصة نقدا و هذه الحصة العينية قد تتمثل في عقار أو محل تجاري، أو وسيلة نقل أو آلة أو بضاعة أو حتى حق انتفاع، و على الشريك أن يقدمها للشركة كاملة غير مثقلة بأعباء كأن تكون مرهونة، أو محل تجاري خصومه أكثر من أصوله[4].

و قد فرض المشرع إجراءات معقدة بخصوص تقييم هذه الحصص لإدخالها في رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عكس ما فعل بالنسبة لشركة المساهمة أين تكون إجراءات تقدير الحصص العينية أبسط بكثير.

حيث نص المشرع في المادة 601 من القانون التجاري على أنه : " يعين في حالة ما إذا كانت الحصص المقدمة عينية، ما عدا في حالة وجود أحكام تشريعية خاصة، مندوب واحد للحصص أو أكثر بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو

---

[1] - نادية فضيل – المرجع السابق –ص46-50.

[2] - محمد هاني دويدار- المرجع السابق –ص629.

[3] - مصطفى المصري – المرجع السابق –ص178.

[4] - نادية فضيل – المرجع السابق –ص41.

أحدهم، ويخضع هؤلاء لأحكام التنافي المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 6".
فعلى الشركاء وضع القيمة الحقيقية لحصصهم العينية[1]، ونلاحظ في هذا الصدد بأن المشرع قد شدد مسألة تقدير الحصص العينية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث يتم ذلك عن طريق خبير و تحت مسؤوليته[2]، فلم يكتف المشرع بتقدير الشركاء للحصص العينية خشية المبالغة في تقدير قيمتها مما يضر بأصحاب الحصص النقدية و بدائني الشركة، بل أوجب الاستعانة بخبير و يتم وضع تقرير الخبراء تحت تصرف الشركاء[3].

و إذا اتضح أن الحصص العينية المقدرة أثناء تأسيس الشركة كانت مخالفة لحقيقتها أي وجدت مبالغة في تقديرها، فالمشرع و حماية للغير قد قرر المسؤولية التضامنية لكل الشركاء الذين قاموا بالاشتراك في تقدير هذه الحصص و تقوم مسؤوليتهم الوجوبية، عكس المسؤولية عن القيمة المصرح بها أثناء تأسيس شركة المساهمة فهي جوازية[4]، و تكون مدة هذه المسؤولية التضامنية 5 سنوات من تاريخ تأسيس الشركة و هذا حسب نص المادة 568 من القانون التجاري التي تنص على أنه: " يجب أن يتضمن القانون الأساسي ذكر قيمة الحصص العينية المقدمة من الشركاء و يتم بعد الاطلاع على تقرير ملحق بالقانون الأساسي يحرر تحت مسؤولية المندوب المختص بالحصص و المعين بأمر من المحكمة من بين الخبراء المعتمدين و يكون الشركاء مسئولين بالتضامن مدة 5 سنوات تجاه الغير عن القيمة المقررة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

لكن هذا الإلزام أو الضمان الذي جاء به المشرع حماية للغير عارضه الفقه المتخصص، فحسب رأيهم قد يفقد هذا الضمان مبرره في حالة تدخل مندوب الحصص العينية، فمن المفروض أن لا يسأل الشركاء إذا تدخل المندوب و قام بالتقدير الصحيح للحصة إلا في حالة قيام الشركاء بمخالفة ما قرره المندوب والتصريح بقيمة مبالغ فيها في العقد الأساسي للشركة فهنا لا مفر من تطبيق المسؤولية التضامنية عليهم[5].

و هذا ما أكده المشرع الفرنسي في المادة 223-9 فقرة رابعة من القانون التجاري الفرنسي بنصها على أنه :"عند غياب خبير الحصص العينية أو في حالة مخالفة الشركاء للقيمة المصرح بها من طرف الخبير يكون الشركاء مسئولون بالتضامن تجاه الغير عن القيمة المصرح بها أثناء تأسيس الشركة".

أما المشرع الجزائري فلم يحدد حالات قيام المسؤولية التضامنية و جعلها قائمة في حالة المبالغة في التقدير بصفة عامة، و لم يقررها كجزاء مترتب عن عدم الاستعانة

---

[1] - Jaque Mestre – Marie EVE Pancrazi "Droit commercial" Droit interne et aspects de Droit international, lgdj-26eme edition année 2003 page 318.

[2] - عمورة عمار – المرجع السابق –ص330.

[3] - هاني محمد دويدار – المرجع السابق –ص637.

[4] - Francis- Lemenier "Société a responsabilité limitée", creation, gestion, evolution, Delmas 22eme edition année 2001, page 93.

[5] - G. Ripert – R. Roblot, op, cit – page 186.

بالخبير المختص، وقصد المشرع من خلال المادة568 منع الشركاء من القيام بالمبالغة في التقدير، وبمفهوم المخالفة إذا كان التقدير صحيحا دون الاستعانة بخبير فلا مسؤولية تضامنية للشركاء.

عكس المشرع التجاري الفرنسي الذي جعل المسؤولية التضامنية الجزاء الوحيد المترتب عن مخالفة النص القانوني، أي في حالة إهمال الاستعانة بالخبير و قيام الشركات بالمبالغة في تقدير الحصص و الإضرار بالغير[1]، طبقا للمادة 223-9 من القانون التجاري في فقرتها الرابعة السابقة الذكر.

أما بالنسبة لأساس هذه المسؤولية فقد تعرض لها الفقهاء و كيفها البعض على أنها مسؤولية تقصيرية نتيجة للخطأ المرتكب من قبل الشركاء و المتمثل في موافقتهم على هذه المبالغة في التقدير، أو نتيجة خطئهم الناتج عن إهمالهم في تقدير الحصة العينية، و وجدوا أن هذا الالتزام هو قرينة قاطعة على ارتكاب الشركاء لخطئ في تطبيق القانون.

أما البعض الآخر فقد رأى أن أساس هذه المسؤولية هو العقد أي عقد الشركة الذي رتب هذا الالتزام التضامني ،بمعنى أنه حتى و لو ثبت عدم وجود أي خطئ فمصدر هذه المسؤولية هو العقد.

لكن الرأي الراجح هو أن هذه المسؤولية أساسها القانون أي أنها التزام قانوني[2]. فالأمر لا يتعلق بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية كما يفهم من عبارة "المسؤولية"، بل إن الأمر يتعلق في الواقع بالتزام قانوني بالضمان يفرضه القانون على الشركاء، ليضمن لدائني الشركة سلامة رأس المال فلا تبرأ ذمتهم من هذا الضمان إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بمبالغة مقدم الحصة العينية في تقدير قيمتها.

و يظل هذا الالتزام قائما رغم التنازل عن الحصة، و إذا ألزم أحد الشركاء بأداء الفرق جاز له الرجوع بما دفعه على مقدم الحصة، و إذا كان هذا الأخير معسرا جاز لمن وفى الرجوع على باقي الشركاء كل بقدر حصته في رأس مال الشركة ، طبقا للقواعد العامة في التضامن و يلتزم الشركاء بضمان الزيادة على سبيل التضامن[3]، و يكون مركزهم في هذا الصدد هو مركز الكفيل المتضامن[4].

لكن من هم الأشخاص المسئولون تضامنيا ، فهل تقتصر هذه المسؤولية على الشركاء فقط أم يمكن تمديدها للخبراء في تقدير الحصة أو، للمسيرين نظرا لمشاركتهم في تأسيس الشركة و إلى وكلاء الشركاء في عملية التأسيس ؟

حسب المادة 565 من القانون التجاري[5] هناك عدة أشخاص تشارك في التأسيس، ولم ولم يقرر المشرع المسؤولية التضامنية إلا بالنسبة للشركاء أصحاب الحصص العينية،

---

[1] - F. Lemeunier, op, cit page 104.

[2] - G.Ripert – R.Roblot op, cit page 186.

[3] - مصطفى كمال طه – المرجع السابق –ص366.

[4] - محمد فريد ألعريني – المرجع السابق –ص432.

[5] - نصت المادة 565 من القانون التجاري على انه: «يجب أن يتولى ابرما عقد تأسيس الشركة جميع الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلاء يثبتون تفويضهم الخاص لذلك".

فلم يحذ حذو بعض التشريعات مثل المشرع اللبناني الذي قرر مسؤولية مقدمي الحصص، و المسيرين و الخبراء اتجاه الغير على وجه التضامن عند المبالغة في تقدير قيمة الحصص العينية[1].

ويمكن للقاضي رغم ذلك تقرير المسؤولية التضامنية لهؤلاء الأشخاص رغم عدم تفطن المشرع لهم لأنهم قاموا بتأسيس الشركة بمساعدة المسرين و مندوبي الحصص العينية، و يكون أساس هذه المسؤولية الخطأ المشترك بينهم جميعا و المتمثل في المبالغة في تقدير الحصة العينية، و تطبيقا للتضامن المفترض في الأعمال التجارية و حماية للغير الذي ليس له سوى رأس مال هذه الشركة كضمان يستند عليه، و حتى لا يفاجئوا عند التنفيذ على أموال الشركة بالقيمة الحقيقية المنخفضة للحصص العينية.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع قرر هذه المسؤولية التضامنية و جعل مقدم الحصة العينية بمثابة ضامن لهذه الحصة في مواجهة الشركة، على غرار الضمان الذي يقدمه البائع للمشتري و هذا الضمان أي التضامن يقوم في حالة وجود مبالغة في التقدير من طرف الخبير بموافقة الشركاء[2].

فلم يقم المشرع إلا بتحديد الشركاء المعنيين بقاعدة التضامن، وهم الشركاء الأوائل المشاركين في هذه العملية أي الشركاء المقدمين للحصص العينية أثناء التأسيس، ولم يذكر خبراء تقدير الحصص أو المسيرين، فقاعدة التضامن لا تشمل بمفهوم المخالفة باقي الشركاء الذين لا علاقة لهم بهذه العملية أي الشركاء الذين انضموا لاحقا بعد تأسيس الشركة ولا الخبراء ولا حتى المسيرين، على عكس حالة زيادة رأس مال الشركة فان المشرع قد مدد مجال التضامن لكل للمدراء إلى جانب مقدمي الحصص العينية المقدرة تقديرا مبالغ فيه.

فقد قرر المشرع مسؤوليتهم التضامنية في حالة المبالغة في تقدير الحصص العينية المقدمة من قبلهم وذلك في المادة 574 من القانون التجاري التي تنص على أنه: " يكون مديرو الشركة و الأشخاص الذين اكتتبوا بزيادة رأس المال مسئولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير بقيمة التقدمات العينية..".

فيتضح لنا من خلا ل المادة 574 من القانون التجاري أن المسؤولية التضامنية في حالة زيادة رأسمال الشركة أي بعد تأسيس الشركة ومزاولتها لنشاطها تشمل المكتتبين بالزيادة إضافة للمسيرين.

وبالرجوع لنص المادة 568 من القانون التجاري الخاصة بتقدير الحصص العينية نلاحظ أن المشرع قد استثنى الشركاء الجدد المنضمين للشركة بعد تأسيسها في حالة تقديمهم لحصص عينية، فبمفهوم المخالفة لا يسأل مسؤولية تضامنية إلا الشركاء المؤسسون في حالة تقديم حصص عينية أثناء التأسيس، و يسأل كل من الشركاء والمسيرين في حالة زيادة رأس مال الشركة عن طريق حصص عينية طبقا للمادة 574 من القانون التجاري.

---

[1] - هاني محمد دويدار – المرجع السابق –ص638.

[2] - F Lemeunier, op, cit, page 104

أما المشرع الفرنسي فانه كذلك لم يمد مجال المسؤولية التضامنية للشركاء الجدد المقدمين لحصص عينية، فقررها على مؤسسي الشركة دون سواهم في المادة 223 - 9 من القانون التجاري الفرنسي.

مع الإشارة إلى أن المشرع التجاري اللبناني كذلك لم يمد هذه المسؤولية التضامنية إلى سائر الشركاء أي الشركاء الجدد، مع إمكان إثارة مسؤوليتهم من قبل الغير إذا ثبت علمهم بالمبالغة في التقدير، و ذلك تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية، و هو رأي سديد على اعتبار أن السلوك المعتاد الذي يمكن توقعه من سائر الشركاء، هو الاعتراض على المبالغة في تقدير الحصص العينية، لما في ذلك من إضرار بهم لتقلص نصيبهم في أرباح الشركة.

فإن علم الشركاء بالتقدير غير الصحيح للحصص العينية، لا شك في اعتباره خطأ يستوجب مسؤوليتهم تجاه الغير، و في نفس الوقت يجب أن يتحمل المسؤولية ذاتها كل شريك جديد صادق على ميزانية أو جرد سنوي يحدد قيمة الحصص العينية، أو حصص عينية جديدة بأكثر مما هي بالواقع و ذلك طوال 5 سنوات من تاريخ توقيع الميزانية أو الجرد[1].

و بالنسبة للشركاء الذين شاركوا في هذه العملية ثم تنازلوا عن حصصهم فيمكن ملاحقتهم بهذه المسؤولية، ولا يمكنهم التهرب منها بحجة التنازل لكن يجب إثبات الخطأ في جانبهم. كما لا أثر لانخفاض أو زيادة قيمة الحصة العينية مما يعفي الشركاء من مصاريف حفظ الحصة العينية و صيانتها، و لا يسالون إلا عن قيمة الحصة العينية يوم تأسيس الشركة.

و تجدر الإشارة إلى أن الشركاء يعتبرون بمثابة ضامنين لقيمة الحصة العينية بل يضمنون حتى نتائج المبالغة في التقدير، فمثلا: إذا سببت هذه المبالغة عجز مالي للشركة و توقفت عن الدفع يكون الشركاء مسئولون عن كل ديون و خسائر الشركة بالتضامن، بالرغم من أن المشرع لم يشر لهذه النقطة، و يعود أساس هذا الضمان إلى الخطأ المتمثل في مخالفة نص تشريعي، و الذي يفرض على الشركاء الالتزام بالتعويض عن كل الأضرار الناجمة عن الخطأ المرتكب وللمتمثل في المبالغة في تقدير الحصة العينية، لكن هذا الحل يجعل الدائنين أمام صعوبة كبيرة عند إثبات العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر أي إثبات التصرفات الخاطئة للشركاء و المؤدية لوقوع الشركة في العجز المالي و توقفها عن الدفع، لأن الخطأ في هذه الحالة غالبا ما يكون خطأ غير مباشر، لذلك فان الالتزام القانوني الواقع على الشركاء هو ضمان قيمة الحصة العينية فقط لا غير حسب نص المادة 568 من القانون التجاري.

إن مسئولية الشركاء تتمثل في الالتزام بالضمان لكن في حالة قيامهم بتسديد قيمة الحصة العينية يمكنهم متابعة مقدم الحصة، لأن مركزهم يطابق مركز الكفيل المتضامن، و بالتالي فإذا عجز مقدم الحصة عن الوفاء فالالتزام بالضمان يقسم على كل الشركاء.

---

[1] - هاني محمد دويدار – المرجع السابق –ص 638-639.

ففي هذه الحالة هناك من الفقه من اقترح أن يتم هذا التقسيم نسبيا على الشركاء كل بحسب درجة خطأه الذي اقترفه بالاستناد إلى المسؤولية التقصيرية، لكن هذا الحل صعب التطبيق لأنه من الصعب تقسيم العبء على الشركاء و معرفة درجة الخطأ لكل منهم، لأن المسؤولية ليست جزائية بل هي التزام قانوني، فالتقسيم إذن يجب أن يكون بالاستناد لحصة كل شريك في الشركة، و إلزامه بتعويض الضرر بحسب حصته التي قدمها للشركة[1].

و الجدير بالذكر أن دعوى المسؤولية لا تهدف إلى تعويض كل الضرر الذي لحق الغير، بل تهدف فقط إلى إعادة الفرق بين القيمة الحقيقية للحصة و القيمة المقدرة لها في عقد الشركة إلى ضمان الدائنين[2]، حيث يلتزم الشركاء بضمان الزيادة على سبيل التضامن[3]. كما تكون العبرة فيما يتعلق بدعوى المسؤولية بقيمة الحصة العينية عند تأسيس الشركة أو عند تقديم هذه الحصة بمناسبة زيادة رأس المال، و لا يعتد بأي هبوط يطرأ على قيمة الحصة بعد ذلك. و لا تثور في هذه الحالة مسؤولية مقدم الحصة و من قام بتقدير قيمتها[4]، و هذا ما ذكره المشرع في المادة 568 من القانون التجاري، و بذلك يقع عبئ إثبات ذلك على الدائن حيث يثبت أن المبالغة في تقدير الحصة قد وقعت أثناء تأسيس الشركة ، طالما أن الضمان أو المسؤولية التضامنية لا تشمل و لا تغطي خطر انخفاض قيمة الحصة العينية[5].

و إلى جانب ذل قد حدد المشرع مدة هذه المسؤولية التضامنية، حيث أنه لا يمكن امتداد الضمان إلى بقاء هذه القيمة طيلة حياة الشركة، لان انخفاض قيمة الحصة يعتبر من

المخاطر التي يتعرض لها الدائنون[6].

و قد رتب الفقه على المسؤولية التضامنية للشركاء في حالة المبالغة في قيمة الحصة العينية نتيجتين هامتين هما:

- أنه لا يجوز الإذن لناقص الأهلية أن يشترك في تكوين شركة ذات مسؤولية محدودة يدخل في رأس مالها حصص عينية حفاظا على أمواله الخاصة.

- كما لا يجوز تحويل شركة المساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة إلا بإجماع المساهمين في شركة المساهمة، نظرا لأن الضمان المفروض على الشركاء في حالة المبالغة في تقدير الحصة العينية فيه زيادة لالتزامات المساهمين لا تجوز إلا بموافقتهم[7].

---

[1] R.Ripert – R. Roblot, op, cit page 187.

[2] - مصطفى كمال طه – المرجع السابق –ص366.

[3] - محمد فريد العريني – المرجع السابق - ص335.

[4] - هاني محمد دويدار – المرجع السابق –ص639.

[5] Ph. Merles, op, cit page 208.

[6] - نادية فضيل – المرجع السابق-ص 43.

[7] - محمد فريد العريني – المرجع السابق- ص435.

الفرع الثاني: المسؤولية التضامنية للمسيرين تجاه الشركة و تجاه الغير.

يعد المسيرون مسئولين بصفة منفردة أو تضامنية ويقدر القاضي تضامن المسيرين منعدمة حسب كل حالة، وتقوم المسئولية تجاه الشركة أو الغير في حالة مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تحكم الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو في حالة مخالفة النظام الأساسي للشركة، أو في حالة ارتكاب أخطاء في التسيير كالإهمال أو عدم اتخاذ الحيطة و الحذر و العناية، فإذا نتج عن هذه الأخطاء ضرر للغير أو للشركة، فلا بد من رفع الدعوى على المتسبب في الأضرار أو المتسببين فيها فيسألون مسؤولية تضامنية[1].

وقد نصت المادة 223-22 من القانون التجاري الفرنسي في الفقرة الرابعة على انه: "يعد الشرط الذي يقضي بضرورة موافقة الجمعية من أجل رفع دعوى المسؤولية كان لم يكن"، أي أنه لا أثر لموافقة أو رفض الجمعية العامة على ممارسة حق رفع دعوى على المسيرين.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الحالة على عكس شركة المساهمة التي منع فيها المشرع أخذ الرأي المسبق للجمعية العامة من أجل ممارسة الدعوى طبقا للمادة 715 مكرر 23.

ففي حالة تعدد المسيرين و ثبوت الخطأ المرتكب من طرف أحدهم يعد هذا الأخير مسئولا عن تعويض الضرر، لكن إذا شارك عدة مسيرين في نفس الخطأ فان القاضي يقوم بتقسيم الأضرار على كل المسيرين نظرا لمسئوليتهم التضامنية، فإذا تحمل أحدهم دفع التعويض كان له حق الرجوع على باقي المسيرين نظرا لأنهم مسئولون عن المشاركة في تعويض الضرر[2].

إذ تنص المادة 578 فقرة أولى من القانون التجاري "يكون المديرون مسئولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن عن مخالفات أحكام هذا القانون أو عند مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم".

فيجب وجود خطأ مشترك من قبل المديرين يتسبب في وقوع ضرر ووجود علاقة سببية بينهما، إلا أن الأخطاء كثيرة فيمكن أن تتمثل في عدم دعوة الجمعية للانعقاد، أو قيام المسير باتخاذ قرار بمفرده في حين أن النظام الأساسي للشركة يلزمه بأخذ الرأي المسبق للشركاء، كما يمكن أن يكون الخطأ إداريا كعدم الحيطة أو الإهمال[3].

و من أمثلة الأخطاء أيضا إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول لأن الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة غير قابلة للتداول، و ذلك بسبب الاعتبار الشخصي

---

[1] J. Mestre- M.E. Pancrazi, op, cit page 327.

[2] F.Lemeunier op, cit page 159.

[3] Ph.Merles m opm cit page 224-

الذي يسود هذه الشركة، أو قيام المدراء بإبرام أي تصرف باسم الشركة دون أن حمل السند المثبت له عبارة "شركة ذات مسؤولية محدودة"، أو الخروج عن غرض الشركة أو اختلاس أموالها أو توزيع أرباح صورية على الشركاء، كما يسألون شخصيا أو بالتضامن في حالة إعداد قوائم للشركاء تشتمل على بيانات خاطئة[1].

و يعد المسيرون وكلاء عن الشركة، فمسؤوليتهم عن أعمال الإدارة تخضع لأحكام القواعد العامة في الوكالة ، فضلا عن النصوص القانونية التي وردت بشأن الشركات لا سيما مسؤوليتهم في حالة مخالفة القوانين المتعلقة بتسيير الشركة، كمخالفة قانون الضمان الاجتماعي الذي يقضي بضرورة تأمين العاملين في الشركة أو مخالفة قانون الضرائب[2]. حيث أن المادة 267 من القانون العام للضرائب الفرنسي اعتبرت المسيرين المتسببين في عدم تسديد الديون الضريبية مسئولين عنها بسبب إهمالهم المتكرر مما قد يؤدي بالشركة إلى التهرب الضريبي، إضافة لمسؤوليتهم عن تأخير دفع المبلغ[3].

كما يسأل المسيرون: مسؤولية تضامنية عقدية في مواجهة الشركة، و تقصيرية في مواجهة الغير الذي أصيب بالضرر من جراء تصرفاتهم و لا محل للتضامن بينهم إلا إذ كان الخطأ مشترك.

و لا يمكن أن تقوم مسؤولية المسيرين تجاه الغير إلا إذا كانت أخطاؤهم منفصلة عن أعمال التسيير و الإدارة، هذا حسب رأي بعض الفقه الذي استند على انفصال الشخصية المعنوية عن شخصية المسيرين، في هذه الحالة لا يمكن مسائلة المسيرين، لكن يمكن للغير أن يثبت وجود علاقة بين تصرف المسير لحساب الشركة و باسمها و خطئه الشخصي، و تتحمل الشركة المسؤولية و يمكنها متابعة مسيريها بعد قيامها بتعويض الضرر.

ذلك أن الفقه فرق بين خطأ المدير في الإدارة (La faute de gestion) و أخطائه المبنية على سوء التسيير، و الأخطاء المبنية على مخالفة القانون أو الغش أو مخالفة النظام الأساسي للشركة، فيكون المسيرون مسئولين عن هذا الخطأ عكس الخطأ في التسيير لصالح الشركة و الذي تسأل عنه هذه الأخيرة لا غير لأن خطأ المسير في هذه الحالة مجرد إهمال لا ينطوي على غش أو مخالفة للقانون، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية الإدارة العامة عند ارتكاب الخطأ المرفقي، فهي تفرقة يعتمدها القانون الإداري بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي.

كما تسأل الشركة أيضا عن الخطأ الشخصي للمسير على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع و مثاله: أن تستغرق الخسائر رأسمال الشركة و مع ذلك يقوم المدير

---

[1] - مصطفى كمال طه – المرجع السابق-ص 374 و 383.

[2] - د. نادية فضيل – المرجع السابق- ص 59.

[3] - Ph. Merles op cit page 229.

بتمديد حياة الشركة عن طريق اقتراض مبالغ لا تتناسب مع مواردها ، أو أن يصطنع ميزانية ملائمة غير حقيقية حتى يتمكن من إبرام صفقة باسم الشركة[1].

كما يسأل المسيرون مسؤولية تضامنية في حالة ارتكابهم أخطاء في مرحلة التأسيس حيث يسألون عن جزء رأس المال الذي تم الاكتتاب فيه على وجه غير صحيح، و عند كل زيادة في قيمة الحصة العينة قررت على خلاف الواقع في عقد تأسيس الشركة أو العقد الخاص بزيادة رأس المال، و يعتبرون مكتتبين بهذه الزيادة و يتعين أداؤها متى ثبت ذلك و ذلك حسب المواد 568 و 574 من القانون التجاري السالفة الذكر.

و ترفع دعوى المسؤولية من كل ذي شان أصابه ضرر من جراء مخالفة قواعد التأسيس، و يستوي في ذلك أن يكون شريكا أو من الغير أو أجنبيا عن الشركة شريطة أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للمخالفة[2].

كما أن التزام المسيرين قد يكون التزاما تضاميا و يحدث هذا في حالة استحالة تقسيم الضرر على المسيرين، إذ أن القاضي يلزم الشركاء بالتزام تضاممي إذا لم تكن هناك إمكانية لمعرفة نصيب كل مسير من المسؤولية[3]. و حماية للمسيرين من مسؤوليتهم يمكنهم عقد تأمين خاص عن طريق إجراء وثيقة التأمين ضد الأخطاء المهنية المتمثلة في عدم الالتزام القانوني، الذي ينشأ عن خرق الأنظمة والقوانين أو عدم اتخاذ تدابير الحيطة والحذر، خاصة وأن الشركاء في شركة المسؤولية المحدودة لا يمكنهم إمتلاك أسهم الضمان التي تضمن مسؤوليتهم في حالة ارتكابهم لأخطاء في التسيير على غرار المسيرين في شركة المساهمة.

و التأمين على المسؤولية يمكن إجراؤه من طرف المسيرين في كل أنواع الشركات التجارية، لكن يستثنى من ذلك التأمين على الأخطاء الناتجة عن سوء النية أو الأفعال المعاقب عليها جنائيا، حيث لا يمكن تغطيتها إلا بشروط خاصة، وعمليا يتم اكتتاب هذا التأمين عن طريق الشركة لفائدة مسيريها[4].

المطلب الثالث : المسؤولية التضامنية في حالة إفلاس شركات الأموال والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

إن إفلاس الشركة التجارية يؤثر حتما على الشركاء فيها، وهذا التأثير قد يجعل الشركاء مسئولون عن ديون الشركة المفلسة من غير تحديد وبالتضامن، لكن

---

[1] - نادية فضيل – المرجع السابق –ص60-61.

[2] - محمد فريد العريني – المرجع السابق –ص452.

[3] - Serge- Hadj Artinian "la faute de gestion en Droit des sociétés" affaires finances, Lite edition 2001 page 302.

[4] - Jaque. Delga , " le Droit des sociétés" , Dalloz , 1998, page 299.

إن صدق هذا القول بالنسبة لشركة التضامن والتوصية البسيطة فانه لا يصدق في شركات الأموال ولا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث لا وجود للمسؤولية التضامنية للشركاء عن ديون الشركة المفلسة لأن مسؤوليتهم محدودة بحسب حصصهم منذ البداية، لكن ذلك لا يمنع تطبيق هذه المسؤولية على مسيري هذه الشركة وعلى أعضاء الهيئات الإدارية في شركة المساهمة، لأن المشرع قد حملهم مسؤولية إفلاس الشركة إذا ثبت أن لهم دخل في خسارتها وتوقفها عن الدفع حماية للغير، ولنفس السبب شدد المشرع مسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وجعلها تضامنية في حالة اشتراكهم في الأضرار بالشركة ودفعها للإفلاس.

الفرع الأول : مسؤولية أعضاء الهيئات الإدارية عن إفلاس شركات الأموال.

الأصل أن إفلاس شركة المساهمة لا أثر له على أعضاء مجلس الإدارة لأن أعمالهم لا تلزمهم شخصيا إنما تلزم الشركة التي يمثلونها، كما أن المسؤولية المدنية للمسيرين تكون ناتجة في أغلب الأحيان عن سوء التسيير لكنها تكون أكثر صرامة في حالة إفلاس الشركة وتصفيتها، لا سيما إذا كانت موجودات الشركة غير كافية لتسديد الديون ففي هذه الحالة يتحمل المسير عبء تسديد ذلك النقص في الموجودات من أمواله الخاصة وبالتضامن إذا كان الخطأ أو الإهمال مشتركا .

غير أن المشرع قد أورد استثناءا على هذا الأصل نصت عليه المادة 224 من القانون التجاري[1] التي جعلت كل مدير قانوني أو واقعي أي فعلي أو باطني مأجور في حالة قيامه بتصرفات لمصلحته، أو تصرف في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة أو قام بأعمال أدت إلى توقف الشركة عن الدفع، يعد مسئولا عن إفلاس الشركة و يمكن إشهار إفلاسه و إخضاعه لأحكام الإفلاس و التسوية القضائية، و إن تقرير إفلاس المسيرين إلى جانب إفلاس الشركة ناتج عن سوء التسيير و أساسه اكتسابهم صفة التاجر بعنوان الشركة التي يمثلونها قانونيا و هذا ما قضت به المادة 03 من الأمر رقم 96- 07 المتعلق بالسجل التجاري التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: " تكون لكل أعضاء مجالس الإدارة والرقابة في الشركات التجارية ، صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها ". وهو نفس الحكم الذي يطبق على مسيري شركة التوصية بالأسهم.

إلا أن المشرع لم يتطرق للمسؤولية التضامنية عن الديون الناشئة عن إفلاس الشركة بصفة صريحة، بخلاف المشرع التجاري المصري الذي منح القاضي سلطة إعلان المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس الإدارة في حالة إفلاس الشركة، و في حالة ظهور عجز في الشركة كان سببه أعضاء مجلس الإدارة، و ذلك طبقا للمادة

[1] - نصت المادة 224 من القانون التجاري في الفقرة الأولى والثانية: "في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة."

167 من القانون التجاري المصري[1]. و هذا ما فعله المشرع التجاري الجزائري لكن بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فقط.

غير أنه يمكن مساءلة المسيرين بصفة تضامنية في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة أدت بالشركة للتوقف عن الدفع، نظرا لأن عملهم تجاري و لأن المشرع قد أضفى عليهم صفة التاجر، إضافة لقيامهم بتصرفات أدت إلى إضعاف المركز المالي للشركة و سبب لها عجز في الموجودات، لذلك فمن البديهي أن يقع على عاتق أعضاء مجلس الإدارة إفلاس الشركة فيتحملون الخسائر أو جزء منها، سواء بصفة تضامنية أو فردية، و هذا ما يقرره القاضي بسلطته التقديرية، خاصة في حالة اتخاذهم لقرارات تخدم مصالحهم الخاصة عوض مصلحة الشركة ، أو في حالة ارتكابهم لأخطاء في التسيير أدت بالشركة للتوقف عن الدفع، فتطال المسؤولية أموالهم الخاصة[2]. وتقوم مسؤولية المسيرين على قرينة الخطأ، أي يفترض أن عجز موجودات الشركة إنما يرجع إلى خطئ منهم، لذلك يمكنهم إقامة الدليل على عدم ارتكابهم للأخطاء دفعا للمسؤولية التضامنية عن ديون الشركة المفلسة، و للقاضي أن يقرر مسؤوليتهم وما إذا كانت تضامنية أو غير تضامنية [3].

كما يساهم المسير الفعلي بأمواله الخاصة في خسائر الشركة في حالة إعلان إفلاسها و تصفيتها و بالتضامن مع المسير القانوني في حالة ما إذا تدخل في تسيير الشركة و اتخذ قرارات مشتركة مع هذا الأخير و أدت تلك القرارات لتراجع المركز المالي للشركة و توقفت عن الدفع، حيث أن المادة 224 من القانون التجاري اعتبرت المسير الفعلي مسئولا في حالة توقف الشركة عن الدفع[4].

أما بالنسبة لمندوبي الحسابات و أعضاء مجلس المراقبة فلا يتحملون أية مسؤولية في حالة إفلاس الشركة إلا إذا قاموا بأعمال التسيير، و ذلك لأن المشرع قد حمل المسيرين مسؤولية إفلاس الشركة نظرا لقيامهم بإدارتها، و بما أنه قد منع مندوبي الحسابات و أعضاء مجلس المراقبة من التدخل في التسيير فإنه لا مسؤولية عليهم إلا في حالة اعتبارهم مسيرين فعليين ظاهريين للشركة، فتقع عليهم حينها المسؤولية الشخصية و كذا التضامنية إذا ارتكبوا أخطاء مشتركة نتج عنها سوء التسيير، و ألحقت أضرارا بالشركة أدت بها للتوقف عن الدفع[5].

لكن رغم عدم مشاركة المندوبين أو أعضاء مجلس المراقبة في أعمال التسيير إلا أنهم قد يقومون بخرق القوانين والأنظمة، أو الإخلال بواجباتهم في مراقبة حسابات الشركة، أو يقومون بإخفاء العجز في ومجوداتها أو بتصرفات أخرى تؤدي لإفلاس الشركة، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليتهم التضامنية تجاه الشركة والغير لأنهم تسببوا

---

[1] -. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص494.

[2] -G- Ripert- R. Roblot op, cit, p 497

[3] - هاني محمد دويدار المرجع السابق ص 571-572

[4] - G- Ripert- R. Roblot op, cit, p 497.

[5] -Yves. Guyon, op, cit, p 428- 429

في توقف الشركة عن الدفع[1]، خاصة وأن المشرع قد أضفى عليهم صفة التاجر في المادة 03 من الأمر96 -07 المتعلق بالسجل التجاري.
كما تقع على المسيرين مسؤولية تضامنية تجاه ديون الشركة الضريبية حسب ما تنص عليه المادة 155 من قانون الإجراءات الضريبية التي تنص على أنه " عندما يتعذر تحصيل الضرائب من أي نوع كانت والغرامات الجبائية التي يستند تحصيلها لمصلحة الضرائب والمترتبة على شركة، من جراء مناورات تدليسية أو عدم التقيد بصفة متكررة بمختلف الالتزامات الجبائية، يمكن أن تحمل المسئولية بالتضامن بين المدير أو المديرين والمسير أو المسيرين أصحاب الأغلبية أو الأقلية، بمفهوم المادة 14-2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، مع هذه الشركة عن دفع الضرائب والغرامات المذكورة.

ولهذا الغرض، يباشر العون المكلف بالتحصيل دعوى ضد المدير أو المديرين أو المسير او المسيرين أمام رئيس المحكمة الذي يتبعه مقر الشركة، الذي يبث على منوال ماهو معمول به في المواد الجزئية.

لا تمنح طرق الطعن التي يباشرها المدير أو المديرين أو المسير أو المسيرين في قرار رئيس المحكمة الذي يقر بمسؤوليتهم، أن يتخذ المحاسب في حقهم التدابير التحفظية ".

ويطبق نفس الحكم على أعضاء مجلس الإدارة في قانون الإجراءات الضريبية الفرنسي في حالة ارتكابهم لأعمال تعرقل تسديد الديون الضريبية أو تجعل التسديد مستحيلا و ذلك حسب المواد 266 و 267 ، فيمكن للقاضي أن يطالب المسير بتسديد الديون إضافة لمبلغ إضافي كعقوبة على التأخير في التسديد بالتضامن مع المدين الأصلي أي الشركة التي يمثلها و ذلك حسب المادة 1745 من قانون الضرائب الفرنسي، و لا يمكن للقاضي تعديل هذه المسؤولية التضامنية أو تحديدها بمبلغ معين، و بالمقابل يمكنه أن يمدد مجال التضامن للأشخاص المساهمين في هذا التأخير بينما يبقى للمسير في حالة تسديده للضرائب المستحقة الرجوع على الشركة بالمبلغ المدفوع.

كما أن المادة 1763 من القانون العام للضرائب الفرنسي قد جعلت المسيرين الفعليين مسئولين بالتضامن في
تسديد الضريبة، كما يمتد التضامن لرئيس مجلس إدارة شركة المساهمة و كل شخص قام بتسيير الشركة إلى جانبه[2].

الفرع الثاني: اشتراك كل من المسيرين و الشركاء في إفلاس الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

[1] - محمد دويدار المرجع السابق ص 571-572

[2] - Druon Delot « La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise ». Fiscalité système, L.G.D.J, année 2003, page 126- 127- 128.

قد شدد المشرع مسؤولية الشركاء في حالة إفلاس الشركة ذات المسؤولية المحدودة عند مشاركتهم في إفلاسها، و تكون مسؤوليتهم تضامنية في حالة مساهمتهم في أعمال الإدارة، خاصة إذا ثبت أن تلك الأعمال قد أدت بالشركة إلى التوقف عن الدفع و أفلست.

و للتخلص من هذه المسؤولية عليهم أن يثبتوا بأنهم قاموا ببذل العناية و الحرص و اليقظة التي تشبه عناية الوكيل المأجور[1].

أما إذا ثبتت مسؤوليتهم فيقومون بالاشتراك تضامنا في تحمل نتائج إفلاس الشركة، حيث يمكن للدائن مطالبة أي شريك بكل مبلغ الدين حتى و إن تجاوز الحصة التي شارك بها الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي تصبح مسؤوليته مطلقة و بالتضامن، و بالتالي لا يمكنه الادعاء بأن مسؤوليته محدودة في حالة ارتكابه لأفعال أدت بالشركة للإفلاس[2].

و بالنسبة للمسيرين فإن مسؤوليتهم المدنية تكون ناتجة في أغلب الأحيان عن سوء التسيير و تكون أكثر صرامة في حالة إفلاس الشركة وتصفيتها وخاصة إذا كانت موجودات الشركة غير كافية لتسديد الديون، ففي هذه الحالة يتحمل المسير عبء سد ذلك النقص في الموجودات من أمواله الخاصة وبالتضامن إذا كان الخطأ أو الإهمال مشتركا[3].

لذلك فقد شددت مسؤوليتهم حيث جعلهم المشرع مسئولون شخصيا و بالتضامن عن إفلاس الشركة في حالة قيامهم بتصرفات أدت بالشركة إلى ذلك، فيمكن أن تكون هذه الأفعال مثلا: التصرف في رأس مال الشركة كأنها أموالهم الخاصة، أو الاقتراض باسم الشركة من اجل مصالح شخصية غير مصالح الشركة و أدى هذا الاقتراض إلى توقف الشركة عن الدفع، كما يمكن أن يكون ذلك لمصلحة شركة أخرى منافسة، أو قيام المسيرين بإجراء صفقات تؤدي بالشركة إلى الخسارة بشرط أن يكون ذلك عمدا أو لمصلحة شخصية، أو إجراء حسابات وهمية للشركة، أو إخفاء بعض الوثائق الخاصة بحسابات الشركة. كل ذلك قد يؤدي بالمسيرين إذا ثبتت مشاركتهم في ارتكاب احد هذه التصرفات إلى اشتراكهم في إفلاس الشركة شخصيا و بالتضامن و هذه المسؤولية لها شروط أهمها:

ارتكاب أخطاء في التسيير لها علاقة بالإنتقاص من موجودات الشركة[4]، و في اغلب الأحيان يقوم المسيرون بصفتهم الشخصية باقتراض أموال من بنوك أو مؤسسات مالية و بضمانهم الشخصي، لكن بعد إفلاس الشركة و تصفيتها يقوم البنك مباشرة برفع دعوى على المسيرين، حيث تقوم مسؤوليتهم الشخصية و التضامنية.

---

[1] - نادية فضيل – المرجع السابق- ص61.

[2] - F. Lemeunier, op, cit page 242 et 244

[3] - Jaque . Delga, op ,cit , page 299

[4] F. Lemeunier, op, cit page 242 et 244.

كما يمكن للقاضي بالاستناد إلى نص المادة 578 من القانون التجاري أن يحمل المسيرين مسؤولية كل ديون و خسائر الشركة بعد تأكده من أن هذه الديون كان سببها الرئيسي سوء تسيير هؤلاء، و أنهم اشتركوا في التصرفات التي أدت بالشركة للإفلاس، لكن يجب إثبات الخطأ و العلاقة السببية بينه و بين الضرر المتمثل في انخفاض موجودات الشركة، و هو ليس بالأمر الهين[1].

و لقد خول المشرع لوكيل التفليسة أن يطلب من المحكمة إلقاء عبئ المسؤولية عن الديون المترتبة عن العجز على عاتق المديرين، سواء كانوا من الشركاء أو من الغير و سواء تقاضوا أجرا مقابل لإدارتهم للشركة أو لم يتقاضوه.

كما يمكن لوكيل التفليسة طلب إلقاء عبئ الديون على عاتق كل الشركاء أو بعضهم[2]، أو على عاتق المسيرين على وجه التضامن أو منفردين وحتى الشركاء غير المسيرين اللذين قد ساهموا في تسيير الشركة من حيث الفعل و الواقع[3]، وإن إلزام المشرع للمسيرين بالمشاركة في إفلاس الشركة يعد الجزاء المترتب عن عدم وفائهم و إخلاصهم للشركة التي يمثلونها، ونظرا لارتكابهم لأفعال عرضت الشركة للأخطار مما يتنافى مع مصلحتها[4].

و تعود الحكمة في هذا التشدد من طرف المشرع إلى ما تتصف به هذه الشركة أي المسؤولية المحدودة للشركاء فيها. و حتى لا يعبث المديرون أو المسيرون بإدارة هذه الشركة في اتخاذ القرارات العفوية دون تبني الحيطة و التبصر و الركض وراء المضاربات التي قد تكون خاسرة[5]، إن مسؤوليتهم المطلقة و التضامنية في حالة إفلاس الشركة تجعل هذا النوع من الشركات يقترب من خصائص شركات الأشخاص و تجعلها في نفس الوقت يجعلها تبتعد عن خصائص شركات الأموال[6].

كما نلاحظ من خلال المادة 578 فقرة ثانية من القانون التجاري[7] بأن المشرع قد ذكر المشاركة الفعلية للشركاء في أمور التسيير، و ذكر المسير الذي قد يكون من الشركاء أو من الغير كما انه لم يستثن المسير غير المأجور من هذه المسؤولية التضامنية، لكنه لم يذكر المسير الفعلي ذلك أنه من المفروض أن يتحمل المسؤولية

---

[1] - PH. MERLES .op. cit page 227-228.

[2] - د. نادية فضيل –المرجع السابق –الصفحة 61.

[3] - عمورة عمار – المرجع السابق –ص 340.

[4] Serge Hadji Artinian, op, cit page 337.

[5] - احمد محمد محرز – المرجع السابق – ص 2.

[6] - E .M. Bassilana, op, cit page 162.

[7] - تنصت المادة 578 فقرة ثانية من القانون التجاري على انه :" يجوز للمحكمة إذا أسفر تفليس شركة عن عجز فيما لها من الأموال آن تقرر بطلب من وكيل التفليسة حمل الديون المترتبة عليها على نسبة القدر الذي يعينه أما على كاهل المديرين سواء كانوا من الشركاء أم لا أو من أصحاب الأجور أم لا و أما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن بينهم أو بدونه بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفعل في إدارة الشركة ".

الشخصية و التضامنية في حالة مشاركته مع المسير القانوني في أفعال أدت بالشركة للتوقف عن الدفع و إلى إفلاسها، فيتحمل المسير الفعلي جزء من الخسائر أو كلها[1].
لكن المشرع لم يتطرق لحكم هذا المسير الفعلي و مع ذلك فيمكن إخضاعه للمادة 224 نظرا لأنها تخص كل مسيري الشركات التجارية، فيمكن للشخص المتدخل في التسيير أن يسبب أضرارا وخيمة للشركة، و على القاضي في هذه الحالة أن يقرر مسؤوليته التضامنية سواء كان مأجورا أو غير مأجور، وذلك بالاشتراك مع المسير القانوني.

و نلاحظ أيضا أن المشرع قد أقر بالمسؤولية التضامنية للمسيرين في حالة إفلاس الشركة ذات المسؤولية المحدودة على عكس المسيرين في شركة المساهمة، أين قرر مسؤوليتهم لكن لم يشر إلى أنها تضامنية بصفة صريحة مثلما فعل في المادة 578 من القانون التجاري، مما يجعل تضامن المسيرين في المسؤولية عند إفلاس الشركة ذات المسؤولية المحدودة واقع بقوة القانون لا يمكن استبعاده عن طريق الاتفاق، على عكس شركة المساهمة فتضامن المسيرين في خسائرها مفترض، لكن بالرغم من ذلك و كما سبق وأن ذكرنا أن إضفاء المشرع صفة التاجر على المسيرين يمكن أن يكون قرينة قاطعة على تحمل المسيرين المسؤولية التضامنية، لأن هذه الصفة تكون مرتبطة بالعمل التجاري مما يدل على أن التضامن ليس مفترض فحسب،بل يمكن اعتباره واقع بقوة القانون.

ففي حالة توقف الشركة عن الدفع و بعد افتتاح إجراءات الإفلاس يتحمل ذلك كل من المسير أو المسيرين الذين قاموا بالاشتراك في تغطية عجز الشركة المدينة، فان الإجراءات تفتتح ضد كل من المسيرين و هذه الشركة في نفس الوقت، و يمكن للدائنين أن يرفعوا دعوى على المسيرين و هي دعوى خاصة و مختلفة عن الدعوى المقامة ضد الشركة و مستقلة عنها تماما[2].

---

[1] Ph Merles, op, cit page 227.

[2] Bernard Saintourens, Droit des affaires, Droit commercial, Les annuels des Droit – Dalloz 2002 p 160.

الفصل الثاني

التضامن في الأوراق و العقود التجارية.

تعتبر الأوراق التجارية أداة لنقل النقود و كانت هذه الوظيفة السباقة إلى الوجود تلتها وظيفة ثانية، و هي أنها أداة للوفاء، ثم اكتملت وظائف الأوراق التجارية بظهور وظيفتها الثالثة وهي اعتبارها كأداة للائتمان، و بقيت أحكام الأوراق التجارية لمدة طويلة تستمد من قواعد الصرف و التعامل التجاري، حتى تم صياغة قواعدها في نصوص قانونية[1].

و تتميز قواعد الصرف بقسوة الأحكام و إن أهم مظهر من مظاهر قسوة هذه القواعد هو تضامن الموقعين على الورقة التجارية، و هذا التضامن يكون بالنسبة لمبلغ الورقة التجارية الذي يكون واجب الدفع في ميعاد الاستحقاق، فإذا رجع الحامل على المدين الأصلي بمبلغ الورقة التجارية و لم يقم بتسديده رجع الحامل على الموقعين الآخرين بصفتهم متضامنين مع المدين.

و أبرز فكرة في التضامن الصرفي هي وجود مدين أصلي و مدينين آخرين متضامنين معه، على عكس ما هو مألوف في الالتزام التضامني أن المدينين يعتبرون كلهم مدينين أصليين فلا يوجد مدين أصلي ومدين غير أصلي، لذلك فان للتضامن الصرفي أحكام تميزه عن التضامن المدني في القواعد العامة رغم أن الأسس التي يقوم عليها مشتركة و هي نفس الأسس، إلا أن للتضامن الصرفي مفهوم خاص و طبيعة خاصة تظهر في علاقة أطرافه و أثار مميزة تميزه عن التضامن المدني.

و نظرا لأهمية التضامن الصرفي نلاحظ أن المشرع قد تدخل تدعيما للائتمان و الثقة لدى المتعاملين بالأوراق التجارية، و نص على التضامن الصرفي في الأوراق التجارية و أتى لنا بقواعد خاصة و متميزة، و لم يتركه خاضعا لقاعدة افتراض التضامن التجاري فقضى بتضامن الموقعين على الورقة التجارية مع اختلاف درجتهم في الالتزام.

---

[1] - علي فتاك "مبسوط القانون التجاري الجزائري" في الأوراق التجارية ابن خلدون للنشر و التوزيع، طبعة 2004،ص 14-15.

إن تضامن المدينين بدين تجاري هو أمر مفترض أو قاعدة مفترضة في المسائل التجارية و أهم هذه الالتزامات التجارية هي العقود التجارية، فالقاعدة فيها التزام المتعاقدين بالتضامن عما ينتج من التزامات، نظرا لمصالحهم المشتركة و نظرا لتعاقدهم بدين مشترك، فمحل التزامهم واحد نظرا لوحدة الصفقة، و يعد هذا التضامن المفترض حكم خاص و مشدد يدل بصفة واضحة على قسوة الأحكام الخاصة التي تميز العقود التجارية، و مع ذلك فان هذا التضامن قد يستبعد باتفاق الأطراف، كما قد يستبعد نتيجة للظروف التي أبرم فيها العقد و التي يستبعد فيها التضامن تلقائيا.

كما أن مجال افتراض التضامن و نطاق تطبيقه واسع جدا لأنه لا يشمل فقط العقد المبرم من طرف تاجر، بل يطبق حتى بالنسبة للعقد التجاري المبرم من غير التاجر.

و إن افتراض التضامن في العقد التجاري يكون بالنسبة للعقود التجارية المسماة و غير المسماة، لأننا قد نجد أحيانا بعض العقود التجارية المسماة التي جاء بها المشرع و نظمها و التي تحتوي على تعدد في الروابط و وحدة في محل الالتزام، لكننا لا نجد نصا يدل على تضامن الملتزمين فيها، على عكس ذلك قد نجد نصوصا صريحة تمنح هذا الضمان للدائنين في بعض العقود التجارية.

و عليه فستكون دراستنا في هذا الفصل عبارة عن مبحثين: نتناول في أول مبحث: التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، و نتطرق في المبحث الثاني للتضامن في الالتزامات الناتجة عن العقد التجاري.

المبحث الأول

التضامن الصرفي في الأوراق التجارية La solidarité cambiaire .

لا شك أن افتراض التضامن في تنفيذ الالتزام التجاري يعتبر حكما قاسيا أراد به المشرع تقوية وتيسير عملية الائتمان الذي يعتبر الحياة التجارية، وذلك من خلال طمأنة الدائن التجاري وزيادة فرص حصوله على دينه بالكامل من أحد المدينين إذا تعرض أحدهم للإعسار أو الإفلاس[1]، إلا أن المشرع لم يكتف بإقامة التضامن إعمالا للقاعدة المستقر عليها فقها وقضاء والتي تفترض قيام التضامن بصفة عامة، إنما قرر التضامن بوجه صريح[2]، وجاء بأحكام مميزة للتضامن الصرفي تشجيعا للتعامل بالأوراق التجارية وتسهيلا للتعامل التجاري[3]، فنص المشرع على التضامن في كل من السفتجة والشيك والسند لأمر، والتي جاء بها المشرع على سبيل الحصر على اعتبار أن المشرع التجاري خصها بأحكام خاصة دون القواعد الواردة في القانون المدني[4]، أما السندات الأخرى فان المشرع لم ينص على التضامن بشأنها، وفي هذه الحالة يتم الرجوع للأصل العام وهو افتراض التضامن إذا تم إثبات الصفة التجارية لهذه السندات، وهي سند الخزن و سند النقل و عقد تحويل الفاتورة لأن صفتها التجارية ليست ثابتة في كل الأحوال فقد تكون مدنية وحينها يتم الرجوع للتضامن المدني الذي لا يطبق إلا بالاتفاق أو النص الصريح.

لذلك سوف يكون الحديث عن الأوراق التجارية التي نص فيها المشرع على قاعدة التضامن الصرفي وهي السفتجة والسند لأمر و الشيك، خاصة وأن بعض الفقه يرى أن التضامن الصرفي يتجاوز حتى نطاق التضامن المفترض لأنه يجمع بين موقعين لا توجد أية مصلحة مشتركة بينهم[5].

و سنتعرض في هذا المبحث لمفهوم التضامن الصرفي من خلال المطلب الأول، ثم لأحكام التضامن الصرفي في المطلب الثاني، ثم لآثاره في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم التضامن الصرفي.

[1]- محمد السيد الفقي" القانون التجاري الأوراق التجارية" منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2004ص 166.

[2] - أحمد محمد محرز" القانون التجاري العقود التجارية الأوراق التجارية" ، دار الكتب القانونية، طبعة 2003 ص 445.

[3] - سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية السفتجة السند لأمر الشيك الطبعة الخامسة 2005 ص230.

[4] - علي فتاك ،مبسوط القانون التجاري في الأوراق التجارية الجزء الأول السفتجة ابن خلدون للنشر والتوزيع طبعة 2004 ص 14.

[5]- مصطفى كمال طه" الأوراق التجارية والإفلاس" ، دار الجامعة الجديدة ، المكتبة القانونية، طبعة 1997 ،ص 242

يعد التضامن الصرفي من أهم خصائص الالتزام الصرفي و الذي يمكن استبعاده من طرف أحد الموقعين أو كلهم، رغم قيام المشرع بالنص عليه فانه ليس من النظام العام كما يجعل التضامن الصرفي الموقعين على السند مدينين بقيمته تجاه الحامل، لكن مركزهم القانوني يختلف حسب كل موقع، لأنهم ليسوا كلهم مدينين أصليين.

فسنتناول في هذا المطلب تعريفا للتضامن الصرفي في الفرع الأول ثم طبيعته القانونية كفرع ثاني، ثم أطراف التضامن الصرفي ومركزهم القانوني في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف التضامن الصرفي.

يسمى تضامن الموقعين على الورقة التجارية بالتضامن الصرفي، و هو من أهم الضمانات التي يخولها المشرع للحامل[1]، و لا شك أن تقرير هذا الضمان للوفاء بقيمة السند التجاري يعد من الضمانات الهامة التي تؤكد حق الحامل في الحصول على قيمة السند إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء، لأن التضامن يطال جميع الموقعين على السند فكلما زاد عددهم ازداد ضمان الحامل للوصول إلى حقه.

و قد نص المشرع صراحة على تضامن الموقعين على السند التجاري، ولم يتركه مفترض فالالتزام الثابت بسند السحب يعد عملا تجاريا و التضامن في هذه الحالة يطبق تلقائيا دون حاجة للنص عليه[2]، إلا أن التضامن هنا أساسه القانون لا يجوز الاتفاق على خلافه و أراد المشرع أن يدعم ائتمان الأوراق التجارية فلم يكتف بإقامة التضامن إعمالا للقاعدة المستقر عليها فقها و قضاء و التي تفرض قيام التضامن بين المدينين في المسائل التجارية بصفة عامة إنما قرر التضامن بوجه صريح[3]، حيث نص عليه المشرع صراحة بالنسبة للسفتجة في المادة 432 من القانون التجاري[4]، حيث قررت تضامن كل من ساحب السفتجة و قابلها و مظهرها و ضامنها الاحتياطي في مواجهة الحامل، و نفس القاعدة أي قاعدة التضامن تطبق على الملتزمين بالشيك إذا كان الشيك تجاريا حيث يسري التضامن في هذه الحالة على كل الملتزمين بمقتضى الشيك، أما إذا كان الشيك مدنيا فلا تضامن بين الملتزمين فيه إلا بالشرط الصريح، و يعتبر الضامن في الشيكات المدنية في مركز الكفيل و تسري عليه قواعد الكفالة

---

[1] -. وائل بندق – مصطفى كمال طه" الأوراق التجارية و وسائل الدفع الالكترونية الحديثة" ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2005، ص ، 139.

[2] - عبد القادر العطير ،" الوسيط في شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 1998، ص 269..

[3] - احمد محرز" القانون التجاري" العقود التجارية، الأوراق التجارية، دار الكتب القانونية، طبعة 2003، ص445.

[4] - تنص المادة 432 من القانون التجاري على انه: " إن ساحب السفتجة و مظهرها و ضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن و يكون للحامل حق الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون مرغما بمراعاة الترتيب الذي توالت عليه التزاماتهم و يعود هذا الحق لكل موقع على سفتجة لا تمنح الرجوع على الآخرين و لو كانوا لاحقين لمن رفعت عليه الدعوى أولا ".

المنصوص عليها في القانون المدني، و أهمها عدم افتراض التضامن بين المدين و كفيله حيث لا تضامن إلا بالاتفاق الصريح أو النص الصريح[1].

و المشرع مثلما فعل في السفتجة فانه قد نص على التضامن الصرفي بالنسبة للملتزمين بمقتضى الشيك في المادة 519 من القانون التجاري[2].

أما بالنسبة لسند الأمر فانه على غرار الشيك لا يعد عملا تجاريا بحسب شكله و طبيعته، لان المشرع لم ينص على انه عمل تجاري مثلما فعل بالنسبة للسفتجة في المادة 389 من القانون التجاري، التي تنص على أنه: "تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص ".

و عليه فالصفة المدنية أو التجارية لسند الأمر تخضع لطبيعة التعهد الذي على أساسه وقع هذا السند سواء عند إصداره أو عند تظهيره و هذا التعهد لا يعتبر تجاريا إلا إذا كان مرتبطا بتسوية اتفاق تجاري ، أي تخصيصه لأداء عملية تجارية حتى ولو كان الموقع عليه غير تاجر، كما يعتبر السند لأمر عملا تجاريا إذا كان موقعه تاجرا سواء كان مترتبا على معاملة تجارية أو مدنية[3].

و مع ذلك فقد أحال المشرع التجاري بالنسبة للتضامن الصرفي في السند لأمر لأحكام السفتجة و جعل التضامن الصرفي للموقعين على السفتجة نفسه بالنسبة للموقعين على السند لأمر، و هذا ما نصت عليه المادة 467 فقرة خامسة[4].

و عليه فان تضامن الملتزمين بالوفاء بقيمة الورقة التجارية يعتبر قاعدة أساسية من ضمن قواعد قانون الصرف، و يخول هذا التضامن للدائن الحق في مطالبة أي واحد من الملتزمين بكل قيمة الدين فلا يكون لمن وجهت إليه المطالبة الدفع في مواجهة الدائن بتقسيم الدين و الاكتفاء بتأدية نصيبه منه.

كما يكون للدائن مطالبة أي واحد من الملتزمين بكل الدين يكون له أيضا مطالبتهم به مجتمعين[5] وذلك طبقا لنص المادة 432 من القانون التجاري فقرة ثانية: "و يكون للحامل حق الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون مرغما بمراعاة الترتيب الذي توالت عليه التزاماتهم".

نرى من خلال هذه الفقرة بأن المشرع لم يلزم الحامل بمراعاة ترتيب معين في مطالبته بحقه، حيث يمكن أن يرجع على أي ملتزم دون التقيد بترتيب التزاماتهم، إلا

---

[1] - احمد محرز ، المرجع السابق ،ص 575.

[2] - تنص المادة 519 من القانون التجاري على انه" جميع الأشخاص الملتزمين بمقتضى شيك مسئولون على وجه التضامن من قبل حامله و يحق لحامله مطالبة هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يلزم مراعاة ترتيب التزاماتهم و كل موقع على شيك أو في قيمته يملك هذا الحق أن الدعوى المرفوعة على احد الملزمين لا تمنع من مطالبة الباقين و لو كانوا لاحقين لمن رفعت عليه الدعوى أولا" .

[3] - راشد راشد، المرجع السابق،ص 122.

[4] - تنص المادة 467 الفقرة الأولى و الخامسة:" تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيما لا يتعارض مع طبيعته و ذلك في الأحوال الآتية:" ... الرجوع لعدم الوفاء و المادة من 426 إلى 435 و المادة 437 و 438 و 439 و 440 " و الجدير بالذكر أن المادة 432 نصت على قاعدة تضامن الموقعين على السفتجة حيث تطبق نفسها على السند لأمر.

[5] - د. علي حسن يونس ، "الأوراق التجارية "، ملتزم للطبع و النشر ، دار الفكر العربي، الصفحة 209 .

فيما يخص المسحوب عليه فان المشرع قد فرض على الحامل عند مباشرة الرجوع على الملتزمين فيجب مطالبة المسحوب عليه القابل أولا بالنسبة للسفتجة، و ساحب الشيك و محرر السند لأمر أولا، فان امتنعوا قام الحامل بتحرير احتجاج عدم الدفع ضدهم، و في هذه الحالة عليه أن يرجع على الموقعين الملتزمين كلهم مرة واحدة، أو يرجع عليهم بالبدء من المظهر الأخير و صاعدا إلى الذي قبله حتى يصل في نهاية الأمر إلى الساحب أو محرر السند، و يحق لأي موقع على الورقة التجارية قام بوفائها أن يرجع على سائر الموقعين بمقتضاها فيمكنه مطالبة أي من السابق الإشارة إليهم بكامل الدين الذين أوفاه، و لا شك أن ذلك يعد خروجا عن القواعد العامة في التضامن و التي تقضي برجوع الموفي على كل المدينين بمقدار حصتهم في الدين[1].

و إن سبب تقرير المشرع لرجوع الحامل عند حلول ميعاد الاستحقاق على المسحوب عليه القابل أو الساحب في السفتجة و الشيك و محرر السند لأمر، هو أن مجرد توقيعهم على السند يعني أنهم ملتزمين أصليين، و يعني أنهم منحوا ضمانا متمثلا في الالتزام التضامني للوفاء بمبلغ السفتجة[2].

و بديهي أن اختيار الحامل يتجه لمن كان ميسورا لكي يطمئن على حصوله على مبلغ السند.

أما إذا كان لأحد الموقعين دفعا يواجه به الحامل فان الموقعين الآخرين لا يمكنهم التمسك بذلك الدفع لكي يتخلصوا من التزاماتهم بالضمان، و هذا تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات[3].

و إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للحامل فان الأمر مختلف بالنسبة للمدين الصرفي الذي يقوم بالوفاء بقيمة السند و الذي لا يملك حق الرجوع إلا تجاه الضامنين له، فإذا ألزم الساحب مثلا بدفع قيمة السند للحامل الأخير، فلا يكون له حق الرجوع على الحملة اللاحقين أو الضامنين الاحتياطيين.

و تفسير ذلك يرجع إلى أن التضامن الصرفي نوعين، تضامن داخلي وتضامن خارجي ، أما الداخلي فيقوم بين الموقعين على السند وهم لا يلتزمون دفعة واحدة بمقتضى تصرف قانوني واحد، و إنما يلتزمون على التعاقب و بمقتضى تصرفات قانونية مستقلة بحيث يعتبر كل موقع ضامن لمن بعده و مضمون ممن سبقه، كما أن الموقع على الورقة قد أدى قيمتها عند انتقالها إليه، فمن العدل أن يستوفي ما أداه إذا اضطر إلى الوفاء للحامل، و عليه فان عبء الدين الصرفي لا ينقسم على المدينين كما هو الحال في القواعد العامة بل يتحمله في النهاية واحد منهم[4].

وفي حالة رجوع الحامل فهو ليس بحاجة إلى التمسك بالتضامن ليحول دون انقسام الدين في مواجهته، إذ أن التزام كل مدين يرد على مبلغ الورقة التجارية

---

[1] -د. علي البارودي – د. محمد السيد الفقي ، المرجع السابق، الصفحة 536.

[2] -Jaques- MESTRE- Marie Eve Pancrazi, op, cit page 736

[3] - فوزي محمد سامي "شرح القانون التجاري الاوراق التجارية" ، مكتبة دار الثقافة للنشر، المجلد الثاني ، طبعة 1997،ص 202 .

[4] - مصطفى كمال طه ، الأستاذ وائل بندق، المرجع السابق ، ص 140.

بأكمله، و بذلك تقتصر أهمية التضامن في الورقة التجارية على تمكين الدائنين من مطالبة المدينين المتضامنين بالدين بأكمله مجتمعين أو منفردين[1].
و بالرغم من ضرورة رجوع الحامل على المدين الأصلي أولا، إلا أن هذا لا يعني أنه مجبر على مراعاة ترتيب المظهرين و احترام تسلسلهم، كما أن رجوع الحامل على أحد المظهرين لا يسقط حقه في الرجوع على من تخطاه منهم تأسيسا على افتراض تنازل الحامل عن حقه في الرجوع على من يتخطاه، فان رجوع الحامل على المظهر الثاني لا يسقط حقه في معاودة الرجوع على المظهر الثالث و الرابع[2].
فإن كان الأصل انه إذا تعدد المدينون ينقسم الدين فيما بينهم في مواجهة الدائن، فهذا الأصل ليس مطلقا إذ قد يرد التضامن على الالتزام متعدد الأطراف، فيكون للدائن مطالبتهم بالدين فرادى أو مجتمعين، دون أن يحق للمدين الذي يتم الرجوع عليه بالدفع في مواجهة الدائن بتقسيم الدين بينه و بين غيره من المدينين.
فهذا الأصل لا يكون إلا في المسائل المدنية، أما في التضامن الخاص بالأوراق التجارية فإننا نجد أن للحامل حق الرجوع على كل الملتزمين لمطالبتهم بدفع قيمة السند كلها في حالة رفض المدين الأصلي، و هو الساحب أو المسحوب عليه القابل في السفتجة و ساحب الشيك، أو محرر سند الإذن و من تم فان لمن وفى قيمة السند منهم أن يرجع على الملتزمين الآخرين ليطالب كلا منهم بكل ما أوفى به[3].
بالتالي فان هذا التضامن لا يقوم إلا في حالة امتناع المسحوب عليه عن الدفع، و هذا التضامن كثيرا ما يغني الحامل عن التماس القبول من المسحوب عليه، أو حتى عن عمل احتجاج عدم القبول عند امتناعه عنه، فمادام الحامل يجد بين الموقعين على السند التجاري من هو قادر على الوفاء بقيمتها فانه يستطيع أن ينتظر ميعاد الاستحقاق آمنا مطمئنا[4]، خاصة إذا افترضنا أن أحد الملتزمين على الأقل كان موسرا كبنك مثلا فان فرص استيفاء الحامل لما يستحقه بالكامل تكون واضحة ويكون الاحتمال في استيفائه لحقه كبيرا جدا[5].
و من خلال المادة 432 فقرة ثالثة " يعود هذا الحق لكل موقع على سفتجة متى سدد قيمتها" و المادة 519 فقرة ثالثة " وكل موقع على شيك أوفى قيمته يملك هذا الحق"، نرى بأن المشرع قد أقام نوعين من التضامن، تضامن خارجي و تضامن داخلي:
أما التضامن الخارجي فهو التضامن الذي يربط الموقعين على السند بالحامل و بالنسبة للتضامن الداخلي فهو الذي يربط بين الموقعين و الذي نص عليه المشرع في

---

[1] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 210.
[2] - محمد مختار احمد بريري" قانون المعاملات التجارية " الإفلاس و الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى لسنة 2000 ، ص 385.
[3] - عبد القادر العطير، المرجع السابق،ص 269 – 270.
[4] - علي البارودي – محمد فريد العريني "القانون التجاري" الأوراق التجارية و الإفلاس، دار المطبوعات الجديدة ، الجزء الأول ، طبعة 2000، ص 132.
[5] - وائل بندق – مصطفى كمال طه – المرجع السابق – ص 139.

المادة 432 فقرة ثالثة و 519 فقرة ثالثة و سمح بمقتضاها للملتزم الذي أوفى بمبلغ السند أن يرجع على مختلف الموقعين منفردين أو مجتمعين بكل ما أوفاه.
كما أن التضامن الصرفي للموقعين على السند يجعل من كل واحد منهم مدينا بمبلغها و الفوائد إن وجدت بالإضافة إلى المصاريف التي ينفقها الحامل عند رجوعه على احد الملتزمين في السند، و عند أداء الموقع المبلغ له حق مطالبة الباقين بما دفعه كاملا كما سبق و ذكرنا و دون أن يتحمل نصيبا معينا[1].
كما أن المشرع لم يكتف بقاعدة التضامن الصرفي حماية لحامل الورقة التجارية، بل إنه قد قرر قاعدة المسؤولية المدنية التضامنية في الشيك بين المسحوب عليه وهو البنك وبين زبونه وذلك في الحالات التي ذكرتها المادة 526 مكرر 15 من القانون التجاري والتي تنص على انه: "يكون المسحوب عليه الذي يمتنع عن تسديد شيك صادر بواسطة :

- نموذج لم يتم طلب إرجاعه وفقا للشروط المحددة في المادة 526 مكرر 9 أعلاه، ما لم يثبت أنه قام بالمساعي الضرورية من أجل ذلك.
- نموذج سلم خرقا لأحكام المادتين 526 مكرر 3 و 526 مكرر 9 أعلاه.
- نموذج سلم إلى زبون جديد، رغم أنه كان ممنوعا من إصدار شيكات، وكان اسمه واردا لهذه الأسباب في قائمة مركزية المستحقات غير المدفوعة لبنك الجزائر.

ملزما بالتضامن بدفع التعويضات المدنية الممنوحة للحامل بسبب عدم التسديد، ما لم يبرر أن عملية فتحه للحساب تمت وفق الإجراءات القانونية والتنظيمية المتعلقة بفتح الحساب وتسليم نماذج الشيكات وكذا الالتزامات القانونية والتنظيمية الناتجة عن عوارض الدفع ".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتضامن الصرفي.

إن هذا التضامن الذي نحن بصدده ذو طبيعة قانونية آمرة يتحقق بقوة القانون فقد نص المشرع عليه صراحة، و لكن رغم ذلك يمكن للموقعين الاتفاق على عكسه، ما عدا الساحب فلا يحق له أن يشترط عدم قبوله للسفتجة أو عدم وفاء قيمتها في تاريخ الاستحقاق و كل شرط يرد من الساحب حول القبول أو عدم الوفاء يعتبر كأن لم يكن[2]. من ثم فان التضامن بين الموقعين على سند السحب ليس من النظام العام فيجوز استبعاده باتفاق الإطراف و بنص صريح في سند السحب، أي باستبعاده من الساحب حتى يسري على الحملة المتعاقدين للسند، أما إذا أدرج في ورقة مستقلة سرى أثره فيما بين الأطراف التي وافقت عليه، و شرط عدم التضامن من الشروط

[1] - محمد فوزي سامي ، المرجع السابق ، ص203.

[2] - صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري" الإسناد التجارية، الشيك، السفتجة، سند الأمر، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة ، طبعة 1999- 2000 ، ص 99..

الاختيارية التي يجوز إضافتها[1]، و يمكن من خلال هذا الشرط استبعاد التضامن صراحة من السند غير أن وضعه يضعف من تداول السندات و يهز الثقة بها لذلك فان هذا الشرط قليل الوقوع في الواقع العملي[2].

و إن شرط عدم التضامن الذي يضعه الساحب في السفتجة أو الشيك، و الذي يضعه محرر السند بالنسبة للسند الإدني، أو الذي يضعه المظهر في عبارة التظهير لا يعني عدم الضمان إذ يظل الملتزم مسئولا عن الوفاء بقيمة الورقة، و لكن يقتصر الشرط المذكور على استبعاد التضامن بين الملتزم الذي تقرر الشرط لمصلحته و غيره من الملتزمين الآخرين، لذلك يتقيد حق الحامل في الرجوع عليه بمراعاة دوره في سلسلة التظهير، لأن حق الرجوع دون مراعاة لترتيب الموقعين على السند مرتبط بقاعدة التضامن، و لما كانت المسؤولية عن الوفاء للحامل تندرج في الأصل من المظهر الأخير إلى الساحب فان الحامل لا يستطيع الرجوع مباشرة على الملتزم الذي اشترط عدم التضامن، إلا إذا كان هو المظهر الأخير لأنه لا يوجد بعده من يضمنه.

و إذا وضع شرط عدم التضامن في الورقة التجارية بمعرفة الساحب أو محرر السند استفاد منه سائر الموقعين اللاحقين، لان الساحب أو محرر السند هو الذي ينشئ الورقة التجارية، لذلك تكون العبرة في تحديد مضمون الالتزام الصرفي بالرجوع إلى عبارة شرط عدم التضامن على الورقة التجارية، و على العكس من ذلك إذا وضع شرط عدم التضامن بمعرفة احد الموقعين اللاحقين فانه لا ينتج أثره إلا بالنسبة للملتزم الذي اشترطه ، تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات على اعتبار إن كل توقيع يعتبر عملا قانونيا مستقلا عن غيره من التوقيعات الأخرى[3].

و لا يعني هذا الشرط عدم الضمان إذ يظل الملتزم مسئولا عن الوفاء بقيمة الورقة، و لكن يقتصر الشرط المذكور على استبعاد التضامن بين الملتزم الذي تقرر الشرط لمصلحته و غيره من الملتزمين الآخرين، حيث يختلف الأمر بالنسبة لتقييد حق الحامل في الرجوع علي الموقع بمراعاة دوره في سلسلة التظهير، و لما كانت المسؤولية عن الوفاء للحامل تندرج في الأصل من المظهر الأخير إلى الساحب فان الحامل لا يستطيع الرجوع مباشرة على الملتزم الذي اشترط عدم التضامن ، إلا إذا كان هو المظهر الأخير، فإذا كان الملتزم المذكور شخصا آخر غير المظهر الأخير، فيجب على الحامل قبل الرجوع عليه الرجوع على الموقع اللاحق له، لأن كل موقع على الورقة التجارية ضامن لمن بعده، و على ذلك يجب للرجوع على المستفيد من شرط عدم التضامن تحريك مسؤولية الملتزم الذي يضمنه المستفيد من الشرط[4]. و عليه فان هذا الشرط يختلف باختلاف واضعه فإذا أدرجه الساحب استفاد منه كل الموقعين على السند، فينتفي التضامن كلية من السند أما إذا أدرجه أحد المظهرين فلا يستفيد منه

---

[1] - عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 274.

[2] - احمد محرز، المرجع السابق ص 447.

[3] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 221-222.

[4] - عبد الحميد ألشواربي" الأوراق للتجارية" الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، منشاة المعارف، المكتبة القانونية، طبعة 2001 ص 261-262.

غيره من الموقعين السابقين أو اللاحقين له، و يقتصر أثره عليه شخصيا وفقا لمبدأ استقلال التوقيعات، أما إذا تم إدراج شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة فلا ينتج أثره إلا بين طرفيه فقط و لا يتعدى أثره لباقي الملتزمين[1].

و في كل الأحوال يجب أن يكون الشرط المذكور واردا في عبارة صريحة بعيدة عن كل لبس ليتم الأخذ به[2].

لذلك فيمكن إدراج هذا الشرط في السفتجة أو الشيك أو السند لأمر رغم أن قاعدة التضامن منصوص عليها صراحة، أما بالنسبة للأوراق التجارية الأخرى سند الخزن أو عقد تحويل الفاتورة أو سند النقل، فان التضامن فيها مفترض إذا تم اعتبارها عمل تجاري، فتضامن الملتزمين واقع إلا إذا تم إثبات عكس ذلك، أي إثبات عدم وجود التضامن عن طريق الاتفاق أو نص القانون، بالتالي يطبق عليها نفس الحكم وهو إمكانية استبعاد التضامن بالاتفاق عليه، أي بإدراج شرط في السند يعفي أحد الموقعين من هذه القاعدة أو يعفيهم كلهم إذا تم إدراج الشرط من قبل محرر السند.

و أن هذا الشرط ليس دارج العمل به لما يترتب عليه من إضعاف للائتمان في الورقة التجارية و تعطيل تداولها[3]، مما يترتب عليه عدم قبولها كوسيلة وفاء في المعاملات التجارية.

الفرع الثالث: أطراف التضامن الصرفي و مركزهم القانوني.

إن الملتزمين المتضامنين في سند سحب السفتجة هم الساحب و المظهر و المسحوب عليه القابل و الضامن الاحتياطي[4]، وفقا للمادة 432 فقرة أولى من القانون التجاري، إلا أن هذه المادة لم تأت على ذكر القابل بالتدخل و لا المسحوب عليه غير القابل فبالنسبة لهذا الأخير فانه لا يلتزم صرفيا ما دام لم يقبل السفتجة، إلا أن القابل بالتدخل يعد من الأشخاص الملتزمين بسند السفتجة، فكان على المشرع أن يجعل هذا الالتزام الصرفي عاما شاملا كل الملتزمين الموقعين على السفتجة، و هذا ما فعله المشرع المصري في المادة 442 من القانون التجاري في الفقرة الأولى بقولها: "الأشخاص الملتزمون بموجب الكمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها"[5].

إلا أن المشرع الجزائري على غرار المشرع التجاري الفرنسي في المادة 511-44[6] جعل الملتزمين بالسند متمثلين في الساحب و المظهر و المسحوب عليه القابل و الضامن الاحتياطي على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهذا يعني استبعاد القابل بالتدخل من تطبيق قاعدة التضامن.

---

[1] - احمد محمد محرز، المرجع السابق ، ص 447.

[2] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 222.

[3] - علي حسن يونس، المرجع السابق ، ص 222.

[4] - عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 274 و 276 .

[5] - مصطفى كما ل طه ، "الأوراق التجارية و الإفلاس" دار الجامعة الجديد ة للنشر ، طبعة 2003، ص93.

[6] - تنص المادة 511-44 من القانون التجاري الفرنسي في الفقرة الأولى على انه " كل من سحب سفتجة ا و قبلها أو ظهرها أو ضمنها يعد مسئولا بالتضامن تجاه حاملها."

على عكس الشيك الذي جعل فيه المشرع كل الأشخاص الملتزمين بمقتضاه متضامنين و لم يحدد الأطراف إلا أن الأطراف تتمثل في كل من ساحب الشيك و المسحوب عليه و مظهره و ضامنه الاحتياطي.

أما بالنسبة لسند الأمر فالأشخاص الملتزمين بالتضامن هم المحرر لسند الأمر و كل مظهر له و ضامنه الاحتياطي، أي نفس الملتزمين بالسفتجة باستثناء المسحوب عليه القابل لأن السند لأمر ليس به قبول، نظرا لأن الساحب في السند لأمر هو نفسه المسحوب عليه[1]، أما بالنسبة للشيك فهو واجب الدفع لدى الاطلاع، فانه لا يقدم للمسحوب عليه للقبول، و إذا اندرج فيه شرط القبول اعتبر كأنه لم يكن حسب المادة 475 فقرة أولى من القانون التجاري[2].

و بعد ذكر الأطراف الملتزمة لا بد من تسليط الضوء على المركز القانوني لكل ملتزم بالورقة التجارية، لأن الاعتبارات التي تقف خلف تحديد المركز القانوني لكل ملتزم في الورقة تنطلق من التضامن باعتباره وصفا يلحق بالالتزام.

و إن تحديد المراكز القانونية للموقعين على الورقة التجارية يعد في غاية الأهمية لتحديد طبيعة التزام كل منهم ، نظرا لاختلاف مواقعهم و تفاوت درجة التزامهم[3]، لأن التزامهم التضامني يختلف باختلاف الموقع[4]، خاصة و أن القواعد العامة تعرف نوعين نوعين من الالتزام بالدين يختلف في المدى هما المدين الأصلي و الكفيل سواء كانت الكفالة تضامنية أو غير تضامنية[5].

إن التضامن وصف يلحق التزام المدين الأصلي، كما يلحق الالتزام الكفيل و لا شك أن المركز القانوني للمدين الأصلي المتضامن يختلف عن مركز الكفيل المتضامن من نواح عدة وفقا للقواعد العامة و منها:

- إبراء الكفيل المتضامن لا يفيد الكفلاء معه و لا المدين الأصلي، أما إبراء أحد المتضامنين فينتج عنه براءة المدينين معه من حصة المدين الذي أبرئ، ما لم يحتفظ الدائن بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين.

- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، بينما لا يصلح السبب ذاته أساسا لإعفاء المدين المتضامن من التزامه قبل الدائن.

- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين لاحتمال وقوع الوفاء من المدين، أو كانت عند هذا الأخير وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

---

[1] - نادية فضيل" الأوراق التجارية في القانون الجزائري" دار هومة ، طبعة 2004 ص 109 و 115.

[2] - تنص المادة 475 فقرة أولى من القانون التجاري على انه :" لا يخضع الشيك لشرط القبول وإذا كتب على الشيك بيان القبول عد كان لم يكن ".

[3] - بسام حمد الطراونة" تظهير الأوراق التجارية " دراسة مقارنة بين القانونين الأردني و المصري ، الطبعة الأولى 2004 ، ص 37 و 43 .

[4] - راشد راشد ، المرجع السابق ،ص 103.

[5] - علي البارودي "الأوراق التجارية و الإفلاس" ، دار المطبوعات الجامعية ،طبعة 2002 ، ص 133.

مما تقدم يتضح أن القواعد العامة تفرق في الآثار القانونية التي تترتب على التزام المدين المتضامن و تلك التي تترتب على التزام الكفيل المتضامن، لذا يثور التساؤل عن حقيقة مركز الملتزمين بموجب الورقة التجارية، و هل يلتزمون بوصفهم مدينين أصليين متضامنين، أم بوصفهم كفلاء متضامنين مع مدين أصلي معين[1]؟

فمن المعلوم إن المدين الأصلي في الورقة التجارية هو ساحبها في كل من السفتجة و الشيك أو محررها في السند لأمر[2]، و إذا كان الساحب هو المدين الأصلي في كل من السند لأمر و الشيك فان مركزه القانوني يختلف في السفتجة، لأنه يمر بمرحلتين يفصل بينهما قبول المسحوب عليه للسفتجة، إذ لا شك أن الساحب و هو منشئ السفتجة يكون هو الملتزم الأصلي بالوفاء قبل قبول المسحوب عليه لها، لذلك قيل أن كل سفتجة تتضمن في ذاتها سندا إذنيا يحرره الساحب على نفسه بسحب السفتجة لصالح المستفيد، و لذلك أيضا يؤدي إفلاس الساحب قبل القبول إلى سقوط أجل السفتجة، و جواز الرجوع بمقتضاها دون انتظار ميعاد الاستحقاق حسب المادة 426 من القانون التجاري في فقرتها الأولى
والثانية والثالثة على أنه: "يمكن للحامل الرجوع على المظهرين والساحب وباقي الملتزمين..
- في الاستحقاق إذا لم يتم الوفاء.
- وحتى قبل الاستحقاق إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول.
-في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه ولم يثبت بعد بحكم أو بحجز أمواله دون طائل.
- إذا أفلس ساحب السفتجة التي لا يتعين تقديمها للقبول".

و إذا كان الأمر واضح بالنسبة للمسحوب عليه فهو لا يعتبر مدينا أو كفيلا قبل قبول السفتجة لأنه غريب عنها حتى يقع القبول فيدخل في حياة السفتجة، و يعتبر حينها مدين أصلي فيها و يلتزم التزاما صرفيا بالوفاء بقيمتها للحامل، كما يعد محرر السند الإذني المدين الأصلي فيه لأن السند يتضمن تعهد المحرر بالوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد الاستحقاق.

فإن الأمر بالنسبة للساحب و المظهر غير واضح، فأما الساحب فالمسألة لا تحتمل خلاف إذا كان المسحوب عليه لم يقبل السفتجة فيعتبر الساحب في هذه الحالة هو المدين الأصلي فيها لأنه هو الذي أنشأ الالتزام الصرفي، في حين اختلف الرأي حول مركز الساحب في حالة القبول[3].

فهناك من قال بأنه يتحول إلى كفيل متضامن و هناك من قال بأنه يظل مدينا أصليا فوقع اختلاف حول مركزه[4].

---

[1] - عزيز عبد الأمير العكيلي" الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني و اتفاقيات جنيف الموحدة "، المكتبة القانونية ، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى لسنة 1993 ، ص 155-156.

[2] - بسام محمد الطراونة ، المرجع السابق، ص37.

[3] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 213-214.

[4] - علي البارودي ، المرجع السابق، ص 134-135.

فالاتجاه الذي رأى أن الساحب يصبح كفيلا متضامنا كانت حججه أنه لا تجوز مطالبته بالوفاء إلا بعد مطالبة المسحوب عليه، كما أن الساحب الذي قدم مقابل الوفاء يكون له التمسك بسقوط حق الحامل الممهل في حين أن المدين لا يكون من حقه التمسك بالسقوط.

على أن هذه الحجج لم يقتنع بها البعض فذهبوا إلى أن الحامل ملزم بمطالبة المسحوب عليه بالوفاء أولا سواء كان السند يحمل توقيع المسحوب عليه بالقبول أو لا يحمل مثل هذا التوقيع، و لا يستطيع الرجوع على الموقعين الآخرين إلا بعد إثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء عن طريق تحرير الاحتجاج، و لا يرون في ذلك شذوذ لأن التضامن حسب رأيهم لا يحول دون تعدد الروابط القانونية بين الدائن و المدينين المتضامنين، و أن الالتزام التضامني قد يكون واجب الوفاء فورا بالنسبة للمدين و يكون مؤجلا بالنسبة للمدينين معه، دون أن يعني ذلك اختلاف المركز القانوني لهؤلاء عن المدين الآخر، لذلك يذهبون للقول بأن الساحب يبقى مدينا أصليا بالسند حتى بعد قبول المسحوب عليه.

و نفس الخلاف نشأ حول مظهر السند، فمنهم من اعتبره مدينا أصليا باعتبار أن ذلك يوفر للحامل حماية اشمل مما لو عد مجرد كفيل، و هناك من اعتبره كفيل، و ما دام المشرع لم يحدد مركزه فمن الواجب تكييفه بما يتفق و مصلحة الحامل[1].

و هناك رأي مفاده اعتبار كل من الساحب بعد قبول المسحوب عليه و المظهر في مركز صرفي، و سبب ذلك أن مركز المظهر و الساحب بعد قبول المسحوب عليه يجمع جمعا فريدا بين ملامح مركز الكفيل المتضامن و المدين الأصلي، و أحكامه تختلف مع ذلك عن الأحكام التي تقررها القواعد العامة لكل منهم[2].

فللمظهر من ملامح الكفيل فلا يتم الرجوع عليه إلا بعد مقاضاة المسحوب عليه القابل أو الساحب قبل القبول[3]، و إن إفلاس المظهر لا يؤثر في أجل السفتجة ولا يحل ميعادها بإفلاس احد المظهرين و لا بإفلاس الساحب بعد القبول، ثم إن الضمان الذي يلتزم به المظهر ضمان هش يسقطه عن عاتقه بمجرد إهمال الحامل في اتخاذ إجراءات معينة.

بينما يظل الالتزام الصرفي على عاتق المسحوب عليه القابل و الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء فلا يسقط إلا بالتقادم الصرفي.

وللساحب والمظهر من ملامح المدين الأصلي، بدليل أن المشرع جعلهم في مركز واحد و لم يميز بينهم أي جعلهم كلهم مدينين أصليين، نظرا لمبدأ استقلال التوقيعات و قاعدة عدم الترتيب بينهم[4].

---

[1] - عزيز عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق ،ص 158-159.

[2] - علي البارودي، المرجع السابق، ص 135.

[3] - عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 279.

[4] - علي البارودي ، المرجع السابق ، ص 136.

أما بالنسبة للساحب فان مركزه بعد القبول لا يتساوى تماما مع مركز المظهر، بل أنه يتميز فيما يتعلق بحق الحامل الممهل في الرجوع، ذلك أن الحامل الممهل يسقط حقه في الرجوع بالضمان على سائر المظهرين و من يكفلونهم من ضمان احتياطيين أو القابلين بالتدخل.

لكن الحامل الممهل يحتفظ بحقه في الرجوع على الساحب حتى بعد قبول المسحوب عليه للسفتجة، ما دام أن هذا الساحب لم يقدم مقابل الوفاء بعد فمركز الساحب بهذا الصدد أقسى من مركز سائر المظهرين، و هو وضع مفهوم ذلك أن منشئ السند فإذا لم يكن قد قدم مقابل وفائها فان القيمة التي وصلته من المستفيد إثراء بلا سبب، لا يمكن أن يبرره مجرد إهمال الحامل في المطالبة، أما المظهر فانه قد دفع قيمة السند عندما تلقاه من المستفيد لذلك يكفي مجرد إهمال الحامل لإسقاط عبء الضمان عن عاتقه[1].

و رغم هذا الاختلاف إلا أن كل من الساحب بعد القبول و المظهر يتفقان في المركز و هو مركز خاص أملته قواعد قانون الصرف، إذ أن التضامن في قانون الصرف هو بين أشخاص يجهل احدهم الأخر، جمعتهم مناسبة التوقيع على الورقة التجارية.

إضافة إلى أن كل منهم دفع قيمة الورقة عند انتقال ملكيتها إليه، كما أن التزام الموقعين على الورقة ناجم عن روابط قانونية مستقلة و متعددة و ليس وليد عمل قانوني واحد كما هو الشأن في التضامن المدني، و عليه فان أصحاب هذا الرأي لا يعتبرون المظهر كفيلا و لا مدينا تابعا و إنما هو في مركز خاص[2].

رغم ذلك فان معظم الفقهاء اعتبروا المدين الأصلي في السفتجة هو المسحوب عليه القابل، و هو كذلك الساحب في حالة عدم القبول أو مرحلة قبل القبول، أما بالنسبة للمظهرين و الساحب بعد القبول فليسوا إلا كفلاء متضامنين[3].

و يسري على المظهر و الساحب في كل من الشيك و السند لأمر نفس الأحكام، فيعد المظهر كفيل متضامن والساحب مدين أصلي، إلا أن الساحب في السفتجة مركزه متغير و متوقف على مرحلة قبل و بعد قبول المسحوب عليه، عكس الساحب في الشيك و سند الأمر هو دائما مدين أصلي لا يتغير مركزه.

كما يختلف الأمر كذلك بخصوص المسحوب عليه القابل إذ لا وجود له في الشيك و السند لأمر الذي يعد في السفتجة بلا شك المدين الأصلي فهو أول من ينبغي أن توجه إليه المطالبة بمبلغ السفتجة، و لا تجوز مطالبة الآخرين أي الساحب أو المظهرين أو الكفلاء إلا بعد مطالبته أولا، و هو المدين الأصلي الذي إذا قام بالوفاء برئت ذمة سائر الموقعين الآخرين و انقضت جميع الالتزامات الصرفية، و الذي لا يجوز له التملص من الوفاء حتى إذا أهمل الحامل، أما إذا أفلس المسحوب عليه سواء قبل أو لم يقبل

---

[1] - علي البارودي - محمد فريد العريني، المرجع السابق.ص

[2] - بسام حمد الطراوة ، المرجع السابق ، ص 49.

[3] - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص 95.

فللحامل الرجوع على الموقعين قبل ميعاد الاستحقاق[1]، وذلك حسب المادة 426 من القانون التجاري.

لكن قبول المسحوب عليه لا يجعل التزام الساحب معادل لالتزام المظهرين، لأن الساحب يظل التزامه دائما اشد من المظهرين، نظرا لأنه منشئ الالتزام و واضع الورقة في التداول، و أهم مظهر للاختلاف بين التزام الساحب والمظهر هو حق المظهر في التمسك بإهمال الحامل عكس الساحب مثلما ذكرنا سابقا.

على أنه لا يعني أن المظهرين يعتبرون كفلاء متضامنين للمسحوب عليه القابل أو الساحب في حالة عدم القبول.

ونشير في هذا الصدد أنه طبقا للمادة 651 من القانون المدني في فقرتها الثانية و التي أشارت لالتزام المظهر بنصها "، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا "، يمكننا القول أن المشرع من خلال هذا النص قد اعتبر المظهر كفيلا.

لكن الأحكام الخاصة بالمظهر في الأوراق التجاري والتي جاء بها المشرع في القانون التجاري تجعل مركز المظهر مختلف كل الاختلاف عن مركز الكفيل، لأن خصائص الكفالة لا تتماشى تماما مع التزام المظهرين، ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، في حين أن التزام المظهرين ليس له هذه الصفة لأن مساهمة كل مظهر في تداول الورقة تولد التزاما مستقلا ذاتيا مقارنة بالتزام المسحوب عليه القابل أو الساحب، يدل على ذلك قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع و قاعدة استقلال التوقيعات، التي تجعل التزام كل موقع التزام قائم بذاته عن كل موقع، فيظل كل التزام صحيح و لو كان التزام المسحوب عليه أو الساحب باطلا.

أما التزام الكفيل فلا يكون صحيحا إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيح، و مفاد هذا أن التزام المظهرين ليس تابعا لالتزام المسحوب عليه أو الساحب، و أن المظهر ليس كفيلا في الواقع و أن جاز القول بأنه كفيل من نوع خاص[2].

أما بالنسبة للضامن الاحتياطي في كل من السفتجة و السند لأمر و الشيك حتى القابل بالتدخل في السفتجة يعتبرون كفلاء متضامنين عمن تدخلوا لمصلحتهم، غاية الأمر أنهم كفلاء متضامنون صرفيون، بما يعني أنه لا يجوز لأي منهم خلافا للقواعد العامة أن يدفع في مواجهة الحامل بالدفوع التي كان يمكن أن يدفع بها المدين المكفول في مواجهة الحامل و ذلك تطبيقا لمبدأ تطهير الدفوع[3].

بالتالي فان ذلك يخالف القواعد العامة التي تجعل التزام الكفيل أو المتدخل تابعا لالتزام المدين المكفول، أو المدين الذي حصل التدخل لمصلحته تبعية مطلقة في بقائه و انقضائه و صحته، فالكفيل المتضامن و إن كان يلتزم بما يلتزم به المدين المضمون، فذلك لا يعني أن التزامه مرتبط بالتزام المدين المكفول فيتبعه صحة و بطلانا، و إنما

---

[1] - علي البارودي – د. محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 133.

[2] - مصطفى كمال طه - وائل بندق ، المرجع السابق،ص 142-143.

[3] - محمد السيد الفقي، المرجع السابق،ص 169.

يعد التزام الكفيل التزاما مستقلا و قائما بذاته تطبيقا لمبدئي استقال التوقيعات و قاعدة تطهير الدفوع.

فان كان التزام المدين المضمون باطلا لعدم مشروعيته فلا يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بهذا البطلان في مواجهة الحامل ، حيث نصت المادة 409 من القانون التجاري في فقرتها السابعة على أنه : " ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل ."

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قد اعتبر الضامن الاحتياطي بمثابة مدين أصلي وليس كفيلا متضامنا ، فجعل التزامه أصيلا ومستقلا عن التزام الموقع المضمون ولو كان التزام هذا الأخير باطلا وذلك استنادا لقاعدة استقلال التوقيعات وقاعدة تطهير الدفوع.

و في الأخير نقول أن التبرير أو الرأي القائل بان مركز الساحب بعد قبول المسحوب عليه و المظهر هو مركز صرفي خاص يصلح لتبرير جميع الموقعين على السند لأمر ، إذ لا يمكن أن نطبق أحكام التضامن المدني على التضامن الصرفي على الرغم من التشابه في الأسس التي يقوم عليها التضامن المدني و التضامن الصرفي إلا أن الاختلاف بينهما في الكثير من الأمور الجوهرية واضح[1].

المطلب الثاني: أحكام التضامن الصرفي.

الأصل أن أحكام التضامن المعروفة في القواعد العامة هي التي تسري على تضامن الموقعين على السند التجاري ما لم يرد نص خاص في القانون التجاري[2]، و بقيام المشرع بالنص عليه أصبحت الأحكام و الأسس التي تحكم التضامن الصرفي مختلفة نوعا ما عنها في القواعد العامة، حيث يقوم التضامن بين الدائن و المدينين المتضامنين على وحدة المحل و تعدد الروابط و هي نفسها التي تحكم العلاقة بين الحامل و الموقعين على السند التجاري، كما العلاقة بين المدينين المتضامنين و مبدأ انقسام الدين و النيابة التبادلية و مبدأ رجوع المدين الموفي على المدينين المتضامنين، و هي نفس الأسس التي تحكم العلاقة التجارية بين الموقعين بعضهم مع البعض الآخر، و لكن نظرا لخصوصية التضامن الصرفي فان لأحكامه عدة مميزات تظهر من خلال كل من علاقة الحامل بالموقعين و علاقة الموقعين مع بعضهم.

فسنتطرق في هذا المطلب لعلاقة الحامل بالموقعين على الورقة التجارية في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني لعلاقة الموقعين بعضهم البعض.

الفرع الأول: علاقة الحامل بالموقعين على الورقة التجارية.

[1] - عبد الأمير عزيز العكيلي، المرجع السابق،ص 158 و 160.

[2] - نادية فضيل ،المرجع السابق،ص 76.

يقوم التضامن وفقا للقواعد العامة على أسس ثلاثة تنطبق أيضا على التضامن الصرفي فلا خلاف أن هذا التضامن في هذه العلاقة يلزم عنه ما يلي:

أ- وحدة الدين: أي عدم قابلية الدين للانقسام في علاقة المدينين المتعددين أو الموقعين على السند بالدائن أي حامل السند، و هذا الدين هو الالتزام الثابت في السند[1]، إذ أن محل التزام كل موقع هو مبلغ السفتجة بأكمله[2]، و مقتضى هذا المبدأ أنه يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، فإذا طالب الحامل أحد المدينين فلا يجوز لهذا المدين أن يدفع بتقسيم الدين لأن المدين المتضامن يكون مسئولا تجاه الدائن أي الحامل عن الوفاء بكل الدين، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 432 من القانون التجاري: "و يكون للحامل حق الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون مرغما بمراعاة الترتيب الذي توالت عليه التزاماتهم".

و إذا أراد الحامل الرجوع على المدينين المتضامنين منفردين فلا يتقيد في ذلك بمطالبة بعضهم قبل غيرهم أو بإتباع ترتيب معين في مطالبتهم[3]، و على ذلك يستطيع الدائن مطالبة كل مدين متضامن على حده، أو يطالب جميع المدينين مرة واحدة، و إذا وجه المطالبة لأحدهم و لم يحصل على الوفاء جاز له أن يطالب أي موقع أخر و دون مراعاة ترتيب توقيعاتهم[4]، و رتب المشرع على وفاء أحد الموقعين للحامل براءة ذمة سائر الموقعين في مواجهة الحامل[5].

و القواعد التي تحكم التضامن في القواعد العامة هي التي تسري في الأصل على التضامن الصرفي، لأن التضامن يقوم في الحالتين على أساس وحدة الالتزام في العلاقة بين المدينين و الدائن و هي نفسها التي تحكم علاقة الحامل بالموقعين الملتزمين.

و مع ذلك يتميز التضامن الصرفي في بعض الوجوه، إذ يجب على حامل السند التجاري أن يبدأ بمطالبة المسحوب عليه بالنسبة للسفتجة و محرر السند لأمر و ساحب الشيك[6]، فان حامل السند يلتزم بالرجوع عليهم أولا، و إذا امتنعوا عن الوفاء على الحامل إثبات امتناعهم رسميا باحتجاج عدم الدفع، ثم بعد ذلك يقوم بالرجوع على جميع الموقعين، وهنا لا يلتزم في رجوعه بترتيب معين[7]، و يرجع الحامل على المسحوب عليه سواء قبل أم لم يقبل، في حين أن التضامن في القواعد العامة لا يقيد الدائن بمطالبة ملتزم قبل غيره[8]، فإذا امتنع المسحوب عليه عن وفاء قيمة السفتجة

---

[1] - عاطف محمد الفقي ،"الأوراق التجارية"، الكمبيالية، السند لأمر، الجزء الأول، طبعة 2001 ص 119.

[2] - نادية فضيل، المرجع السابق،ص 76.

[3] - علي حسن يونس، المرجع السابق ص 216.

[4] - عزيز عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق، ص 152.

[5] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 76.

[6] علي حسن يونس، المرجع السابق ص 217.

[7] - عاطف محمد الفقي، المرجع السابق،ص 120.

[8] - علي حسن يونس، المرجع أعلاه، ص 217.

عندما تقدم له في تاريخ الاستحقاق من طرف الحامل، وإذا لم يكن المسحوب عليه قد قبلها فليس للحامل إقامة الدعوى عليه لمطالبته بالوفاء، أما إذا كان قد سبق وقبلها عندما عرضت عليه للقبول و امتنع عن الوفاء رغم قبوله السابق ففي هذه الحالة للحامل حق رفع هذه الدعوى مباشرة لمطالبته بمبلغ السفتجة، أما إذا كان المسحوب عليه غير قابل فان للحامل حق الرجوع على باقي الملتزمين بالسفتجة لاقتضاء ديونه، ذلك أن جميع الموقعين على السفتجة ضامنون وفاء قيمتها إلى الحامل عند امتناع المسحوب عليه، إلا من اشترط منهم عدم ضمان الوفاء إضافة لاستبعاد شرط التضامن[1].

و عليه فقد ألزم المشرع الحامل أن يبدأ أولا بمطالبة المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق، فإذا امتنع عن الدفع تعين على الحامل أن يحرر احتجاجا فيه امتناعه عن الدفع حتى يستطيع الرجوع على بقية الملتزمين، حسب المادة 427 من القانون التجاري التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يجب إثبات الامتناع عن القبول والامتناع عن الدفع بإجراء من كتابة الضبط"، يتضح لنا من النص أنه في حالة عدم قيام الحامل بإثبات الامتناع عن القبول أو عن الوفاء أمكن للساحب الذي قدم مقابل الوفاء و لسائر المظهرين أن يحتجوا عليه بسقوط حق.

كما يحكم علاقة الحامل بالموقعين مبدأ آخر و هو:

ب- مبدأ تعدد الروابط القانونية: مما لا شك فيه أن هناك روابط متعددة تجمع الحامل بكل الموقعين على السند تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات، و مقتضى المبدأ أن يكون للحامل الرجوع على الملتزمين مجتمعين أو منفردين لمطالبتهم بنفس الدين، بحيث تنشئ بين الدائن و كل ملتزم علاقة قانونية خاصة فلا تعارض بين وحدة الدين أو وحدة الالتزام و تعدد الروابط[2]، بمعنى أنه على الرغم من وحدة الدين فان كل مدين يلتزم به بصفة مستقلة كما لو لم يكن هناك مدين غيره تجاه الحامل و لا رابطة بين هذه العلاقات المتعددة إلا وحدة الدين، و يترتب على ذلك أن رجوع الدائن على أحد المدينين لا يفقده حقه في الرجوع على الآخرين، و مبدأ تعدد الروابط معروف في قانون الصرف بمبدأ استقلال التوقيعات، و هو من المبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف[3]، و مقتضى هذا المبدأ أن الشخص يلتزم بمجرد توقيعه على الورقة التجارية، و تنشئ عن ذلك علاقة قانونية بين الملتزم و الحامل مستقلة عن العلاقات الأخرى التي تربط الحامل بالملتزمين الآخرين، فلا يكون لأحدهم الاحتجاج بأوجه الدفع الخاصة بغيره[4].

لذلك فمن الطبيعي أن يتأثر الالتزام في كل واحدة من هذه الروابط بالظروف الخاصة بالدائن، أي الحامل و الملتزم الذي يحصل الرجوع عليه، لكن لا يكون لهذا

---

[1] - علي فتاك، المرجع السابق،ص141.

[2] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 218.

[3] - عزيز عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق،ص 153.

[4] - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،ص 259.

الملتزم أن يحتج على الحامل بالظروف الخاصة بغيره من الملتزمين فلا يجوز لأحد الملتزمين الاحتجاج على الحامل بأوجه الدفع الخاصة بغيره، فلا يجوز للمظهر الاحتجاج على الحامل بأوجه الدفع الخاصة بالساحب أو المسحوب عليه القابل[1]، فحسب هذا المبدأ يمكن أن تكون رابطة أحد الموقعين صحيحة و رابطة الآخر معيبة، و يجوز أن تنقضي رابطة الحامل بأحد الموقعين بأي سبب من أسباب الانقضاء مع بقاء رابطته بالآخر قائمة[2].

فلا يحتج مثلا بانعدام الأهلية إلا من انعدمت أهليته دون غيره، و هذا خروج عن القواعد العامة و لا يمكن للملتزم الدفع بأي عيب متعلق بملتزم آخر، إلا إذا تعلق الأمر بدفع متعلق بالتزوير أو عيب شكلي شاب السند.

أما إذا أراد الحامل الرجوع على أحد الموقعين المتضامنين يجب أن لا تكون الورقة التجارية قد شكلت موضوع حجز و أمر آخر بالدفع تطبيقا لقرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 ماي 1994 مفاده:" من المقرر قانونا أن صاحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي، ملزمون جميعا على وجه التضامن. ويكون لهذا الأخير حق الرجوع عليهم منفردين أو مجتمعين.

ولكن متى ثبت أن الكمبيالة المثارة من طرف الطاعن قد شكلت موضوع أمر بالحجز و أمر آخر بالدفع، فان البنك الخارجي لا يمكنه دفعها إلا إذا رفع الحجز، وعليه فان قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما ويتعين رفض الطعن الحالي [3]".

الفرع الثاني: علاقة الموقعين مع بعضهم.

يحكم هذه العلاقة مبدأ "انقسام الدين" فعلى عكس العلاقة بين الحامل و الموقعين أين يكون الدين غير قابل للانقسام، فان في هذه العلاقة ينقسم الدين بين المدينين المتضامنين بعضهم البعض[4]، فخروجا عن القاعدة العامة في القانون المدني التي تقضي بمبدأ انقسام الدين، و تمنح للمدين الذي أوفى الدين كله للدائن بأن يرجع على المدينين المتضامنين معه بما أوفى مخصوما منه حصته في الدين.

فان المشرع التجاري خرج عن هذا المبدأ و قرر للمدين بالسند أي الملتزم الذي وفى بقيمة السند للحامل الحق في الرجوع على الموقعين السابقين له بما أوفاه، و سبب هذا الخروج عن القواعد العامة هو أن التزامات الموقعين لا تنشئ دفعة واحدة كما في القانون المدني بل يلتزمون على التعاقب و بمقتضى تصرفات قانونية مستقلة، بحيث يعتبر كل موقع ضامنا لمن بعده مضمونا ممن سبقه.

---

[1] - علي حسن يونس، المرجع السابق،ص 218-219.

[2] - نادية فضيل، المرجع السابق،ص 76.

[3] - المجلة القضائية ، الغرفة التجارية والبحرية، العدد الأول لسنة 1995، ص 191.

[4] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 216.

كما أنه غالبا ما يدفع كل موقع قيمة السند عند انتقاله إليه، لذلك أجاز المشرع لمن أوفى للحامل أن يرجع بما أوفاه على الموقعين قبله، و إذا أوفى أحد الملتزمين قيمة السند يرجع على الملتزمين الباقين بكل الدين، و لا يستطيع أن يدفع من رجع عليه بتقسيم الدين، لأن كل موقع مضمون من الموقع السابق عليه و يعتبر ضامن للموقع اللاحق له[1]، ذلك لأن الالتزامات لا تنشئ دفعة واحدة كما هي عليه الحال في القانون المدني، بل تنشئ على دفعات متتالية بمناسبة ما يرد على السند من تظهير و ضمان و قبول بالنسبة للورقة التجارية، لذلك جعل القانون التجاري كل موقع ضامن للموقعين اللاحقين عليه و مضمون بالموقعين السابقين له[2].

و من ناحية أخرى فان مطالبة احد الملتزمين في الورقة التجارية تبرئ الملتزمين اللاحقين له، في حين أن التضامن في القواعد العامة يخول للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين دون التقيد بإتباع ترتيب معين بحيث لا تحول مطالبة أحدهم دون مطالبة الباقين.

و لا يعتبر التضامن الصرفي من قبيل تضامن المدينين و لكنه تضامن المدين الأصلي مع غيره من الكفلاء و الضمّان في الورقة التجارية، فإذا دفع المدين الأصلي مبلغ السند فلا رجوع له على أحد، إلا إذا كان هو المسحوب عليه بالنسبة للسفتجة و لم يتلق مقابل الوفاء فيكون له الرجوع على الساحب، أما إذا دفع احد الكفلاء والضامنين الاحتياطيين فيكون لهم الرجوع على غيرهم ممن يسألون عن الوفاء كالموقعين السابقين عليه أو المسحوب عليه القابل، و ينصب الرجوع على المبلغ الذي أوفاه الملتزم للحامل دون أن يتحمل الموفي بأي نصيب في الدين لأنه ضامن للملتزمين اللاحقين له مضمون بالسابقين عليه، في حين أن التضامن العادي في القواعد العامة لا يستوجب أن يكون احد الملتزمين أو بعضهم مضمونا من غيره بحيث ينقسم الدين على جميع الملتزمين[3].

و تقوم علاقة المدينين الملتزمين أي الموقعين بعضهم البعض على مبدأ آخر و هو:

ب- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر: يقوم التضامن على أساس وجود النيابة التبادلية بين الملتزمين المتضامنين، و مقتضى المبدأ أن يكون كل واحد منهم أصيلا في الوفاء بحصته من الدين و نائبا عن غيره في الوفاء بأنصبتهم، و تستوجب النيابة التبادلية الكاملة أن العمل الذي يقوم به أحد الملتزمين ينتج أثره بالنسبة لهم جميعا، كما أن الإجراء الذي يتخذه الدائن ضد أحدهم يسري عليهم جميعا، لكن القانون المدني لم يطبق النيابة التبادلية على إطلاقها بل قصرها في حدود معينة و جعلها نيابة تبادلية ناقصة أي سريانها فيما ينفع المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم.

---

[1] - عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص120.

[2] - نادية فضيل، المرجع السابق ص 77.

[3] - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 217.

فمثلا: إذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين، أما إذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار، و يتفق التضامن العادي مع التضامن الصرفي في أن هذا الأخير يأخذ بمبدأ النيابة التبادلية الناقصة في العلاقة بين المدينين المتضامنين[1].

فإذا انقطعت مدة التقادم أو أوقفت بالنسبة إلى احد الموقعين لا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي الموقعين[2].

و يمكن للحامل أن يطالب أحد موقعي الورقة فقط، و الحكم الذي يصدر في مواجهة الشخص الذي اختاره الدائن لا يتعدى أثره إلى سائر موقعي السند[3].

فعند صدور الحكم لصالح احدهم فيستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالموقع الذي صدر الحكم لصالحه.

أما إذا تصالح الحامل مع احد الموقعين على السند و تضمن الصلح الإبراء من الدين بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون، أما إذا كان من شأن الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد في التزاماتهم فانه لا ينفذ في حقهم إلا إذا رضوا به.

وفي حالة إقرار أحد الموقعين على السند بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين، و إذا نكل احدهم عن اليمين أو وجه إلى الحامل يمين حلفها فلا يضار من ذلك باقي الموقعين، و إذا اقتصر الحامل على توجيه اليمين إلى احد الموقعين فان الموقعين الآخرين يستفيدون من ذلك.

أما إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة لأحدهم فلا يكون لذلك اثر بالنسبة للباقين أي باقي الموقعين[4].

و قد أكدت المادة 427 من القانون التجاري هذا الحكم، حيث أوجبت على الحامل أن يعلن من يريد الرجوع عليه و يكلفه بالحضور أمام المحكمة في المواعيد المحددة، و يتعرض الحامل لسقوط حقه إذا لم يتخذ هذه الإجراءات قبل الضامن الذي يريد الرجوع عليه.

كما انه إذا سرت الفائدة القانونية لأحد الموقعين على السند التجاري نظرا لتأخره عن الدفع فلا تسري هذه الفائدة على سائر الموقعين[5].

و التضامن الصرفي بين المدينين في سند السحب لا يتعلق بالنظام العام، لذا يجوز للمدينين أو أحدهم استبعاده بشرط صريح، و هو شرط عدم الضمان الذي يعد من البيانات الاختيارية التي يجوز أن يتضمنها السند[6].

---

[1] - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 260.

[2] - عمار الشربيني، المرجع السابق،ص 315.

[3] - صبحي عرب، المرجع السابق، ص100.

[4] - نادية فضيل، المرجع السابق، ص77-78.

[5] - صبحي عرب، المرجع السابق، ص 100.

[6] - عزيز عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق،ص 155.

المطلب الثالث: آثار التضامن الصرفي.

إن التضامن في العمل التجاري مفترض بالتالي تطبق عليه القواعد العامة، و لو لم ينص عليه المشرع لكان من الممكن أن يطبق عليه نفس الحكم الذي يقضي بافتراض التضامن عند تعدد المدينين و وحدة الدين، لكن بالرغم من أن المشرع قد نص عليه صراحة إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق الأصول العامة و القواعد العامة[1]، لكن و نظرا لخصوصية التضامن الصرفي و قسوة أحكامه التي ميزته جعلته مختلفا عن التضامن المدني، و هذا الاختلاف يظهر من خلال أثار التضامن الصرفي بين الموقعين و التي رغم تشابهها مع أثار التضامن المدني إلا أن هناك عدة فوارق جوهرية تميز التضامن الصرفي، و ذلك حتى بالنسبة لإفلاس الموقعين أو الملتزمين الصرفيين أين يظهر تطبيق هذا المبدأ جليا و له أثاره الخاصة.

الفرع الأول: تميز التضامن الصرفي عن التضامن المدني من حيث الآثار.

يقوم التضامن بين المدينين في القواعد العامة على فكرتين جوهريتين هما وحدة الدين الذي يلتزم به المدينون المتضامنون نحو الدائن، و فكرة تعدد الروابط بمعنى أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن الروابط الأخرى، و إلى جانب هاتين الفكرتين يرتب التضامن آثار ثانوية ترد على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين، على أن هذه النيابة لا تكون إلا فيما ينفع المدينين و لا تتناول ما يضرهم.

و لا شك أن التضامن الصرفي يقوم على مبدأ وحدة الدين بحيث يحق للحامل أن يطالب أيا من المدينين في السند بكل الدين، و لا شك أن هناك روابط متعددة تجمع الحامل بكل موقع على السند تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات، أما فيما يتعلق بالنيابة التبادلية فمن الثابت انه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة لأحد الموقعين على السند فلا يضار من ذلك الباقون، و إذا صدر حكم على احد الموقعين لمصلحة الحامل فلا يكون حجة على الموقعين الآخرين الذين لم يمتثلوا في الدعوى[2].

و بالرجوع لمبدأ وحدة الدين أو محل الالتزام فهو متمثل في الوفاء بقيمة السند[3]، بحيث يحق للحامل أن يطالب أيا من المدينين في الورقة بكل الدين، أما بالنسبة لمبدأ تعدد الروابط فكل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن الروابط الأخرى[4].

كما يتفق التضامن الصرفي مع التضامن المدني في ما يتعلق بجواز أن يرجع الدائن على أي منهم دون تقيد بترتيب معين، و جواز أن يرجع على الآخرين اللاحقين في الترتيب و لو بعد الرجوع على موقع سابق[5].

---

[1] - علي البارودي- محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 136.

[2] - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 94-95.

[3] - علي البارودي، المرجع السابق، ص 136.

[4] - مصطفى كمال طه،" الأوراق التجارية و الإفلاس"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997 ص 119.

[5] - علي البارودي، المرجع أعلاه، ص 137.

إلا انه رغم هذه الأحكام المشتركة فان التضامن في الأوراق التجارية يعد التزاما صرفيا،
لذلك فانه يتميز بخصائص جوهرية تميزه عن التضامن المدني تظهر بصفة خاصة في آثار التضامن الصرفي وهي:
أن في حالة وفاء أحد الموقعين لقيمة السند يصبح و كأنه الحامل الجديد للورقة، و يتمتع بجميع الحقوق الناشئة عنها، فيحق له الرجوع على باقي الموقعين مجتمعين أو على انفراد ليطالبهم بما دفعه كاملا، و لا يكون رجوعه عليهم بمقدار حصة كل واحد منهم، و هذا خلافا لما نص عليه القانون المدني بشأن العلاقة بين المدينين المتضامنين عندما يقوم أحدهم بوفاء الدين كله[1].
إلى جانب ذلك فان العلاقة القانونية بين المتضامنين في التزام مدني هي واحدة بالنسبة لجميع الموقعين، بينما تختلف هذه العلاقة بين المتضامنين في السند التجاري[2].
و ثمة أثر جوهري ينتج عن التضامن الصرفي و هو مختلف عن التضامن المدني يظهر في ما أقامه المشرع من تضامن داخلي بين الموقعين على السند أنفسهم، بالإضافة إلى التضامن الخارجي الذي يربط الموقعين على السند بالحامل[3]، و التضامن الخارجي يشمل الساحب و المظهر و الضامن الاحتياطي إلى جانب القابل بالتدخل في السفتجة، وذلك في علاقتهم مع الحامل الذي له حق الرجوع على من يختاره أو عليهم كلهم.
أما التضامن الداخلي بين الموقعين على السند فمفاده أنه يجوز للموقع الذي قام بالوفاء للحامل الرجوع على غيره من الموقعين منفردين أو مجتمعين بكل ما أوفاه، على أن المقصود بهؤلاء الموقعين المعرضين للرجوع عليهم من جانب الموقع الصرفي أولئك الضامنين له أي الموقعين السابقين، فإذا كان الموقع الموفي هو الساحب فليس له حق الرجوع على المستفيد و المظهرين اللاحقين له لأنه هو الذي يضمن لهم جميعا الوفاء بقيمة السند، و مع ذلك إذا كان الساحب الموفي قد قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه جاز له الرجوع على هذا الأخير و على كفيله أيضا.
و انه بصدد الرجوع الداخلي بين المدينين المتضامنين يبدو الاختلاف واضحا بين التضامن الصرفي و التضامن المدني طبقا للقواعد العامة، فالتضامن المدني لا يكون إلا في علاقة الدائن بالمدينين، أما في علاقة هؤلاء المدينين بعضهم فان الدين ينقسم بينهم، بحيث إذا قام احدهم بالوفاء بالدين كله لا يجوز له الرجوع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين كما سبق و ذكرنا.
أما إذا وفى المدين للحامل فله أن يرجع على من سبقوه في التوقيع مجتمعين أو منفردين بكامل قيمة السند، و تفسير ذلك أن التزامات الموقعين لا تنشئ دفعة واحدة

[1] - فوزي محمد سامي، المرجع السابق ،ص 202-203.
[2] - صبحي عرب، المرجع السابق،ص 99.
[3] - مصطفى كمال طه- الأستاذ وائل بندق، المرجع السابق، ص141.

بمقتضى تصرف قانوني واحد و إنما تتعاقب هذه الالتزامات بموجب تصرفات قانونية مستقلة، بحيث يعتبر كل موقع مضمونا ممن سبقه ضامنا لمن بعده[1].

كما أن الموقع على الورقة قد أدى قيمتها عند انتقالها إليه، فمن العدل أن يستوفي ما أداه إذا اضطر إلى الوفاء للحامل، و يخلص من ذلك أن عبئ الدين الصرفي لا ينقسم على المدينين كما هو حكم القواعد العامة بل يتحمله في النهاية واحد منهم.

كذلك من بين الآثار المميزة للتضامن الصرفي انه في القواعد العامة يجوز للدائن أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين حسب اختياره، أما حامل السند فيلتزم بالرجوع على المدين الأصلي أولا، ففي السفتجة يجب الرجوع على الساحب أو المسحوب عليه القابل، أما الشيك و السند لأمر فالرجوع يكون على الساحب أو محرر السند لأمر أولا قبل الموقعين الآخرين، فلا يحق للحامل مطالبتهم إلا إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء و أثبت امتناعه رسميا باحتجاج عدم الدفع، و من ناحية أخرى فان مطالبة الساحب فقط تترتب عليها براءة ذمة المظهرين و مطالبة احد المظهرين تبرئ ذمة المظهرين اللاحقين الذين لم تحصل مطالبتهم، و ذلك لان كل موقع ضامن لمن بعده مضمون ممن سبقه[2].

كما يتميز التضامن الصرفي عن التضامن المدني في مبدأ النيابة التبادلية الناقصة التي يتفق فيها كلاهما، و مقتضاها الاستفادة من كل ما ينفع أحدهم و استبعاد كل ما يضر بأحدهم، إلا أن المشرع التجاري قد خرج عن هذا المبدأ وهو النيابة التبادلية الناقصة فيما يخص شرط الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج الذي يحرره المظهر أو احد ضامني الوفاء، والذي لا يسري أثره إلا عليه، فهذا يعد خروج عن مبدأ النيابة التبادلية الناقصة فيما ينفع المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم، و هوا ما نصت عليه المادتين 431 و 518 من القانون التجاري، و هذا يسري بالنسبة لشرط عدم التضامن الذي يحرره أحدهم لا يسري إلا بالنسبة له و لا يعود أثره لكل المدينين المتضامنين.

و إلى جانب ذلك هناك اثر أخر متميز للتضامن الصرفي هو أنه إذا كان بإمكان الكفيل المتضامن في التضامن المدني أن يدفع بكل الدفوع التي من حق الشخص الذي كفله أي المدين الأصلي، فان في التضامن الصرفي لا يمكن ذلك فكل شخص يدفع بدفوعه الخاصة به، و لا حتى بالنسبة للضامن الاحتياطي الذي يعد كفيل متضامن مع من تدخل لمصلحته و ضمنه، حيث لا يمكن للضامن الاحتياطي أن يستعمل دفوع المدين المضمون، حيث نصت المادة 409 في الفقرة السابعة التي تنص: "يكون التزام ضامن الوفاء صحيحا و لو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب أخر غير عيب في الشكل"، أي لا يمكنه الدفع بدفوع الشخص المضمون إلا إذا تعلقت بتزوير أو عيب شكلي.

---

[1] - محمد السيد الفقي المرجع السابق،ص167-168.

[2] - مصطفى كمال طه" الأوراق التجارية و الإفلاس" دار الجامعة الجديدة للنشر الطبعة 1997 ص 120.

كل هذه الآثار المتميزة للتضامن الصرفي ترجع لاعتباره تضامنا ناقصا على عكس التضامن المدني فهو تضامن تام، لأن المتضامنين يعتبرون مدينين أصليين بالنسبة للدائن و ليس مجرد كفلاء متضامنين لمدين واحد[1].

و ترجع كذلك لاعتبار التضامن الصرفي يستند إلى فكرة الكفالة التجارية بينما يستند التضامن المدني إلى فكرة الوكالة، لأن كل شخص في التضامن المدني يعتبر و كأنه قد وكل كل الأشخاص المتضامنين معه لوفاء الدين في تاريخ استحقاقه[2].

الفرع الثاني: تضامن المفلسين الموقعين على الورقة التجارية.

من الأمور المألوفة في الحياة التجارية أن حالات تعدد الملتزمين بدين واحد لأسباب مختلفة منها التزام الموقعين على الورقة التجارية، و قد يكون هؤلاء الملتزمون مدينين أصليين متضامنين في الوفاء بالدين، و قد يكون بعضهم مجرد كفيل لأحد الملتزمين الأصليين، فان هذا الاشتراك في الالتزام لا يمنع إفلاسهم أو إفلاس أحدهم، فالقاعدة أن إفلاس أحد الملتزمين بالدين لا يؤثر في مركز الملتزمين الآخرين سواء كان هؤلاء الملتزمون مدينين متضامنين معه أم كفلاه في الدين[3]، فإذا أفلس المدين فالأصل أنه لا يؤثر في مركز المدينين المتضامنين معه أو الأشخاص الكفلاء له في الدين ما داموا لم يتوقفوا عن دفع ديونهم الحالة، فإذا أسقط الأجل بالنسبة إلى المدين المفلس فإنه لا يسقط بالنسبة لهم فلا يلزمون بالدفع إلا عند حلول الأجل، و هم ملتزمون بالوفاء بأصل الدين و فوائده ما استحق منها قبل شهر إفلاس المدين الآخر أم بعده، لأنهم لا يستفيدون من مبدأ وقف سريان الفوائد.

وفي حالة وقوع الصلح مع الملتزم الذي أفلس فلا تسري شروط الصلح على الآخرين[4]، و ذلك حسب المادة 291 من القانون التجاري[5].

و إذا أدى احد المتضامنين مع المفلس أو أحد كفلاه كامل الدين فإنه يحق له الرجوع على التفليسة كدائن عادي فيشترك مع باقي الدائنين في قسمة غرماء، و خلافا للقاعدة المذكورة و هي أن إفلاس أحد المدينين لا يؤثر على المتضامنين مع المفلس و كفلاه، فقد نصت المادة 426 من القانون التجاري: "يمكن للحامل الرجوع على المظهرين و الساحب و باقي الملتزمين:

-في الاستحقاق إذا لم يتم الوفاء، و حتى قبل الاستحقاق:

1. إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول.
2. في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه و لو لم يثبت بعد حكم أو بحجز أمواله دون طائل.

---

[1] - Jaques Mestre, op, cit, page 736.

[2] - صبحي عرب، المرجع السابق، ص 99.

[3] - عزيز العكيلي" أحكام الإفلاس و الصلح الواقي" دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 1997،ص 131.

[4] - احمد محمود خليل" شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد" منشاة المعارف ، للنشر الطبعة 2001- 2002 ص 103.

[5] - تنص المادة 291 من القانون التجاري: " يحتفظ الدائنون بدعواهم بكامل حقهم ضد شركاء مدينهم في الالتزام رغم إبرام الصلح"

3. إذا أفلس ساحب السفتجة التي لا يتعين تقديمها للقبول..."

يتضح لنا من خلال نص المادة 426 أن إفلاس المدين أي المسحوب عليه في السفتجة غير الصالحة للقبول أو إفلاس محرر السند الإذني أو توقفه عن الدفع يجيز لحامل السفتجة أو السند الإذني الرجوع على الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق[1].

فان هذا الاستثناء لا يخص إلا السفتجة و السند لأمر حسب المواد 426 و 467 من القانون التجاري، كما أن هذا الاستثناء لا يخص إلا المدين الأصلي في الورقة التجارية و هو الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء و المسحوب عليه القابل أو الذي تلقى مقابل الوفاء، فرجوع الحامل على الموقعين سببه أنهم متضامنون مع المدين الأصلي، حيث يطالبهم بالوفاء أو بتقديم كفيل.

أما إفلاس احد الضامنين في الصك فلا يجيز للحامل الرجوع على المدين الأصلي أو الضامنين الآخرين قبل حلول اجل الاستحقاق[2].

و إذا فرضنا أن الدائن أي الحامل قد استوفى حقه من احد الملتزمين عند تعددهم فلا حق له بالدخول في تفليسة من أفلس منهم، على انه بالمقابل يحق للملتزم الذي أوفى للدائن الدخول في تفليسة المدين المفلس.

و إذا استوفى الدائن جزء فقط من حقه من أحد الملتزمين فيحق له الدخول في تفليسة المدين المفلس بقدر ما لم يستوفه، و يحق لمن أوفى له من الملتزمين الدخول في تفليسة المدين المفلس، و في حالة حصول الدائن على جزء من حقه في تفليسة المدين المفلس يظل له حق مطالبته باقي الملتزمين بقدر ما لم يحصل عليه كما يحق لهؤلاء الدخول في التفليسة بقدر ما سدده كل منهم[3].

و لكن إذا أجيز للدائن في حالة تعدد التفليسات أن يشترك في كل تفليسة بكل دينه فانه يمنع عليه أن يحصل من هذه التفليسات على أكثر من حقه في الدين، فإذا كان مجموع ما حصل منها يزيد على دينه وجب أن يرد الزيادة[4].

و إذا افترضنا إفلاس جميع الملتزمين بدين واحد في وقت واحد كان للدائن الحق في رفع الأمر بحقوقه في كل تفليسة و بكل دينه دون تقسيم بينهم، مع إضافة حقه في المصاريف المدفوعة، و لا يجوز لأي تفليسة من هؤلاء الرجوع على تفليسة أخرى بما وفته للدائن[5].

قد أتى المشرع بقاعدة جواز رجوع الدائن بكامل الدين في تفليسة كل المدينين، حسب المادة 288 من القانون التجاري التي تنص على انه: " للدائن صاحب التعهدات الموقعة أو المظهرة أو المكفولة تضامنيا من قبل المدين وشركاء له في الالتزام و المتوقفين عن الدفع أن يطالب كل جماعات الدائنين بالقيمة الاسمية لسنده وان يشترك في التوزيعات حتى الوفاء الكامل".

---

[1] - مصطفى كمال طه «الأوراق التجارية و الإفلاس" دار الجامعة الجديدة، للنشر ، طبعة 2003 ص 322.

[2] - احمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 104.

[3] - سميحة القليوبي" الموجز في أحكام الإفلاس "دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ن سنة 2003 ص 181.

[4] - عزيز العكيلي، المرجع السابق،ص 134.

[5] - صبحي عرب، المرجع السابق،ص 93.

لكن أتى لنا المشرع باستثناء بالنسبة للملتزمين بالتزام مشترك حيث منعهم المشرع من أن يرجع بعضهم على بعض بالحصص المدفوعة، فلا يحق مبدئيا للمدينين المتضامنين أو الكفلاء أن يدخلوا في التفليسة بما دفعوه للدائن على حساب الدين إذ لو سمح لهم بذلك لوجب قبول الدين في التفليسة بأكثر من قيمته الأصلية[1].

و هذا الاستثناء جاء في المادة 289 من القانون التجاري التي تنص على انه" لا يفتح باب الطعن في التسوية القضائية أو الإفلاس الخاص بالشركاء في الالتزام بعضهم ضد البعض الآخر، بسبب الحصص التي تمت تأديتها ما لم يكن مجموع الحصص المدفوعة من التسويات القضائية أو التفليسات فائضا على تمام مبلغ الدين من أصل وملحقات، ففي هذه الحالة يعود ذلك الفائض إلى أولئك الشركاء في الالتزام اللذين كان الآخرون لهم كفلاء، وفقا لأسبقية التعهدات ".

أما إذا حصل الدائن على أكثر من حقه تثور عندئذ مشكلة الرجوع فيما بين المدينين المتضامنين، فلحل هذه المشكلة قرر المشرع في المادة 289 من القانون التجاري في حالة وجود فائض على مبلغ الدين من أصل و ملحقات أن يعود هذا الفائض لشركاء الالتزام الذين كان الآخرون كفلاء لهم وفقا لأسبقية التعهدات، و هذه القاعدة كثيرة التطبيق بالنسبة للأوراق التجارية[2].

مثاله: دائن بورقة تجارية تحمل عدة توقيعات بتظهيرات متلاحقة حيث يعد كل مظهر مضمونا ممن سبقه و ضامنا لمن لحقه، فإذا حدث و أفلس أصحاب هذه التوقيعات، فانه طبقا للقواعد العامة يحق للدائن حامل الورقة التجارية الرجوع على أي من أصحاب هذه التوقيعات، حيث يضمن كل منهم من سبقه فتكون تفليسة المظهر الأول هي الأحق بما دفع للدائن بأكثر من حقه لأنه مكفول بمن بعده[3].

أما إذا أفلس الملتزمون تبعا فيمكن للدائن في هذه الحالة أن يتقدم في كل تفليسة من التفليسات المتلاحقة بكامل دينه، دون أن يلتزم بخصم ما يحصل عليه من التفليسة الأولى[4].

أما في حالة إفلاس بعض الملتزمين بعد الوفاء الجزئي و هي حالة استيفاء الدائن جزء من حقه من أحدهم ثم يفلس الباقي أو يفلس احدهم و يبقى الآخرون ميسورون[5].
ميسورون[5].

فان الدائن لا يدخل ضمن جماعة الدائنين إلا بعد طرح هذا القسط مع حفظ جميع الحقوق عن القدر الباقي له ضد الشريك في الالتزام أو الكفيل، و يدرج الشريك في الالتزام أو
الكفيل الصادر منه الدفع الجزئي في نفس جماعة الدائنين بالنسبة لكل ما دفعه إبراء لذمة المدين[1].

---

[1] - صبحي عرب، المرجع السابق،ص 93.

[2] - راشد راشد، المرجع السابق،ص 279.

[3] - سميحة القليوبي، المرجع السابق ص 182.

[4] - راشد راشد، المرجع السابق، ص 280.

[5] - عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 139.

المبحث الثاني

التضامن في الالتزامات الناشئة عن العقد التجاري.

إن تعدد أطراف الالتزام في العقد التجاري ناتج عن وحدة الصفقة ودليل على وحدة الدين أو الاشتراك فيه، و إن الاشتراك في الدين ناتج عن الاشتراك في المصلحة، و ينتج عن هذا الاشتراك في المصلحة أثر مهم و هو تضامن المتعاقدين و الذي يكون مفترضا دون حاجة للنص أو الاتفاق على تقريره حماية للدائنين، خاصة في حالة إفلاس أحد المدينين المتعاقدين فيستطيع الدائن في هذه الحالة أن يحصل على كل الدين من مدين آخر أي من متعاقد أخر.

كما أن الطبيعة القانونية لهذا التضامن غير ثابتة و ذلك لأن التضامن الذي نص عليه المشرع في القانون التجاري بالنسبة لبعض العقود مختلف عن التضامن المفترض من حيث إمكانية الاتفاق على استبعاده.

[1] - راشد راشد، المرجع أعلاه، ص280.

و نظرا لأهمية قاعدة افتراض التضامن في العقود التجارية فقد وسع الفقه نطاقها و جعلها تطبق بالنسبة لكل العقود التجارية في حالة ثبوت صفتها التجارية، و حتى شبه العقود و العمل غير المشروع في حالة ارتكاب الملتزمين بعقد تجاري لأخطاء مشتركة سببت أضرارا للغير، كما تظهر أهمية التضامن في العقود التجارية انه لم يترك مفترضا في كل الأحوال فقد يخضع للتقييد عندما يأتي النص عليه وتحديد أحكامه و إجراءاته و من هذه العقود هناك عقد النقل و عقد تأجير تسيير المحل التجاري.
لذلك فسوف نتطرق في هذا المبحث لثلاث مطالب نتناول فيها تبعا:

- مفهوم التضامن في العقد التجاري.
- مجال التضامن المفترض في العقد التجاري.
- التضامن في عقد النقل للبضائع، و عقد التأجير لتسيير المحل التجاري.

المطلب الأول: مفهوم التضامن في العقد التجاري.

إن التضامن عبارة عن وصف يلحق الالتزام يحول دون انقسامه في القواعد العامة، أما في القواعد التي تحكم العقد التجاري فان التضامن يعد حكما مشددا في تنفيذه دعما للائتمان التجاري و زيادة في دعم الثقة و الائتمان، فجعل التضامن في العقد التجاري مفترضا،إلا أن ذلك لم يمنع المشرع من أن ينص عليه تأكيدا لأهميته مما جعل قاعدة التضامن قاعدة مكملة تارة و آمرة تارة أخرى.

و هذا ما دفعنا للتطرق في الفرع الأول لفكرة التضامن المفترض كقاعدة مشددة في تنفيذ العقد التجاري، مع الإشارة لبعض العقود التجارية و ذلك لاستحالة حصرها كلها و سوف يكون ذلك.

بعد ذلك نتطرق للطبيعة القانونية لقاعدة افتراض التضامن في العقد التجاري و سوف يكون ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التضامن المفترض كحكم مشدد في تنفيذ العقد التجاري.

إن افتراض التضامن في علاقة المتعاقدين يعد من أهم القواعد و الأحكام و التي يترتب عنها آثار مهمة للعقد التجاري[1]، ففي المسائل التجارية يعد افتراض التضامن مبدأ يستند على قاعدة عرفية مفادها تضامن المدينين في الالتزام التجاري، مما يمنح للدائن ضمان أكبر للحصول على حقه فيكون لهذا الدائن الحق في المطالبة بكل قيمة الدين من أحد المدينين المتضامنين في الالتزام، ثم يرجع المدين الموفي على المتعاقدين معه و الذين لم ينفذوا التزامهم[2].

1- G. Ripert- R. Roblot, "Traite de droit commercial" effets de commerce – par Philipe Delbeque- Michel Germain, L.G.D.J, 17eme édition, 2004, page 478.

2- Yves Guyon "Droit des affaires", droit commercial générale et sociétés commercial economica – Tome 1, 7eme édition, page 75.

و إن هذا التضامن المفترض يطبق على كل العقود التجارية، مع ذلك يوجد بعض العقود التجارية التي نص فيها المشرع صراحة على تضامن المتعاقدين فيها مثل عقد النقل و عقد تأجير التسيير، إلا أن المشرع وهو في صدد تعداد العقود التجارية قد أتى لنا بأهم العقود التجارية أو العقود الأكثر شيوعا، مثل عقد الوكالة التجارية لكنه لم ينص على التضامن فيها.

و عليه فان المشرع قد ينص على بعض العقود التجارية و يقرر فيها تضامن المتعاقدين فيها كضمان لتنفيذ الالتزام العقدي، فيكون هنا التضامن حكم قانوني مشدد لالتزامات المتعاقدين بعقد تجاري، و يكون هذا التضامن في هذه الحالة قانوني من النظام العام لا يمكن للمتعاقدين استبعاده من المدينين المتعاقدين.

كما قد ينص المشرع على بعض العقود التجارية و يأتي لنا بأحكامها لكن لا يأتي على ذكر تضامن الملتزمين المتعاقدين فيها، كما لم ينص المشرع على بعض العقود التجارية و لم يأت لنا بأحكامها نظرا لان الحياة التجارية تتميز بالسرعة مما يؤدي لظهور الكثير من العقود التجارية بصفة سريعة و مستمرة مما يجعل حصرها في التقنين التجاري أمر صعب، فان كلا من العقود التجارية المسماة و غير المسماة تخضع للقواعد العامة في أركانها و شروط صحتها و أحكامها لأنه لا توجد أحكام خاصة و مستقلة تحكم العقود التجارية إلا بعض الخصائص المميزة للعقد التجاري تظهر خاصة في حرية تكوين العقد التجاري، التي تؤدي لوجود الرضا المتميز عن العقود المدنية إضافة لسرعة تحويل الحقوق و سهولة الإثبات، و أهم هذه الخصائص يتمثل في القسوة في تنفيذ العقد التجاري حيث يمثل التضامن المفترض للمتعاقدين أهم صور ومظاهر القسوة في تنفيذ العقد التجاري.

يكون التضامن مفترضا في كل من العقود المسماة التي لم يأت المشرع بقاعدة تضامن المتعاقدين فيها و كل من العقود غير المسماة التي لم يأت لنا المشرع بأحكامها ، حماية للدائنين و ضمانا لهم لاستيفاء حقوقهم و حماية للائتمان التجاري و دعما للثقة في الحياة التجارية.

و من بين العقود التجارية التي لم ينص عليها المشرع عقد السمسرة و هو العقد الذي يتوسط فيه شخص بين طرفين لحملهما على التعاقد و يظهر الالتزام التضامني فيه كما يلي:

الحالة الأولى: إن للسمسار الحق في استحقاق أجرته إذا كانت الجهود التي بذلها للتوسط بين طرفي العقد أدت إلى التوصل إلى عقد اتفاق بينهما، رغم أن دور السمسار يختلف من عملية لأخرى و تقدير مدى تأثير دوره في التوسط بين المتعاقدين يترك عند الاختلاف للقاضي، و إن أجرة السمسار يتم اقتضاؤها من زبون السمسار إلا أنه في حالة انعقاد العقد الذي سعى إليه السمسار قد يتفق الطرفان على تحمل أجرته، و عندئذ يستطيع السمسار أن يرجع على أي منهما أو كليهما لأنهما مدينان بدين تجاري و يفترض التضامن بين المدينين و هما طرفا العقد، فيطبق التضامن التجاري المفترض رغم أن المتعاقد مع السمسار هو من يتحمل الأجرة و النفقات، لكن هذا لا يمنع من اتفاق الطرفين عند تعاقدهما أن يتحملان الأجرة معا فيكونان متضامنين في

الالتزام كما يمكنهما تحمل الأجرة معا بالشكل الذي يتفقان عليه في حدود معينة، و هنا لا يسألان إلا عن مبلغ محدد يتفقان عليه.

الحالة الثانية: هي المسؤولية التضامنية التي يطالب بها المتعاقد مع السمسار والتي تنشأ إذا حدث خطأ مشترك بين المتعاقد مع السمسار و هذا الأخير و أحدث الخطأ ضررا بالمتعاقد الآخر، فان مصدر المسؤولية يختلف في هذه الحالة حيث تكون هذه المسؤولية عقدية بين المتعاقدين و تقصيرية بين السمسار و المتعاقد الآخر الذي لم يوسطه[1]، و هذه المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية تضاممية لاختلاف مصدرها فيحال بشأنها لأحكام التضامم و المسؤولية هنا تكون مجتمعة لا مشتركة تخول للمضرور فيها حق التعويض الكامل من كل من السمسار و المتعاقد، و ما يميز المسؤولية هنا أنها ليس بها رجوع المدين الموفي على غيره من المدينين في حالة قيامه بالتسديد لأن هذا الرجوع يعد من آثار أو أسس الالتزام التضامني و ليس الالتزام التضاممي أي المسؤولية المجتمعة.

يوجد عدة أمثلة للالتزام المشترك التضامني منها تضامن المسيرين في الشركات التجارية في حالة منحهم كفالة يضمنون من خلالها الشركة التي يقومون بتسييرها ضمانا شخصيا[2]، في هذه الحالة يسأل المسيرين جميعا عن كل الديون المكفولة و التي تسأل عنها الشركة في المقام الأول ثم المسيرين باعتبارهم مدينين بالتبعية.

أما بالنسبة لعقد الوكالة التجارية فان المشرع قد نص عليه دون إشارة للمسؤولية التضامنية للمتعاقدين و التي قد يكون لها عدة صور:

أولها : تضامن الوكلاء في حالة تعددهم و كونهم قد عينوا في عقد واحد و لم تأت الإشارة في العقد على انفرادهم، فيكون تضامنهم سلبي نحو الموكل باعتبارهم مدينين، و تضامن ايجابي بشأن التزامات الموكل باعتبارهم دائنين، لأن كلا الالتزامين ناشئين عن العقد و التضامن مفترض في العقود التجارية سواء بالنسبة للتضامن السلبي أو الايجابي دون حاجة للنص على ذلك التضامن أو الاتفاق عليه.

كما قد يتضامن كل من الوكيل و الموكل تجاه الغير لكن في الوكالة بالعمولة، حيث أن ما يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية هو تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الشخصي، و في هذا الصدد قد ثار التساؤل حول مدى توافر روابط شخصية بين الغير و الموكل رغم أن الوكيل بالعمولة قد يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي فظهرت نظريتان في هذا الخصوص:

أولهما: نظرية انعدام النيابة.

و مؤداها أنه لا تقوم أية روابط شخصية بين الموكل و الغير فلا يجوز للموكل الرجوع على الغير ليطالبه بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد محل الوكالة، كما لا يجوز للغير الرجوع على الموكل طالبا استفاء حقوقه، و لا يكون لأي منهما سوى الرجوع

---

[1] - فوزي محمد سامي "شرح القانون التجاري" مصادر القانون التجاري – الإعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، دار مكتبة التربية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 1997،ص 317-318.

[2] - G. Ripert – R. Roblot, op, cit, page 230.

على الوكيل بالعمولة،فيرجع الموكل بموجب عقد الوكالة بالعمولة و الغير بموجب العقد محل الوكالة و حجج هذه النظرية:

- أن الوكيل بالعمولة هو الملزم دون غيره لموكله و لمن يتعامل معه، وللغير الرجوع على الوكيل بالعمولة، من هنا تنعدم الروابط الشخصية بين الموكل و الغير و إن انعدام الروابط الشخصية بين الموكل و الغير مرده تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الشخصي.
- لم يتعمد الأطراف الثلاثة ترتيب آثار شخصية للعقد محل الوكالة فيما بين الموكل و الغير، إذ يدل لجوء الموكل إلى وكيل بالعمولة أنه لا ينوي الالتزام في مواجهة الغير.

و ما يستنتج من هذه النظرية أنه لا تضامن بين الموكل و الوكيل في مواجهة الغير على عكس النظرية الثانية.

نظرية النيابة الناقصة: و التي تذهب لفكرة عدم تضمن الوكالة بالعمولة للنيابة بالمعنى الذي يتوفر في النيابة الاتفاقية في الوكالة العادية، و تقضي النيابة الكاملة بان كافة أثار العقد الشخصية تضاف إلى ذمة الموكل، و لكن لا يعني عدم توافر النيابة الكاملة أن تنعدم كل أثار النيابة في عقد الوكالة بالعمولة، فيمكن أن تتوافر نيابة ناقصة و يقيس أنصار هذه النظرية النيابة الناقصة على الإنابة الناقصة.

و يترتب على تقرير النيابة الناقصة في عقد الوكالة بالعمولة أن تنشئ لكل من الموكل و الغير علاقة مزدوجة، بمعنى أن الغير يستطيع الرجوع على كل من الوكيل بالعمولة و الموكل بشأن تنفيذ العقد محل الوكالة، و بما أن التضامن مفترض في نطاق القانون التجاري يكون كل من الوكيل بالعمولة و الموكل متضامنين في مواجهة الغير ويستطيع الوكيل و الموكل أن يتضامنان ايجابيا و أن يكونا دائنين، فيمارسان الرجوع على الغير.

و الواقع أن الأخذ بنظرية النيابة الناقصة مؤداه تقرير أن التعاقد بين الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي مع الغير يكون هدفه إضافة ضمان ذمة مالية إلى ضمان الذمة المالية للمتعاقد مع الغير أي الوكيل بالعمولة، و كأن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي يمثل ضمانة للغير بأنه يستطيع الرجوع على أي من الموكل أو الوكيل بالعمولة أو عليهما معا لما بينهما من تضامن سلبي، و مقابل ذلك يستطيع كل من الموكل و الوكيل بالعمولة الرجوع على الغير[1].

وبالرجوع للقواعد العامة فقد نصت المادة 579 من القانون المدني في فقرتها الأولى على المسئولية التضامنية للوكلاء متى ارتكبوا خطئا مشتركا صادرا من جميع الوكلاء، والذي عبر عنه المشرع بالوكالة غير القابلة للانقسام.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتضامن في العقود التجارية.

[1] - هاني محمد دويدار "العقود التجارية و العمليات المصرفية" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999، ص من 49 إلى 51.

إن قاعدة التضامن تمثل للدائنين ضمانا مهما للحصول على حقوقهم و تيسر لهم سبيل الحصول على ما يطلبون[1].

إلا أن هذا التضامن و خاصة في حالة افتراضه ليس من النظام العام، لذلك فيجوز الاتفاق على مخالفته و يكون ذلك في حالة عدم وجود نص في القانون يفرض هذا التضامن في بعض العقود، فانه في هذه الحالة يصبح من النظام العام و لا يجوز حينها استبعاده بشرط يضعه المتعاقدان، لذلك ففي حالة غياب نص في القانون يلزم المتعاقدين على الالتزام التضامني يمكنهم استبعاده، و في هذه الحالة تنتفي القرينة التي قام عليها افتراض التضامن و هي وحدة المصلحة، كما يستبعد التضامن متى وجد نص في القانون يقضي بمنعه[2].

و عليه فيمكن للمدين المتعاقد أن ينكر التزامه التضامني في مواجهة الدائن لكن عليه إثبات أنه لم تكن لديه نية الالتزام بصفة تضامنية، كما أنه لا يكفي ذلك لإسقاط التضامن المفترض، بل على المتعاقد إثبات أن الدائن قد تخلى عن حقه في التمسك بهذا التضامن، فعوض أن تكون قرينة المصلحة المشتركة تلعب دورا لصالح المدينين فإنها في هذه الحالة يكون لها دورا مضادا لمصلحتهم، و سبب ذلك أنهم شاركوا في إنشاء هذه المصلحة المشتركة فيتحملون نتائجها السلبية قبل الإيجابية.

فمثلا: إذا قامت شركتان تجاريتان عن طريق ممثل مشترك بتكليف مؤسسة معينة بتجهيز برامج لانجاز مشاريع، فانه بالرغم من أن للشركتين نية الالتزام بصفة منفردة فإنهما تلتزمان بالتضامن لتسديد المبلغ المدفوع للمؤسسة مقدما، كما تلتزمان بالتضامن لأداء كل مبلغ الدين للمؤسسة لانجاز ما طلب منها، و السبب في ذلك أن ظاهر هاتين الشركتين يدل أنهما يقومان بنفس العمل أي نفس المشروع بنفس الممثل فيكون الدين الناتج مشترك بينهما فتشتركان في تسديده[3]، إلا إذا وجد تعهد أو اتفاق على استبعاد هذا التضامن، فإذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن.

مثاله: إذا أمنت شركتان للتامين شيئا واحدا و تعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه، فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما.

فالأصل إذن أن التضامن في المسائل التجارية قائم كلما وجد اشتراك في الالتزام و وحدة للمحل و تعدد للروابط، ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده و سبب ذلك أن التقاليد منذ عهد قديم قد استقرت على افتراضه نزولا على مقتضيات الائتمان التجاري خاصة في مجال العقود التجارية، و التضامن في العقود التجارية مفترض تفسيرا لنية المتعاقدين و إذا اتضح من الظروف وجود استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن[4].

---

[1] - محمد فريد العريني، جلال وفا محمدين، المرجع السابق، ص 87.

[2] - زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص 43.

[3] - J.B, Blaise, op, cit, page 149.

[4] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 268.

وعليه يمكن استبعاد التضامن المفترض في العقد التجاري لكن يستثنى من ذلك العقود التي نص عليها المشرع على تضامن المتعاقدين، مثاله في عقد نقل الأشياء أو عقد شركة التضامن، أو عقد تأجير تسيير المحل التجاري، وحتى في هذه الحالة التي لا يوجد ما يمنع إعفاء الدائنين من التزامهم التضامني أو إعفاء أحدهم منه، طالما أن ذلك ليس به مخالفة للنظام العام خاصة و أن الأمر مرتبط بالحرية التعاقدية.

المطلب الثاني: مجال افتراض التضامن في العقد التجاري.

إن افتراض التضامن التجاري يستند لتفسير إرادة الأطراف المدينة في كل التزام تجاري باعتبار أن مصلحتهم مشتركة، و إن افترا ض التضامن يعد مظهر من مظاهر قسوة القواعد التجارية التي تحكم العقود التجارية و التي تميزها عن القواعد العامة، و هذا نتيجة لاشتراك المتعاقدين في مصدر الالتزام و المتمثل في العقد و إن هذا الافتراض للتضامن في العقد التجاري له مجال واسع، حيث لا يشمل فقط العقد الذي يبرمه التاجر بل حتى كل عقد ذو طبيعة تجارية و لو كان صادرا من غير تاجر.

هذا ما سنوضحه من خلال الفرع الأول الذي سوف نتطرق من خلاله للعقد الذي يبرمه التاجر ثم في الفرع الثاني نتناول العقد التجاري الصادر من غير التاجر.

الفرع الأول: العقود التي يبرمها التجار.

إن افتراض التضامن يطبق بصفة خاصة على التجار الذي التزموا بمقتضى دين مشترك معناه أن هذه القاعدة تطبق كلما وجدت مجموعة من التجار أبرمت صفقات نتج عنها ديون أي كل عقد يبرمه أكثر من تاجر[1].

لكن في بداية الأمر لم يكن القضاء الفرنسي قديما يقيم التضامن في كل العقود التي يبرمها التجار بل فئة منها فقط ، مثاله : التضامن على أساس افتراض قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين، فكان يقضي بقيام التضامن بين تجار اشتروا شيئا مشتركا أو بين موكل و وكيله عن أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير، أو بين شركاء في شركة محاصة تعاملوا مع الغير، أو لوجود شركة واقعية أو وجود مال مشترك في الظاهر بين شركتين.

كما أقام القضاء الفرنسي التضامن في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك أما في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بل سبب فكان لا يقضى فيها بالتضامن بل و حتى تضامن الكفيل مع المدين في عقد الكفالة التجارية كان مستبعدا، إذ كان القضاء يمنح للكفيل حق التجريد.

---

[1]- J.B Blaise, op, cit, page 148 .

بعد ذلك أزيلت تلك القيود و أصبحت المحاكم تقضي بافتراض التضامن في كل العقود التجارية، فأصبح التضامن المفترض يشمل كل العقود و خاصة الكفالة التجارية و التصرفات الواقعة على المحل التجاري[1].

و لم يقتصر الأمر على ذلك بل أصبح التضامن المفترض يطبق إلى جانب العقود التجارية كل الالتزامات التجارية بين التجار، و التي يكون مصدرها الإثراء بلا سبب أي أصبح التضامن المفترض يشمل حتى شبه العقود.

إلى جانب ذلك فإن الفقهاء قد وسعوا مجال افتراض التضامن حتى بالنسبة للعمل غير المشروع إضافة للإثراء بدون سبب، و هذا التوسع تقتضيه حاجات الائتمان التجاري على أن التضامن في العمل غير المشروع الصادر عن التجار في التزام تجاري مشترك أو عقد تجاري، مقرر كقاعدة قانونية عامة في المادة 126 من القانون المدني التي تنص على انه "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

فان هذه القاعدة تطبق في المسائل المدنية و المسائل التجارية، ودليله توسع المشرع في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات التجارية بتضامن صريح في حالة ارتكابهم لأخطاء مشتركة سببت أضرار للغير[2].

ومن أمثلة التضامن في العقد التجاري: قيام تاجر بطلب بضاعة ليتم توريدها له فيتدخل تاجر آخر في العملية و يلتزم شخصيا بدفع ثمنها، هنا يكون كل من التاجرين ملتزمين على وجه التضامن بدفع الثمن لبائع البضاعة لأنهما ملتزمين بنفس الدين و هو ثمن البضاعة[3].

فمجال التضامن المفترض في العقد التجاري واسع في تطبيقه فهو يشمل كل عقد أبرمه تاجر أو شبه عقد، و حتى العمل غير المشروع الصادر من التجار في حالة وحدة المحل و تعدد الروابط لكن هذه القاعدة مكملة لإرادة الأطراف يمكنهم الاتفاق على مخالفتها[4].

مثاله: عقود التامين التجارية فإذا أمنت شركتان نفس الخطأ، فالمفروض أنهما متضامنتان اتجاه المؤمن له إلا إذا وجد اتفاق أو شرط تضعه الشركتان لاستبعاد التضامن و الالتزام بمبلغ معين فقط تحددانه.

ذلك أن التضامن المفترض يعد نتيجة لتفسير إرادة الأطراف المتعاقدة فيمكنهم استبعاده بشرط صريح[5].

---

[1] - Françoise Dekewwer, Deffossez « Droit commercial » action commerciales – avec la collaboration Edith Blary Clément, 6ème édition- Montchrestien- 1999, page 113.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة 268.

[3] - J.B Blaise, op, cit, page 148.

[4] - L. Paulet, op, cit, page 170.

[5] - A piedelieve- S Piedelieve, op, cit, page 70.

الفرع الثاني: العقود التجارية بطبيعتها.

لم يكن التضامن التجاري المفترض في بداية الأمر مطبق إلا بالنسبة للعقود التي يبرمها التجار، لكن بعد ذلك توسع مجاله ليصبح مطبق على كل الالتزامات و العقود التجارية[1] فانه كلما وجدت مجموعة من الأشخاص التزمت بعقد تجاري مشترك و لو كان هؤلاء الأشخاص غير تجار التزموا بصفة تضامنية فيما يخص الديون و الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، أو العمل التجاري و ذلك لأن مجال التضامن التجاري المفترض قد توسع حماية للثقة و الائتمان في العمل التجاري.

رغم أن بعض الفقه ينفي وجود عقد تجاري بطبيعته، و دليلهم العمل التجاري الذي تنص عليه معظم التشريعات التجارية و هو الشراء لأجل البيع الذي يعد من الأعمال التجارية المنفردة التي يحكمها القانون المدني حيث أن كل من الشراء والبيع تحكمهما القواعد العامة في القانون المدني، فالعقود ليست تجارية بطبيعتها و إنما تدخل صفة التجارية إلى هذه العقود من خلال البواعث التجارية، قصد المضاربة و السعي إلى تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات، كذلك أن العقد يكون في الغالب تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه دون الطرف الأخر، كل ذلك يدل بوضوح على أن صفة التجارية إنما تضاف إلى العقد بعد أن تكتمل نشأته في ظل القواعد المدنية العامة[2].

و من أمثلة العقود التجارية بطبيعتها بغض النظر عن صفة التاجر الذي ابرمها والتي تخضع للتضامن التجاري المفترض عقد بيع الحصص أو الأسهم في شركة تجارية مثاله: إذا قام "أ" و "ب" ببيع حصصهم في شركة ذات مسؤولية محدودة لـ "جـ" و "د"، و بعد عملية الإحالة تم تعيين "جـ" مسير للشركة، فإنه في هذه الحالة كل من "أ" و "ب" و "جـ" و"د" ليسوا بتجار أي ليس لهم صفة التاجر إلا أنه بعد الإحالة لم يقم "جـ" و "د" بتسديد كامل قيمة الحصص، فقام "أ" و "ب" برفع دعوى قضائية مطالبين فيها "جـ" و "د" بثمن الحصص المحالة إضافة لمبلغ تعويض الضرر و الفوائد التأخيرية.

فإنه رغم سكوت عقد إحالة الحصص عن تضامن " جـ" و "د" إلا أنهما ملتزمان على وجه التضامن بأداء الدين كله و المتمثل في ثمن الحصص المحالة، و إضافة لذلك مبلغ التعويض و الفوائد التأخيرية، رغم كونهم غير تجار إلا أنهما التزما بموجب عمل تجاري مشترك ألا و هو إحالة حصص في الشركة التجارية، لأن هذا العمل يعد عملا تجاريا خاصة إذا كان مضمون الإحالة يحتوي على نقل الحق في مراقبة الشركة[3].

المطلب الثالث: التضامن في عقد تأجير تسيير المحل التجاري وعقد نقل البضائع.

---

[1] - A. Piedelieve- S. Piedelieve, op, cit, page 52.

[2] - علي البارودي، محمد فريد العريني "القانون التجاري" العقود التجارية- عمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2004، ص 9-10.

[3] - J.B Blaise, op, cit, page 149.

رغم أن القاعدة في التضامن التجاري و خاصة في العقود التجارية هي الافترض، إلا أن المشرع و حماية لبعض الأشخاص الذين قد تربطهم بالملتزمين بعقد تجاري روابط قد لا تكون لهم يد فيها، قام باتخاذ بعض الاحتياطات وإضافة ضمانات من بينها تضامن الملتزمين بالعقد، فنجد المشرع قد قرر تضامن الملتزمين بعقد نقل البضائع نظرا لأهمية هذا العقد و نظرا لكونه يمثل عصب الحياة التجارية، كما تدخل المشرع بالنسبة لعقد تأجير تسيير المحل التجاري حماية للغير حسن النية .

فسوف نتعرض في الفرع الأول للمسؤولية التضامنية في عقد تأجير تسيير المحل التجاري، ثم في الفرع الثاني للتضامن في عقد نقل البضائع.

الفرع الأول: تضامن كل من مؤجر و مستأجر تسيير المحل التجاري.

كثيرا ما توجب المصلحة على مالك أو مستعمل المحل التجاري أن يتعاقد مع شخص أخر على إدارة المحل و استثماره فترة معينة من الزمن، يعود بعدها إليه المحل يديره و يستثمره بنفسه، أو يتصرف فيه حسبما يشاء بدلا من إغلاقه فيعتريه الكساد و ينصرف عنه العملاء و تنخفض قيمته التجارية، فذلك من قبيل الضرورة التي تقتضي أن يتعاقد مالك المحل التجاري على تسييره عوض بيعه، و قد تقتضي مصلحة المالك الذي يملك محلات متعددة الأنشطة و حجم أعمال كبير، فيعهد باستثمار إحداها لأخر فيسيره طبقا للعقد المبرم بينهما، و التعاقد على تسيير المحل التجاري قد يكون بمقتضى عقد يتعهد بموجبه مالك المحل التجاري بان يسند إدارة المحل لشخص أخر على أن يقوم هذا الشخص بالإدارة باسم مالك المحل و لحسابه فتكون هنا العلاقة علاقة وكالة، و قد يؤجر المالك لشخص يستثمر المحل باسمه و لحسابه مدة معينة لقاء أجر معلوم يدفع للمالك و هذا ما أطلق عليه المشرع الجزائري عقد التسيير الحر للمحل التجاري[1]، و تناول أحكامه في المواد من 203 إلى 214 من القانون التجاري، حيث عرفت المادة 203 عقد تسيير المحل التجاري بأنه :"كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتها المالك أو المستعمل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهدته و يعتبر باطلا كل شرط يخالف ذلك".

و ينتج عن هذا العقد عدة أثار و التزامات في جانب كل من مؤجر التسيير و المستأجر، و من بين الالتزامات التي قد تترتب هي التزامات المستأجر تجاه الدائنين الذين قد يلجئون للتنفيذ على المحل التجاري في حالة عدم استيفائهم لحقوقهم، فالأصل أن الديون نشأت بمناسبة استغلال المحل التجاري و أبرمت باسم و لحساب المستأجر، و لما كان المال يأخذ شكل المنقول المعنوي فلا يكون هذا المال مسئولا عن ديون المستأجر، إذ أن المحل لا يتمتع بالشخصية المعنوية فهو مملوك للمؤجر و لا يعد هذا الأخير مسئولا عن التزامات المستأجر نظرا لقاعدة نسبية آثار العقود، و مع ذلك إذا تسبب المؤجر بخطئه أو بإهماله في ضرر للغير بأن اعتقد خطئا أن المؤجر ما زال

[1]- احمد محمد محرز "القانون التجاري الجزائري" العقود التجارية، دار النهضة العربية، الجزء الرابع، 1980- 1981، ص 158-160.

المستغل الحقيقي للمتجر، فإنه يكون مسئولا بالتعويض لدائن المستأجر على أساس المسؤولية التقصيرية، و من أمثلة الأخطاء التي قد يرتكبها و التي تنسب للمؤجر عدم إعلام الغير عن وجود عقد إيجار للمحل[1].

كما قد يطالب المستأجر بالتعويض عن الأضرار على أساس المسؤولية العقدية فيكون هنا هذا الالتزام تضاممي لأن مصدر الالتزامين و المسؤوليتين عقدي و تقصيري.

و قد تدخل المشرع بفرض إجراءات إبرام هذا العقد فاشترط أن يكون مكتوبا فضلا عن إشهاره، حيث تنص المادة 203 من القانون التجاري على أنه: "يحرر كل عقد تسيير في شكل رسمي و ينشر خلال 15 يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، و فضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية".

وقد أوجب المشرع على كل من المؤجر و المستأجر بالتأشير في السجل التجاري بذلك، و بعد انتهاء العقد يجب شهر الانتهاء طبقا لنفس الإجراءات أي النشر و التأشير في السجل التجـاري.

لم يكتف المشرع بهذه الحماية للغير عن طريق إعلامه بل وسع حماية الدائنين حيث اعتبر كل من مؤجر المحل التجاري و مستأجره مسئولا بالتضامن عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر،

و اشترط المشرع أن تكون الديون ناشئة عن تعامل التاجر المسير مع الغير بمناسبة استثمار المحل التجاري، و يترتب على ذلك أنه لا يحق إلا للدائنين التجاريين متابعة المؤجر ليتحمل الديون بالتضامن مع مستأجره، و العبرة في ذلك حماية الغير الذي يمكن أن ينخدع بسبب عدم تأجير التسيير أي يمكن أن يعتقد بان صاحب المحل التجاري لا زال يستغل المحل و أن المستأجر المسير ليس إلا مستخدما، الأمر الذي يسمح بالقول بأن المشرع قد تبنى نظرية الظاهر لكن تم تخفيف قسوة قاعدة التضامن من قبل المشرع فجعل المؤجر مسئولا بالتضامن لكن عن الديون التي تنشأ لغاية نشر عقد تأجير التسيير و طيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر[2]، فهو في هذه المدة يعد مسئولا بالتضامن.

و ذلك ما يظهر لنا من خلال المادة 209 من القانون التجاري و التي تنص على انه: " يكون مؤجر المحل التجاري مسئولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر، و ذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير و طيلة مدة 6 أشهر عن تاريخ النشر".

يفهم من هذه المادة أنه في حالة قيام المستأجر بمباشرة استغلال المحل التجاري بعد إبرام عقد تأجير التسيير، وقبل قيد الإيجار والتأشير به وإشهاره في السجل

---

[1] - فريد العريني، جلال وفا البدري،ص 477-478.

[2] - فرحة زراوي صالح "الكامل في القانون لتجاري الجزائري" المحل التجاري و الحقوق الفكرية، تشر و توزيع ابن خلدون، القسم الأول، طبعة 2001، ص 299-300.

التجاري، يكون كل من المؤجر والمستأجر مسئولا بالتضامن عن الديون التي تنشأ من عمل المستأجر عند ممارسة النشاط حتى تاريخ انتهاء إجراءات القيد والنشر ولغاية 6 أشهر من يوم النشر، حماية للغير الذي قد يعتقد خلال هذه الفترة أن المؤجر هو المباشر للنشاط واستغلال المحل التجاري وأن المستأجر ما هو إلا وكيلا عنه[1].

فقد قرر المشرع قاعدة تضامن مؤجر ومستأجر المحل التجاري حرصا منه على تحقيق العلانية، وحماية المتعاملين مع المحل التجاري حسب أوضاعه الظاهرة، وحدد مدة للتضامن يكون بعدها الدائنون على علم تام بصفة المستأجر، فتصبح ديونهم مترتبة على هذا الأخير[2]،لكن لا يسأل المؤجر عن الديون الناشئة عن استغلال المتجر من طرف مستأجر التسيير قبل اكتسابه لهذه الصفة، أي لا يسال بالتضامن عن هذه الديون إلا بعد اكتساب المستأجر صفة مستأجر التسيير.

و إن هذه المسؤولية التضامنية قائمة حتى في حالة علم الدائنين بعقد تأجير التسيير و إن التاريخ الذي يأخذ بعين الاعتبار هو تاريخ نشأة الدين و ليس تاريخ استحقاقه، و إن التزام المؤجر بهذا الدين يقوم مباشرة بعد نشأة الدين، و يشترط في الدين أن يكون لازما لاستغلال المحل فمصدر الدين لا يهم سواء كان مصدره قانوني أو عقدي، كما تستبعد المسؤولية التضامنية للمؤجر في حالة انعقاد تأجير التسيير مباشرة بعد امتلاك المؤجر و لم يكن قد استغله أبدا أي حالة تأجير المحل بعد شرائه مباشرة وقبل استغلاله.

كما تستبعد المسؤولية التضامنية في المدة المحددة في حالة إبطال عقد تأجير التسيير، لأن العقد يبطل بأثر رجعي فيعود المتعاقدان للحالة السابقة فلا تضامن في هذه الحالة و لو في الستة أشهر التي حددها المشرع.

وتستبعد المسؤولية التضامنية للمؤجر تجاه دائني مستأجر التسيير بالنسبة للديون التي تنشأ بعد الستة أشهر من يوم النشر، ويكون ذلك حتى في حالة تجديد عقد تأجير التسيير، ويمكن في هذه الحالة أن تقوم المسؤولية التضاممية لمؤجر ومستأجر التسيير اعتمادا على ظاهر الأمور حيث يعتقد الغير أن المؤجر هو نفسه مستغل المحل[3].

كما قد يتعرض دائنو المستأجر المسير للخطر عند انتهاء مدة تأجير التسيير لأنه في هذه الحالة لا يكون للمستأجر أي دخل تجاري، و من هنا يصبح تسديد الديون احتماليا، و لتحقق حماية الدائنين نصت المادة 211 من القانون التجاري على أن: " انتهاء تأجير التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير واجبة الأداء فورا".

و توجد حالة أخرى تدخل فيها المشرع بنص حماية للمتعاملين مع مالك المحل التجاري في حالة تقديم هذا المحل كحصة في شركة تجارية، فان الشخص الذي يقوم

---

[1] - محمد أنور حمادة " التصرفات القانونية على المحل التجاري، البيع، الرهن، التأجير، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2001، ص 100.

[2] - أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 168

[3] - Lemeunier, fonds de commerce achat vente Delmas 14ème edition 2001 page 163-164 .

بتقديم متجره كإسهام في شركة لا يأخذ ثمنا في مقابل ذلك كما هو الوضع بالنسبة لعقد البيع، لكنه يكتسب حصته في رأسمال الشركة و تمنح لمقدم المتجر الحق في المساهمة في الأرباح التي قد تحصل عليها الشركة.

رغم ذلك يمكن في بعض الأحيان لجوء التاجر إلى عملية تقديم المحل التجاري كإسهام في شركة للتهرب من التزاماته التجارية.

من أجل ذلك اتخذ المشرع التدابير لحماية دائني مقدم المحل التجاري، كما تدخل لحماية الشركاء الذين قد يتعرضون للخطر إذا كان المتجر المقدم مثقلا بالديون.

حيث يتضح لنا من المادة 83 من القانون التجاري و التي أشارت لوجوب تصريح على دائن عن صفته في الموطن المختار في المهل المحددة مع ذكر مقدار دينه و يسلم له إيصالا عن تصريحه، فيتم تسليم الإيصال في مكتب التوثيق المكلف بوضع العقد التأسيسي الذي يثبت تقديم المتجر، و إذا قام الدائن بهذا التصريح تصبح الشركة مبدئيا ملزمة بالتضامن مع مقدم المتجر بتسديد الديون المصرح عنها في المهل القانونية، على ضوء المادة 117 من القانون التجاري في فقرتها الأخيرة التي تنص على أنه:

" فإذا انقضت المهل المحددة ولم يطلب شركاء المساهم إلغاء الحصة المقدمة، أو الشركة، أو إذا لم يصدر الإلغاء، تعتبر الشركة متضامنة مع مقدم الحصة وملزمة بأموالها الخاصة وبالدين المترتب على المحل التجاري المقدم ".

و ترمي هذه الإجراءات إلى إعلام الشركاء عن وضعية المحل و ينتج عنها تضامن الشركة مع مقدم المحل تجاه الدائنين.

أما بالنسبة لوضعية شركاء مقدم المتجر فحماية لهم من الديون التي يكون المحل مثقلا بها، يحق لكل شريك خلال 15 يوما من انقضاء المهل القانونية المقررة للتصريح عن الديون أن يطلب إبطال المال المقدم أو إبطال الشركة، كما يمكنه طلب إلغاء الشركة التي تأسست بصورة غير قانونية أي نظرا لعدم وجود المال المقدم بسبب إبطاله.

كما يجوز للشركاء طلب إلغاء المال المقدم بدلا من إلغاء الشركة، و يمكن للشركاء بدلا من طلب بطلان التقديم أن يقبلوه، و لكن في حالة انقضاء المهل المحددة لا يمكن للشركاء إبطال المال المقدم أو إبطال الشركة و لا القيام بالإلغاء، و في هذه الحالة تعتبر الشركة متضامنة مع مقدم المحل التجاري و ملزمة بأموالها الخاصة لتسديد الدين المترتب على المحل التجاري المقدم.

كما لا تلتزم الشركة إلا بالديون التي تثقل المحل و المقيدة بصورة قانونية، هذا بالنسبة للشركة في طور التأسيس، و كذلك بالنسبة للشركة القائمة و التي ترغب في رفع رأسمالها، ففي هذه الحالة كذلك على الشركاء غير مقدم المتجر طلب إبطال المال المقدم و إذا انقضت المهل المحددة قانونا و لم يطلب الشركاء ذلك الإبطال تعتبر الشركة متضامنة مع مقدم المحل، و الجدير بالذكر أن اعتراف المشرع بهذا التضامن يجد أساسه في ضرورة حماية دائني مقدم المتجر.

و نجد المشرع التجاري الفرنسي قد استبعد صراحة التضامن في حالة تقديم المحل التجاري من قبل شركة لشركة أخرى عن طريق الإدماج و الانفصال، حيث تطبق في

هذه الحالة أحكام الإدماج و الانفصال[1]، و نفس الأحكام تطبق على حالة إدماج أو انفصال الشركة في القانون التجاري الجزائري، نظرا لأن المشرع لم يذكر هذا الحكم و لأن التضامن مطبق كأصل عام بنص خاص في حالة الإدماج أو الانفصال لشركة تجارية، و هذا التضامن يكون قائم بين الشركات التي قامت بالإدماج و بالانفصال و ليس بين مقدم المحل التجاري و الشركة.

الفرع الثاني: الالتزام التضامني في عقد النقل.

لقد أولى المشرع أهمية كبيرة لعقد النقل لأنه نص صراحة على التضامن في الالتزامات الناتجة عنه، باعتباره عقدا متميزا ليس كبقية العقود لأنه يعد من أخطر و أعمق الظواهر التي لازمت تاريخ البشرية في كل عصورها و التي نجد أثرها واضحا في سائر ألوان النشاط البشري، لذا فان أهميته لا تقتصر على دوره في ميدان التجارة بل تمتد إلى كل نواحي الإنتاج و التقدم الاقتصادي و التقدم العلمي و الفني، فلا يوجد تصرف من تصرفاتنا أو رغبة من رغباتنا إلا و تنطوي في نشأتها و تكوينها أو في تمامها و تنفيذها من أساسها إلى قمتها على انتقال أشخاص أو أشياء أو أفكار فالنقل هو الحياة.

يعد عقد النقل من زاوية القانون التجاري عقد بالغ الأهمية سواء ذلك في عقد نقل البضائع من مكان لآخر، أو عقد نقل الأشخاص الذي لا غنى للأفراد عنه في حياتهم اليومية أيا كانت أوجه النشاط.

و يستند عقد النقل لفكرة التداول، أي تغيير مكان السلعة أو الشخص، و هو بذلك يحقق تداول البضائع و المنتجات التجارية من يد إلى يد في ميدان التجارة، و هو الذي يسمح بإبرام الغالبية الساحقة من العقود التجارية الأخرى.

تعتبر مسؤولية الناقل من أهم المواضيع التي تثار أمام القضاء فيما يتعلق بعقد النقل و قيمة التعويضات التي تؤدي إليها دعاوى المسؤولية تجعل منها عبئا مرهقا يسعى إلى التخلص منه بالشروط الاتفاقية، كما يتدخل المشرع لوضع آجال قصيرة يترتب على انقضائها سقوط دعوى المسؤولية[2].

و قد جاء المشرع في المواد 40 و 49 بقاعدة التضامن بنص صريح فنص في المادة 40 على تضامن كل من المرسل و المرسل إليه تجاه الناقل و نص في المادة 49 على تضامن الناقلين في حالة تعددهم، و قبل التحدث عن هذه المسؤولية التضامنية نحدد بعض المفاهيم مثل: الناقل ثم المرسل و المرسل إليه، و حالات قيام مسؤوليتهم ثم مظاهر تضامنهم.

---

[1] - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق،ص 308-315.

[2] - علي البارودي، محمد فريد العريني "القانون التجاري" العقود التجارية عمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2004، ص165 و 209.

يعد الناقل مسئولا من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها عن ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخر في تسليمها، و على ذلك فيجب على الناقل أن يتسلم البضاعة من المرسل و يقوم بشحنها و تسليمها بحالتها وقت استلامه لها.

فيلتزم الناقل أولا باستلام البضاعة من المرسل و على الناقل التأكد من سلامة أوصافها نوعا و حجما و وزنا، و التأكد من طبيعتها و حالتها و يكون الاستلام في المكان و الزمان المتفق عليه، و غالبا ما يكون في مكان يحدده الناقل، و بعد استلامها يقوم الناقل بشحنها بتهيئة الوسيلة المعدة للنقل باعتبار أن الشحن عملية تابعة لعملية النقل، و ذلك بطريقة منظمة آمنة و بكيفية تحفظها من الهلاك أو التلف و إلا كان مسئولا عما يصيبها أثناء الشحن، ثم يقوم بنقلها على أن يبدأ عملية النقل في الوقت المتفق عليه حتى تصل البضاعة في الوقت المحدد، و عليه واجب المحافظة عليها من سرقتها أو ضياعها أو تلفها فإذا أدركته حادثة أثناء النقل وجب عليه إبلاغ السلطات لتحديد الخسائر و المسؤولية، ثم يقوم بتسليم الأشياء للمرسل إليه في المكان المتفق عليه و المنصوص عليه في سند النقل، و للمرسل إليه حق فحص البضاعة و التأكد من مواصفاتها طبقا للبيانات المدرجة في سند الشحن، أما بالنسبة للفحص الفني للأشياء المتفق عليها مع المرسل فلا شأن للناقل بها إذ أن عقد النقل لا علاقة له بعقد البيع الذي يربط المرسل و المرسل إليه.

من هنا يتضح لنا أن المرسل إليه ليس طرفا في العقد لكن العرف التجاري فرض له حقوق و رتب عليه التزامات، الأمر الذي يعتبر استثناء من مبدأ نسبة العقود للضرورات التي أملتها التجارة، فللمرسل إليه الحق في توجيه الشيء المنقول، و أوجب المشرع على الناقل إخطار المرسل إليه بالوقت الذي يمكن له فيه تسلم الشيء، كما للناقل الحق في مطالبة المرسل إليه بدفع الأجرة.

أما المرسل فهو من يتعاقد مع الناقل فيقوم بتسليم البضاعة للناقل و دفع أجرة النقل فالالتزام بدفع الأجرة واجب يقع على المرسل، و إذا اشترط دفع الأجرة عند وصول الأشياء المنقولة، فيكون المرسل و المرسل إليه الذي صدر منه القبول ملتزمين بالتضامن بينهما باعتبار أنهما مدينين بالأجرة، فهذا التضامن مفترض لكن بعض القوانين تفرضه بنصوص خاصة بين المرسل و المرسل إليه في أداء الأجرة المستحقة للناقل إذا اشترط دفع الأجرة عند وصول الأشياء المنقولة.

فالمشرع الجزائري جعل التضامن بين المرسل و المرسل إليه تضامن بالنص الصريح مما يدل على أنه ليس مفترضا و ذلك بنص المادة 40 من القانون التجاري و التي تنص على انه: "على المرسل دفع أجرة النقل و المصاريف المترتبة على الأشياء المنقولة و إذا اشترط دفع الأجرة عند وصول الأشياء المنقولة فيكون الناقل و المرسل إليه الذي صدر منه القبول ملزمين بأدائها بالتضامن بينهما".

إن الأجرة مستحقة للناقل بلا منازع فلا شأن له بالاتفاق المبرم بين المرسل و المرسل إليه و ضمانا لاستحقاق أجرة الناقل له حق حبس البضاعة إضافة للمسؤولية التضامنية التي جاء بها المشرع حماية لحقه[1].

و إلى جانب المسؤولية التضامنية للمرسل و المرسل إليه تجاه الناقل، هناك مسؤولية تضامنية بين الناقلين تجاه كل من المرسل و المرسل إليه في حالة وجود عقد نقل لا يتم إلا بواسطة ناقلين متعاقبين، فيكون أول الناقلين و آخرهم مسئولان بالتضامن تجاه المرسل و المرسل إليه عن مجموع النقل و ضمن ذات الشروط التي يتضمنها العقد كما لو كان احدهم قد قام بها.

فحسب المادة 49 من القانون التجاري "يكون أول الناقلين و آخرهم مسئولان بالتضامن فيما بينهم تجاه المرسل و المرسل إليه عن مجموع النقل و ضمن نفس الشروط المترتبة فيما لو قام كل منهما بتمام النقل و يعد كل من الناقلين الوسطاء تجاه المرسل و المرسل إليه و كذلك تجاه أول و آخر ناقل مسئولا عن الضرر الحاصل بالنسبة للمسافة التي قطعها".

و سبب مسائلة الناقل الأول و الأخير بالتضامن هو التسهيل على المرسل أو المرسل إليه في الحصول على حقوقه، إضافة إلى مسؤولية كل من الناقلين و الوكلاء بالعمولة للنقال تجاه المرسل أو المرسل إليه، و مسؤولياتهم تجاه الناقل الذي تحمل دفع التعويض عن الضرر الحاصل،

لكن مسؤولية الوسطاء و الناقلين تجاه من يتحمل الضرر الحاصل و تجاه المرسل إليه تتحدد بالمسافة التي التزم بها، و لا يكون مسئولا عن كل عقد النقل إلا بالقدر المذكور، و إن المسؤولية التضامنية للناقل الأول و الأخير عن عملية النقل بأكملها راجع لاعتبار الناقل الأول الذي يتعاقد معه المرسل بمثابة وكيل بالعمولة للنقل فيما يتعلق بسائر مراحل النقل التالية للمرحلة التي يتولى انجازها بنفسه، و يترتب على ذلك أن المرسل يستطيع إثارة مسؤولية الناقل الأول أيا كانت المرحلة من النقل التي نتج عنها الضرر.

أما مسؤولية الناقل الأخير فانه اعتبر مسئولا في مواجهة المرسل إليه عن كافة مراحل النقل، و ذلك استنادا إلى وكالة الناقل الأخير عن سائر الناقلين في قبض الأجرة إذا كانت مستحقة عند الوصول و استعمال الحقوق المرتبطة باستحقاق أجرة النقل.

لا يقبض الناقل الأخير الأجرة الخاصة بالمرحلة التي يتولاها فقط و إنما يقبض الأجرة المستحقة عن انتهاء عملية النقل في جميع مراحلها، من هنا اعتبره المشرع مسئولا عن كل مراحل النقل، رغم أن بعض الفقه لم يرض بهذه المعاملة القاسية للناقل الأخير، و اعتبر مركزه لا يختلف عن مركز الناقلين المتوسطين الذين اعتبرهم المشرع مسئولون عن المرحلة التي تولوا انجازها فقط، بالتالي فلا يسأل الناقل الأخير إلا عن الرحلة الأخيرة التي أنجزها حسب بعض الفقه.

---

[1] - احمد محمد محرز، المرجع السابق، الصفحة 186-187.

أما فيما يخص الوكلاء بالعمولة عن النقل هم الأشخاص الذين يلجا إليهم المرسل عند إبرام العقد مع الناقل فقد يكون عدة وكلاء أو وكيلا واحدا، وذلك في حالة تعدد مراحل النقل، بالتالي فان الوكلاء يتعددون بتعدد مراحل النقل الذين يتولون كل مرحلة من مراحل النقل فيتولى الوكيل بالعمولة النقل في أولى مراحله، ثم يتعاقد مع الناقلين الآخرين عن سائر مراحل النقل الأخرى و ذلك بوصفه وكيلا بالعمولة.

فإذا تولى الوكيل بالعمولة انجاز النقل في إحدى مراحله فانه يخضع لأحكام عقد نقل البضائع، و يكون بالتالي مسئولا عن الهلاك و التلف و التأخير الناتج عن المرحلة التي يتولاها، فان الوكيل بالعمولة للنقل ضامن بقوة القانون و يترتب على ذلك أن المرسل يستطيع إثارة مسؤوليته كما لو كان ناقلا، فيكون الوكيل مسئولا عن هلاك البضاعة أو التلف أو التأخير، و يخضع الوكيل بالعمولة بعد ذلك لأحكام الإعفاء من المسؤولية.

كما يكون الوكيل بالعمولة للنقل مسئولا تجاه المرسل عن البضاعة حسب المادة 58 من القانون التجاري التي تنص على انه "يعد الوكيل بالعمولة من وقت تسلمه الأشياء المطلوب نقلها مسئولا عن ضياعها كليا أو جزئيا أو عن تلفها أو التأخير في تسليمها".

فيمكن للمرسل الرجوع على كل من الوكيل و الناقل، و لا شك أن أساس رجوع المرسل على الوكيل هو العقد الذي يربط بينهما أما رجوع المرسل على الناقل فلا يستند إلى علاقة تعاقدية، و مع ذلك لا يمكن مساءلة الناقل عما يجاوز ما يمكن إثارته في حالة رجوع الوكيل بالعمولة عليه باعتباره طرفا في عقد النقل.

و فقد اختلف الفقه حول أساس رجوع المرسل على الناقل، إلا أن الراجح حماية للمرسل هو أن الرجوع يكون على أساس المسؤولية العقدية لأن الناقل لا يحوز البضاعة إلا استنادا لهذا العقد الذي ابرمه لحساب المرسل، و أن الوكالة بالعمولة ليست خافية على الناقل بالتالي لا يفاجأ الناقل برجوع المرسل عليه[1].

فلا مفر من تطبيق المسؤولية التضامنية على الوكيل بالعمولة للنقل نظرا لاعتباره في مركز الناقل الأول و يكون أساسها العقد المبرم لحساب المرسل.

و يمكن إعفاء الناقل من ضرر التأخير بموجب شرط في العقد حسب المادة 52 من القانون التجاري في فقرتها الثانية " يجوز للناقل عدا حالة الخطأ العمدي أو المرتكب منه أو من مستخدمه إعفاؤه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير".

رغم ذلك فلا يمكن إعفاؤه من الضرر الناتج عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف، و إذا وجد شرط في العقد يعفي الناقل من هذه المسؤولية فيعد الشرط باطلا و يبقى العقد صحيحا.

و لا يوجد مقابل لهذه المادة 40 في القانون التجاري الفرنسي و لا حتى المصري أو المغربي.

[1] - هاني محمد دويدار "العقود التجارية و العمليات المصرفية" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999، ص من 82 - 86.

كما يلاحظ أن المادة 765 من القانون البحري قد نصت على مسؤولية الناقلين بالتضامن بنصها على أنه: "إن الناقل البحري الذي وضع وثيقة مباشرة يلزم بالتنفيذ الملائم للالتزامات المترتبة على الناقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة حتى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه و يسال كل من الناقلين الآخرين عن تنفيذ هذه الالتزامات في مسافة النقل الذي قام به و ذلك بالتكامل و التضامن مع الناقل الذي وضع وثيقة الشحن المباشرة" فتسري في النقل البحري المسؤولية التضامنية لجميع الناقلين[1].

أما طبيعة المسؤولية التضامنية للناقلين تجاه المرسل و المرسل إليه هي مسؤولية عقدية، مصدرها عقد النقل المبرم بين الناقل و المرسل، فالناقل مسئول عن تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عليه العقد، و التي سبق لنا ذكرها و أهمها الالتزام بالمحافظة على سلامة البضاعة أثناء النقل، و إذا أخل الناقل بهذا الالتزام التعاقدي تترتب مسؤوليته إذا لم يسلم البضاعة أو إذا هلكت هلاكا كليا أو جزئيا، كذلك إذا سلمها تالفة أو متأخرة عن الموعد المتفق عليه.

و تبدأ المسؤولية التعاقدية من وقت تكفل الناقل بالبضاعة بتمام تسلمها من المرسل و تنتهي بتسليمها للمرسل إليه، إلا إذا أثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل، أو من الناقلين فالخطأ واقع بمجرد هلاك أو تلف أو تأخير البضاعة، و هو خطأ حقيقي لا مفترض و هناك حالات تنتفي فيها مسؤولية الناقلين، و هي حالة القوة القاهرة و حالة خطأ المرسل أو وجود عيب في البضاعة[2].

أما الإعفاء من المسؤولية العقدية فذكرنا أنه ممكن الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير، إلا حالة ارتكابه غشا أو خطأ جسيم، و يتعين على المرسل أو المرسل إليه إثبات الغش أو الخطأ الجسيم إذا ما أراد إثارة مسؤولية الناقل، و يمكن تحديد مسؤولية الناقل بوضع حد أقصى لمبلغ التعويض.

و بما أنه يمكن تحديد المسؤولية العقدية أو يتم الإعفاء منها، فإن المسؤولية التضامنية كذلك عندما يقوم الدائن المضرور بإعفاء الناقلين منها في حالة تعددهم، لكن لا يمكن اتفاق الناقلين على عدم تضامنهم في المسؤولية لأنها من النظام العام.

أما بالنسبة لمسؤولية المرسل و المرسل إليه التضامنية تجاه الناقل عن أجرة النقل فإنها تعاقدية بالنسبة لعلاقة الناقل بالمرسل نظرا للعقد الذي يربط بينهما، أما بالنسبة لعلاقة المرسل إليه بالناقل ، فقد اختلفت فيها الآراء.

فيرى جانب من الفقه بأنها نيابة ناقصة: أي أن يكون المرسل نائبا عن المرسل إليه عند

إبرامه لعقد النقل، لكن هذه النيابة ناقصة لان المرسل يظل ملتزما بما يرتبه العقد على عاتقه من التزامات.

---

[1] - سمير جميل حسين الفتلاوي "العقود التجارية الجزائرية" ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001،ص 265-267.

[2] - علي البارودي، محمد فريد العريني ، المرجع السابق ، ص 209--211.

وما يترتب على هذه النظرية أن كل أثار العقد تنصرف للمرسل إليه في حين أن تدخله مقصور على استلام البضاعة و إثارة مسؤولية الناقل، و أحيانا الوفاء بأجرة النقل و هناك من رآها علاقة حلول المرسل إليه محل المرسل في استلام البضاعة.

و معنى ذلك أن العلاقة بين المرسل و الناقل تنقضي في ما حل فيه المرسل إليه محل المرسل، إلا أن ذلك مخالف للواقع، لأن المرسل يستطيع إثارة مسؤولية الناقل كما أن للناقل الرجوع عليه بالوفاء بالأجرة إذا امتنع المرسل إليه عن الوفاء بها.

و هناك من الفقه من كيف العلاقة بأنها اشتراط لمصلحة الغير، لأن المرسل عندما يتعاقد مع الناقل إنما يشترط لمصلحة المرسل إليه، فيكون من حق هذا الأخير استلام البضاعة و الحصول على التعويضات المناسبة في حالة إخلال الناقل بالتزاماته[1]، فيكتسب المرسل إليه حقا مباشرا.

إلا أن الرأي الراجح أن العرف التجاري السابق على التقنين هو أساس هذا المركز، بل هو الذي ابتدعه لتحقيق المصالح التجارية بين التجار، فحق المرسل إليه قبل الناقل يقتصر على استلام البضاعة و مساءلة الناقل عن ذلك، و حق الناقل في مواجهة المرسل إليه بمطالبته بالأجرة و حبس البضاعة حتى استيفائها[2]، و نظرا لوجود هذه العلاقة رتب المشرع مسؤولية المرسل إليه التضامنية مع المرسل تجاه الناقل لحماية حقه في الأجرة المستحقة.

وبعد قيام المضرور برفع الدعوى ما على القاضي إلا الحكم بتضامن المسئولين في حالة ثبوت الاشتراك في الخطأ، أو يقضي بالمسئولية المنفردة في حالة انفصال كل تصرف عن الآخر فان ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

أما دعوى المسؤولية فترفع من المضرور سواء كان المرسل أو المرسل إليه أو الناقل إذا تضرر أحدهم فتقام الدعوى من صاحب المصلحة في إقامتها و تتضمن توجيه الدعوى ضد المسئولين، و مضمون الضرر تلف البضاعة أو فقدانها كليا أو جزئيا أو تأخر وصولها، إضافة إلى ما فات المتضرر من كسب، أما إذا كان النزاع متعلقا بتكوين عقد النقل أو تنفيذه نتيجة حادث طارئ أثناء التنفيذ فيجوز رفع الدعوى من قبل أحد الأطراف.

أما سقوط هذه الدعوى فنصت عليه المادة 55 من القانون التجاري التي تنص على انه: "يترتب على استلام الشيء المنقول سقوط كل دعوى ضد الناقل من أجل التلف أو الضياع الجزئي إذا لم يبادر المرسل إليه أو المرسل أو أي شخص يعمل لحساب أحدهما في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ الاستلام ودون حساب أيام العطل بتبليغ الناقل احتجاجه المسبب بموجب إخبار غير قضائي أو رسالة موضحا عليها، و يكون هذا الاحتجاج صحيحا مهما كان شكله إذا ثبت من الإشعار باستلام الناقل أن الاحتجاج المذكور قد حصل ضمن المهلة المذكورة أعلاه.

---

[1] - هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص88-89 و64-65.

[2] - احمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 194-195.

- و إذا طلب أحد الأطراف إجراء الخبرة المقررة في المادة 54 قبل تسلمه الشيء المنقول أو خلال الثلاثة أيام التالية لاستلامه إياه يكون طلبه بمثابة احتجاج و لا محل عندئذ للقيام بالإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ".

فيتبين لنا من هذه المادة أن دعوى المسؤولية تسقط خلال ثلاثة أيام إذا توافرت الشروط التالية:

- **تسلم البضاعة من قبل المرسل إليه.**
- **انقضاء ثلاثة أيام على تسلم البضاعة و ليس من تاريخ بدء النقل.**
- **عدم الاعتراض أو الاحتجاج أو تدوين ملاحظة تتضمن التحفظ من قبل المرسل إليه أو المرسل خلال هذه المدة، و يجوز أن يكون الاعتراض برسالة بريدية موصى عليها.**

و تسقط دعوى المرسل أو المرسل إليه بانتهاء سنة واحدة من تاريخ وصول واسطة النقل أو من اليوم الذي يجب فيه تسليم الشيء المنقول أو من التاريخ الذي كان من المفروض أن تصل فيه واسطة النقل.

أما بالنسبة لعقد نقل الأشخاص فإن أخل الناقل بالتزاماته و أهمها الالتزام بضمان سلامة المسافر قامت مسئوليته على ضوء ما نصت المادة 62 من القانون التجاري التي تنص:" يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء النقل سلامة المسافر و أن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد".

لكن هذه المسؤولية تحدد بحدود تنفيذ عقد النقل، ففي عقد النقل بالسكك الحديدية مثلا، يبدأ تنفيذ العقد فمن ثم تبدأ مسؤولية الناقل، و في النقل بالسيارة أو غيرها من العربات المعدة للنقل تبدأ المسؤولية منذ الوقت الذي يحدث فيه الاتصال المادي بين المسافر و السيارة.

و لا شك أن المسؤولية العقدية تنقضي بوفاة المسافر، فإذا قتل المسافر في الحادث أثناء النقل فلا يحق للورثة الرجوع على الناقل بسبب الأضرار المادية أو الأدبية التي ألحقتهم شخصيا إلا بمقتضى المسؤولية التقصيرية، إذ لا يربطهم بالناقل عقد و لما كانت المسؤولية التقصيرية عاجزة عن حماية المصاب، أرجع بعض الفقه أساس رجوع الورثة بافتراض أنهم مستفيدون من اشتراط لمصلحة الغير عقده المتوفى المسافر مع الناقل، و هو افتراض غير صحيح لأن المسافر عادة لا يعرف انه سيلقى حتفه أثناء السفر فيشترط لمصلحة ورثته لذلك فانه لا محال للتحايل على المسؤولية التقصيرية[1].

سواء كانت المسؤولية عقدية بين الناقل و المسافر في حالة وقوع أضرار له، أو في حالة المسؤولية التقصيرية في حالة وفاة المسافر، فان المشرع لم يأت لنا بنص حول المسؤولية التضامنية للناقل أو للناقلين في حالة تعددهم خاصة و أن المشرع رغم عدم نصه صراحة على إمكانية تعدد الناقلين في عقد نقل الأشخاص، إلا انه سمح بوجود الوكيل بالعمولة للنقل الذي لا يكون عادة وكيلا واحدا بل عدة وكلاء

[1] - عبد الحميد الشواربي "الالتزامات و العقود التجارية" الكتب القانونية، منشاة المعارف، الجزء الثاني، طبعة 2001،ص 407-408.

يسألون عادة بالتضامن تجاه الناقل نظرا للعقد الذي يربطهم، و هذا التضامن يكون بالرجوع للقاعدة في التضامن في العقود التجارية مفترضا و ليس من النظام العام، رغم أن عقد نقل الأشخاص يعد أهم و اخطر مقارنة مع عقد نقل الأشياء أو البضائع.

لم يأت المشرع بنص حول المسؤولية التضامنية للناقلين و لا للوكلاء بالعمولة للنقل، مما يسهل لهم إثبات عدم تضامنهم لأن التضامن هنا ليس من النظام العام فيمكن إثبات عكسه أو نفيه، وربما يعود عدم النص على قاعدة التضامن في عقد نقل الأشخاص مقارنة مع عقد نقل الأشياء، لأن المشرع قد نص على ضرورة الالتزام العام بسلامة المسافر فرأى أن هذا الضمان يعد كافيا لحماية الأشخاص المسافرين.

خاتمة

إن قاعدة افتراض التضامن التجاري يجعل الاستغناء عن النصوص الخاصة بالتضامن التجاري أمرا ممكنا، ذلك أن القواعد العامة تغني عن تلك النصوص، إلا أنه لا يمكننا أن نتجاهل أهمية التضامن القانوني نظرا لأن المشرع قد أتى به مؤكدا أهميته في بعض الالتزامات التجارية على سبيل الحصر لجعله أهم الضمانات المخولة للدائنين في حالة اشتراك المدينين في الالتزام التجاري، خاصة وان نفي التضامن واستبعاده أمر مستحيل في حالة النص عليه، على عكس حالة افتراضه أين يمكن للمدين أن يثبت عكسه بسهولة، وباستعمال كل الطرق خاصة وأن القانون التجاري يجعل كل طرق الإثبات متاحة في المعاملات التجارية.

فعلى المدين أن يثبت وجود اتفاق مسبق يعفيه من قاعدة التضامن القانوني، وهي الطريقة الوحيدة لإثبات عدم التزامه بالتضامن مع المدينين الآخرين، لذلك فيمكن الاتفاق على عدم التضامن، مثل الاتفاق على إعفاء أحد الموقعين من قاعدة تضامن الصرفي في الورقة التجارية. أما إذا كان من النظام العام فيستحيل التخلص منه ولا يمكن للمدين هنا أن يتفق على استبعاده أو إثبات عكسه مثاله: تضامن الشركاء في

شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو تضامن مسيري الشركات التجارية في حالة تسببهم في أضرار قد تقع للشركة أو للغير.

وتجدر الإشارة هنا بأن المشرع لم يقض بالتضامن في كل الالتزامات التجارية المشتركة إنما قد نص عليه في أحوال وظروف معينة قد تجعل الدائنين أمام خطر ضياع حقوقهم.

وأولى المشرع التضامن التجاري باهتمام كبير، فحاول إحاطة الدائنين بحماية مهمة عن طريق إقراره بقاعدة التضامن كلما دعت الضرورة لذلك، خاصة في شركات الأشخاص أين أخضع الشركاء للمسؤولية التضامنية في مرحلة تأسيس الشركة و أثناء ممارستها لنشاطها و في حالة إفلاسها، لكن أهم ما يؤخذ على المشرع أنه لم يأت لنا بكيفية سير إجراءات المطالبة به وطريقة إخضاع الشركاء له، حيث أن تضامن الشركاء قد يجعل الدائن في حيرة أثناء رفع دعوى للمطالبة بحقه تجاه الشركة وقبل إلزام أحد الشركاء بالدفع نتيجة لتضامنه، فلم يبن لنا المشرع مدى إمكانية رفع الدعوى على الشركة فقط أم يجب رفعها على كل الشركاء إضافة للشركة نظرا للتضامن الذي يربطهم.

إن إغفال المشرع للجانب الإجرائي للتضامن لم يكن في شركة التضامن فقط بل في كل الالتزامات التجارية، لأننا لم نعثر على أي شرط إجرائي يساعد الدائن في المطالبة بحقه في إخضاع المدين لقاعدة التضامن.

نلاحظ كذلك أن المشرع لم يقرر حماية كافية للدائنين في حالة اندماج أو انفصال شركة التضامن على غرار شركة المساهمة أين قرر المسؤولية التضامنية للشركة في حالة إجراء عملية إدماج أو انفصال، بالرغم من أن دائني شركة التضامن هم أولى بتلك الحماية نظرا لتمتعهم بمزية تضامن الشركاء في شركة التضامن باعتبارها أهم ضمان لهم لاستيفاء حقوقهم، فقد يجد دائني شركة التضامن أنفسهم أمام شركة أموال وذلك بعد عملية الاندماج أو الانفصال عوض شركة التضامن التي تعاملوا معها.

قد أجاز المشرع في القانون التجاري للشريك المساهم في شركة المساهمة أن يدخل اسمه في عنوان الشركة، ومن شأن ذلك أن يوقع الغير المتعامل مع الشركة في التباس حول مركز الشرك فيظنه مماثلا لمركز الشريك في شركة التضامن الذي يظهر اسمه في عنوان الشركة، لذلك فعلى المشرع أن يتفطن لهذا الأمر عن طريق إلغاء هذا النص حماية للمتعامل مع شركة المساهمة.

كما تجاهل المشرع الدائنين حملة السندات عند إقراره لتضامن شركة المساهمة المنفصلة مع الشركة الناتجة عن الانفصال تجاه الدائنين،وان قيام حملة السندات بمنح قروض لشركة المساهمة يجعلهم دائنين لها وعليه كان لزاما على المشرع حمايتهم على غرار دائني الشركة العاديين.

لقد خص المشرع الأوراق التجارية بتضامن صرفي قانوني حيث شمل هذا التضامن كل الموقعين على السفتجة والشيك والسند لأمر، لكنه لم يمتد لسند الخزن و عقد تحويل الفاتورة وسند النقل، حيث لا يوجد نص يقر بتضامن الملتزمين فيها رغم

تعددهم ووحدة التزامهم، فضلا عن وجود عدة التزامات تجارية مشتركة تفتقد لوجود تضامن تجاري بنص صريح حماية للدائنين.

واعتبارا لما سبق نأمل أن يتفطن المشرع مستقبلا لهذه الحالات، وأن يهتم بموضوع التضامن خاصة وأنه يمثل أهم الضمانات التي تحمي حقوق الدائنين خاصة في المسائل التجارية بحكم اعتمادها على الثقة و الائتمان، عن طريق وضع نظام محكم للتضامن بإبراز ضوابطه وإجراءاته وجزاء مخالفته فضلا عن تمديد مجاله ليشمل كل الالتزامات التجارية المشتركة خاصة بعد اتجاه المشرع للنص عليه وعدم اكتفائه بافتراضه، فقد أحسن المشرع فعلا بتدخله لولا بعض الأمور التي تم إغفالها.

وهذا من أجل مسايرة النصوص القانونية للتغيرات التي عرفها المجتمع نظرا للتطور التجاري والاقتصادي، ولتصبح تلك النصوص متماشية مع الحماية التي أولتها معظم التشريعات الأجنبية والعربية للمتعاملين في المسائل التجارية دعما للثقة المتبادلة بين التجار.

قائمة المراجع

المراجع العامة

المراجع العامة باللغة العربية.

1- جلال علي العدوي،"أحكام الالتزام"، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، الدار الجامعية، طبعة 1993.

2- خليل أحمد حسن قدادة، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري" ،أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية لسنة 1992.

3- رمضان أبو السعود، "أحكام الالتزام،" دار الجامعة الجديدة"، الطبعة 2004.

4- زاهية سي يوسف، "عقد الكفالة "، دار الأمل، طبعة 2001.

5- سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات"، أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية، المجلد الرابع، الطبعة الثانية لسنة 1992.

6- عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، نظرية الالتزام

7- عبد القادر الفار "أحكام الالتزام"، آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الخامسة لسنة 1999.

8- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود. "نبيل إبراهيم سعد"، مصادر و أحكام الإلتزام دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003.

9- منذر الفضل، "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني"، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزء الثاني، الطبعة 1998.

المراجع العامة باللغة الفرنسية.

10- François Terré-Philippe Simler- Yves Lequette "Droit civil", les obligations, Droit privé, Précis Dalloz, 9eme édition 2005.

المراجع الخاصة

المراجع الخاصة باللغة العربية.

11- أحمد محمود خليل" شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد" منشاة المعارف، للنشر الطبعة 2001- 2002.

12- أحمد محمد محرز "القانون التجاري الجزائري" العقود التجارية، دار النهضة العربية، الجزء الرابع، 1980- 1981.

13- أحمد محمد محرز" القانون التجاري العقود التجارية الأوراق التجارية" ، دار الكتب القانونية، طبعة 2003.

14- أحمد محمد محرز، "الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات التجارية، و شركات الأشخاص و شركات الأموال"، شركات القطاع العام، مشروع قانون الشركات الموحد الجديد، الطبعة 2000.

15- الياس ناصف، "موسوعة الشركات التجارية "، شركة التضامن، الجزء الثاني، طبعة 1994.

16- أنور العمر وسي، "التضامن و التضامم و الكفالة في القانون المدني"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 1999.

17- بسام حمد الطراونة"، تظهير الأوراق التجارية "، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني و المصري، الطبعة الأولى 2004.

18- حسني المصري، "العقود التجارية في القانون الكويتي و المصري و المقارن" ، مكتبة الصفار، الطبعة الأولى، 1989-1990، ص 39.

19- راشد راشد، "الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2004.

20- رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم ديب"، الوجيز في النظرية العامة للالتزام،" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997.

21- رزق الله العربي بن مهيدي، "الوجيز في القانون التجاري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2003.

22- زهير عباس كريم، "مبادئ القانون التجاري" ، الإعمال التجارية- التاجر- المحل التجاري- العقود التجارية- الطبعة الثانية، 1997.

23- سميحة القليوبي" الموجز في أحكام الإفلاس "دار النهضة العربية، الطبعة الأولى سنة 2003 .

24- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية السفتجة السند لأمر الشيك، الطبعة الخامسة 2005.

25- سمير جميل حسين الفتلاوي، "العقود التجارية الجزائرية" ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.

26- شاذلي نور الدين، "القانون التجاري"، مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار العلوم للنشر و التوزيع، طبعة 2003.

27- صبحي عرب، "محاضرات في القانون التجاري، الإسناد التجارية" الشيك، السفتجة، سند الأمر، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة، طبعة -1999 - 2000.

28- عاطف محمد الفقي،"الأوراق التجارية"، الكمبيالية، السند لأمر، الجزء الأول، طبعة 2001.

29- عباس حلمي، "القانون التجاري" الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1983.

30- عباس مصطفى المصري، «تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال "، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.

31- عبد الحكم فوذة، "شركات الأشخاص"، دار الفكر الجامعي.

32- عبد الحميد الشواربي، "الإفلاس "، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1995.

33- عبد الحميد الشواربي "الالتزامات و العقود التجارية"، الكتب القانونية، منشاة المعارف، الجزء الثاني، طبعة 2001.

34- عبد الحميد الشواربي" الأوراق للتجارية" الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، منشاة المعارف، المكتبة القانونية، طبعة 2001.
بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار النهضة العربية، المجلد الثالث، ص 267.

35- عبد العزيز العكيلي،" القانون التجاري، الأعمال التجارية و التجار و المتجر، الشركات التجارية و الأوراق التجارية "، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 1997.

36- عبد القادر العطير،" الوسيط في شرح القانون التجاري" الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 1998.

37- عزت عبد القادر، " الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات الاستثمار"، دار الكتب، المحلة الكبرى، مصر طبعة 1998.

38- عزيز العكيلي، "أحكام الإفلاس و الصلح الواقي، دراسة مقارنة" ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ، طبعة 1997.

39- عزيز عبد الأمير العكيلي" الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني و اتفاقيات جنيف الموحدة"، المكتبة القانونية، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى لسنة 1993.

40- علي البارودي، "القانون التجاري" أعمال تجارية، تجار شركات الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية طبعة 1999.

41- علي البارودي، "الأوراق التجارية و الإفلاس"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2002.

42- علي البارودي، محمد السيد الفقي، " القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك و الأوراق التجارية"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1999.

43- علي البارودي، محمد فريد العريني، "القانون التجاري" الأوراق التجارية و الإفلاس، دار المطبوعات الجديدة، الجزء الأول، طبعة 2000.

44- علي البارودي، محمد فريد العريني، "القانون التجاري" العقود التجارية، عمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2004.

45- علي حسن يونس، "الأوراق التجارية "، ملتزم للطبع و النشر، دار الفكر العربي.

46- علي فتاك، "مبسوط القانون التجاري"، القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية، ابن خلدون للنشر و التوزيع، طبعة 2004.

47- علي فتاك "مبسوط القانون التجاري الجزائري" في الأوراق التجارية، ابن خلدون للنشر و التوزيع، طبعة 2004.

48- علي فتاك، مبسوط القانون التجاري في الأوراق التجارية، الجزء الأول: السفتجة، ابن خلدون للنشر والتوزيع طبعة 2004.

49- عمورة عمار، "الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري"، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة للطبع، طبعة 2000.

50- فرحة زراوي صالح "الكامل في القانون لتجاري الجزائري"، المحل التجاري و الحقوق الفكرية، تشر و توزيع ابن خلدون، القسم الأول، طبعة 2001.

51- فوزي محمد سامي، "شرح القانون التجاري، الاوراق التجارية"، مكتبة دار الثقافة للنشر، المجلد الثاني، طبعة 1997.

52- فوزي محمد سامي، "شرح القانون التجاري" مصادر القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، دار مكتبة التربية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 1997.

53- فوزي محمد سامي، "شرح القانون التجاري"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، لسنة 1997.

54- فوزي محمد سامي،" الشركات التجارية"، الأحكام العامة والخاصة، دار الصبح للنشر و التوزيع، طبعة 1999.

55- لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، منشورات الجامعة المفتوحة، طبعة 1993.

56- محمد السيد الفقي، "دروس في القانون التجاري الجديد"، الأعمال التجارية، الأموال التجارية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003.

57- محمد السيد الفقي، " القانون التجاري الأوراق التجارية "، منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة2004 .

58- محمد أنور حمادة، " التصرفات القانونية على المحل التجاري، البيع، الرهن، التأجير"، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2001.

59- محمد فريد العريني، جلال وفا البدري محمد ين، "القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري"، دار المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة 1998.

60- محمد فريد العريني، هاني دويدار،" قانون الأعمال"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص 322.

61- محمد فريد العريني، "الشركات التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني و تعدد الأشكال"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003.

62- محمد كامل درويش، "الأساسيات المطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات التأمين "، دار الخلود للنشر والطباعة، الطبعة الأولى، 1993.

63- محمد مختار أحمد بريري، "قانون المعاملات التجارية" الإفلاس و الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى لسنة 2000.

64- مصطفى كمال طه، "أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية و الإفلاس"، الدار الجامعية.

65- مصطفى كمال طه، " أصول القانون التجاري"، الدار الجامعية للطباعة و النشر المكتبة القانونية، طبعة 1994.

66- مصطفى كمال طه، الشركة التجارية، "الأحكام شركات الأموال"، دار الجامعة الجديدة للنشر،1997.

67- مصطفى كمال طه، "الأوراق التجارية و الإفلاس" دار الجامعة الجديد ة للنشر، طبعة 2003 .

68- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، بجامعة الإسكندرية، "أصول الإفلاس" ، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005.

69- نادية فضيل، "القانون التجاري الجزائري"، الأعمال التجارية، المحل التجاري، التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 2003.

70- نادية فضيل" الأوراق التجارية في القانون الجزائري" دار هومة ، طبعة 2004 .

71- نادية فضيل، "أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري"، شركات الأشخاص، دار هومة للطبع، طبعة 2005.

72- نبيل إبراهيم سعد، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، القسم الأول، دار الهدى، 1991- 1992.

73- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، "أحكام الالتزام" دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002.

74- هاني دويدار،" التنظيم القانوني للتجارة"، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، المؤسسة التجارية، طبعة 1997.

75- هاني دويدار، "التنظيم القانوني للتجارة "، الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري، الدفاتر التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2001.

76- هاني محمد دويدار "العقود التجارية و العمليات المصرفية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999.

77- وائل بندق-مصطفى كمال طه، "الأوراق التجارية و وسائل الدفع الالكترونية الحديثة"، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005.

المراجع الخاصة باللغة الفرنسية.

78- Alain Piedelieve-Stéphane Piedelieve, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerces, 3ème édition, DALLOZ 2001.

79- Bernard Saintourens, Droit des affaires, Droit commercial, Les annuels des Droits – Dalloz 2002.

80- Druon Délot « La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprises ». Fiscalité système, L.G.D.J(Librairie générale de Droit et de jurisprudence), année 2003.

81- Dominique legeais, Droit commercial et des affaires, Armand Colin, Paris, 14ème édition, 2001.

82- Dominique Vidal, "Droit des sociétés", L.G.D.J 2ème edition, année 1998.

83- EVA Mouial Bassilana: "Droit des affaires et Droit commercial"- Irina Parochkeva : annales corrigés épreuve de Deug, l'année et licence Gualino, 2003.

84- France Guiraman-Alain Heraud : "Droit des sociétés", Manuel et applications campus, Dunod, Paris 10ème édition année 2003.

85- Francis Lemeunier, "société en nom collectif, société en participation", encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Paris, 9ème édition, 1993.

86- Lemeunier "Société a responsabilité limitée", création, gestion, Francis évolution, Delmas 22eme édition, année 2000.

87- Francis Lemeunier "sociétés anonymes", création- Gestion- évolution Delmas- 18ème édition,année 2001.

88- François Dekewwer-Deffossez "Droit commercial" activités commerciales, commerçants fonds de commerce, concurrence, consommations. Avec la collaboration d' EDITH Blary clément- 6ème édition- Montchrestien- 1999.

89- François- Xavier Lucas, "Droit commercial", actes de commerce, commerçants, Fonds de commerce, Montchrestien, 2 ème édition, 2000.

90- Françoise Dekewwer-Deffossez « Droit commercial » actions commerciales, avec la collaboration d'Edith Blary Clément, 6ème édition- Montchrestien- 1999.

91- G.Ripert-R.Roblot- "traité de Droit commercial", les sociétés commerciales par Michel Germain- Librairie générale de Droit et de Jurisprudence- Tome 1- Volume 2-10ème édition- année 2002.

92- Jaque Delga, « le Droit des sociétés »,Dalloz,1998 .

93- Jean Bernard-Blaise "Droit des affaires" commerçants, commerce, distribution, L.G.D.J 3 ème édition, 2002.

94- Jaque Mestre-Marie EVE Pancrazi, "Droit commercial", Droit interne et aspects de Droit international, LGDJ-26eme édition année 2003.

95- Lemeunier, fonds de commerce, achat- vente-Delmas 14ème édition 2001.

96- Luc Paulet, "Droit commercial", université de droit, Ellipses, 2000. Fonds de commerce- Dalloz, 3-ème édition- 2001, page 51.

97- Paul Didier , droit commercial , introduction, les entreprises, Themes droit , presses universitaires de France, 1ère edition, 1970.

98- Philippe-Merle, droit commercial, sociétés commerciales, Précis, Dalloz, Paris, 10ème édition, 2005.

99- René Rodiere, " Droit commercial, groupements commerciaux" , avec la collaboration de Bruno Oppelit , precit , Dalloz, 9 ème edition , 1997 page 87.

100- Serge-Hadj Artinian "la faute de gestion en Droit des sociétés", affaires finances, Lite édition 2001.

101- Yves Guyon , droit des affaires droit commercial général et sociétés économica, Paris, 7eme édition , tome 1.

102- Yves. Guyon « Droit des affaires entreprises en difficultés redressement judiciaire – Faillite, économica, Delta, Tome2, 6ème edition.

الرسائل .

103- زروال معزوزة"المسؤولية المدنية والجنائية للمسيرين في شركة المساهمة" رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2006- 2007.

القوانين و الأوامر

القوانين الوطنية.

1- قانون رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005.

2-القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 20 يونيو2005 .

3-قانون رقم 01-21 المؤرخ في 7 شوال 1422 الموافق 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم بقانون المالية لسنة 2003.

4-الأمر رقم 76-80 مؤرخ في 29 شوال 1396 الموافق 23-10-76المعدل والمتمم بالقانون رقم 98- المؤرخ في أول ربيع الأول الموافق 25 يونيو 1998 المتضمن القانون البحري.

5-أمر رقم 96-07 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996، يعدل ويتمم القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 غشت 1990 والمتعلق بالسجل التجاري، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 97-41 مؤرخ في 09 رمضان عام 1417 الموافق 18 يناير سنة 1997ن يتعلق بشروط الق في السجل التجاري.

القوانين الأجنبية.

6-القانون رقم 2003-7 المؤرخ في 03 يناير المتضمن القانون التجاري الفرنسي.

القرارات القضائية.

1-قرار المحكمة العليا الصادر في 23-01-1991 المتضمن التزام المقاول والمهندس المعماري بالتضامن لمدة 10 سنوات، المجلة القضائية، العدد الرابع 1992.

2- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16-05-1995 المتضمن السفتجة- سحبها –أمر بالحجز، المجلة القضائية العدد الأول 1995.

المصادر الالكترونية.

1- http://fr.wikipedia.org/wiki.personne morale.

2- www. Memo .fr

3- www.Wikipedia.fr

الفهرس

المقدمة 1

الفصل التمهيدي : ماهية التضامن 9

المبحث الأول: مفهوم التضامن 11

المطلب الأول : أنواع التضامن وتمييزه عن ما يشابهه 12

الفرع الأول : التضامن السلبي والتضامن الايجابي 12

الفرع الثاني : التمييز بين التضامن وما يشابهه من أنظمة أخرى 14

المطلب الثاني: مبدأ عدم افتراض التضامن المدني 18

الفرع الأول: المصدر القانوني للتضامن 18

الفرع الثاني: المصدر الاتفاقي للتضامن 20

المطلب الثالث: الأسس التي يقوم عليها التضامن 21

الفرع الأول:وحدة المحل 22

الفرع الثاني: مبدأ تعدد الروابط القانونية 24

الفرع الثالث: النيابة التبادلية 25

المبحث الثاني: التضامن التجاري المفترض 29

المطلب الأول: مفهوم قاعدة افتراض التضامن التجاري.....31

الفرع الأول: مصدر افتراض التضامن التجاري 32

الفرع الثاني: أزمة افتراض التضامن التجاري 35

المطلب الثاني: استناد التضامن التجاري على كفالة الدين
39.....
الفرع الأول: العلاقة بين التضامن التجاري والكفالة
40.....
الفرع الثاني: التمييز بين التضامن والكفالة
42.....

الفصل الأول: أحكام التضامن في الشركات التجارية
45.....
المبحث الأول: المسؤولية التضامنية في شركات الأشخاص
48.....
المطلب الأول: النظام القانوني لقاعدة التضامن في شركات الأشخاص
50.....
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتضامن في شركات الأشخاص
50.....
الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم قاعدة التضامن
56.....
المطلب الثاني: نطاق المسؤولية التضامنية في شركات الأشخاص
61.....
الفرع الأول: مسؤولية الشخص المعنوي
63.....
الفرع الثاني: مسؤولية كل من المنضم والمنسحب من الشركة
66.....
الفرع الثالث:مسؤولية كل من المتنازل إليه عن الحصة في الشركة
70.....
الفرع الرابع: المسؤولية التضامنية للمدراء في شركات الأشخاص
73.....
المطلب الثالث: آثار الالتزام التضامني
80.....
الفرع الأول: مرحلة المطالبة بالدين 81
الفرع الثاني: المسؤولية التضامنية في مرحلة الإفلاس
85.....

المبحث الثاني: صور الالتزام التضامني في شركات الأموال
91.....
المطلب الأول: الالتزام التضامني في شركات الأموال
92.....
الفرع الأول: اتساع مجال مسؤولية الشريك المساهم
93.....
الفرع الثاني: مسؤولية أعضاء الهيئات في حالة الخطأ المشترك
107.....
الفرع الثالث: انفصال شركة المساهمة
123.....
المطلب الثاني: الالتزام التضامني في الشركة ذات المسؤولية المحدودة
129.....
الفرع الأول: تضامن الشركاء 130
الفرع الثاني: المسؤولية التضامنية للمسيرين تجاه الشركة و تجاه الغير.....,.....141
المطلب الثالث: المسؤولية التضامنية في حالة إفلاس شركات الأموال
..... 145
والشركة ذات المسؤولية المحدودة
الفرع الأول: مسؤولية أعضاء الهيئات الإدارية عن إفلاس شركات الأموال
145.....
الفرع الثاني: اشتراك كل من المسيرين والشركاء في افلاس الشركة ذات. المسؤولية المحدودة....149

الفصل الثاني:الالتزام التضامني في الأوراق والعقود التجارية
154.....
المبحث الأول: التضامن الصرفي في الأوراق التجارية
157.....
المطلب الأول:مفهوم التضامن الصرفي
158.....
الفرع الأول: تعريف التضامن الصرفي
158.....
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتضامن الصرفي
165.....

الفرع الثالث: أطراف التضامن الصرفي ومركزهم القانوني
167.....
المطلب الثاني: أحكام التضامن الصرفي
176.....
الفرع الأول: علاقة الحامل بالموقعين على الورقة التجارية
177.....
الفرع الثاني: علاقة الموقعين مع بعضهم
181.....
المطلب الثالث: آثار التضامن الصرفي
184.....
الفرع الأول: تمييز التضامن الصرفي عن التضامن المدني من حيث الآثار
185.....
الفرع الثاني: مسؤولية المفلسين الموقعين على الورقة التجارية
189.....
المبحث الثاني: التضامن في الالتزامات الناشئة عن العقد التجاري
194.....
المطلب الأول: مفهوم التضامن في العقد التجاري
195.....
الفرع الأول: التضامن المفترض كحكم مشدد في تنفيذ العقد التجاري
195.....
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتضامن المفترض في العقد التجاري
200.....
المطلب الثاني: مجال افتراض التضامن في العقد التجاري
202.....
الفرع الأول: العقود التي يبرمها التجار 202
الفرع الثاني: العقود التجارية بطبيعتها
204.....
المطلب الثالث: التضامن في عقد تأجير تسيير المحل التجاري وعقد نقل البضائع
206.....
الفرع الأول: تضامن كل من مؤجر ومستأجر تسيير المحل التجاري
206.....
الفرع الثاني: الالتزام التضامني في عقد نقل البضائع
212.....

خاتمة 223

قائمة المراجع.....226

فهرس.....236

ملخص باللغة العربية

يتناول هذا العمل مبدأ قانوني في غاية الأهمية و هو" التضامن التجاري" الذي يعد أبلغ الضمانات القانونية التي تيسر للدائن الحصول على حقه من مدين له شركاء. ويزداد هذا الضمان أهمية عندما ينص عليه المشرع الجزائري بصفة صريحة في القانون التجاري مخالفا بذلك العرف الذي يقضي بافتراضه. قصد المشرع من خلال هذه التدابير حماية المدين و خلق آلية تدعم الثقة والائتمان التجاري. و أغلب النصوص التي نصت على التضامن التجاري تخص الشركات التجارية أبرزها شركات التضامن لقيامها على الاعتبار الشخصي، و نصوص أخرى تخص تضامن الشركاء والمسيرين في شركات الأموال رغم قيام هذه الأخيرة على الاعتبار المالي. من جهة أخرى هناك التضامن الصرفي في الأوراق التجارية وبعض العقود التجارية. وعند التمعن في هذه النصوص نستطيع أن نستشف خصائص التضامن التجاري التي تميزه عن التضامن المدني خاصة من حيث الأحكام والآثار.

ملخص باللغة الفرنسية

Cette œuvre traite un principe juridique d'une grande importance, à savoir la "SOLIDARITE COMMERCIALE" qui constitue une garantie juridique devant faciliter au créancier le recouvrement de ses droits auprès d'un débiteur ayant des associés. Cette garantie est d'autant plus importante quand le législateur Algérien l'énonce de façon claire dans le Droit commercial en renforçant la coutume qui reconnait à cette garantie sa nature tacite. Par ces mesures, le législateur vise à protéger le créancier et à créer un mécanisme automatique qui renforce la confiance et les garanties dans les transactions commerciales. La plupart des textes ayant un rapport avec la solidarité commerciale concernent les sociétés commerciales et en particulier les sociétés en noms collectifs qui sont fondées sur la considération de la personne. Une autre partie traite la solidarité des associés et des dirigeants dans les sociétés à capitaux malgré la fondation de celles-ci sur des considérations financières. D'autre part il existe la solidarité cambière dans les effets de commerce (ex:lettres de changes, chèques ect..) et dans certains contrats commerciaux. En étudiant attentivement ces texts, on peut constater les particularités de la solidarité commerciale qui se distingue de la solidarité civile surtout dans ses fondements et ses effets.

ملخص باللغة الانجليزية

This work addresses the legal principle of the utmost importance and is "Solidarity trade," which is informed legal guarantees that facilitate the creditor to obtain right of the debtor to partners. The growing importance of this assurance when provided by the legislature in the Algerian explicit in commercial law ran so custom whereby assumption. The intent of the legislature through such measures debtor protection and create a mechanism to support and the confidence of commercial credit. And most of the texts which stipulates solidarity commercial businesses belonging to the most prominent companies on the solidarity of its personal account, and other texts concerning Solidarity partners and operators in the capital companies, despite the latter on the financial account. Elsewhere there morphemic solidarity in the securities business and some commercial contracts. Upon reflection in these texts can discern characteristics Solidarity trade distinguish it from civil solidarity especially in terms of the provisions and effects.