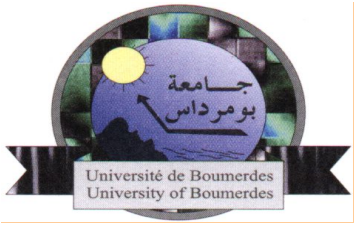
رقم الترتيب...../كلية الحقوق/ج ب/2014

الجـمهوريـــة الجزائريـــة الديموقراطيـــة الشعبيـــة
وزارة التعليـم العـالـــي والبحث العلمـــــي
جـامعـة امحمـد بوقــرة بومـــرداس



كليــة الحقوق

مـذكــرة الماجستيــر

مقدمـة من طرف:

بن شويحة علي

لنيل شهادة الماجستير في:

شعبة: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص : عقود ومسؤولية

عنوان المذكرة:الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة

لجنة المناقشة:

أ.د/يسعــد حوريـة، استـاذة محاضـرة "قسم أ"	جامعة تيزي وزو رئيسـة.
أ.د/نـاديـــة فضيـل، استاذة التعليـم العالـي	جامعة الجزائر مشرفة.
ا.د/زهية حورية سي يوسف، استاذة التعليـم العالـي	جامعة تيزي وزو ممتحنة.
أ.د/تبوب فاطمة الزهراء، استاذة محاضرة "قسم ب"	جامعة بومرداس ممتحنة.

السنة الدراسية:2014/2013.

أعُوذُ بِاللهِ مِنَ الشَيْطَانِ الرَجِيمِ

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلا... ﴾

سورة الإسراء : الآية 85

قال تعالى:

قُلِ اِللَّهُمَّ مَلِكَ اَلْمُلك تُوتِي اِلْمُلْكَ مَن تَشَآءُ وتَنزِعُ المُلْكَ مِمَّن تَشَآءُ وتُعِزُّ مَن تَشَآءُ وَتُذِلُّ مَن تَشَآءُ بيَدِكَ اَلخَيرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرُ* تُولِجُ اليْلَ فى اِلنَّهارِ وتُولِجُ النَّهَارَ فى اِليْلِ وتُخْرِجُ الْحَىَّ مِنَ اَلْمَيّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيّتَ مِنَ الْحَىّ وَتَرْزُقُ مَن تَشَآءُ بغَيْرِ حِسَابِ

<u>الآيتين 26 و27 من سورة آل عمران</u>

إهـــــداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلي أبي(رحمه الله)وأمي طاعة ومعروفا
وإلي زوجتي زهرة حياتي
والى أخـوتيّ وأخـواتي محبـة وتقـديرا
والى سندي ودعمي في هذه الحياة اخي يوسف

وإلي زوج عمتي محمد سلماني(رحمه الله) تقديرا واحتراما

وإلي نعمة أنعم الله بها عليّ يوسف وشيماء وأسماء وآلاء وايوب
والى فلدة كبدي ابني عبد الرحمان
كما أهدي هذا العمل إلي كل رفقائي وزملائي وأحبابي وكـل من وقـف معي

في إنجاز هذه المذكرة.

كما أهديه أيضا إلي زملائي بقسم الماجستير فرع العقود والمسؤولية

وأخـص بالذكـر منهم أخـي وصديقي بخيت عيسى

شكـــر وعـــرفان

الشكر الجزيل والحمد الكثير لله سبحانه وتعالي أولا وأخيرا على العون والتوفيق

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة نادية فضيل على قبولها الإشراف على هذا العمل كما اتقدم لها بالشكر على ما أمدتني به من توجيهات ونصائح خلال فترة البحث الشكر والتقدير كذلك لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، كما اتقدم بالشكر للدكتور أعراب بلقاسم والدكتور حدوم كمال والدكتورة سي يوسف زاهية حورية والدكتورة تبوب فاطمة الزهراء، والدكتور كتو محمد الشريف والدكتور جبالي واعمر، كما لا انسى ان اهـدى هذا العمـل المتواضـع الى الاستـاذة السيدة مسعد زهية

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد كل الشكر والتقدير

قائمة اهم المختصرات:

اولا:باللغة العربية:

***ت.م.ج: تقنين مدني جزائري.**

***ت.ت.ج: تقنين تجاري جزائري.**

***ت.م.ف: تقنين مدني فرنسي.**

***ت.م.م: تقنين مدني مصري.**

***ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.**

***د.ت.ن: دون تاريخ نشر.**

***د.د.ن: دون دار نشر.**

***ص: الصفحة.**

***ع: العدد.**

***س: السنة.**

ثانيا:باللغة الفرنسية:

***Op.cit :Ouvrage Précité.**

***P :Page**

***L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence**

المقدمة:

لقد اعتمد الفرد في العهد البدائي على ذاته وأفراد أسرته أو قبيلته في تلبية احتياجاته، ولكن بتطور المجتمع البشري، تعددت حاجياتُه و تنوعت، مما صعب عليه رغم جهوده وفي حدود إمكانياته البسيطة عن الوفاء بكل هذه الاحتياجات، وعليه فظهور التجارة هو تعبير عن ظاهرة تقسيم العمل والجهد بين أفراد المجتمع، فالبعض اختص بأمور السياسة والحرب، ومنهم من تفرغ لشؤون الزراعة، وآخر وجه جهده لمباشرة التجارة.

فكانت مباشرة التجارة أول مرة تعتمد في صورة مشروعات فردية يقوم بإنشاء كل مشروع منها وإدارته فرد واحد، وقد يعاونه أفراد أسرته أو عبيده، ورغم تطورها ومحافظتها على أهميتها البالغة حتى اليوم، إلا أنها لم تسَد حاجة التجارة، فضعف الإنسان وقصور ثروته، وعجزه عن بلوغ الأهداف الكبرى التي ظهرت الحاجة إليها من العيش في الجماعة، أدى إلى تظافر جهود الأفراد للقيام ببعض المشروعات ذات الأهمية الاقتصادية، وتكتيل جهوده مع غيره، والعمل على تطوير الإنتاج فنشأت الشركات.

فالشركة كفكرة ليست وليدة اليوم بل هي فكرة قديمة قدم الإنسانية ذاتها، وقد أخذت أول الأمر شكل الملكية العائلية، كما عرفها البابليون ونظمها قانون حمورابي بالمادة99 التي قررت قاعدة المساواة بين الشركاء عند تقسيم الأرباح والخسائر، وطور اليونانيون هذه القاعدة ليكون توزيع الربح والخسارة بنسبة المساهمة في رأس المال، وميز الرومان بين شركة جميع الاموال وشركة في تجارة معينة كمشتري الزيت والنبيذ والحنطة وبيعه[1].

وبظهور المشروع الجماعي الذي يضم أكثر من شخص يساهم كل منهم بحصة من مال أو عمل، الذي شكل نظام قانوني هو الشركة، فهذا النظام يستجيب للتطور الطبيعي لاستغلال رؤوس الاموال أمام عجز المشروعات الفردية عن القيام بمشروعات اقتصادية كبيرة[2]، وزادت أهميتها بزيادة حاجة الإنسان لها، فللشركة أهمية كبرى في عصرنا الحديث، سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية.

---

[1]- مدونة جستنيان، ترجمة عبد العزيز باشا فهمي، ص231، اشار اليه علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، الشركات التجارية، قانون الأعمال، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة،2001، ص01. و سلمان بوذياب، القانون التجاري(التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص213.

[2]-عبد الفضيل محمد احمد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص03.

فالاهمية **الاقتصادية** تظهر من خلال الدور البارز في عملية النهوض الاقتصادي، فالفرد يعجز عن تحقيق الغاية الاقتصادية نظرا لخبراته المحدودة، وإمكانياته الفردية العاجزة عن القيام بالمشاريع الاقتصادية الكبرى، وعليه فهي تمثل التعاون بين الأشخاص في استثمار مشروع معين، فهي تستجيب للتطور الطبيعي لاستغلال رؤوس الأموال، كما تعتبر الشركة تجميع وتركيز للجهد والمال، مما يجعلها الأداة المثلى للنهوض الاقتصادي.

أما الأهمية **القانونية** فتظهر من خلال أن أموال المشروع الفردي معرضة للإفلاس لكون جميع أموال الفرد ضامنة للوفاء بديونه، مما يجعل التنفيذ على المشروع والذمة الخاصة للشخص أمرا لا مفر منه، كما ان الفلسفة الفردية خلفت انعكاسات على الصعيدين الاقتصادي والقانوني، والتي تمثلت في مبدأي الحرية الاقتصادية وسلطان الإرادة، دعامتي النظام الرأسمالي الاقتصادي والقانوني، لذلك قيل وبحق ان الشركة على اختلاف صورها تعتبر من نظم الاقتصاد الحر[1].

وعلى هذا ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي إحترام إرادته وحريته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من الأفراد في المجتمع أساسها الإرادة الحرة، ونظرا لأهمية العقد في تكوين وإنشاء الشركة بصفة عامة، سواء مدنية أو تجارية ومهما كان شكلها، وما للإرادة من دور بارز في إنشاء هذا العقد لان لا احد يرغم في دخول شركة ما، وإذا كان الأصل في العقود مبدأ حرية التعاقد، حيث يترك المشرع للشركاء حرية تحديد شروطهم وتنظيم شركتهم، إلا أن التشريعات الحديثة أصبحت تتدخل في تنظيم الشركات التجارية بنصوص صريحة حماية لمبدأ الثقة و الائتمان الذي يسود العلاقات التجارية، فالشركة التي تتعامل بالأموال الطائلة تشكل قوة هائلة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، لذا تعمل الدولة دائما على رقابتها حتى لا تصبح وسيلة للاستغلال الاجتماعي و الاقتصادي، ولقد تراجعت الدول التي كانت تتبنى هذا النظام وتميزت تشريعاتها في مجال الشركات بالتشديد في الرقابة عليها وفرض إجراءات صارمة حتى تبقى دائما في نهج الاقتصاد الذي رسمت قواعده الدولة[2].

---

[1]-محمد فريد العريني، الشركات التجارية(المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص7.

[2]- نادية فضيل، أحكام الشركات التجارية طبقا للقانون التجاري الجزائري(شركات الأشخاص)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1997، ص05.

وعلى اثر هذا تظهر **أهمية موضوعنا من خلال البحث عن مكانة الإرادة الفردية وارادة المشرع في القواعد التي تحكم الشركات،** الامر الذي دعانا إلى محاولة الوقوف على حقيقة هذا التوجه التعاقدي في مجال الشركة، ورسم حدوده الآنية والمأمولة، ومن هنا وتاسيسا على ما تقدم تبرز **فكرة هذا البحث أو الدراسة – الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة** – والذي سنحاول فيه معالجة اشكالية البحث والتي مفادها:

***ما مدى إمكانية تغليب النظرية التعاقدية(مبدأ سلطان الإرادة)على فكرة النظام القانوني(التنظيم القانوني)؟ فمنذ القدم والإشكال يثار حول ما إذا كانت الشركة عقدا أم نظاما؟؟،** وبصورة أدق ستنصب هذه الدراسة على البحث في **القيود التي تعرفها الشركة، وذلك إنطلاقا من الحرية التي كانت تتمتع بها ووصولا إلى التقييد الذي صار يحيطها**.

ولحل هذا الإشكالية الرئيسية يجب الكشف عن المنهج المتبع في تحليلها المعتمد اساسا فيه ببحث القواعد العامة، معتمدين في ذلك بالمنهج الوصفي، والتحليلي، والاستعانة بالمنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدراسة اضافة الى التاصيل التاريخي لما يوافق طبيعة كل نوع من انواع الشركات،، هذا مع إستبعاد التعرض إلى الاحكام و التنظيم الذي يمس أنواع الشركات ولا ينصب حول تبيان الطابع العقدي أو النظامي للشركة، لان فيه من الكِتابَات ما يفي بالغرض، وذلك حرصا منا على البقاء ضمن مجال دراستنا.

ويظهر ذلك جليا في محاولة اتباع الخطة التالية والتي تشمل فصلين هما:

الفصل الاول: ضبط المفهوم التعاقدي والمفهوم النظامي للشركة.

المبحث الاول: ضبط المفهوم التعاقدي للشركة.

المبحث الثاني:ضبط المفهوم النظامي للشركة.

الفصل الثاني: مظاهر بروز الحرية التعاقدية والنظامية في قانون الشركات.

المبحث الاول:مظاهر هيمنة الفكرة التعاقدية والنظامية في قانون الشركات.

المبحث الثاني:الاعتراف بالطبيعة المختلطة للشركة.

الفصل الأول

ضبط المفهوم التعاقدي

والمفهوم النظامي للشركة

ان مبدأ سلطان الارادة يعد من المبادئ السائدة في قانون الشركات، وهو يدعو إلى التسليم به ولو بصفة جزئية، إذ انـه وفق ما يعرف بقاعدة الرضائية، فالإرادة وحدها كافية لإنشاء عقد الشركة، فالإرادة حـرة في تعيين وتحديد الآثار المترتبة عن العقد.

إلا أن هذا المبدأ لا يسـود دائما، ولا يطبق في كل الحالات، ولعل مرد ذلك إلى اختلاف وتفاوت المصالح الخاصة للشركاء عن المصلحة العامة في كثير من الأحيان، بل وقد تتضارب معها أحيانا كثيرة، الامر الذي يوجب على المشرع أن يلجا إلى القواعد القانونية الآمرة والمنظمـة للشركـات، والتي لا يجوز لأطراف العقد مخالفتها، ولا الخروج او العمل بما قد يناقض أحكامهـا.

وعليه سنعالـج تحديد المدلول ورسـم الحدود لكل من فكرتي العقد**(المبحث الأول)**، والنظام للشركـة**(المبحث الثاني)**، وضبطهمـا وفق ما يقوم عليه قانون الشركات عموما، والشركات التجارية خصوصـا.

المبحث الأول

المفهوم التعاقدي للشركة

إن قانون العقود من وجهة نظر تاريخية، يشغل حيزا لا باس به من قواعد القانون المدني المستلهم بدوره من المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية، هاته الأخيرة التي سجلت انتصار الحرية الفردية، والذي كان من أهم تجسيداته مبدأ الحرية التعاقدية(العقد شريعة المتعاقدين)، حيث أن القواعد التي سيرت العلاقات التعاقدية تمثلت في:

- كون العقد هو الإطار القانوني لهذه الحرية.
- اهمية العقد لأنه نتاج إرادتين يفترض أن تكونا متساويتين.
- ان الدولة يجب أن تتحفظ بقدر الإمكان من التدخل في موضوع العقد[1].

هاته القواعد أدت في مجملها إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة(**المطلب الأول**)، الأمر الذي يستلزم تواجد مظاهر لتقرير الحرية التعاقدية وتأكيدها(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الاتجاه نحو تكريس مبدأ سلطان الإرادة

ان مبدأ سلطان الإرادة بلغ ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة[2]، أي ابتداء من القرن17إلى أواخر القرن19، فقد ظهر هذا الطرح في القانون الروماني، وكان سبب ازدهاره ظهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة من الزمن، فمضمون هذه الفكرة ينطلق من مناقشة ما كان سائدا في ظل سلطان الإرادة، وما أسفر عنه من نتائج ومبادئ، حيث تصب كلـها

---

[1] - محمد تيورسي، فترة النظام العام الاقتصادي كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التجارية، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 04-2007، ص173.

[2] - فمبدأ سلطان الإرادة، ذو تاريخ يتعلق بمسالتين هما على سبيل الحدوث الزمني، الشكل والموضوع، ولقد تحقق نصران كبيران هما الرضائية، وحرية التعاقد، فالرضائية هي أن الإرادة يجوز التعبير عنها بأية صورة دون التقييد بشكليات معينة، أما حرية التعاقد فمعناها مزدوج، وهو ان الشخص حر في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، فان تعاقد فهو حر في تحديد مضمون العقد. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، هامش ص264.

في خانة تقديس الإرادة[1]، وما ينتج عنها من آثار، وهو ما كان له أثر كبير على التصرفات القانونية.

والغاية الأولى هي احترام حرية الفرد وإرادته، وأن كل التزام أساسه الرضا والاختيار، وهذا ما يتماشى مع القانون الطبيعي لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب احترامها، فمبدأ سلطان الإرادة كان له ارتباط وثيق بحرية الإرادة، مما أدى بالاعتراف بالنزعة العقدية**(الفرع الأول)**، وظهور عدت آراء وأفكار فقهية أيدت هذا الطرح من خلال الفكرة العقدية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول
مجال الحرية الفردية في عقد الشركة

إن مواد القانون المدني تضمنت العديد من المفاهيم التي أقرت بمبدأ الحرية الاقتصادية، ومبدأ سلطان الإرادة الذي فسح مجالا معقولا للحرية الفردية في نطاق العقد، ويتجه إلى إحداث آثار قانونية.

وذلك يعني أن تكون هناك إرادة راغبة في الارتباط بحالة قانونية[2]، حيث أنه لا يعتد بالإرادة مالم يقصد بها صاحبها إنشاء إلتزام[3]، وهي التي تؤدي بأطرافها إلى الحرية في إبرام عقد الشركة**(اولا)**، الامر الذي يدعونا الى البحث في معاني الشركة**(ثانيا)**.

---

[1]- فالإرادة عندهم هي جوهر التصرف القانوني ولب التصرف الإرادي، وهذا الطرح يؤدي كما يرى جانب من الفقه، إلى أن القانون نفسه وليد الإرادة، فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات، وبمقتضى هذا الحق تستطيع إنشاء ما تشاء من التصرفات وتحدد مضمونها، وهي التي تكسبها قوتها الإلزامية.

كما يستخلص من المادة106من ت.م.ج، أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، فيحرم علي المتعاقد نقض أو تعديل العقد بإرادة منفردة، حيث شبه العقد فيما يتعلق بقوته الإلزامية بالقانون، والحقيقة أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية، ومن ثم فلا يكون في درجة القانون.

ويرى أيضا أنه" لا تقتصر الإرادة علي إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون".إشارة إلي الأستاذة:

- Benslimane née Hadj Mokhtar Leila, De la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérien, Magister, Oran 1983, P1.

علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص38و287.

[2]- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص21.

[3]- "فوجود الإرادة وحده غير كاف كي تكون الإرادة معتبرة قانونا، ويترتب على ذلك أنه مثلما لا يمكن صدورها من عديم الإرادة، كالطفل غير المميز والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو مرض... فكذلك لا عبرة بالإرادة بالرغم من وجودها، وصحة وسلامة صاحبها ما لم يقصد منها إنشاء الإلتزام" عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998،ص88.

أولا: مدلول التعبير عن الإرادة

ما أكثر المفاهيم ذات المضمون الاتفاقي أو التعاقدي[1]، والمتداولة في هذا الصدد: (الاتفاقيات التعاقدية، العقود، الشروط، التنظيم الذاتي، اللانظامية[2])، فالفرد حر في أن يتعاقد وألا يتعاقد، وإرادته هي التي تنشئ العقد، وهي التي ترتب آثاره، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، وإذا تم العقد طبق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولقد نالت فكرة العقد تأييدا كبيرا، مدعما بدفاع قوي خلال القرن19، لتكييفها مع الفلسفة الفردية المبنية على المبدأ القانوني المعروف بمبدأ سلطان الإرادة الذي ارتبطت به حرية الإرادة أو الحرية العقدية[3].

ويعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام، وثمة نظرية فلسفية مؤداها أن الإرادة البشرية هي التي تضع قانونها لنفسها، فإذا التزم شخص بمقتضى تصرف قانوني، أو بعقد بصفة خاصة فلأنه أراد ذلك، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد[4].

وطالما كان الإنسان حرا، فإن إرادته الحرة هي التي تملك إنشاء عقد الشركة، وهي التي تملك أيضا تحديد أثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون.

مما يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والالتزامات وهي أساس تنفيذها، بل أكثر من ذلك هي مصدر للقانون، فمسلمة سلطان الإرادة ربطت اغلب المراكز القانونية بالإرادة الفردية.

والقول بأن الشخص لا يلتزم إلا بمحض إرادته، وفي الحدود التي يريدها، وبالكيفية التي يختارها يرجع إلى أن الشخص يتمتع في الأصل بحق طبيعي ومطلق هو الحرية، وهو يصاحبه منذ ولادته.

وهذا ما يتماشي مع قواعد القانون الطبيعي، لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب احترامها.

---

[1] - حيث أن القانون لا يعتد إلا بالإرادة التي يقصد بها صاحبها إنشاء أثر قانوني معين" فوجود الإرادة وحده غير كاف كي تكون الإرادة معتبرة قانونا، ويترتب على ذلك أنه مثلما لا يمكن صدورها من معدوم الإرادة، كالطفل غير المميز والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو مرض ... فكذلك لا عبرة بالإرادة بالرغم من وجودها، وصحة وسلامة صاحبها ما لم يقصد منها إنشاء الالتزام". انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نفس المرجع ونفس الصفحة.

[2] - قادة شهيدة، حدود التوجه التعاقدي في مجال المنافسة، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 04-2007، ص83.

[3]- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, annales corrigées droit des affaires ét droit commércial, gualino éditeur, paris.2002.P172.

[4]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص264.

فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغايـة التي ينتهي إليها، وما مهمة ودور القانون إلا تحقيق ومنع التعارض بين هذه الحقوق، وحماية هـذه الحريات بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين.

وهذا التوازن هـو ما يجب على المشرع مراعاته، وليس له بعد ذلك أن يرى ما إذا كـان النشاط الفردي الحر يتفق مع صالح الجماعة ام لا[1].

وعلى ذلك تطلق الحرية العنان لدور الإرادة، بل و يذهب أنصار المبدأ إلى أبعد من ذلك، إذ جعلوا من الإرادة مصدر جميع الحقوق و الواجبات[2].

و يُعرفُ كانـت"Kant"سلطان الإرادة بأنـه:" صفـة تلحـق الإرادة، ومـؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتـها، و بمعنى أخـر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث آخر ملموس"[3].

ويذهب أنصار المبـدأ إلى أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفـرد فهو الغاية، ولخدمته يُسخر المجتمع، وأن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، بل إن المظهـر لهذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة.

ومما يترتب على اعتنـاق الحريـة الفرديـة ومبـدأ استقـلال الإرادة كأسـاس للنظـام القـانوني و الاجتمـاعي والاقتصـادي، **انه في المجال الاقتصادي** أدى إلى إطلاق مبدأ المنافسة الحرة اعتمادا على قانون العرض والطلب، اما في **مجال العقود** أدى إلى إطلاق حرية التعاقد إلى أن أصبح العقد شريعة المتعاقدين[4].

---

[1] - "ويعد ما جاء به جان جاك روسو من خلال نظرية العقد الاجتماعي، بمثابة دعامة قوية للمبدأ حيث يرى أن:" الفرد هو أساس القانون وغايته، وقد ولد الفرد حرا وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادة الأفراد، والتي تكون ما يسمي بالإرادة العامة ".

خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص05وما بعدها.

ويرى الاستاذ علي فيلالي أن: شرعية القانون أساسها أن القانون تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام. مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص134وما بعدها.

[2]- لخضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد، ماجيستير، جامعة الجزائر، 2010، ص140.

[3]- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مرجع سابق، ص04.

[4]- والمشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات، حاول خلق توازن بين مصلحة الفرد و الجماعة، وان كانت الكفة قد مالت في فترة أو مرحلة معينة للمذهب الاجتماعي، غير انه وبعد التوجه البارز نحو فلسفة اقتصاد السوق، أخذت الكفة ترجح من جديد نحو تقلص دور الدولة وسلطانها منسحبة أمام سلطان إرادة المتعاقدين.

ميلاط عبد الحفيظ، الاتجاه نحو تكريس مبدأ سلطان الإرادة، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2001، ص265. و قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001، ص71وما يليها، و ص93وما يليها.

ثانيا: البحث في معاني الشركة

ان معرفة الفرد للشركات التجارية جعلته يبحث على قواعد تشريعية لتنظيم إنشائها وتحديد أحكامها[1]، والدليل على ذلك ما جاء في قانون حمورابي سادس ملوك سلالة بابل الأولى، والذي حكم في الفترة من1792-175قبل الميلاد، حيث خصص القانون المذكور ثماني مواد من مجموع مواده البالغة282مادة لأحكام الشركات[2]، كما جاء في مدونة جستنيان(يتم بالتراضي انعقاد الالتزامات في البيوع والإيجارات والشركات والتوكيلات).

فالأصل أن للأفراد مطلق الحرية في اختيار الشكل القانوني الملائم للشركة التي يريدون تأسيسها، شريطة ألا يختاروا أكثر من شكل واحد لشركتهم، لان الأشكال متعارضة، ولكل منها أحكام وقواعد خاصة بها تنعكس آثارها على مركز الشريك في الشركة، وعلى مركز دائنيها كذلك[3].

كما انه قد ثار خلاف لدى الفقه التقليدي الموروث عن الرومان، حول المعيار الذي تتحدد على ضوئه ماهية الشركة، وهذا من خلال البحث في معاني الشركة، فهي من الناحية القانونية، تعني أمرين مختلفين:

المعنى الأول: يجب البحث فيه عن العمل الإرادي المنشئ للشركة، (فالشركة تعتبر بمثابة الإطار القانوني للمشروع)[4]، وهذا العمل ليس سوى العقد(كمحل للحق)، أي كموضوع للقانون، المكون بين الأطراف المشاركة.

فالشركة(تصرف قانوني)قوامه فكرة العقد، أي كمصدر أصيل من مصادر الالتزام، بما يوجبه هذا التصور من وجود أطراف ذات مصالح متنافرة من خلال اكتساب حقوق وتحمل التزامات كلا منهما في مواجهة الآخر[5]، وبعبارة أخرى تقوم الشركة على توافق إرادتين أو

1- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص17وما يليها.

2- فمثلا جاء في قانون حمورابي "إذا أعطى رجل رجلا آخر نقودا لعمل مشترك، فعليهما أن يتقاسما بالتساوي الربح أو الخسارة أمام الإله .فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري(في الشركات التجارية-الأحكام العامة للشركات)، المجلد الثالث، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع(عمان)، دار مكتبة التربية(بيروت)، 1997، ص6.

3- وإذا تكونت شركة تجارية بين بضعة أشخاص دون تحديد لشكلها فيجب اعتبارها شركة تضامن، لان التضامن هو القاعدة في المواد التجارية.

4- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية(شركات الأشخاص–شركات الأموال)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص15. و سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص213. و محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص23.

5- وقد اعتمد المشرع اللبناني هذا المعيار ونص عليه في المادة 844 موجبات وعقود معرفا الشركة(بأنها عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو عدة أشخاص في شيء بقصد أن يقتسموا ما ينتج عنه من الربح). محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص2.

أكثر على تكوين مشروع اقتصادي معين، وهذا التوافق هو من يحدد العلاقة بين الشركاء، فينظم حياتها، ويبين ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات.

والمعنى الثاني: وهو ينصرف إلى الشخص المعنوي الذي يخلقه عقد الشركة، فالشركة وفقا لهذا المعنى هي الشخص المعنوي الذي يميز الشركة عن أشخاص الشركاء المكونين لها، ويرتبط عقد الشركة ارتباطا وثيقا بشخصيتها المعنوية، ذلك ان العقد هو الذي ينشئ شخصية الشركة، فلا يتصور وجود شخصية الشركة بدون وجود العقد[1].

ويعرف الشركة الدكتور علي جمال الدين عوض من **الناحية الاقتصادية**، بأنها تمثل المشروع الاقتصادي الذي يقوم على استغلاله أكثر من شخص، وهي بهذا المعنى تقابل المشروع الفردي الذي يقوم على استغلاله شخص واحد[2].

فالطرح التعاقدي للشركة تم تقنينه لدى كل التشريعات فالمادة1/1832، من القانون المدني الفرنسي، وبعد تعديلها بالقانون رقم78-09الصادر في04 كانون الثاني1978، عرفت الشركة في فقرتها الأولى، بأنها عقد، والعقد كما هو معروف تصرف قانوني من جانبين، أي التقاء إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني معين، فاتفاق الشركاء هو السند المنشئ للشركة، ومن ثم متى اجتمعت حصصها في يد شخص واحد انحلت الشركة، فلا يتصور إذا في المفهوم التقليدي أن تؤسس شركة لا تضم إلا شريكا واحدا، وما برر كذلك هذا الطرح هو ترتيب المواد المتعلقة بالشركات في القانون المدني الفرنسي، والتي رتبت بين عقد الإيجار وعقد العارية وهذا ما يؤكد الطابع العقدي للشركة[3]، وهذه النظرة التعاقدية جعلت فكرة الشركة لا تتوقف عند المجال الفقهي فحسب بل انتقلت إلى المجال التشريعي، فتبناها المشرع الجزائري، وأورد نصوصا قانونية مشبعة بهذه الفكرة في تنظيم الشركات، بحيث جاءت معظمها بقواعد مفسرة وتكمل إرادة الشركاء المتعاقدين[4]، فالنصوص القانونية في القواعد العامة جاءت لتنظم عقد الشركة، فنجد المواد من416إلى449من القانون المدني،

---

[1] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص6و7.

[2]- علي جمال الدين عوض، دروس في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، مطبعة البيان العربي، د.ت.ن، ص147.

[3]- لكن المشرع الفرنسي ادخل على التعريف السابق خلال الربع الأخير من القرن العشرين تعديلين جوهريين احدثا انقلابا في المفهوم الروماني للشركة، فقد وسع من غرض الشركة وغير من طريقة تكوينها. علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص11وما يليها. و اكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، رقم21. و

- Nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova,op.cit.P172.

[4] - نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص22.

وهي لم تعدل باستثناء المادة416التي تعرف عقد الشركة[1]، على انها(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة).

ونجد القانون المدني المصري في المادة505منه، نصت على أن(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشا عن هذا المشروع من ربح أو خسارة)[2]، أي توافق إرادتين أو أكثر.

وليس من الشك في أن تكوين الشركة يتطلب موافقة جميع الشركاء، ويخضع للأركان العامة في العقد وهي الرضاء والمحل والسبب، ومن الثابت أن الشركة تنشا بمقتضى عقد حقيقي، كما أن هذا العقد لا يترتب عنه دائما نشوء شخص معنوي، إذ أن هناك نوعا من الشركات لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتحكمه إرادة الأطراف الحرة لا مجموع قواعد قانونية فرضها القانون وهو شركة المحاصة[3].

وإجمالا فلفظ الشركة قد يطلق على العقد كسبب منشئ للشركة، كما قد يطلق على الوضع الجديد الذي ينشا بين الشركاء(شكة العقد)، وهو الذي يبرمه اثنان أو أكثرللاشتراك بالمال أو العمل بقصد تحقيق الربح أو للحصول على المال واستنمائه، أو هي ذات اجتماع في التصرف الذي يترتب على العقد[4].

---

[1] - الأمر75-58مؤرخ في1975/09/26، المعدل والمتمم بقانون 88-14مؤرخ في1988/05/03. ج.ر،ع18، الصادر في1988/05/04، والمتضمن ت.م.ج، ص750.

[2] - علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 10.

[3] - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص13.

[4] - عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية(شركات الأشخاص والأموال والاستثمار)، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص11.

الفرع الثاني
الفكرة العقدية للشركة

ان مبدأ الرضائية يحيلنا إلى أن لا احد يرغم على الدخول في شركة ما دون إرادته الحرة، وهذا ما دعى له كثير من الفقه منذ نشأت العقود وفق نظرية مؤداها أن العقد شريعة المتعاقدين(**أولا**).

إلا أن النظرية العقدية لا تبرر كل القواعد القانونية المنظمة للشركة، ولهذا كثير من الفقهاء من وجه لها انتقادات كثيرة قد تقلل من قيمتها، فالمفهوم التعاقدي كمعيار لتحديد ماهية الشركة أخذ بالتراجع، وذلك بعد أن تبين عدم اتساق فكرة العقد مع الشركة، ولأنها غير قادرة على تبرير معظم الآثار التي تترتب على تكوين الشركة(**ثانيا**).

أولا: الأخذ بالفكرة العقدية للشركة

كان عقد الشركة في القانون الروماني عقدا رضائيا مثله مثل عقد الإيجار والبيع، ينظم العلاقة بين أطراف عقد الشركة أنفسهم دون أن ينشأ عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء، حيث أن فكرة العقد نالت تأييدا كبيرا من خلال منح حرية التأسيس لشركات المساهمة التي رفضها لها القانون التجاري آنذاك[1]، وكانت فكرة شركات الأشخاص اسبق في الظهور من شركات الأموال حيث تكونت شركات التضامن واستقرت خصائصها[2]، لان هذا النوع من الشركات يوفر الضمانات الضرورية لحماية الغير، ولان التضامن هو القاعدة العامة في المسائل التجارية عموما.

وفكرة العقد تؤيدها النصوص في القواعد العامة، فالأصل في الشركة أنها قائمة على إرادة أطرافها وهذا بإقرار المشرع في القانون المدني الجزائري[3]، فالقاعدة أن الشركة لا توجد إلا باتفاق أطرافها فهم من يمنحونها مشروعيتها ويحددون نطاقها، ولكن إلى أي مدى يمكن التسليم بهاته النظرة التعاقدية؟

---

[1] - اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، (الأعمال التجارية والتاجر، حقوق الملكية الصناعية والمتجر، شركات القطاع الخاص، النظام القانوني للقطاع العام)، الجزء الأول، مطبعة المدني، القاهرة، 1970، ص394.

[2] - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، منشورات عويدات، بيروت، 1982، ص11.

[3] - المادة416من ت.م.ج المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم88-14مؤرخ في1988/05/03.

فوفقا لمنطوق هذه الفكرة فان الشركة عقد بين شخصين أو أكثر للمساهمة في مشروع مالي بقصد اقتسام ما ينشا عنه من ربح أو خسارة، فالتقاء إرادة الشركاء هي السند المنشئ للشركة، وهي التي تهيمن عليها وتحدد آثارها وتنظم العلاقات بين الشركاء، كما أن سلطات مديريها تتحدد بمقتضى النظام الأساسي وبما يقرره الشركاء في جمعيتهم العمومية، فالمديرون ليسوا إلا وكلاء عن الشركاء في ادارة الشركة[1]، فجوهر النظرية التعاقدية أن الشركة مجموع من الأشخاص، غير أن هذا المنطق التعاقدي كان محلا للنظر، وذلك لان القواعد المنظمة لعقد الشركة تختلف عن تلك التي تحكم العقود بوجه عام.

كما أن الفكرة العقدية للشركة المستندة إلى مبدأ سلطان الإرادة التي اعتنقها الفقه القانوني في القرن التاسع عشر، قد خدمت مبدأ الحرية الاقتصادية، حتى تمكن أنصارها من التوصل إلى الاعتراف بمبدأ حرية تأسيس شركات المساهمة في المملكة المتحدة بمقتضى قانون الشركات الصادر سنة1856، و في فرنسا تم تجسيد هذا المبدأ بمقتضى قانون24 تموز 1867، ضمن القانون المدني الفرنسي في المادة1134(الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرميها)، وكذلك القانون المدني المصري في المادة147، وانتقل إلى باقي التشريعات، ومن بينها التشريع الجزائري الذي يتجسد فيه مبدأ سلطان الإرادة في المادة103من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن(العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون).

ثانيا: تقدير الفكرة العقدية للشركة

ان ما يؤخذ على النظرة العقدية للشركة يمكن إجماله من خلال:

ا*أن فكرة العقد لا تتماشى البتة مع بعض أنواع الشركات وخاصة شركة المساهمة، والتي كان فيها تدخل المشرع شديد الوضوح، بنصوص آمرة يلتزم بها المتعاقدون لتنظيمها، الأمر الذي أصبح معه تأسيسها بمثابة عمل شرطي، يختلف عن العقد بمفهومه التقليدي، ولا تلعب معه إرادة الشركاء دورا يذكر، فلم يعد الشركاء أحرارا في وضع ما يشاءون من شروط، بل ادخل المشرع تنظيما آمرا يتعين احترامه بقصد حماية الادخار العام ورعاية المصالح القومية، الأمر الذي ترتب عليه إضعاف فكرة العقد، إذ تقتصر على الانضمام أو عدم

[1]- اذا كان المدير الاتفاقي غير الشريك او المدير الغير الاتفاقي سواءا شريكا او من الغير فهو وكيل عن الشركة وتسري عليه احكام الوكالة في شركة التضامن. نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص124.

الانضمام إليه[1]، وبلغت الأمور ذروتها إلى حد تطلب المشرع صدور موافقة مجلس الوزراء كشرط لتأسيس شركة المساهمة في حالات محددة، حتى أن العقد المنشئ للشركة، يجب أن يتم طبقا لنموذج معين يصدر به قرار من الوزير المختص[2]، فالنظرية التعاقدية لم تقدم تفسيرا قانونيا مقنعا للعلاقة التي تربط الشركاء بمديري الشركة، ولا تبرر السلطات الواسعة التي يتمتع بها هؤولاء المديرون.

وكثيرا ما ينحصر غرض المساهم في شركات المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام في الحصول على نسبة من الأرباح السنوية التي تحققها الشركة، أو تلك الناتجة عن ارتفاع قيمة الأسهم التي يمتلكها في سوق الأوراق المالية، دون أن يهتم بالمشاركة في إدارة الشركة، ومن غير أن يتعرف حتى على نشاط الشركة التي اقبل على شراء أسهمها.

ب*ان فكرة العقد لا تستوعب كل الآثار القانونية عند تكوين الشركة، ذلك أن عقد الشركة ليس عقدا كغيره من العقود يقتصر أثره على إنشاء حقوق أو ترتيب التزامات على عاتق الشركاء في الشركة، بل هو عقد ينبني عليه في غالب الأحيان نشوء شخص قانوني جديد، (كائن معنوي)، يتمتع باستقلال ذاتي وشخصية قانونية متميزة تمكنه من القيام بذات الدور الذي يمكن أن يلعبه الشخص الطبيعي على مسرح الحياة القانونية، وهذا الكائن المعنوي هو الشركة، يكون مخاطبا بأحكام القانون شأنه في ذلك شأن الأفراد الطبيعيين[3]، ويكون أهلا لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي من شانها أن تولد هذه الحقوق والالتزامات إلى جانب أشخاص الشركاء.

فهاته الشخصية المعنوية تهيمن وتسيطر على الإرادات الفردية للشركاء التي اشتركت في إبرام التصرف أو العقد المنشئ لها، بحيث يجوز لأغلبية الشركاء في بعض أنواع الشركات فرض إرادتهم على الأقلية وتعديل العقد، على حين أن القواعد العامة تقضي بإجماع المتعاقدين[4].

---

[1] - اكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، مرجع سابق، ص02.و سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص224.

[2]- هذا ما جاء به قانون الشركات المصري. انظر عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص8و9.

[3] - محمد فريد العريني، جلال وفاء البدراوي محمدين، محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص171.و

-nathalie moraldo,éva mouial bassilana,irina barchkévova, op.cit.P173

[4]- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري(الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية)، دارالفكرالجامعي، الإسكندرية، 2006، ص197.

وعندما يكون هناك عقد فان أطرافه يحددون بكل حرية الالتزامات التي تربطهم مع بعض مع التحفظ لفكرة النظام العام[1].

كل هذا الأمر دفع إلى القول بان الشخصية المعنوية للشركة قد تمردت على العمل الإرادي المنشئ لها وطغت عليه تماما وما يدعم هذا القول هو اعتبار مدير الشركة عضوا في الشركة وممثل قانوني لها وليس وكيلا عن الشركاء رغم أن اختياره تم بواسطتهم.

ج*ان الفكرة العقدية تصطدم بالاتجاهات التشريعية الحديثة، والنظم القانونية، التي تجيز تأسيس شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، وتعجز عن تفسيرها[2].

د*ليست الشركة مجرد تعبير عن الإرادة، حيث أن الشروط القانونية تحدد انه بالإضافة إلى إرادة الأطراف هناك شكلية إدارية وهي الترقيم أو التسجيل(الكتابة)، فالشركة لها(شخصية، ذمة مالية، غاية مختلفة ومتميزة عن الأشخاص المكونين لها)، هذا فضلا على أن المشرع قد نظم سير الشركات وهذا يعتبر إعداما أو وأدا لأي صبغة تعاقدية للشركة[3].

هـ*ان الأصل في الفكرة العقدية هو وجود مصالح متعارضة ومتناقضة، لكن مصالح الشركاء في الشركة واحدة، والتزاماتهم متماثلة، ولاتقوم على التعارض والتضارب بين مصالح عاقديه، كما هو الحال في معظم عقود المعاوضة كعقد البيع وعقد الإيجار، بحيث يبدو العقد وكأنه دستور ينظم نشاط الشركاء تحقيقا لهدفهم المشترك، فعقد الشركة يقوم على اتحاد هذه المصالح، ويسعى الشركاء فيها لتحقيق هدف واحد، وغرض مشترك هو الحصول على تحقيق الربح وقسمته بين الشركاء[4].

و*ان جواز تعديل عقد الشركة أو تغيير مضمونه، يخالف القاعدة العامة في العقود التي تقضي بإجماع إرادة الأطراف على إحداث الأثر القانوني بموافقة الأغلبية على تعديله، لأنها تقوم على فكرة(تناقض المصالح)، وعليه فالإجماع لا يلزم لتعديل عقد الشركة، فإرادة الأغلبية تنتصر على إرادة الأقلية وتفرض التعديل، أو بعبارة أخرى الأغلبية تصنع القانون،

---

[1]- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2007، ص13.و رايس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 05-2008، ص98وما يليها.

[2]- محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص9.

[3]- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, irina barchkévova, op.cit.P173.

[4]- لقد أحسن الرومان تصوير هذا الوضع، فكانوا يشبهون علاقة الشريك بشريكه برابطة الأخ بأخيه، فأطلقوا على عقد الشركة اسم قانون الأخوة. اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري(الجزء الأول)، مرجع سابق، ص17.

ومن ثم فلا يمكن أن يسمح القانون أن تعلو إرادة بعض المتعاقدين على إرادة البعض من ذوي المصالح المتعارضة.

ي*يحق للدولة ولأشخاص القانون العام إنشاء شركات تابعة للقطاع العام سواء صناعية أو تجارية دون أن يشترك معهم أشخاص آخرون، ففي هذا الأمر تعارض مع الفكرة التقليدية التي ترى بان الشركة عقدا، بينما هي تتوافق مع اعتبار أن الشركة نظام قانوني يقوم على إرادة المشرع بالدرجة الأولى لا على إرادة الشركاء[1].

[1]- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص152.و

- nour éddine térki « la societé d'économie mixte en droit algrien », revue algerienne des sciences juridique économiques et politique, n 03.1987, P563 et suivant.

المطلب الثاني

مظاهر الحرية التعاقدية في تكوين الشركة

ان وجود الشركة كعقد يخضع للقواعد العامة منذ توقيع الشركاء على القانون الأساسي، ففي فترة التأسيس فان علاقة الشركاء فيما بينهم يحكمها عقد الشركة من جهة، والأحكام المطبقة على العقود وإلالتزمات من جهة أخرى، الامر الذي يؤدي بنا إلى البحث على أسانيد وحجج النزعة العقدية عند تكوين الشركة(**الفرع الأول**)، كما ان التمييز بين عقد الشركة والنظم المشابهة لها، له أهمية عملية كبيرة من حيث اختلاف القواعد المطبقة على العقدين اختلافا بينا، وتتفاوت الآثار والمصالح في حالة اعتبار العقد على انه شركة أو عقد آخر، والقاضي هو من يتولى تكييف العقد مع عدم مراعاته للتسمية التي قد يطلقها أطراف العقد عليه(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

شروط تكوين الشركة

ان الأصل في تكوين عقد الشركة يقوم على إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهاته الارادة، فالشركاء لهم الحرية في تحرير عقد الشركة الذي يريدونه، ومن خلال تعريف الشركة يتضح أنها تصرف قانوني إرادي، أي أنها عقد رضائي(تطابق إرادتين أو أكثر)، وعلى ذلك يلزم لصحتها كعقد أن تتوفر على الأركان الموضوعية العامة واللازمة لسائر العقود وهي: الرضاء[1]، الأهلية، المحل والسبب، ونظرا لان عقد الشركة يقوم خلافا لبقية العقود على اتحاد المصالح بين أطرافه وليس على تقابلها أو تعارضها، لزم أن يضاف له أركان خاصة تميزه عما يشبهه من عقود وأنظمة قانونية وهي: تعدد الشركاء، وتقديم

[1]- عمار عمورة، مرجع سابق، ص148وما يليها.و علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص40وما يليها.

الحصص، واقتسام الأرباح والخسائر، ونية المشاركة، وهذا ما يستخلص من نص المادة416 من القانون المدني.

وهنا سوف يتم تركيز دراستنا على الأركان الموضوعية العامة**(اولا)** والخاصة**(ثانيا)** فقط، لما لها من أهمية بالغة في إضفاء الصفة التعاقدية للشركة، أما الشروط الشكلية فسوف يتم التعرض لها لاحقا باعتبارها قيدا على النزعة العقدية للشركة.

اولا:الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة

لكي ينعقد العقد لابد ان يتوفر على اركان موضوعية عامة[1] منها:

1*وجوب توفر الرضا الخالي من العيوب:

لقد دافع المذهب الفردي على الحرية الفردية، فالإرادة الحرة عندهم مصدر الحقوق والواجبات ولعل أهم ما نتج عنه هو مبدأ الرضائية[2]، وبمقتضى هذا الحق تستطيع إنشاء ما تشاء من التصرفات وتحدد مضمونها، وهي التي تكسبها قوتها الإلزامية ، فالغاية الأولى هي إحترام حرية الفرد وإرادته، وأن كل التزام أساسه الرضا والاختيار، وهذا ما يتماشى مع القانون الطبيعي لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب احترامها، ويعتبر الرضا بمثابة الركن الأول للانعقاد، وعليه فلابد أن ينصب الرضا على شروط العقد جميعها كراس المال والغرض والإدارة وغيرها من الشروط[3]، وان يخلوا من عيوب الارادة التي تجعل عقد الشركة قابلا للإبطال تتمثل في: الغلط[4]، و الاكراه[5]، والتدليس[6].

---

[1] - بلولة الطيب، قانون الشركات، ترجمة محمد بن بوزه، BERTI 2éme,Editions Alger,2008،ص70وما يليها. و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص17وما يليها.

[2]- Jacques délga « le droit des sociétés », Dalloz, Paris, 1998.P56.

[3]- يجب أن تكون الارادة ذات سلطان كامل، فإذا انعدم الرضا ترتب على ذلك عدم قيام الشركة، ويكون الرضا منعدما إذا لم يتفق الشركاء على تقدير الحصص أو على محل الشركة أو على نية الاشتراك.
محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الناشر عمادة شؤون مكتبات جامعة الملك سعود بالرياض، 1982، ص145. و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص28.

[4]- أن صور الغلط مختلفة في عقد الشركة، كأن يقع في شخص الشريك متى كانت هاته الشخصية محل اعتبار ملحوظ في العقد كتشابه الأسماء، أو قد يقع في طبيعة الشركة كنوعها(كأن يتعاقد احد الشركاء على اعتبار انه شريك في شركة ذات مسؤولية محدودة مع أن العقد هو شركة تضامن حيث تقع المسؤولية صارمة).
لخضر حليس، مرجع سابق، ص27وما يليها. و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص23. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص148و149.

[5] - الإكراه نادر الوقوع في عقد الشركة وهو على نوعين مادي ومعنوي.
محي الدين الجرف، مذكرات في القانون التجاري ألقيت على طلبة معهد العلوم الاقتصادية لسنة1979-1980، ص11، و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص28. وعباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري(الشركات التجارية)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص11.

[6]- التدليس كثير الحدوث ويلجا له المؤسسون لحمل غيرهم على الاشتراك. علي البارودي، القانون التجاري(الأعمال التجارية والتجار والمنشأة التجارية وشركات الأشخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص187.و عمار عمورة، مرجع سابق، نفس الصفحة. و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، نفس الصفحة. وراجع نص المادة82و86و87من ت.م.ج.

2*أهليـة الشريـك:

وتختلف الأهلية في الشركات المدنية التي تتطلب أهلية التصرف اوالالتزام، عنها في الشركات التجارية[1]، التي يختلف فيها هذا المعيار بحسب نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص، لا بد من توافر أهلية التصرف اوالالتزام أي كما في الشركات المدنية، لان الدخول في شركة التضامن أو التوصية مثلا له مخاطر كبيرة، لان الشركاء فيها هم مسؤولون مسؤولية تضامنية ومطلقة عن ديون الشركة، وهذا في ذمتهم المالية بأكملها، كما أنهم يكتسبون صفة التاجر، ونوضح هذا من خلال أن الشريك القاصر لا بد من الإذن له بمباشرة التجارة، فلا يجوز له إبرام عقد الشركة إلا بحصوله على إذن خاص من المحكمة، وهذا إعمالا لقواعد أهلية الاتجار، وفق نص المادتين05و06من القانون التجاري[2].

أما شركات الأموال فأهلية التصرف تكفي لأنه لايسال إلا في حدود الحصة التي استثمر فيها أمواله، أي أن الأمر يتعلق بتوظيف رأس المال، ويمكن لممثلي عديمي الأهلية (الولي أو الوصي أو القيم)أن يستثمر أموال القاصر بمال الصبي المميز، وعديم التمييز بوجه عام كالمجنون والمعتوه[3]، ووفقا للقواعد المقررة على الولاية على المال[4]، وضمن الشروط المحددة.

---

[1] - وهنا نميز بين أهلية الالتزام التي يكون الشريك فيها ملتزما في حدود حصته بديون الشركة، كما قد تكون مسؤوليته شخصية في كل أمواله، أي بمثابة المدين المسؤول عنها، وأهلية التصرف التي تتمثل في أن الشريك يلتزم بموجب عقد الشركة في أن ينقل ملكية حصته إلى الشركة.

وعلى اثر هذا فلابد أن يصدر الرضا ممن يتمتع بالأهلية الخاصة بأعمال التصرف، أي بالغ لسن الرشد وهو19سنة كاملة، ولم يعتره أي عارض يفقده قواه العقلية أو يقصر من تقديره وتدبره للأمور، وهذا لان عقد الشركة من قبيل العقود الدائرة بين النفع والضرر. نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص29وما يليها.و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص21وما يليها.

[2] - عمار عمورة، مرجع سابق ، ص150، و علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، 1974، ص32وما يليها. و عبد القادر البقيرات، محاضرات في القانون التجاري(الأعمال التجارية-نظرية التاجر-المحل التجاري-الشركات التجارية)، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص77، و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، المطول في القانون التجاري، الشركات التجارية، ميشال جرمان الجزء الأول، المجلد02، ترجمة منصور القاضي، سليم حداد، طبعة ثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2011، ص45و46. و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص24و25.و

-Jacques délga, op.cit.P30et56.

[3] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،(الهبة، الشركة، القرض الدائم والصلح)،الجزء الخامس، دار النهضة، القاهرة، 1981.ص251.

[4] - الفصل الثاني في قانون الأسرة الجزائري، تحت عنوان(الولاية)، وخاصة المادة03/88التي تنص(للولي ان يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

.....3-استثمار أموال القاصر بالقرض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة).

3*وجوب توفر محل والسبب في عقد الشركة:

إن محل التزام كل شريك هو تقديم حصة نقدية أو عينية أو عمل، بيد أن المقصود هنا بالمحل هو محل الشركة[1](وهو المشروع المالي الذي اشترك من اجله أطراف العقد وخصصت له حصص الشركاء)، أي غرضها الذي تسعى إلى تحقيقه أو أنشأت من اجله، ويجب أن يكون محل الشركة ممكنا أي قابل للتحقيق وغير مستحيل، وان يكون مما يدخل في دائرة التعامل، وان يكون معينا لتحديد نوع الشركة[2].

أما السبب فهو الباعث أو الدافع للتعاقد ودائما ما يكون هو تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء، وهو بهذا المعنى يختلط بمحل الشركة من الناحية العملية، وبالتالي تجب مشروعية كلا من محل الشركة وسببها، أي عدم مخالفتهما للنظام العام اوالاداب[3]، ومثالها الاتجار بالمخدرات أو تهريب الأسلحة فيكون العقد باطلا.

ثانيا:الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة:

اغلب فقهاء القانون التجاري حصرها في أربعة أركان وهي:

1*تعدد الشركاء:

هذا الركن تقتضيه فكرة العقد[4]، وعليه يجب لصحة الشركة في جميع صورها، أن يكون لها شريكين طبيعيين أو معنويين على الأقل كقاعدة عامة، فهو ضروري في كل شركة، ليس أثناء الإنشاء فحسب بل حتى خلال كل حياة الشركة، فهو شرط ابتداء وبقاء[5]، وهذا ماجاء به حكم المادة416من القانون المدني، والمشرع نجده أيضا قد تبنى فكرة وحدة

---

[1] - لكن من الناحية القانونية هما لا يختلطان، فقد يكون محل الشركة مشروعا ومع ذلك تبطل الشركة لعدم مشروعية السبب ومثالها تكوين شركة بقصد الأضرار بحقوق الغير.
علي حسن يونس، مرجع سابق، نفس الصفحة. و عمار عمورة، مرجع سابق، نفس الصفحة. و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص22وما يليها.

[2]- Philippe Merle, Droit Commercial, Sociétés Commerciales, précis Dalloz, 5éme éd1996.N54P64.

[3] - راجع أحكام المادة96 من ت.م.ج.
واحمد محرز، القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الثاني، جامعة قسنطنية، مطابع سجل العرب، الجزائر، 1979، ص34وما يليها.و عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص42. و سميحة القليوبي، القانون التجاري(نظرية الأعمال التجارية، نظرية التاجر، الشركات التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك)، مركز جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص102. و عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص23وما يليها.و
- jacques délga, op.cit.P62.

[4] - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص24وما يليها، و عمار عمورة، مرجع سابق، ص151.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص35.و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص32وما يليها.

[5]- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص25.

الذمة المالية لجميع الشركات التجارية، وهذا ما تذهب إليه قوانيننا من أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه بحكم نص المادة01/188من القانون المدني، والمشرع باحتفاظه بفكرة العقد في الشركة كأصل عام، نجده لا يسمح بقيام الشركة كشخص معنوي إذا لم يتعدد الشركاء، وهذا خلافا لبعض التشريعات الجرمانية كانكلترا وألمانيا[1]، والمشرع الجزائري قد اقر بذلك بموجب الامر27/96الصادر في1996/12/09[2]، حيث أجاز تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد(شركة الشخص الواحد) [3]، بعدما كان ذلك قاصرا(يقتصر)على المؤسسات ذات الطابع الاقتصادي، وهي تعد كاستثناء، فاجتماع كل الحصص والأسهم في يد شخص واحد لا يرتب البطلان بقوة القانون، حيث جاء في نص المادة02/564 من القانون التجاري(تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص).

وهناك من رأى في ذلك مساس بالفكرة التعاقدية، فطالما أن الشركة يمكن أن تؤسس بشخص واحد، أصبح من غير المعقول الكلام عن العقد[4]، ولكن هذا الراى غير صحيح، فالبرغم من أهمية هذا التعديل، إلا أن الشركة تبقى عقدا يرتكز على أسس عقدية، فإذا كانت شركة الشخص الوحيد هي استثناء، فانه لا يمكن التوسع فيه، وما يؤيد هذا أنها ليست شكلا جديدا يضاف إلى أشكال الشركات، بل هي شركة ذات مسؤولية محدودة لا تضم إلا شخصا واحدا، ولانعدام ركن تعدد الشركاء، فان التأسيس هذا نابع عن إرادة منفردة[5].

وقاعدة تعدد الشركاء ليست عامة ومطلقة فالمشرع تدخل في تحديدها من حيث:

---

[1]- حيث أجازت تكوين شركة الرجل الواحد، وأقرت مبدأ تجزئة الذمة فالشخص يستطيع أن يقتطع من هاته الذمة ويخصصها لاستغلال مشروع مالي معين، وتنفصل هذه الذمة المخصصة عن بقية ذمم منشئ الشركة، فلا يجوز لدائنيه التنفيذ على أمواله إلا تلك المخصصة للمشروع.

[2]-الامر75-59مؤرخ-في1975/09/26،المعدل والمتمم بالأمر96-27المؤرخ في1996/12/09،ج.ر،ع77،الصادر 1996/12/11، و المتضمن ت.ت.ج، ص04اعترف(ش.ذ.م.مح، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة).

[3]- وهذا حتى بالنسبة لشركات المساهمة في بعض التشريعات الاروبية، كالقانون الفرنسي، إذ أصبح يعرف ما يسمى بشركة المساهمة المبسطة ذات السهم الوحيد(SASU)، وذلك بموجب قانون12-07-1999، الذي ادخل تعديلات هامة على القانون الصادر في01-01-1994المتعلق بشركات المساهمة المبسطة(SAS).

فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص15. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص151. و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص32.

[4]- Y.GUYON « Droit des affaires »: Droit Commercial général et sociétés, , T1. 7éd, Paris1992., P.13et14. **ET**

- George Ripert et R.Roblot, droit commercial, T.I:16éme éd. L.G.D.J.1996.P516:N670

[5]- يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، س2007، ع 04، ص133.

*في شركات التضامن أو التوصية أو المحاصة، لم يستوجب القانون عدد معين من الشركاء، وعليه فلا يجب أن يقل عن اثنين ولا يوجد حد أقصى لعددهم.

*وضع المشرع حد أقصى لقيام شركة ذات المسؤولية المحدودة بان لا يتجاوز20شريك، وإلا تم حلها إذا لم تقم تسوية وضعيتها في خلال سنة كاملة(المادة590من القانون التجاري).

*وضع المشرع حدا أدنى في شركات المساهمة، بان لا تقل عن07شركاء(المادة592من القانون التجاري)، والمادة715ثالثاجديدة من نفس القانون بالنسبة لشركات التوصية بالأسهم فيجب أن لا يقل عدد الشركاء الموصين فيها عن03شركاء.

2*تقديم الحصص:

هي جوهر الشركة وبدون تقديم الحصص لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها ولا تنعقد بينهم (بين الشركاء)[1]، كما أن التزام الشريك بتقديم حصة راجع إلى أن رأس مال الشركة يعد بمثابة الضمان العام لدائنيها، فالمادة416من القانون المدني، أشارت إلى أن الحصة الواجب تقديمها من الشركاء قد تكون عملا أو عينا أو نقدا[2]، ويتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية فقط، لأنها هي التي تكون كضمان لدائني الشركة وهذا لقابليتها لان تكون محلا للتنفيذ الجبري، وهذا بالنسبة لشركات الأموال(شركات المساهمة، ذات المسؤولية المحدودة)، كما نصت عنه المادة567من القانون التجاري[3]، كما أن الحصص التي يقدمها الشركاء تقدر قيمتها في عقد الشركة، لان توزيع الأرباح والخسائر يكون عادة بنسبة الحصص، وذلك فيما عدا حصص العمل التي يصعب تقديرها بالنقود، ولهذا فهي لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة.

1- لتفاصيل أكثر يمكن مراجعة المواد الآتية:(396الى373و420و421و483و495/496و502)من ت.م.ج ، و(713-723-575-567)من ت.ت.ج.

- jacques délga, op.cit.P71.

2- الوضع الغالب هو أن تقدم الحصة من نقود، وان تدفع في المواعيد وبالشروط المتفق عليها وإلا وجب التعويض، كما قد تكون الحصة عينية أي، أي شئ آخر غير النقود(كتقديم عقار، أو منقول مادي كالبضائع، أو منقول معنوي كبراءة الاختراع،...الخ)، والأحكام التي تخضع لها الحصة العينية تختلف بحسب ما إذا كان تقديمها يكون على وجه التمليك(نقل ملكيتها إلى الشركة)، أو على سبيل الانتفاع(تقرير حق انتفاع للشركة مع بقاء رقبتها على ملك صاحبها).

كما قد يتعهد الشريك بتأدية عمل للشركة كالخبرة الفنية، والعبرة هنا ليست بطبيعة العمل، وإنما بأهميته بالنسبة لنشاط الشركة.

فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص26ومابعدها. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص153ومايليها. و مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص22. وعلي حسن يونس، مرجع سابق، ص36وما يليها. و

- féttat faouzi, filali boumédienne, l'étendue de l'apport en industrie dans les sociétés commerciales en droit algérien, revue algerienne des sciences juridique économiques et politique, n3.1999.P43.

3- Y-Guyon: Droit des affairs, T1:7é,op.cit.P105.

أما بالنسبة لشركات الأشخاص فأجاز المشرع أن تكون الحصة المقدمة من عمل بحكم المادة423من القانون المدني، كما في شركة التضامن التي يكتسب فيها الشريك صفة التاجر وليس بصفته عامل[1].

3*اقتسام الأرباح والخسائر:

وهي ركن جوهري لما تقتضيه فكرة الشركة من اتحاد المصالح بين الشركاء[2]، وهو كما سنرى ما يفرق فيه بين الشركة والجمعية، كما ان روح المساوة المطلقة في القانون الروماني القديم فرضت القسمة المتساوية للأرباح والخسائر، كما للشركاء الحرية في توزيعها مع مراعاة طبيعة عقد الشركة، فهدف الشركة هو تحقيق الربح المادي، فالمشروع الاقتصادي كما قد يحقق أرباحا قد تلحقه خسائر[3].

وعليه يجب أن تكون لدى جميع الشركاء النية في الاشتراك في توزيع الأرباح، وان يتحملوا جميعا الخسائر، كما ان طريقة اقتسام وتوزيع الأرباح والخسائر أمر مرهون باتفاق الشركاء، أي لإرادتهم الحرة، سواء حسابيا أو على أساس التناسب مع مقدار حصة كل منهم في رأس المال، وإلا فلا بد من اللجوء إلى أحكام المادة425من القانون المدني التي تنص على انه (إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال).

4*نية المشاركة أو الاشتراك:

فهذا الركن هو المميز بين عقد الشركة والعقود الأخرى المشابهة، كعقد العمل والقرض وعقد الإيجار، كما أنه يقضي ببذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك

---

[1] - نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص34وما يليها.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص78و79.و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص26وما يليها.و علي البارودي، مرجع سابق، ص190وما يليها.

[2] - يطلق عليها أيضا المساهمة في الأرباح والخسائر، وان كلا من شركة الإخوة التي كانت تقوم بين الورثة في الحقوق الرومانية وشركة المفاوضة في الفقه الإسلامي كانت تقضي بتوزيع الأرباح والخسائر بالتساوي بين الشركاء، وعندما عرفت الحقوق الرومانية في المعاملات التجارية الشركة القائمة بين الغرباء عن التركة، قضت باقتسام الأرباح والخسائر بنسبة مساهمتهم في موجودات الشركة ومنها انتقلت إلى القانون المدني الفرنسي، ونص عنها القانون المدني السوري في المادة 482.

جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 2006-2007، ص77.

[3]- لم يشر له القانون بل أضافه الفقه. فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص32وما يليها.

فكل اتفاقية تعطي احد الشركاء الأرباح كلها أو تستبعده كليا من الربح يعد أمرا ممنوعا وغير مقبول، وهو متناقض مع الحق في(المساواة) الأخوة، أي دون أن يتضمن اتفاقهم أي شرط أو بند يقضي بحرمان احد الشركاء من الأرباح أو إعفائه من الخسارة، فهذا الشرط يسمى بالبند الاسدي أو بشرط الأسد(ClauseLéonine)، وهو ما يجعل عقد الشركة باطلا.

ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص49وما يليها. محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص23وما يليها.

ويرتب عليه بطلان عقد الشركة كقاعدة عامة، وهذا بحكم نص المادة01/426من ت.م.ج.

يتمثل في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء[1]، وهو عنصر مستمد من نية المتعاقدين، فهاته النية تقوم على الرغبة الإرادية في إنشاء الشركة القائمة على الثقة والتعاون الايجابي بين الشركاء، والمساواة بينهم، وهذا قصد تحقيق غرض الشركة وهدفها، و تحمل مخاطر المشروع الذي تقوم الشركة باستغلاله، إضافة إلى المساواة بين الشركاء في المراكز القانونية[2]، فهي قد تبدو أوضح في شركات الأشخاص عنها في شركات الأموال، ففـي شركات الأشخاص تسود الصبغة التعاقدية، حيث تقوم الشركة على الاعتبار الشخصي، فان الرغبة في الاتحاد وتحمل المخاطر تكون ظاهرة، على عكس الحال في شركات الأموال، حيث قد لا يعرف الشريك فيها شريكه الآخر[3].

الفرع الثاني

تمييز الشركة عن النظم المشابهة لها

ان عقد الشركة يختلف عن باقي العقود الأخرى التي تتضمن اتفاقا على توزيع الأرباح، في أنه:

- ينبثق عنه شخص معنوي، وذلك أن الحصص المقدمة من الشركاء تُكون في مجموعها ذمة مالية مستقلة ومنفصلة عن ذمم الشركاء.

- عقد محدد حيث أوجب المشرع أن يحدد عقد الشركة شكلها ومدتها وعنوانها واسمها وموضوعها ومبلغ رأسمالها ومركزها[4].

- من عقود المعاوضة الملزمة لجميع أطرافها، أي أن كل شريك يقدم حصة مقابل أرباح الشركة، وأن كل شريك يلتزم نحو الشركة، كما أن هذا الأخير يلتزم نحو كل شريك بالتزامات معينة.

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص222. اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري(الجزء الأول)، مرجع سابق، ص48، وص412و414. و احمد محرز، مرجع سابق، ص58وما يليها.

[2] - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص35وما يليها.

[3] - ومع ذلك يمكن القول إن نية المشاركة في شركات الأموال لا تتمثل في مجرد قصد كل شريك خلق الوجود المعنوي للشركة عن طريق تقديم حصته، ولا شك أن نية المشاركة بهذا المعنى تقوم بصورة ايجابية وفعالة لدى الشركاء الذين يتولون إدارة الشركة، وحتى بالنسبة للشركاء غير المديرين، فان هناك حد أدنى من نية المشاركة في اجتماع المساهمين في الجمعيات العمومية لمراقبة أحوال الشركة، وتعيين الهيئات الإدارية والتصديق على أعمال المديرين وحسابات الشركة وتعديل العقد.
عبد الفضـيل محمد احمد، مرجع سابق، ص68و96. و سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص113و114.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص157.

[4] - راجع المواد من796الى799مكرر1الى4 من ت.ت.ج.

- أنه عقد شكلي، أي تتوحد فيه المصالح من أجل تحقيق غاية، وهذه الشكلية هي التي تجسد إرادة الشركاء، واذا كانت الارادة الحرة التي لها سلطان في إنشاء الالتزامات ووجوب احترامها هي التي تعطي عقد الشركة طابعه الخاص، لما يترتب عنه من نشؤ شخص معنوي، فهل يختلف عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى والمتعارف عليها.

وعليه سوف نركز دراستنا على التمييز بين الشركة والجمعية**(أولا)**، و بين الشركة و الشيوع**(ثانيا)**، ثم التمييز بين الشركة والتجمع ذو الغاية الاقتصادية**(ثالثا)**.

أولا: التمييز بين الشركة والجمعية

هي ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية، لغرض غير الحصول على ربح مادي، فان هذا التعريف يبرز المعيار الذي تتميز به الشركة عن الجمعية من حيث:

1*معيار مادي(فكرة الربح):

ان هدف الشركة هو الحصول على الربح وتوزيعه على الشركاء[1]، أي أن غرضها مادي وهو عنصر السعي وراء تحقيق الربح، وهو الهدف المرجو[2]، أما الجمعية فتهدف إلى تحقيق أغراض اجتماعية أو مهنية أو عملية أو ثقافية أو دينية أو رياضية...الخ، أي أن غرضها معنوي وليس مادي[3]، لأن الأعضاء في الجمعية سواء أكانوا يعملون لمصلحتهم الذاتية أو لمصلحة عامة فلا يقصدون الإثراء بأي حال من الأحوال، وإنما يسعون إلى بلوغ غرض معين غير اقتسام الأرباح(الجمعيات التعاونية ومثالها السكنية والاستهلاكية)، فإذا خرجت الجمعية على هذا الغرض انقلبت إلى شركة[4].

---

[1] - علي البارودي، مرجع سابق، ص201وما يليها.و جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص20ومايليها.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص5ومايليها.

[2] - قد تنشا شركة وتبؤ بالخسارة وعلى الرغم من ذلك تبقى شركة. انظر علي البارودي، مرجع سابق، ص202.

[3] - تنص المادة02في الفقرة01 في تعريفها للجمعية من قانون90-31مؤرخ في1990/12/04، والمتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع53، الصادر في1990/12/05، ص1686.على أنها(تمثل اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي ولغرض غير مربح).

نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص13.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص71.

- إضافة إلى وجود خلاف فقهي حول فكرة توزيع الأرباح الناتجة عن مشروع معين يسهم فيه أكثر من شخص واحد، ولكن المعيار الذي يساعدنا دائما على التمييز هو نية الاشتراك.

عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص69ومايليها. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص39و40. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص160وما يليها. و علي البارودي، مرجع سابق، ص206.

[4] - نادية فضيل، مرجع سابق، ص13.و علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص116.و عمار عمورة، مرجع سابق، نفس الصفحة.

2*معيار الصفة:

تتصف الشركة بصفة التاجر لأن نشاطها يتطلب القيام بالأعمال التجارية، بينما لاتكتسب الجمعية صفة التاجر ولو كانت تمارس نشاطا اقتصاديا، كما لايطبق عليها نظام الإفلاس ولا تخضع للضريبة التجارية والصناعية، وهذا لان نشاطها الأساسي هو مدني، وأما في حالة حل الجمعية فلا تؤول أموالها إلى أعضائها أو لورثتهم وإنما تؤول إلى جمعيات أخرى لها نفس العمل مع الجمعية المنحلة[1]، لكن الشركة إذا انحلت فتقسم أموالها بين الشركاء.

3*معيار العضوية:

يجوز لكل عضو في الجمعية أن ينسحب منها في أي وقت ما لم يحصل الاتفاق على بقائه في الجمعية مدة معينة، ولايأخذ العضو المنسحب اي شئ من اموال الجمعية الا اذا نص القانون الاساسي للجمعية بذلك، في حين تخضع الشركات لقواعد أخرى تختلف من شركات الأموال إلى شركات الأشخاص.[2]

والملاحظ أن مع كل هاته الاختلافات فالتشابه والتوافق يكمن من خلال:

*أن كلاهما من ضروب النشاط الجماعي الذي يتعذر على الفرد القيام به بنفسه، كما أنهما تتمتعان بالشخصية المعنوية وهذا بمجرد تكوينهما.

*تتشابهان بالضرورة والى حد كبير، من حيث قواعد الإدارة والتنظيم وخصوصا شركة المساهمة(مجلس الإدارة-الجمعية التاسيسة-المدير-النظام الأساسي-الرقابة على الأموال)، فالشركة والجمعية كلاهما يهدفان الى حسن استمرار الشخص المعنوي وحسن تحقيقه للهدف المرموق[3].

ثانيا: التمييز بين الشركة والشيوع

الشيوع هو اشتراك عدة أشخاص في ملكية مال معين دون إفراز حصة كل واحد منهم فيه، وغالبا ما ينجم الشيوع عن الإرث إذ تنتقل تركة المورث إلى الورثة، فيصبح كل منهم

---

[1] - وهذا بحسب ما جاء في نص المادة37، من قانون الجمعيات، إلى القانون الأساسي للجمعية، وبما أن المشرع ترك الحرية لأعضاء الجمعية، فقد يتفق هؤولاء على أن تؤول موجودات الجمعية إلى غير أعضائها، وهذا نظرا لكونها تقوم بتحقيق أهداف اجتماعية ومن ثم فقد توجه موجوداتها إلى جمعية أخرى تقوم بأعمال خيرية تشبهها. نادية فضيل، مرجع سابق، ص14.

[2] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص8.

[3] - علي البارودي، مرجع سابق، ص201.و احمد محرز، مرجع سابق، ص64.

مالكا نسبة مئوية من أموال التركة، فغالبا ما يُفرض الشيوع على المالكين دون إرادتهم ولهذا تختلف وجهات نظرهم في إدارة المال الشائع[1]، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل استثماره، لان القاعدة تنص على إجماع المالكين في إدارة المال الشائع[2]، وهذا بحكم نص المادة715من القانون المدني التي تنص على(انه تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك).

يفترض في كلاهما تعدد الأشخاص لكن الشيوع يختلف عن الشركة من حيث[3]:

*الشيوع هو في الغالب حالة سلبية مفروضة على المشاعين دون أن يكون لإرادتهم دخل في إيجادها ومثالها حالة الورثة فتصبح التركة ملك للورثة على وجه الشيوع، فلا يمكن اعتبار أن الورثة أرادوا إحداث مشروع مشترك، وأيضا في الحالة الايجابية أي الشيوع الإرادي أو الاختياري ومثاله بالنسبة لشخصين اشتريا آلات بقصد استعمالها، فلا يترتب على هذا التصرف قيام شركة لان نيتهم لم تنصرف إلى تأسيس شركة أو الرغبة في الاشتراك.

عكس عقد الشركة حيث تنعقد نية الاشتراك على التعاون لتحقيق الربح وتحمل المخاطر، وهو تعبير عن إرادة الشركاء ورغبتهم في تكوين الشركة.

*إن تأسيس الشركة أمر يحتاج فيه إلى أموال يتقدم بها الشركاء، وهي ليست ملكا شائعا بين الشركاء وإنما هي ملك شخص اعتباري مستقل عن الشركاء أي الشركة، ولا يجوز للشركاء التصرف في رأسمالها بل يكون ذلك من حق الشركة وحدها.

---

[1]- عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الشيوع على(أنه مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، ويقع حق كل شريك فيه على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة)، الوسيط في شرح القانون المدني(حق الملكية)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص796.

[2]- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص70.

[3]- وحاول البعض أن يميز بين الشركة والشيوع بالنظر إلى غرض كل منهما، فالشيوع عندهم حالة سلبية، إذ يسعى المشتاعون إلى المحافظة على المال الشائع وإدارته وصيانته واستغلاله حتى يحين الوقت المناسب لاقتسامه، وانه متى تمت قسمة المال الشائع واختص كل شريك على الشيوع بنصيب مفرز منه، اعتبر مالكا لنصيبه المفرز منذ أن تملكه في الشيوع وليس من وقت القسمة فحسب.
فللقسمة اثر رجعي يرتد إلى الماضي أي إلى وقت قيام حالة الشيوع، أما إذا انقضت الشركة وصفيت وجب قسمة فائض التصفية بين الشركاء، غير أن اثر القسمة لا ينسحب إلى وقت تأسيس الشركة، وإنما فقط إلى وقت انتهاء التصفية.
أما الشركة فهي أداة لخلق الثروة ومضاعفتها، ولتحقيق نتائج ما كان لكل شريك منفردا إن يتوصل إليها بجهده الشخصي، ويؤخذ على هذا الرأي أن الشيوع الاتفاقي قد يهدف إلى تحقيق الربح كما انه اتسع ليشمل كل فائدة اقتصادية تعود على الشركاء من شركتهم.
أما البعض الأخر ذهب إلى أن نية المشاركة هي مدار التفرقة بين الشركة والشيوع، فعندما تنصرف إرادة الشركاء إلى تخصيص أموال لمشروعهم المشترك، والى التعاون الايجابي على قدم المساواة لإنجاحه، واقتسام ما ينشا عنه من ربح أو خسارة كنا بحيال شركة، أما إذا اتجهت إرادتهم إلى مجرد استخدام الميزات التي يوفرها حق الملكية كانوا شركاء على الشيوع، وهو اقرب المعايير إلى الصحة.
علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص115-116.و علي البارودي، مرجع سابق، ص204وما يليها.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص9ومايليها. و جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص18.

وهذا عكس حالة الشيوع لا ينشا عنها شخص جديد[1]، لان الأموال المشتاعة تبقى مملوكة للمشتاعين أنفسهم، ولكل شريك في الشيوع الحرية المطلقة في التصرف في أمواله، كما أن الدائن الشخصي للشريك لا يزاحم دائن الشركة في التنفيذ عليه، في حين أن كل شريك يملك حصته في الشيوع ملكا تاما له أن يتصرف فيها، وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، كما يكون لدائنه التنفيذ عليها[2].

*إن الشيوع حالة وقتية ولا يجبر الشخص على البقاء فيها، ولا يجوز بقاء الملكية الشائعة بين المشاعين لمدة تجاوز خمس سنوات، عكس وجود الشركة فهي تستمر طيلة المدة المتفق عليها في العقد، إلا إذا انحلت قبل ذلك لسبب طارئ، وللشركاء الحرية في تعيين مدة الشركة[3].

*الشيوع لا يقوم على الاعتبار الشخصي خلافا لشركات الأشخاص، ففي حالة وفاة المالك على الشيوع تستمر حالة الشيوع بين ورثته، كما له أيضا أن يتنازل عن حصته دون أن يتوقف على ذلك موافقة المشتاعين الاخرين، ولو لم يكن الحق في التنازل مقررا في العقد الذي أنشا الشيوع، أما الشركة فتنحل بوفاة احد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه، الا اذا وجد ن في العقد يقضي بخلاف ذلك[4].

*كذلك يجوز أن يكون المالك في الملكية الشائعة قاصرا غير مأذون له بالتجارة، بل لم يبلغ سن التمييز حتى، كما لو كان وارثا لحصة شائعة، غير انه إذا كان ذلك جائزا في شركات الأموال خاصة في شركات المساهمة، إلا انه لا يجوز في شركة التضامن حيث يكتسب الشريك صفة التاجر.

---

[1] - وتاريخيا نجد أن الملكية الشائعة هي منبع الشركة عند الرومان، حيث كانت أموال الشركة تمثل ملكية مشتركة بين الورثة عند وفاة رب الأسرة، فإذا اتفق الورثة على إدارة المال المشترك تحولت الملكية الشائعة إلى شركة، إذ إن الشركة لم تكن سوى عقد بين الشركاء يولد التزامات متقابلة دون نشوء شخص اعتباري مستقل عن الشركاء، ولكن هذا الوضع تحول بدخول روما سوق التجارة فأصبح الناس يؤسسون الشركات بمعزل عن أي تركة.
عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص70.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص163وما يليها.

[2] - عمار عمورة، نفس المرجع، ص164. و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص16. وراجع أحكام المادة714من ت.م.ج.

[3] - تنص المادة722من ت.م.ج (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى اجل يجاوز(5سنوات)، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه). راجع كلا من: المادة734من ت.م.م.
و احمد محرز، مرجع سابق، ص63، و عمار عمورة، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[4] - يحق للمساهم في شركات الأموال أن يخرج من الشركة بالتنازل عن أسهمه خلافا للشريك في شركات الأشخاص، فلا يستطيع الخروج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته إلا إذا وافق على ذلك سائر الشركاء، أو كان التنازل مصرحا به في العقد وفي الحدود المنصوص عليها فيه.
علي حسن يونس، مرجع سابق، ص10. نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص17.

ثالثا: التمييز بين الشركة والتجمع ذي الغاية الاقتصادية

عرفه المشرع الفرنسي بانه(اتفاق بين شخصين أو أكثر بقصد أن يستغلوا لأجل معين الوسائل التي يكون من شانها أن تيسر أو تنمي النشاط الاقتصادي للأعضاء وزيادة عائد هذا النشاط) [1]، فهو يختلف عن الشركة من حيث أن هدف الشركة هو تحقيق الربح النقدي ويشمل الفائدة الاقتصادية التي يمكن أن تعود على الشركاء، عكس التجمع ذو الغاية الاقتصادية فيسعى دائما إلى إشباع حاجات تابعة أو مكملة لأنشطة الأعضاء فيه، كما أن تنظيمه التشريعي يخضع لاتفاق الأطراف فهو يمتاز بالمرونة ولا يحتاج لتأسيسه لوجود رأس المال عكس الشركات فيحكمها التنظيم التشريعي الأمر، ويعتبر تقديم الحصص التي تكون رأس المال ركنا خاصا لازما لانعقادها[2]، ودور التجمع ذي الغاية الاقتصادية يجعل منه وسيطا أو أداة من اجل تنمية أنشطة أخرى سابقة مما يستوجب أن يكون كل عضو فيه ممارسا لنشاط اقتصادي(تجاري-مهني-حرفي-زراعي)، واذا كان هدفه تنمية النشاط الاقتصادي لأعضائه وليست له بالضرورة صفة التاجر، ولكنه يكون تاجرا إذا أنجز بشكل اعتيادي أعمالا تجارية[3]، في حين أن الشركة تستمد الوصف التجاري من شكلها القانوني.[4]

---

[1] - بلولة الطيب، مرجع سابق، ص143. وعلي سيد قاسم، بحث حول التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد، ع 51، س1981، ص291.

[2] - علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص45وما يليها.

[3] - ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص34.

[4] - علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص24.

المبحث الثاني

المفهوم النظامي للشركة

إن الطابع النظامي أو اللائحي يلعب دورا رئيسيا عند تكوين الشركة وتنظيمها وإدارتها، بل وعند انتهائها وتصفيتها، وتبرز هاته الطبيعة التنظيمية أو اللائحية في شركات الأموال والشركات المختلطة على وجه الخصوص، حيث تصدر نماذج بقرارات وزارية لعقود تأسيس هذه الشركات تتسم في جانب كبير منها بالطابع الإلزامي، الأمر الذي نجم عنه وضع قيود للتوجه التعاقدي للشركة(**المطلب الأول**).

وظهرت ردة فعل عارمة ضد المذاهب الفردية التي سادت في القرن التاسع عشر، والتي ارتكزت على فلسفة الحرية الفردية ومبدأ سلطان الإرادة، وإهمالها الجوانب الاجتماعية الأخرى للكائن البشري الذي لا يستطيع ان يعيش منعزلا عن الآخرين، الامر الذي نتج عنه تقييد لإرادته الحرة، من خلال تدخل الدولة في تكوين عقد الشركة(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

قيود التوجه التعاقدي للشركة

ان حرية الأطراف في اختيار الشروط التعاقدية للشركة أخذت تتضاءل إلى حد بعيد، حيث أن الجانب الأكبر منها أصبح محكوما بعقود نموذجية صادرة عن الجهة الإدارية، ولا يجوز مخالفة أحكامها.

كما ان العديد من الأحكام الخاصة بتأسيس الشركة وإدارتها وإصدار الأوراق المالية والتعامل بها وإنهاء الشركة، تكون محكومة بقواعد قانونية ولائحية لا يجوز للمساهمين مخالفتها[1]، وعليه فالطابع التنظيمي والتدخل التشريعي في تكوين الشركة وإدارتها، قد دعى

[1] - محمد رفعت الصباحي، محاضرات في القانون التجاري، مكتبة عين شمس، القاهرة، 2004-2005، ص183و184.

جانبا كبيرا من الفقه إلى نفى الأصل التعاقدي للشركة، وهذا من خلال إضفاء الطابع النظامي للشركة(**الفرع الأول**).

كما ان الشركة ليست مجرد تعبير عن الارادة فقط، بل انه ينتج عنها شخص معنوي جديد، متميز عن الأشخاص المكونين لها، هو امر يضيق من التوجه التعاقدي للشركاء في الشركة(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الطابع النظامي للشركة

ان هناك جانب كبير من الفقه الحديث أنكر على الشركة طبيعتها التعاقدية، من خلال تفسير التجاوز لصالح المصلحة الاجتماعية على المصالح الشخصية لكل شريك، والموانع الآمرة التي تنتج عنها، فالشركة باستقلالها لوحدها على إرادة الشركاء، أمر يجعلنا نبحث فيه من خلال مدلول الفكرة النظامية للشركة من جهة(**أولا**)، ومن جهة أخرى تقدير مدى صحة النظرة الفقهية النظامية للشركة(**ثانيا**).

أولا: الأخذ بالفكرة النظامية للشركة

ان هناك من الفقهاء من رأى أنها تمثل نظاما قانونيا يهدف إلى المصلحة الجماعية، ورأي أخر قال فيها أنها تمثل جهازا قانونيا يقوم على أساس قيام شخصية معنوية للشركة.

1- نظرية النظام القانوني

ان مضمون هاته النظرية أن الشركة تمثل في حقيقتها نظاما قانونيا أو تنظيم قانوني، أو تتجه إلى فكرة الهيئة، وهي من نظريات القانون العام وتتعارض تماما مع فكرة العقد. ففكرة النظام وسيلة من وسائل جميعة العقد[1]، فالكثير من الاتفاقيات تهدف اليوم لا لإنشاء التزامات وحسب، بل تهدف كذلك إلى إنشاء نظام دائم له من الثبات في الزمان والمكان ما ليس للعقد.

[1]-"…épuiser en partie le mythe d'une société qui ne reposerait que sur le contrat, en faisant remonter, depuis plusieurs apories, la nécessité qu'existe, derrière le contrat d'une institution plus large et

ويقصد بالنظام تلك المجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى غرض مشترك، وهو مجموع القواعد الاجتماعية الدائمة والآمرة لمجموعة من الأشخاص من اجل البحث عن مصالح جماعية، ومصالح أي عضو هي مرتبطة بالهدف الاجتماعي المراد تحقيقه، فهاته الفكرة تسمح بتفسير التجاوز القائم لصالح المصلحة الجماعية على المصالح الشخصية لكل شريك والموانع الآمرة التي تنتج عنها[1].

فهذا التنظيم أو النظام يستمد وجوده من النصوص القانونية المحددة إذا ما تواجدت مجموعة من الشركاء، واتجهت إرادتهما إلى تأسيس مشروع ديناميكي يحقق ما يصبون إليه من آمال في إطار المصلحة المشتركة لهذا المجموع الإنساني[2].

فالشركة اقرب إلى القانون منه إلى العقد، فهي تكاد تكون بمثابة نظام قانوني وضع المشرع قواعده وأحكامه، بحيث يقتصر دور الأفراد على الإفصاح عن رغبة الانضمام إليه والخضوع لما ارتآه المشرع[3].

فإذا تكلمنا عن النظام، فما على الأطراف سوى تبني أو اعتماد مجمل القواعد المفروضة أو رفضها دون إمكان تعديلها[4] ، أي إن إرادة الشركاء عند التأسيس تقتصر على الانضمام أو عدم الانضمام إلى العقد الذي طغى على تنظيمه القانون[5].

ومما يؤيد الأخذ بالفكرة التنظيمية للشركة في الوقت الحاضر ان المشرع يتدخل أحيانا قصد تحقيق أغراض اقتصادية واجتماعية بنصوص آمرة لتنظيمها، بقصد حماية الادخار العام والمصالح الوطنية، وهذا التدخل أدى إلى التقييد من حرية التعاقد، وأصبحت الشركة تقوم وفقا لنظام موضوع لا وفقا لإرادة المتعاقدين، حيث لم تعد الحرية متفقة في القانون الحديث مع المبادئ الاجتماعية التي ظهرت، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ هذا المذهب في رحابها، فلم يعد للإرادة الحرية والدور المطلق الذي كانت تتمتع به من قبل، إذ تم تَقييد هذا الدور إلي الحدود التي يقتضيها استقرار المعاملات ومراعاة

---

collective. Cette institution, selon la manière dont l'on qualifie les parties prenantes à l'échange et selon la césure que l'on opère entre le contrat et l'institution…"
Nicolas pastal, contrat, coercition et institution un regard déconomiste, Centre rené demogue Séminaire contractualisation du Droit, postel@ifresi.univ-lillel.fr-vendredi19mai2009.

[1]- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, irina barchkévova, op.cit.P173.

[2]- عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص16.

[3]- علي حسن يونس، مرجع سابق، ص4.

[4]- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص13.

[5]- سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص224.

مصالح الجماعة، وسارت التشريعات نحو الإعتداد بمصالح الجماعة قبل مصالح الفرد[1]، ولم يقتصر الأمر على الحد من دور الإرادة بل وصل إلى حد إلغائها[2]، ففكرة العقد لا تتماشى مع بعض أنواع الشركات بصفة عامة، وشركات المساهمة(الشركة المُغفلة) بصفة خاصة[3]، ولقد وجد هذا المذهب الجديد صداه في بعض احكام القضاء حيث تبنت بعض الأحكام هذا التكييف، فقضى بان الشركة لم تعد مجرد عقد بل هي تنظيم تحكم تأسيسه وإدارته نصوص تشريعية آمرة[4]، الأمر الذي أدى إلى اضمحلال وتراجع الفكرة التعاقدية للشركة، وجعل أنصار نظرية النظام يدعون بان الشركة ليست عقدا بل هي نظام قانوني.

وهذا الاتجاه الذي قاده هوريو(Houriou)، ورينار(Renard)، وبرت دي لاجرسي(Breth de la Gressaye)، وجيار(Gaillard) ، الذين اعتبروا أن الشركة هي تجميع لجهد الأفراد ولمدخراتهم في إطار من البني القانونية لقيام مشروع معين يكون منها الأداة المثلى للنهوض الاقتصادي وتركزه، الأمر الذي يجعله(قوة تخشى الدولة سطوتها، وترى من واجبها السهر على مراقبتها حتى لا تنحرف عن الطريق السوي وتصبح أداة للاستغلال الاجتماعي والسيطرة السياسية)، لذا تدخل المشرع أكثر من مرة لتنظيمها[5].

و يرى الأستاذ(L, josserand)أنه"لابد من تجديد المفاهيم نظرا للتحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويجب استبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف"، ويقول كذلك:"إن المفاهيم القانونية تنشأ، وتتطور وتنجز في مناخ فردي، ومناخ اجتماعي، فالاتجاه الحالي يجد أن

---

[1] - وهو ما أقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد علي الطرف الضعيف، بل ينبغي أيضا تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير، وهذا ما جعل المبدأ يفقد من قيمته، وينحسر أمام التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي مست المجتمعات، وأدت إلى ظهور مذاهب تنظر إلى العقد كنظرتها إلى أي نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة لأجل ذلك، وهو ما أدى إلى تقييد الإرادة والحد من دورها، وذلك من خلال تدخل المشرع وبحدود معينة من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الاقتصادي الذي يسلطه عليه الطرف القوي.
لخضر حليس، مرجع سابق، ص6.

[2]- وترى الأستاذة فريدة محمدي أنه" لا يمكن للتطور القانوني مهما وصلت ذروته إلى إلغاء دور الإرادة تماما في التعاقد، فهناك عدة عوامل تكون سَببا في الحد من دور الإرادة"،(مبدأ نسبية العقد)، دكتوراه، جامعة الجزائر،1992، ص01.

[3] - هي تعد كنموذج لشركات الأموال التي تستمد اعتمادها المالي من موجوداتها لا من شخصية الشركاء، ويقسم رأس مالها إلى أسهم وهي متساوية في القيمة وقابلة للانتقال للغير بالطرق التجارية دون حاجة إلى موافقة الشركاء الاخرين، ولا يسال فيها الشركاء(المساهمين)عن ديونها إلا في حدود حصتهم من موجوداتها، وتعمل هاته الشركات باسم تجاري وهي تسمية لا تشتمل على أسماء الشركاء.
جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص43و46و318ومايليها.

[4]- وقالت محكمة(رانس)"الشركة نظام أي تنظيم اجتماعي يتجاوز إرادة الأفراد"وانتهت محكمة النقض الفرنسية إلى إن شركة المساهمة شركة يتدرج أعضاؤها، فالجمعية العمومية و إن كانت تملك اختيار أعضاء مجلس الإدارة الذين يعهد إليهم بإدارة الشركة لا يجوز لها أن تغتصب سلطان هذا المجلس. علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص19.

[5] - سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص213.

المناخ الاجتماعي يطغى على المناخ الفردي، لأن الحرية العقدية أصبحت دون معنى بين الأقوياء والضعفاء، ولا تخدم إلا مصالح الأقوياء"[1].

وهو ما يجعل العقد أداة لتحقيق أهداف اجتماعية، وهو الأمر الذي ينعكس كذلك على مفهوم العدالة الذي يجب أن يتماشى والتطور الذي تشهده العلاقات التعاقدية.

والنظام القانوني عند أصحاب هذا الاتجاه مجموع من الأشخاص يلتف حول هدف محدد يستدعي تحقيقه وجود تنظيم مستمر وملزم، وما يستتبعه ذلك من ضرورة إخضاع الحقوق والمصالح الخاصة بأعضاء التجمع المذكور للهدف الذي ينشده هذا الأخير، وهذا التكييف هو الذي يفسر كيف أن حقوق الشركاء لا تتحدد بصفة نهائية بالعقد المنشئ للشركة، وإنما يمكن تعديلها إذا ما اقتضت مصلحة الشركة ذلك، هذا ما يبرر جواز تعديل الحقوق المقررة في العقد التأسيسي للشركة.

أو بعبارة أخرى خطة بناء أو مشروع يعد كتنظيم خاص ظهر جراء تأثير التحولات الاقتصادية في القانون[2]، ويمثل إطارا تتجمع داخله العديد من العقود، فليس في مقدور

---

[1]- اشار اليه الاستاذ علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص43، هامش29. راجع المقال بعنوان:
-Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrat, RTDC, 1973, P1.

[2]- فهذا النظام القانوني يستند إلى وجود سلطة تحدد الأعضاء الذين يعبرون عن إرادتهم، و تنظم العلاقات بين تلك الأعضاء، وتضع القواعد التي تحكم نشاطاتهم، ويكون مجموعة من عناصر مختلفة و أجهزة متدرجة، تم التنسيق بينها للتوصل إلى غرض جماعي مشترك، و تستمد جذورها من الطبيعة الاجتماعية للإنسان، وتبتغي تحقيق مصلحة مشروعة و متميزة عن مصالح الأفراد الداخلين في تكوينها، و تتمتع بإرادة مستقلة للدفاع عن هذه المصلحة التي تسعى إليها.

ومن بين التحولات الاقتصادية للعقد أيضا نجد انه أصبح جماعيا، فجماعية الإنتاج لم يعد يناسبها كون أطراف العقد أفرادا، بل إنها تستلزم إبرام العقد بين جماعات العمال وجماعات أصحاب الإعمال في الاتفاقات الجماعية للعمل، اتفاقات تجمع بين شركات متعددة، هكذا تحل الجماعة محل الفرد في التعاقد بحيث يلتزم هو بما تعاقدت عليه، وإذ يفرض التطور الاقتصادي، الرجوع الجماعي على العقد، فانه يستلزم مراجعة القواعد التقليدية التي لا تتفق صياغتها مع هذا الطابع، وعليه فان مشكلة القانون المدني تكمن في كيفية مواجهة جماعية العلاقات العقدية التي اقتضاها التطور الاقتصادي، على ان القول بان العقود الجماعية تمتد لتشمل في أثرها كل ما يعبر في واقع الأمر عن أسلوب من أساليب القانون العام، يتفق مع المبدأ الذي يعرفه القانون الخاص وهو نسبية اثر العقد، الذي ينكر البعض على العقود الجماعية الصفة العقدية الخالصة، ويرون فيها نظاما يجمع بين الطابع اللائحي والطابع العقدي. سافاتييه– التحولات الاقتصادية(ج01-فقرة33– ص50)،(فقرة95-ص110)،(فقرة29-ص36)،(ج01-فقرة97-ص112)،(ج01–فقرة49–ص06)،(فقرة107-ص123)،(ج01-فقرة49–ص55/53)،(فقرة21–ص28)، (ج01–فقرة50–ص56). اشار اليه احمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، ع 01و02، يناير و يوليو1976، ص23وما بعدها، وكما يرى الأستاذ عبد الحي حجازي بان أوضح ما يظهر فيه حلول فكرة النظام محل فكرة العقد هو مفهوم "المشروع"، حيث دعت الحاجة إلى القيام بأعمال ضخمة، ونظرا لضخامة هذه الأعمال وتعددها، زاد حجم هذه الشركات، حيث صارت تستغرق بعض المرافق العامة كمرفق الكهرباء والنقل و... الخ، وهذا ما أدى أن تتجرد هذه المشاريع من طابعها الشخصي، كما أخذت مكانة العقد المنفرد تتقلص حيث أصبحت هذه الإرادات، وأصحابها مجرد أدوات في هذا النظام، ففقدت بذلك دورها وسلطانها في العقود.

" وتكمل فكرة المشروع وتصححها فكرة الخطة(plan)ذلك أن الضرورات الاقتصادية والاجتماعية تقتضي أن لا ينظر إلي كل مشروع علي حدة، وهو ما أدى إلي التوصل إلي إبتداع فكرة الخطة، والتي تتمثل في جمع شتات المشروعات وتنسيقها علي النحو الذي تبينه الدولة " النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص282و283.

ويرى الأستاذ علي فيلالي: انه تم المساس أيضا بمبدأ نسبية العقد، حيث لم يعد عند أنصار المذهب الاشتراكي قصر أثاره على طرفيه، ولو كانا هما اللذان أبرما العقد بإرادتهما الحرة، ذلك لأن قيمة العقد في هذا المذهب لا تقوم على إرادة طرفيه، بقدر ما تقوم على مدى ملائم للضرورات الاجتماعية، وهو ما أدى إلى أن صار العقد الذي يعني ويهتم بتنظيم مصالح طرفيه فيما يتعلق بالحقوق

الأساليب الفردية السيطرة على الموارد والقوى الطبيعية، فمن هنا كان تأثير التحولات الاقتصادية واضحا على نظام العقد، فنظرا لعجز العقد الفردي عن تحقيق الأغراض الاقتصادية والاجتماعية، فقد حلت محله فكرة التنظيم أو النظام التي لها من الثبات والاستقرار ما يمكن الاعتماد عليه في تحقيق هاته الأغراض[1]، فلم يعد من الممكن في ضوء التطورات الاقتصادية الحديثة، ان يقوم شخص واحد بالإنتاج اليدوي لسلعة معينة، فالشخص يستطيع ان يوقف نشاطه في أي وقت يشاء، وترتيبا على ذلك حلت فكرة المشروع محل عقود المقاولات الفردية[2].

فالمشروع هو الوعاء الذي يتم من خلاله التنسيق بين عدد كبير من العقود التي أبرمت لغرض اقتصادي واحد، هاته العقود تأتي لتنصهر في مجموعة اقتصادية واحدة هي المشروع، ولقد لحق التطور بفكرة المشروع ذاتها، ففي البداية كان المتعاقد شخصا واحدا(المقاول)، يعتبر المشروع بالنسبة له أداة للإنتاج، ولكن ظاهرة الإنتاج الضخم تتطلب استثمارات وتجهيزات يعجز شخص واحد عن تمويلها، من هنا ظهرت شركات المساهمة وفيها يشترك عدة أشخاص في إنشاء المشروع، كما ظهرت استقلالية المشروع عن أصحابه.

فالمشروع مثل الدولة له شخصيته وأجهزته الخاصة، وتم الفصل بين ملكية المشروع وبين إدارته الاقتصادية، وأساس ذلك ان إنتاجية المشروع لا تأتي فقط من رأس المال، ولكن أيضا من المجهودات البشرية، فراس المال لا يكون منتجا إلا إذا تم تجميعه بمجهودات إنسانية في مشروع معين بغرض استثماره عن طريق العاملين به.

وللمشروع في لغة القانون ثلاث معان: فهو في معنى أول عبارة عن عقد(مقاولة)، وأحيانا أخرى يقصد به احد الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وعلى هذا الأساس صيغت قواعد التشريع الضريبي و الاجتماعي، وهذا هو

والواجبات التي تترتب عليه، أصبحت أثاره تنصرف إلى أطراف خارجية وأجنبية عنه، فصار يستفيد منه من لم يكن طرفا فيه. نظرية العقد، مرجع سابق، ص36و43.

[1] - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، فقرة145، ص270.

[2] - لقد كان في الماضي يمكن ان يتفق الصانع مع مزارع معين على إنتاج المواد الأولية اللازمة للقيام بعمله، ولكن هذا النطاق الضيق للإنتاج لم يعد يتفق مع أنواع النشاط الجديدة كإنتاج السيارات والأجهزة المعقدة فهذه الأنشطة تستلزم استشارات وتجهيزات ضخمة واجتماع تخصصات فنية متعددة، وتترتب على جماعية الإنتاج ظهور وحدة إنتاجية تسمى المشروع باعتباره تجميعا وتنسيقا للعقد التي تستلزمها وحدة إنتاجية تسمى المشروع.

المعنى الغالب عند رجال القانون، أما المعنى الثالث فيجعل من المشروع محلا للحق باعتباره مالا جماعيا وهو ما يأخذ به رجال الاقتصاد.

ونجد ان المشرع الفرنسي وضع من القواعد ما يكفل إنقاذ المشروع، فحين يتخذ المشروع شكل شركة المساهمة، فان اجتماع كل الحصص أو الأسهم في يد واحدة لا يؤدي إلى انحلال الشركة فورا.

إن نظرية النظام القانوني قد نجحت في تفسير الكثير من الحلول العملية التي استقر عليها القضاء، كالاعتراف باستقلال مصلحة الشركة عن مصالح الشركاء، و مكافحة انحراف الأغلبية، وتأكيد مبدأ تدرج أعضاء الإدارة وتخصص كل منها، وتبرر السلطات الواسعة المقررة للمديرين، وتوفر الأساس النظري للتنظيم التشريعي الآمر للشركات[1].

فإذا كانت الإرادة الشخصية ضرورية أصلا في إنشاء أي شركة لأنه لا احد يرغم أن يكون في شركة، إلا ان دورها محدود جدا لعدة اعتبارات نذكر من بينها انه:

*ليس لمؤسسي أي شركة الاختيار سوى بين مختلف الشركات التي وضعها القانون في متناولهم، مابين الشركات المدنية أو التجارية، وإذا انصب اختيارهم على هذه الأخيرة، فما عليهم إلا تبني احد الأشكال المنصوص عليها قانونا مهما كان موضوع النشاط(مدنيا أو تجاريا)، لان العبرة بالشكل طبقا لنص المادة544من القانون التجاري[2]، والتي تنص على انه (يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها، تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها)، وإذا وقع اختيارهم على شكل من الأشكال المفروضة قانونا، ليس للشركاء الحق في تعديل القواعد المطبقة على شكل الشركة التي لجأوا إلى تأسيسها، وهذا بسبب أن المشرع قد لجأ إلى تنظيم أحكام هذه الشركات بنصوص آمرة، غير أن هذا التنظيم يختلف مداه باختلاف أنواع الشركات التجارية.

*من جهة أخرى يفهم من عقد الشركة القوانين الأساسية التي ستحكم مجموع حياة الشركة منذ نشأتها حتى انقضائها فقد اشترط المشرع في المادة546من القانون التجاري، جملة من

---

[1]- علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص20ومايليها.

[2] - الامر75-59مؤرخ في1975/09/26،المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي93-08مؤرخ في1993/04/25،والمتضمن ت-ت-ج، ج.ر،ع27، الصادر في1993/04/25، ص3.

البيانات يجب ذكرها في القانون الأساسي لأي شركة[1]، فتنص على انه(يحدد شكل الشركة ومدتها التي لايمكن ان تتجاوز99سنة، وكذلك عنوانها أو اسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها في قانونها الأساسي).

2- نظرية الجهاز القانوني

اتجه جمهور كبير من الفقه الحديث إلى تأييد نظرية راجت في الفقه الألماني، هي نظرية الجهاز، أو الأداة، أو الآلة القانونية، ونادى بها الفقيهان ريبير(Ripert)، وروبلو(roublot)، وقد كان ينظر إلى الجهاز الذي يسمح بجمع رؤوس الأموال للمشروعات على انه عقد[2]، ولكن العقد لم يعد كافيا في الوقت الحاضر لأنه لا يمس إلا عددا محدودا من الأشخاص، ويتمتع بمرونة كافية في الزمن، لذلك ابتدع القانون أجهزة أخرى أكثر تعقيدا تسمح بجمع الأموال اللازمة وتضع مقدمي هذه الأموال في مركز قانوني غير تعاقدي، فالنظام القانوني أو القالب القانوني للشركة ينشئه التشريع ولا ينشا من إرادات الأفراد، وعلى أساس أن الفقه الحديث لم يركز على النقاش المتمحور حول طبيعة الشركة بل ركز على غايات الشركة، فالفقيه(Ripert)، هو الأول الذي دافع عن فكرة أن الشركة تسعى لتحقيق غاية، ولكن مدرسة(Rennes)هي التي طرحت هاته الفكرة تحت قلم الأستاذ(Champauod)، ثم الأستاذ(Paillusseau)وتمحورت الفكرة حول أن(الشركة ما هي إلا تقنية قانونية وضعت تحت تصرف مقاولة)[3].

أي انه بطريقة غير مباشرة الاعتراف بمصالح خاصة للشركة متميزة عن مصالح الأعضاء المنشئين لها، مما يعني هذا الطرح النظامي.

فإذا كانت الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية شانها في ذلك شان الشخص الطبيعي بحيث تكون لها مثلُه حقوق والتزامات، فإنها مع ذلك وبالنظر إلى طبيعة تكوينها لا تقدر على

---

[1] - يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية للشركات التجارية، مرجع سابق، ص136.

[2] - إن فكرة النظام تقف عند الغرض المقصود من تأسيس الشركة، وفي هذا خلط بين الشركة والمشروع والصحيح أن الشركة هي دائما وسيلة لجمع رؤوس الأموال اللازمة لمشروع معين، و من ثم فهي لا تخرج عن أن تكون جهازا قانونيا يضعه المشرع تحت تصرف المتعاملين.

[3] - نادى بهذا الطرح الفقيه(Ripert)، ودافع عن فكرة أن الشركة تسعى لتحقيق غاية.

- nathalie moraldo,éva mouial bassilana,irina barchkévova, op.cit.P173.

هذا التحليل الجديد القائم على الغايات يكون له انعكاس على تحديد طبيعة الشركة، فمن خلال قيامها على فكرة المقاولة، أيدت مدرسة(Rennes)بطريقة غير مباشرة الاعتراف بمصالح خاصة للشركة متميزة عن مصالح الأعضاء وهذا يعني الطرح النظامي، كما أن هناك خلاف فقهي حول مضمون المصلحة الاجتماعية، ودورها في التقريب بين الفكرة العقدية والنظامية للشركة.

- nathalie moraldo,éva mouial bassilana,irina barchkévova, Ibid.P178.

ممارسة النشاط بنفسها، وهذا الشخص المعنوي لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزء لا يتجزأ منه، فلا كيان له بذاته منفصلا عنها فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني، يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاءه، بل محتوم عليها ان يباشر عنها هذا النشاط غيرها من الأشخاص الطبيعيين فيقومون بتمثيلها والعمل باسمها ولحسابها في الحياة القانونية، هؤولاء الأشخاص هم المديرون.

وعلى ذلك يرى هؤولاء الفقهاء ان المدير ليس وكيلا عن الشركة أو الشركاء، بل هو عضوا جوهريا في الشركة وعنصر من العناصر الداخلية في تكوينها وبنيانها، و لا تستطيع الشركة ان تعمل إلا بواسطته، أو هو على حد تعبير البعض- فمها الذي ينطق ويدها التي وقع[1]- والمدير ليس وكيلا عن الشركة، لان الوكالة تفترض وجود إرادتين، إرادة الموكل وإرادة الوكيل، وإذا وجدت إرادة الوكيل هنا، فإرادة الموكل غير موجودة إذ ليست للشخص المعنوي نفسه الارادة، هذا فضلا عن ان الأصيل يستطيع ان يعمل مباشرة دون وساطة الوكيل، ولا يمكن للشركة ان تفعل ذلك إذ لا إرادة لها ولا يمكنها التصرف إلا بتدخل المدير[2]، وكذلك لا يعد المدير وكيلا عن الشركاء(بل هم السلطة التي تضمن تحقيق الغرض المشترك لهيكل قانوني الذي يرتكز على الاستمرار والتنظيم[3]، والتي تقوم عليه الشركة كشخص معنوي وتنظيم قانوني)، لأنه لو كان وكيلا عنهم للزم تعيينه وعزله بإجماعهم، وتعيين المدير وعزله يقع عادة بأغلبية الشركاء، فلو كان وكيلا لما كانت له أي صفة في تمثيل من لم يوافق على تعيينه، هذا فضلا عن ان سلطات المدير تتجاوز بكثير سلطات كل شريك على حدة، فلو كان وكيلا ما صح ان تكون له-وفقا للقواعد العامة-سلطات تتجاوز سلطة موكله[4]، ويقوم مدير الشركة بأعمال الإدارة والتصرفات التي تدخل في غرض الشركة، فيبرم العقود مع الغير ويوقع على الشركة ويمثلها أمام القضاء والسلطات العامة ويدفع للشركاء أنصبتهم من الأرباح التي حققتها.....[5]

---

[1]- Y.Guyon. Droit des affairs.T.I.10 éd 1998.No190.P193.

[2]- محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص57.

[3]- نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص24. و سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص224.

[4]- Philippe Merle, op.cit.N94P102.

[5]- محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص58.

ثانيا: تقدير الفكرة النظامية

إن ما يؤخذ على الفكرة النظامية للشركة يمكن إجماله من خلال:

*ان القانون يتدخل في اغلب قواعد نظام الشركة بنصوص آمرة، وعلى الأخص بالنسبة لشركات الأموال إلا أن ما يؤخذ على نظرية النظام القانوني أو الهيئة، انه يكتنفها الغموض و تفتقر إلى الدقة والوضوح، والتحديد اللذين يميزان دراسات القانون الخاص، فضلا عن أنها اتخذت ذريعة لفلسفة تدخل الدولة–غير المرغوب–في إدارة المشروعات الاقتصادية في ظل الأنظمة الشمولية والاقتصاديات الموجهة، على ان فكرة النظام القانوني لم تبلغ الدور الذي لعبته النظرية التعاقدية[1]، إضافة إلى ان مصطلح النظام غير دقيق، إذ لم يحدد تطبيق نظام قانوني معين، وهذه النظرية تنكر كثيرا التصرف المنشأ أو التصرف المؤسس ذو الطبيعة التعاقدية.

*ان هاته النظرية لا تصدق على جميع الشركات فضلا على أنها تجمع في طياتها عنصرين مختلفين[2]، فهناك عنصر ضعف مركز كل متعاقد أمام إرادة المجموع، والشخص المعنوي من جهة، وعنصر الطابع الأمر للتشريع الذي يحكم الشركات، وعجز إرادات الشركاء مجتمعين عن مخالفة أحكامه من جهة أخرى، ومنه فهاته النظرية تعجز عن إعطاء تفسير قانوني ومنطقي لاجتماع هذين العنصرين.

*و يرى الأستاذ اكثم أمين الخولي أن نظرية الجهاز القانوني لا تحيط بالشركة إلا من حيث نشأتها كأداة لجمع رؤوس الأموال، ولا تبين لماذا تخضع حياة الشركة لأحكام خاصة تختلف عن أحكام العقود[3].

*هذه الفكرة النظامية رغم وجاهتها الظاهرة، لاتستبعد تماما الفكرة التقليدية لعقد الشركة[4]، غير أن ظهور الشركة في المجال القانوني يستند إلى عمل إرادي ذو صبغة تعاقدية أي يتم بمقتضى عقد حقيقي، أي بتوافق إرادتين أو أكثر ويخضع للقواعد العامة في العقود[5]، وهذا الطابع التعاقدي ليس محلا للشك بالنسبة لشركات الأشخاص، وهو يتوافر كذلك حتى بالنسبة

---

[1] - علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص20ومايليها.و مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص198.

[2] - اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري(الجزء الأول)، مرجع سابق، ص21.

[3] - اكثم أمين الخولي، نفس المرجع ونفس الصفحة.

[4] - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص13.

[5] - محمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص184و185.

لشركات الأموال والشركات المختلطة، حيث يستلزم تكوينها وجود عقد ابتدائي بين الشركاء المؤسسين تتجه إرادتهم جميعا نحو تأسيس الشركة، فمن الممكن ان نفترض ان إقدام الشريك على الدخول في شركة ما يتضمن رضاه بكافة القواعد التي تخضع لها، سواء كانت اتفاقية يرتضيها بمحض إرادته أو قانونية مفروضة يضطر إليها[1]، فمثلا شركة المساهمة يمهد لظهورها عقد يتم بين مؤسسيها وهو العقد الابتدائي، وهو أول خطوة نحو تكوين الشركة وهو عقد تبادلي ملزم لأطرافه.

*بالرغم من جاذبية الفكرة النظامية للشركة[2]، إلا ان الفكرة التعاقدية لازالت موجودة، لاسيما في مجال شركات الأشخاص، حيث يمنع تعديل العقد إلا بإجماع الشركاء، خلافا لشركات الأموال، حيث تقوى فكرة النظام وتضعف فكرة العقد، إذ يمكن تعديل النظام رغم انف الأقلية، وفوق ذلك فان ضعف هاته النظرية يظهر بشدة حيث يكون الجانب العقدي هو الغالب(شركات الأشخاص)، ففكرة النظام لا توجد نهائيا في شركات المحاصة التي تحكمها الإرادة الحرة للأطراف لا مجموعة قواعد قانونية مفروضة.

*إن تحقق المفهوم التعاقدي يكون كذلك في مرحلة الاكتتاب[3]، إذ ان المستقر عليه فقها وقضاءا ان الاكتتاب هو رابطة تعاقدية بين المكتتب من ناحية والمؤسسين من ناحية أخرى، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد ذو صبغة شرطية أو عقد إذعان أو عمل قانوني جماعي[4]، إذ ان الاكتتاب هو التعبير عن إرادة المساهمة في المشروع الذي تضطلع به الشركة مع التعهد بتقديم حصة في رأس المال اللازم، وتؤدي عملية الاكتتاب هذه إلى اكتساب المكتتب صفة المساهم متى تمت إجراءات التأسيس.

ومن ناحية أخرى فان مجرد إتباع عقد نموذجي لا ينفي الصفة التعاقدية لهذا العقد، فلا يمكن القول بان عقود الإذعان على سبيل المثال تفتقر إلى الطبيعة التعاقدية لمجرد أنها

---

[1] - والواقع ان ظاهرة تدخل المشرع لا تقتصر على عقد الشركة فحسب، وإنما هي عامة بالنسبة إلى سائر العقود التي تبلغ درجة معينة من الأهمية، فتدخل المشرع لا يمنع الاتفاق على الشركة الذي يرتكز على رضا الشركاء. محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص10.و محمد حسن الجبر، ص137. اشارت اليه نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص25و26. و محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص11.و علي البارودي، مرجع سابق، ص179.

[2] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص8و9.

[3] - هاته المرحلة يبرز فيها إلى حد ما المفهوم التعاقدي، وهي مرحلة الاكتتاب تلك التي يقبل الجمهور فيها على الانضمام إلى الشركة عن طريق الاكتتاب في أسهمه. نادية فضيل، مرجع سابق، ص26.

[4] - ابو زيد رضوان، الشركات التجارية، (شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة)، الجزءالاول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص29و30.

تنطوي على شروط نموذجية وينطبق ذات القول من باب أولى على عقود شركات الأموال والشركات المختلطة، فهي تعد اتفاقات تعاقدية بمعنى الكلمة، وأخيرا فان العناصر والشروط الجوهرية لتنظيم الشركة وإدارتها تعتمد على إرادة أطراف عقد الشركة[1].

الفرع الثاني
الشخصية المعنوية للشركة

إن عقد الشركة يتميز عن باقي العقود في انه يترتب عنه نشوء شخص معنوي، وطبقا للقواعد العامة فإن هذا الشخص لا يحتج به على الغير إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر، والشركات التجارية لا تكتسب هاته الشخصية المعنوية إلا من يوم قيدها في السجل التجاري، الأمر الذي ينجم عنه ضعف الحرية التعاقدية**(أولا)**، وهاته الشخصية المعنوية تترتب عنها آثار هامة الأمر الذي يميزها عن مثيلاتها**(ثانيا)**.

أولا: نشوء الشخصية المعنوية للشركة

بدأت فكرة الشخصية المعنوية في النضوج في العصور الوسطى، وذلك بازدهار التجارة في الجمهورية الايطالية[2].

وبرز إلى الوجود تصارع نظريتان حول مفهوم الشخصية المعنوية[3] وهما: نظرية الخيال ونظرية الحقيقة، وبالرغم من أن انطلاقهما واحد وهو تشبيه الكائن القانوني(المعنوي) بالكائن البشري.

إلا أن نظرية الخيال لا تؤمن بالكائن البشري كشخصية قانونية حقيقية، وهذا خلافا لنظرية الحقيقة التي ترى أن حقيقة الشخص المعنوي تماثل إن لم تطابق حقيقة الشخص

---

[1] - ان إرادة الأطراف هي التي تحدد نوع الشركة وغرضها وطبيعة نشاطها، وحجم رأس المال ومواعيد سداده، وعدد أعضاء مجلس الإدارة والتوسيع أو التقييد من صلاحياته، وتوزيع المهام بين أعضائه إلى غير ذلك من الأحكام التعاقدية الجوهرية. محمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص184و185.

[2] - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، مرجع سابق، ص11و48.

[3] - وقد اختلفت النظريات التي قيلت في الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، فمنها من ذهب إلى القول بأنها مجرد مجاز ذلك ان الشخصية القانونية لا تكون إلا للإنسان صاحب الإرادة الشاغرة المدركة، ومنها من يقول بان الشخصية الاعتبارية هي حقيقة واقعة لا افتراض فيها، وهناك من يذهب إلى الاستعاضة عن الشخصية المعنوية بفكرة الملكية المشتركة. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص474وما بعدها. وفي فوائد الشخصية المعنوية :

- Y.Guyon: Droit des affairs, T1:7éd, op.cit.P130.

الطبيعي[1]، فهذه الشخصية أوجدتها ضرورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وهي حقيقة واقعة لا بد من التسليم بها[2].

إلا أنها لم تسلم من النقد الأمر الذي أدى بخلق نظرة جدية وجديدة للشخصيـة المعنوية من خلال نظرية النظام التي نادي بها كلا من:M.Hauriou، وطورها من بعده G.Renard et[3] G.Delos

ولكن تم نقدها[4]، على أنها عاجزة على أن تقدم معيارا موضوعيا يمكن به تلمس الشخص القانوني المعنوي، والأمر الذي يمكن قوله من كل هذا الصراع الفقهي ومن خلال

---

[1] - لكن هاته الأفكار لا يمكنها ان تفسر لنا الشخصية القانونية للدولة، والتي لا يمكن ان يعارض في حقيقتها احد مع أنها لا تملك جسدا ولا روحا، وعليه فهاته النظرية أساءت فهم جوهر علم القانون الذي يهتم بدراسة المفاهيم والنظم القانونية التي يعكسها الواقع الاجتماعي والاقتصادي، ولكن مع ظهور نشاط ملحوظ في الحياة الاقتصادية، وشعور الأفراد بحاجتهم إلى التجمع والدفاع عن مصالحهم سواء في المجال الاقتصادي أو المهني، مما انعكس هذا التطور في الفكر القانوني، فدفع أنصار هذا التيار إلى المحاولة عن الكشف والتنقيب عن حقيقة الجمعيات والهيئات كما يمكن الاعتراف بشخصيتها القانونية دون ما تدخل من جانب جهاز الدولة التشريعي.

ولقد كانت هناك نظريات عدة دافعت على فكرة وجود وحقيقة الشخصية المعنوية، فمن هاته النظريات هناك:

نظرية الحقيقة(البيولوجية) للشخص القانوني المعنوي، نظرية الإرادة(الحقيقية)للشخص القانوني المعنوي، نظرية الحقيقة الاجتماعية للشخص المعنوي، وخير تعبير عن هاته النظرية ماورد في قرار لمحكمة النقض الفرنسية من ان الشخصية الاعتبارية ليست وليدة القانون وإنما تكتسب مبدئيا لكل مجموعة لها وسيلة جماعية للتعبير عن الإرادة للدفاع عن مصالح مشروعة وجديرة، وبالتالي بان تقرها الحقوق وتحميها. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص121و122.و

- G.Ripert et R.Roblot, OP.CIT.P552N707.

[2] - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص51.

[3]- La personalitè comme èlement de la rèliatè social in: Rev.en.de Droit1898.P.5et suivant.
Leçons, sur, movement, social (Professèesà, Toulouse1898) Paris1899, Theorie, de, institution et de.la .foundation .4ème Cahier delanovella jaurnèe 1925
- la Throrie de linstitution.Paris1930
-La Theorie de institution in Arch de Philosp du Droit 1.2-1931, P.97à153.

وقد رأى هؤولاء ان الشخصية المعنوية هي حقيقة تمهد لظهورها تلقائيا معطيات الوسط الاجتماعي، لكن إعلان حقيقة هذا الكائن المعنوي تتوقف على توافر عدة شروط أهمها:

- وجود فكرة عمل أو مشروع يخلق بالضرورة رابطة اجتماعية ما.
- تواجد جماعة إنسانية يهمها تحقيق تلك الفكرة.
- وجود تنظيم، ويعني ذلك ضرورة تواجد كافة الوسائل التي يمكن باستخدامها تحقيق الغاية المنشودة.
- وضوح تواجد قدر مشترك من تطابق الأفكار بين جمهور أعضاء تلك الجماعة وأجهزتها التنفيذية.

ومما يترتب على توافر تلك الشروط مجتمعة أن يظهر على سطح الوسط الاجتماعي، ما تسميه النظرية بالنظام، وهو كائن اجتماعي حقيقي يمكن تشخيصه، أي اكتسابه للكينونة القانونية.

- اشار اليه ابو زيد رضوان،(مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال)، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، ع 01، جويلية1970، ص12و13.

[4] - من قاد هذا الانتقادات(Lèon Michoud) الذي كان له الفضل في تشييد النظرية المعروفة بنظرية(الحقيقة التكتيكية للشخص المعنوي)، هاته النظرية التي هيمنت ولا زالت تهيمن على الفقه والقضاء المعاصرين، ومؤداها أن تجرد مفهوم الشخصية القانونية المعنوية من المعطيات البيولوجية والاجتماعية على السواء، فقد تم الاهتمام بتبيان دور الشخصية في البناء القانوني أو بما اسماه بالفن القانوني، فالشخص القانوني في فقه تلك النظرية هو ذلك الكائن -سواء كان فردا أو جماعة–صاحب المصلحة المشروعة، والإرادة هي من تمثل تلك المصلحة وتدافع عنها، وعلى ذلك تكون الجمعيات والهيئات الإنسانية والشركات تماما كالأفراد الطبيعيين–أشخاصا قانونية هذا إذا استطاعت من ناحية ان تبرز إلى السطح الاجتماعي مصلحة جماعية جديرة بالحماية بحسبانها مصلحة مستقلة عن المجموع العددي لمصالح الأعضاء، ومن ناحية أخرى لابد ان يكون لدى تلك الجماعة تنظيم، فهذان الشرطان(مصلحة جماعية مشروعة جديرة بالحماية–تنظيم بمقدوره استخلاص إرادة جماعية)ضروريان وكافيان في ذات الوقت للتمهيد تلقائيا لميلاد كائن له ذاتية مستقلة عن ذاتيات أعضاء الجماعة، مما يصبح أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ابو زيد رضوان، نفس المرجع، ص13وما بعدها.

نقد فكرة العقد حول حقيقة الشخصية المعنوية، ومدى دورها في تضييق مجال الحرية التعاقدية وتمردها على العمل الإرادي المنشئ لها وطغيانها عليه تماما.

ومن خلال توافر الأركان السالف دراستها والتي تجعل نشؤ العقد صحيحا، ويرتب أثرا خطيرا يتمثل في ميلاد كائن معنوي جديد من داخل الإطار الشخصي للشركة، يتمتع باستقلال ذاتي وشخصية قانونية متميزة عن شخصيات الأفراد المكونين لها، تمكنه من القيام بذات الدور الذي يمكن أن يلعبه الشخص الطبيعي على مسرح الحياة القانونية، وهذا الكائن المعنوي هو الشركة، أي كشخص مخاطب بأحكام القانون، شانها شان الأفراد الطبيعيين[1].

وهنا يقصد به الشخص المعنوي، الذي تثبت له حقوق ويتحمل التزامات بصفته المعنوية[2]، فتولد الشخص المعنوي هو الذي يفرض الطابع النظامي وهذا حماية للغير، وهذا الشخص لا يظهر إلا من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري لأنه هو الذي يكسبها هذه الشخصية، وعليه فان مظاهر الفكرة التعاقدية تظهر في الشركات قبل اكتسابها الشخصية المعنوية أي أثناء التأسيس، وكذا في بعض الشركات التي ليس لها شخصية معنوية.

فالأشكال التي يمكن أن يتخذها الشخص المعنوي في القانون الخاص يمكن أن تكون:

- إما في شكل شركة، ويكون هدفها اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد.

- التجمعات والتي تتأسس بهدف تسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته عن طريق وضع كل الوسائل والإمكانيات المشتركة، كل هذا الامر يترك المجال للطابع التنظيمي الذي يختلف بروزه باختلاف الشركات.

ثانيا: آثار اكتساب الشركة للشخصية المعنوية

يترتب على منح الشركة الشخصية المعنوية النتائج التالية[3]:

---

[1] - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص23و24.

[2] - فالشخص القانوني أو المعنوي هو إذا مجموعة تنظيمية من القواعد القانونية، إذا كان يوجد ثمة اختلاف بين القواعد التنظيمية للشخص القانوني(الفرد)، وبين تلك التي يحركها الكائن القانوني(المجموعة).
فذلك ليس مرده إلى اختلاف في الطبيعة وإنما مرده إلى اختلاف في مستوى أو درجة التنظيم فالجماعة تستطيع أن تؤكد شخصيتها القانونية دون حاجة إلى نص تشريعي، ما دامت تستطيع على ضوء تنظيمها القانوني أن تبرز على مسرح الحياة القانونية، وان تستطيع التحرك داخل نظامها القانوني كان تستطيع إبرام العقود والتعهدات التبادلية مع أشخاص آخرين وان يكون لها ذمة مالية مستقلة تستطيع أن تواجه بها التزاماتها ومسؤولياتها وان تلج باب القضاء بذاتها لطلب حماية حقوق لها. ابو زيد رضوان، مرجع سابق، ص22وما بعدها.

[3]- أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص35وما يليها.

1-للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء

فالذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية[1]، وتتكون الذمة المالية للشركة في جانبها الايجابي من حصص الشركاء والأموال الاحتياطية والأرباح التي تكونها وتحققها أثناء حياة الشركة، ولما كان مجموع حصص الشركاء التي تقدموا بها تدخل في ذمة الشركة بمجرد تكوينها، فان الشريك يفقد حقه من الحصة المقدمة منه وتتملكها الشركة، ولها الحق في التصرف فيها أثناء حياة الشركة، اذا كانت الحصة مقدمة على سبيل التمليك، ويقتصر حق الشريك في نسبة الأرباح أثناء حياة الشركة، ونصيبه في موجوداتها التي تبقى بعد تصفيتها[2]- ومنه فتزول عنها الشخصية المعنوية ويصبح المال شائعا بين الشركاء- هذا بالإضافة إلى حقه في المشاركة في جمعيتها العمومية[3]، كما أن لدائني الشركة حق الأفضلية على ذمتها، وهذا لأنها تمثل ضمانا عاما لدائنيها الشخصيين[4]، وليس دائما الفصل بين ذمـة الشركة و ذمة الشركاء ممكنا كما في شركـات الأشخاص ويلاحظ من خـلال هذا:

*امتناع إجراء المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء، لان المقاصة تفرض وجود حقين متقابلين وحق الشركة يختلف عن حق الشركاء[5].

*إذا أفلست الشركة فان هذا لايشمل مبدئيا إفلاس الشركاء، ما عدا إفلاس شركات الأشخاص فلها استثناء خاص.

2-أهلية الشركة

أي يكون للشركة الحق في أن تتصرف في حدود الغرض الذي أنشئت من اجله دون غيره، فلها الحق في التملك واكتساب أموال جديدة وان تتعامل مع الغير، وان تتقاضى سواء مدعية أو مدعى عليها(المادة50من القانون المدني)، وان تقبل التبرعات، وان تُسال عن الأفعال الضارة مسؤولية عقدية وتقصيرية، وان تعاقب جنائيا وان تتعاقد(الشراء والبيع والقرض)، وهذا من طرف الشخص المكلف بإدارة الشركة(ممثل الشركة وهذا بحكم المادة

---

[1] - راجع نص المادة2/50 من ت.م.ج.

[2]- راجع نص المادة1/422و2من ت.م.ج.

[3] - سميحة القليوبي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص126. و مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص48.

[4] - راجع نص المادة436 من ت.م.ج.

[5] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص104.

427من القانون المدني)، في حدود الصلاحيات الممنوحة له في عقد الشركة أو نظامهاالاساسي[1].

3-موطن الشركة

نجد انه مستقل عن موطن الشركاء، وهناك اختلاف حول تحديد موطن الشركة نظرا لما تتميز به من امتداد نشاطها إلى مناطق عدة، فهناك مركز الإدارة الرئيسي للشركـة[2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر الفرع التابع لشركة أجنبية ويمارس نشاطه في الجزائر فيعد بمثابة المركز الرئيسي لها، وهنا تبنى معيار الاستغلال وليس معيار المركز الرئيسي(المادة50من القانون المدني و547من القانون التجاري).

والمرسوم التنفيذي رقم97-41المؤرخ في18-01-1997المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري)[3]، حيث يخضع الزاميا كل مؤسسة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أية مؤسسة أخرى الى القيد في السجل التجاري[4].

4- جنسية الشركة

هاته الجنسية هي أسوة بالأشخاص الطبيعيين وتفيد بتبعية الشركة لدولة معينة[5]، ومن فوائدها الحق في التجارة، وتحديد الدولة التي يكون لها الحق في حماية الشركة في المجال الدولي، وتحديد القانون الواجب التطبيق لشروط تأسيسها وإدارتها وأهليتها وحلها وتصفيتها.

والمشرع الجزائري لم يحدد بنص صريح جنسية الشركة، ولم يتناولها بتنظيم قانوني خاص بالجنسية الجزائرية الذي لم يتعرض إلا لجنسية الأشخاص الطبيعيين، وبرغم هذا فقد اخذ بمعيار محل نشاط الشركة وهذا ما يفسر من نص المادة 04/50من القانون المدني، والمادة547من القانون التجاري[6].

---

[1]- سميحة القليوبي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص127.و اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري(الجزء الأول)، مرجع سابق، ص444. وانظر في الفرق بين المدير والوكيل: عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص92وما بعدها.

[2]- ونظرا لعدم وجود نص في القانون الفرنسي يستقر القضـاء الفرنسي على اعتبار مكان الإدارة الرئيسي للشركة والرقابة عليه هو موطنها وهو المكان الذي تتم فيه إبرام العقود والصفقات المتعلقة بأعمال الشركة، وهو الراى المؤيد من الفقه الفرنسي. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص128.و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص78.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم97-41مؤرخ في1997/01/18، يعدل ويتمم قانون90-22مؤرخ في1991/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري(شروط القيد في السجل التجاري)، المعدل والمتمم، ج.ر، ع05، الصادر بتاريخ1997/01/19، ص10.

[4]- هذا التنظيم الذي اخضع المشرع الجزائري له الشركات الأجنبية إنما هدفه الاحتياط مما قد ينجم عنه من أثر سلبي على الاقتصاد الوطني، وحتى يتسنى له مراقبتها. عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص93وما بعدها.

[5]- Y.Guyon:Droit Commercial général. Et société, T.I.10. éd, 1998.OP.CIT.N190P193.

[6]- جاء في نص المادة 547من ت.ت.ج على انه(يكون موطن الشركة في مركز الشركة وتخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري)، وأيضا نص المشرع المصري في هذا الأمر بالمادة1/11من ت.م.م (أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية فيسري عليه قانون الدولة الذي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فان القانون المصري هو الذي يسري).

المطلب الثاني

تدخل الدولة في تكوين العقد

ان القانون الـذي يخضع له الفرد هو من صنعه، وكذلك القيود التي ترد على حريته لابد أن يكون مرجعها إلى هاته الحرية نفسها[1].

لكن العلاقات القانونية عرفت تطورا ملحوظا وقفزة نوعية نتيجة للمستجدات الاقتصادية والعلمية والقانونية، حيث كان لانفتاح الدولة على العالم، وتلاشي الحدود الاقتصادية، وبروز اشكال جديدة من الشركات، في أن تنحى العلاقات القانونية على اختلافها منحا تعاقديا، فنجد أن التطور الاقتصادي وما يرتبه من أثار على الطابع العقدي للشركة، يعد مجالا أخر تقيد فيه الإرادة ويُحد من فاعليتها**(الفرع الأول)**، كما يمكن أن نستعرض التدخل في إرادة الأطراف والحد من دورها، وذلك من خلال تدخل المشرع في تكوين عقد الشركة**(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

التطور الاقتصادي وأثره على الطابع العقدي للشركة

لقد ترتب على التحولات الاقتصادية والاجتماعية ان حدثت تغيرات في أشكال عقود الشركات وصورها، فلم يعد العقد فرديا يجمع بين فردين، ولكنه أصبح جماعيا يتم بين الطوائف الاجتماعية، وهذا لأسباب عدة تعود إلى السيطرة على موارد وقوى الطبيعة التي تتطلب العمل الجماعي لا العمل الفردي، وهكذا فرض الأسلوب الجماعي نفسه على مستوى الإنتاج (المصانع)، وعلى مستوى الاستهلاك(العملاء)**(أولا)**، كما انه كان للدولة أن تتدخل في كل العقود من خلال وضع أحكام قانونية لتحديد حرية التعاقد**(ثانيا).**

عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص94و95.و سميحة القليوبي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص128و129. و احمد محرز، مرجع سابق، ص73.

[1]- ويعد الفيلسوف الألماني"كانت"أول من أعطي الصبغة القانونية لسلطان الإرادة، فذهب إلي أن حرية الفرد هي حقه الأساسي، وأن كل إلتزام لا يكون قائما علي أساسها يكون منافيا للعدالة.

خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص05. ويضيف قائلا"...إن هناك من يرى انه ليس هناك سلطان للإرادة فهي دائما تخضع لقيود معينة حتى في ظل المذهب الفردي". وعياد عبد الرحمن،(أساس الإلتزام العقدي)، دكتوراه، القاهرة، د.ت.ن، ص17.

أولا: الأسباب الاقتصادية للحد من حرية التعاقد في الشركة

لم تعد تتفق حرية الإرادة في القانون الحديث مع ما نجم عن التطورات الاقتصادية والصناعية والاجتماعية، وما نتج عنها من مبادئ وقواعد، ذلك أن الإرادة في خدمة القانون وليس القانون في خدمتها، ووظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل بين الأفراد، ولا يتفق مع العدل أن يكون للإرادة سلطانها المطلق[1]، فالمشرع ترك للأفراد في إبرامهم لعقود الشركات مجالا سواء في تكوينها أو تنفيذها، ولكن من جهة أخرى تدخل للحد من قوة الإرادة وفرديتها، وذلك بتوجيه هذه العلاقة وإضفاء الصفة الاجتماعية عليها، فهي تتقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الاقتصادي، إلا أن تطبيق مذهب الإرادة و ما أسفر عنه من مظالم أدى إلى الخروج عنه، حيث أخذ ذلك يتزايد في العصر الحديث على إثر التطورات الاقتصادية التي حدثت نتيجة للثورة الصناعية والتكنولوجية، وما نجم عنها من انتفاضة في القوانين الاقتصادية وانتشارا للروح الاشتراكية، كما ان التطور القانوني لمفاهيم الشركة و توسع أشكالها أدى إلى تقلص مبدأ الحرية في مجال الالتزامات التعاقدية نتيجة لسيادة المذاهب الاشتراكية، حيث كان لظهورها دور كبير في الانتقاص من دور وحرية الإرادة، ولم تعد هذه الأخيرة حرة في تحديد مضمون الالتزامات التعاقدية، كما لم تعد حرة في إنهاء عقد الشركة سواء بالاتفاق أو بتعديله[2]، كما ترتب على تطور المجتمعات من الاقتصاد اليدوي والتجاري إلى الاقتصاد الصناعي، ان تركزت القرارات الاقتصادية في يد مجموعات اقتصادية تملك سلطات واسعة، هكذا أصبح الاقتصاد تحت سيطرة قوى وتكتلات اقتصادية موجهة، ولكن تدخل الدولة اقر التوازن الاقتصادي من خلال ان الاقتصاد أصبح خاضعا لقواعد أو خطط تضعها الدولة في مجال الإنتاج والتوزيع والاستهلاك[3]، عكس ما كان سائدا من أفكار تقليدية لمذهب الاقتصاد الحر كالملكية وحرية التجارة والمنافسة، كما ظهرت مصالح جديدة حظيت بحماية القانون منها حماية الطوائف الاجتماعية المتعددة كالتجار والمزراعين والمستهلكين والمؤمن لهم، وهكذا لم تعد الحرية

---

[1]- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص12 وما بعدها.

[2]- فكثيرا ما تؤدي الحرية التعاقدية شعار المذهب الفردي و سلطان الإرادة، إلي مظالم كثيرة إذ غالبا ماتجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء. خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص20.

[3]- عبد الحي حجازي، اثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القضاء والتشريع، س02، ع01، 1970، ص13و16.

التعاقدية مطلقة متروكة لقانون السوق، بل إن التطور الحديث للأفكار الاجتماعية ألزم الدولة بالتدخل في العلاقات العقدية، فانحسر المبدأ الذي كان يقوم عليه قانون العقود، وهو مبدأ سلطان الإرادة وترتب على التطور الفني لوسائل الإنتاج ان ظهرت عقود وأشكال قانونية من الشركات لا يمكن ان تستوعبها القواعد القانونية التقليدية[1]، منها شركات المساهمة، وعقد الشركة المنظم هو العقد الذي يحدد القانون مضمونه، فيتم انعقاد العقد على أساس نظم ومضامين قانونية محددة سلفا، فالمشرع يتدخل لتوجيه آثاره وفرضها بمقتضى قواعد آمرة، لا يملك الأطراف حيالها الاختيار بين التعاقد وعدمه فان تم اختيار العاقد فان علاقتهم تخضع للتنظيم الآمر، كما ان هناك نوعا جديدا من القواعد نشأ سواء لتنظيم الإنتاج والتوزيع والاستهلاك أو لرقابة الأسعار أو لرعاية مصالح طوائف اجتماعية جديرة بالحماية، فهناك نوع خاص من التشريعات قد تكاثرت في المجال الاقتصادي، إما في شكل التنظيم الآمر الذي يقيد من استعمال الملكية والحرية التعاقدية، وإما في شكل تنظيم إداري خاص(لجان التنظيم، هيئات التوزيع، الرقابة الاقتصادية،...الخ)، فقد تقوم الدولة بنفسها بالنشاط الاقتصادي عن طريق المشروعات العامة، كأن تتخذ هاته المشروعات العامة شكل شركة المساهمة، فتدخل الدولة في الاقتصاد باعتبارها شخصا ذا سيادة يفرض ما يضعه من تنظيمات على السلطات الاقتصادية الخاصة بأسلوب انفرادي عن طريق اللوائح، فهذا التدخل قد يتم من خلال:

1-العقد المصرح به أو المأذون به

وقد كان من نتائج ذلك أن تدخل المشرع في بعض المواضيع ليضع بنفسه ما يتعين أن يشمل عليه العقد، وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة، وحتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة إلى عدم التكافؤ في المقدرة التفاوضية[2]، فتحتم هذه الظروف والمعطيات الجديدة على المشرع ضرورة إعادة التوازن لصور جديدة من الاختلال التعاقدي على الرغم من أن عدم المساواة الفعلية بين الطرفين ليست فكرة جديدة، إلا أنها أصبحت تتخذ صورا

---

[1]- عبد الحي حجازي، نفس المرجع، ص53و57وما يليها

[2]- وحاصله أن الأفراد كاملي الأهلية يملكون أقصى درجات الحرية في التعاقد، وعقودهم عندما تبرم بحرية و اختيار تكون مقدسة، وعلى القاضي إحترامها و تنفيذها. وقد سادت هذه المبادئ حتى القرن19 م. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، س06ع 01و02، ص243.

ومظاهر جديدة[1]، ويسمى العقد في هذه الحالة بالعقد المأذون، وهو العقد الذي يلزم لانعقاده بالإضافة إلى تلاقي إرادات أطرافه، الحصول على إذن الإدارة التي تتدخل في العقد كما لو كانت طرفا ثالثا، مثال ذلك انه يلزم في بعض عقود الشركات، كشركة التوصية بالأسهم، الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، ويفسر البعض هذا الأمر على ان سلطة الإدارة في المجال الذي تعمل فيه هو ان الشخص لا يملك أهلية التعاقد، وان أذن الإدارة هو الذي يخوله هذه الأهلية، والإدارة لا تمنح الإذن إلا بعد التأكد من ان مضمون العقد يتفق مع المصلحة العامة، وهذا مظهر من مظاهر ازدياد الطابع العام أو التنظيمي للعقود.

2-العقد الواقعي

كما قد يُستغنى عن فكرة العقد بفكرة أخرى جديدة هي فكرة العقد الواقعي أو الفعلي أو ما يسمى كذلك بالعلاقة القانونية، وذلك حين يطيل المشرع أمد العقد بعد انتهاء المدة المحددة له في الاتفاق[2].

ومثاله في الشركة الواقعية أو الفعلية، حيث تخلف الشكل أو إجراءات الشهر حمل بعض التشريعات القول بالشركة الفعلية، فالبرغم من تخلف بعض عناصر العقد، فتترتب عليه آثار معينة لا يجوز تجاهلها، فمقتضاها ان عقد الشركة(شركة التضامن وشركة التوصية بالأسهم)، رغم تخلف بعض عناصرها الفنية يترتب عليه آثار معينة في حدود ضيقة[3]، فهما اللتان يمكن ان تكونا شركة فعلية.

3-العقد الجامع

كما يعد تنظيم المراكز القانونية من أهم العناصر الموضوعية المقيدة لمبدأ الرضائية و الحرية، وتعد فكرة العقد الجامع والنموذجي تطبيقا مباشرا لها، لأنه يلزم إرادة الأطراف المنظمين للجماعة التي عقدتـه، رغم أنهم لم يكونوا طـرفا فيه، وحتى رغم إعتراض بعضهم عليـه، أو انضمامهم إلى الجماعة بعد إبرامه[4].

---

[1]- ولأجل ذلك أيضا تتدخل الدولة في تكوين العقد بإشتراكها مع إرادة الطرفين، فهي تحل ولو جزئيا محل إرادتهما. ويأتي تدخلها كطرف ثالث حيث تشترط إذنها لإمكان إبرام التصرف وبهذا لم يعد هذا التصرف خاصا، حيث فقد طابعه الخاص وصار عقدا عاما. سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني علي التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، س68، ع03و04، 1988، ص79و80.

[2]-"...فالنظام القانوني ينظم هنا مراكز تعاقدية كان القياس يقتضي تجاهلها بسبب نقص عناصر أساسية فيها. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص279.

[3]- عبد الحي حجازي، نفس المرجع، ص278.

[4]- كما لم يعد عند أنصار المذهب الاشتراكي قصـر أثار العقد على طرفيه، ولـو كانا هما اللذان أبرما العقد بإرادتهما الحرة. ذلك لأن قيمة العقد في هذا المذهب لا تقوم علي إرادة طرفيه بقدر ما تقوم على مدى ملائمته للضرورات الاجتماعية، حيث صار يستفيد منه

فيجوز لأغلبية الشركاء أن تفرض إرادتها على الأقلية، وأن تعدل من نصوص نظام الشركة، مع أن تعديل العقد يتطلب إجماع المتعاقدين، وهذا ما يظهر عموما في شركات الاموال.

4-العقود الخاصة الموجهة

فهاته القواعد هي جوهر ما تعارف على تسميته **بالنظام العام الاقتصادي** الذي في نفس الوقت أدى فيه إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة مما ترتب عليه وجود ظاهرة التعاقد الموجه[1]، فبعد أن كانت أغلب القواعد القانونية الواردة في باب العقود قواعد مكملة صار يوجد إلى جوارها عدد كبير من القواعد الآمرة، فتدخل المشرع أدى إلى ظهور فكرة العقد الموجه، فيجبر الشخص أحيانا على التعاقد، وذلك نظرا لضرورات تستوجب ذلك، وفي هذا ضغط على الإرادة ولكنه ضغط مشروع لا يؤثر على صحتها[2]، وهكذا تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا بما يريد، إذ صار في كثير من الأحوال يلتزم بما لايريد، كما تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد حيث أصبح يلتزم دون أن يريد.

ولم يقف توجيه العقد ورقابته عند حد إبرامه بل تجاوزه إلى مرحلة تنفيذه، مراعاة للتوجه الاجتماعي، وبذلك أخذ تأسيس العقد على الرضا يتناقص شيئا فشيأ، في حين أخذ تأسيسه على السلطة يتزايد شيئا فشيأ، وهذا ما يمكن أن نراعيه عند تأسيس شركة المساهمة التي تنطلق بصفتها عقدا إلا أنها ما تلبث أن تصبح محكومة بقواعد آمرة وقانون منظم لسيرها[3].

ثانيا: طبيعة تدخل الدولة في الاقتصاد

لقد ترتب على تدخل المشرع في حياة عقد الشركة اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة وانتكاس الحرية التعاقدية في مرحلة إبرام العقد أو مرحلة إنتاجه لأثاره، أو مرحلة ترتيب الجزاءات على الإخلال بالتزاماته.

من لم يكن طرفا فيه، وفي هذا خروج على مبدأ نسبية العقد. سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص85و86.و خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص36. و عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص271، هامش15.

[1] - عبد الحي حجازي، اثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مرجع سابق، فقرة33، ص53.

[2] - وقد يحصل توجيه العقد داخل حدود صارمة يرسمها المشرع نزولا عند مقتضيات الضرورات الاجتماعية، فيتضاءل بذلك نصيب الإرادة إلى حد أنه في بعض العقود تفرض على الأفراد باسم هذه الضرورات التزامات تعاقدية لم يرتضوها. خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص58و61.

[3] - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص35. إشارة إلى أن العبارة لجوسران:

"Le contrat est de moins à base du consentement et de plus à base d'autorité…"

فقد تدخل المشرع لحماية المستهلكين والشركاء عن طريق تنظيم عقود الإذعان[1]، وبصفة عامة صدرت كثير من التشريعات والقرارات الغرض منها تقييد حرية أصحاب الأموال في فرض سيطرتهم على الاطراف الأخرى في المجتمع.

فقد تقلصت الحرية العقدية في مجال الالتزامات التعاقدية، ولم يبق الأمر كما كان، فقد قيد ظهور المذاهب الاجتماعية التي ترجح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد من نتائج المذهب الفردي[2].

ونتيجة لسيادة المذهب الاجتماعي[3]، صار المشرع يتدخل في معاملات الأطراف واتفاقاتهم، وهو ما جعله يتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب، وقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة **بعيممة العقد**[4]، فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية(أي إرادة أطرافه فقط)، أصبحت تتدخل فيه الدولة بحيث

1- علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص60و61. كما ان عقود الإذعان تتميز بإنعدام التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين. فسبب نشأة هذه العقود يرجع إلى قيام قوى إقتصادية تتحكم في السلع والخدمات لاسيما الضرورية منها. عبد الظاهر حسين محمد، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة علي التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س06، ع 04، ص750، و أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص243.

2- " وهذا ما أدى إلي إظهار نقائص المذهب الفردي ". علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص42و43.

3- ويستند أنصار المذهب الاجتماعي إلى أن للإرادة دورا متواضعا، ويذهبون إلى الإعتراف بأن دور الإرادة يكمن في ارتباطها مع الغير، والقانون هو الذي يعرف لماذا ترتبط ويحدد مداها، وينتقد بعضهم الإعتراف بالدور المطلق للإرادة، فالعقود عندهم لا يكون لها قيمة إلا إذا وظفت في خدمة الجماعة، فالحرية عندهم هي: "حرية ذات وظيفة "، كما أن هناك مانع اجتماعي يمنع معه أن تكون الإرادة مصدر الإلتزام الوحيد، فمع التسليم بأن للفرد حقوقا يجب إحترامها فهو قبل كل شئ فرد في جماعة يلتزم بإلتزامات معينة.
إن العقد واقعة اجتماعية، ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة الفردية أثار إلا بقدر ماتتفق هذه الآثار مع البيئة الاجتماعية وقوانينها. ولأجل هذا يرى أنصار المذهب الإجتماعي أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع، وذلك نظرا للتفاوت الموجود بين العمال وأرباب العمل، وبين المنتجين والموزعين، وبين الحرفين والمبتدئين، وبين المنتجين والمستهلكين وبين الشركاء فيما بينهم.... الخ ذلك، ولقد إستحدث الأقوياء طرقا جديدة للتعاقد تعزز قدرتهم على فرض شروط العقد، فبواسطة العقود النموذجية، والعقود المحررة مسبقا من قبل المتعاقد أو عن طريق الشروط العامة التي تقررها المنظمات المهنية، أو عن طريق الإذعان، تستبعد القواعد المكملة لتحل محلها شروط المتعاقد القوي فتصبح ملزمة، وأقترحوا تصورا جديدا للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع تقوم على أن:
-المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة: أي أن تقديم مصلحة الجماعة أولى وأجدر بالحماية.
- إستقرار المعاملات أولى من حماية المتعاقد.
- المجتمع هو الذي يمنح الحقوق للأفراد، ولا حق إلا إذا سنده القانون.
- حقوق الأفراد ليست مطلقة بل مقيدة بالمصلحة الإجتماعية التي رسمها القانون.
- مراعاة ومعالجة التفاوت الإقتصادي والثقافي والإجتماعي بين أفراد المجتمع، علي فيلالي، نفس المرجع، ص41، هامش27 ويرى سعيد عبد السلام (أن المشرع جعل من عقود الإذعان نظرية عامة، لحماية الطرف الضعيف الذي أذعن لشروط الطرف الأخر. بمختلف تطبيقاتها في عقود العمل، التأمين، النقل، الشركات.....)، مرجع سابق، ص85.
"فيشبهون الدور الذي تقوم به في تكوين العقد بالدور الذي تقوم به قطعة النقود عندما يلقي بها في الآلة الأوتوماتيكية للحصول علي البضاعة التي يريدها من ألقي بقطعة النقود، فليست قطعة النقود هي التي تتولي إنزال البضاعة بل الآلة، و يقتصر دور قطعة النقود علي إعمال هذه الآلة.
كذلك دور الإرادة اليوم في تكوين العقد فهي لا تنشأ العقد وإنما يقتصر دورها علي إعمال النظام الذي أنشأه المشرع، لهذا الغرض". عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص265-266.
" ذلك أن تقرير الحرية المطلقة للعقود هو على حد تعبير "إهرينج" بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الإستيلاء علي كل ما تقع أيديهم عليه". خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص20و21.

4- ويقصد بهذه العبارة أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت فيه الإرادة العامة(إرادة الدولة). ففقد بذلك جانبا من طابعه الخاص، وتعيمم بقدر ما فقد من ذلك الطابع. علي فيلالي، مرجع سابق، ص41. و عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص267.

تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، فيحل القانون في شتى مراحل العقد ولو جزئيا محل إرادة الطرفين، ولا تستطيع الإرادة إنشاء إلتزامات إلا بالقدر الذي يتفق مع تحقيق العدل[1].

وبناء على ذلك إستطاع القضاء في فرنسا أن يرتب على بعض العقود إلتزامات لم يرتبها المتعاقدان أو أحدهما[2]، فهذه الالتزامات وغيرها تعد بمثابة قيود تحد من الإرادة، إذ تصبح بموجب القانون ملزمة بها وإن كانت في الأصل لا تريدها ولا ترغب فيها، كما انه لم يقتصر تطور المجتمع على تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي بتحكمها في تسييره وتوجيهه، بل إمتد إلى تكفلها بحماية الفئات الضعيفة فيه اقتصاديا واجتماعيا وحتى ثقافيا[3]، وهو ما أدى إلى خروج العقد من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، فأصبح يهم المجتمع وهو الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم[4].

إن العقد أداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات، فلا يجب أن تستعمل هذه الأداة لاستغلال الأشخاص، ولهذا فلا بد من توجيهه، ويعد هذا التوجيه أحد الظواهر الهامة في القانون المعاصر، إن العقد واقعة اجتماعية، ولذا يجب أن تكون أداة لتحقيق النفع العام إلى جانب كونها أداة للإرادة الفردية[5]، وقد عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجميعة العقد[6]، ويعتبر العقد وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية وأداة لتحقيق النفع العام، وهو بهذا الوصف يجب أن يندمج في البيئة الاجتماعية، وأن ينطوي تحت لوائها ويخضع لمقتضياتها، ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة الفردية آثار إلا بقدر ماتتفق هذه الآثار مع هاته البيئة وقوانينها، فالقانون ومسايرة منه للتطورات التي يشهدها المجتمع،

---

[1]- ويحصل هذا بطرق شتي منها إقتضاء شكلية لا ينعقد العقد إلا بها، أو ضرورة الحصول علي إذن بالتعاقد، وطريقة التنظيم. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[2]- ويرى أ. عبد الحي حجازي أن "...وهذه الإلتزامات التي يدرجها القضاء ليس أساسها التراضي، وإنما سلطة أو(إرادة) القاضي، وبقدر ما يضع القاضي، وينشئ من إلتزامات جديدة يتراجع سلطان الإرادة. وبذلك لم يعد الأفراد هم وحدهم الذين يضعون أو يصنعون قانونهم التعاقدي، فهناك سلطة أعلي من إرادتهم تراقب استعمالهم لهذا القانون التعاقدي، وتحدد مدى كفايته، وهذا التدخل من المشرع في العقد يؤدي إلي إضمحلال سيادة أو دور الإرادة الخاصة (إرادة الأطراف) فتهيمن عليها، وتوجهها الإرادة العامة (المشرع ومن خلاله القاضي). وهذا مظهر آخر من مظاهر عيممة العقد الذي تغيرت بذلك ملامحه حيث قل طابعه الفردي، وتقلص طابعه التعاقدي، نفس المرجع، ص275.

[3]- "يتميز تطور المجتمع عموما بالبطء آخذا في ذلك بالتجارب والقناعات السابقة، ومع ذلك فقد يتم بطريقة ثورية فيتبني المجتمع تصور جديد كثيرا ما يكون مخالفا لما كان عليه، ولكن لا يعني تجاهل بعض الحقائق". علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص15.

[4]- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص41.

[5]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص280.

[6]- ويقصد بجميعة العقد: الخروج به من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة، والنظر إليه على أنه وسيلة الحياة الجماعية، وأنه واقعة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل تهم الجماعة. عبد الحي حجازي، نفس المرجع، ص266

وحفاظا منه على أمن واستقرار هذا الأخير في شتى المجالات يعمل على حماية الأطراف الضعيفة[1].

*ووفقا لهذا الأمر بدأت تبرز المظاهر الجديدة أو التصور الجديد للعلاقة العقدية حيث تتدخل الدولة لأجل تحقيق المساواة عن طريق تقييد إرادة القوي لصالح الضعيف حتى تصل بهذه التصرفات القانونية لشيء من المساواة الفعلية فيما بين الطرفين.

*يعتبر تدخل الدولة في الاقتصاد أمرا ضروريا في المجتمعات الصناعية التي ازداد فيها التمركز الاقتصادي لدرجة قد تهدد المنافسة التي تلعب دورا أساسيا في التوازن الاقتصادي، وباعتبارها أداة للتنسيق والتنظيم في الاقتصاد القومي، فتدخلها يهدف لحماية الضعفاء في وجه أقوياء السوق، ومن مظاهر هاته الحماية قيام الدولة ببعض الخدمات الاجتماعية، وتنظيم بعض العقود تنظيما آمرا قد يحاول قلب العقد إلى نظام، وهو ما سبق أن رأيناه بخصوص فكرة المشروع. فالمشروع الذي يمتلكه شخص عام أو يساهم فيه مع غيره من الأشخاص العامة يتخذ واحدا من الأشكال التقليدية التي يعرفها القانون حاليا وهي المؤسسة العامة[2]، أو شركة المساهمة، هذه الأخيرة تعد شكلا من أشكال القانون الخاص[3].

---

[1]- علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص12. حيث يرى" أن القانون أصبح أداة لتقدم المجتمعات وتطورها اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا ".

[2]- تعد هي الأسبق تاريخيا، وهي شكل من أشكال القانون العام، تتمثل في المؤسسة العامة الإدارية ويتخذها المشروع لباسا له إذا كان يضطلع بخدمات مرفق عام، ويتبع في إدارة هذا النوع من المؤسسات أساليب الإدارة العامة ويخضع لقواعد القانون العام ولاختصاص المحاكم الإدارية. احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص92.و

- nour éddine térki, op.cit.P563 et suivant.

[3]- ظهر هناك خلاف فقهي حول مدى اعتبار شركة المساهمة تخضع لنفس الاسس والقواعد التي تخضع لها المؤسسة العامة، فمن جانب نجد أن الدولة في كلا من هذين الشكلين تعد المالكة لراس المال، وقيام النظام القانوني لكلا منهما على مزيج من قواعد القانون العام والقانون الخاص.

مما يجعل الفرق بينهما ظاهريا من خلال ان المبادئ الاساسية التي تقوم عليها شركة المساهمة من تعدد الشركاء وطبيعة الربح واستقلال الهيئات الإدارية والرقابة، لا وجود لها في الشركة العامة.

لهذا انتقد جانب من الفقه اعتبار الشركة العامة من قبيل شركة المساهمة، ولكن الجانب الأخر من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، اعتبر الشركة العامة التي تتخذ شكل شركة المساهمة من أشخاص القانون الخاص، وإذا باشرت عملا تجاريا اعتبرت تاجرا، وخضعت لما يخضع له من التزامات وقواعد فيما عدا إشهار الإفلاس، وتنفي عن العاملين بها صفة الموظف، ويخضع في قواعده للقانون التجاري.

ومنه فان الشركات العامة هي شركات مساهمة حقيقية، وهي من الأشخاص المعنوية الخاصة، وإذا كان اعتبار المشروع العام كشركة مساهمة يتعارض مع الفكرة العقدية للشركة التي تقوم على تعدد الشركاء، وهو الأمر الذي لا يتحقق في الشركات المؤممة وتلك التي تنشاها الدولة، إلا ان هذا يتفق مع الفكرة الحديثة للشركة التي نرى فيها نظاما أكثر منها عقدا.

وعلى العكس والنقيض من هذا الرأي هناك بعض الشراح، وهم من فقهاء القانون العام من يرون ان المشروع العام سواء اتخذ شكل المؤسسة العامة أو شركة مساهمة، يعتبر من الأشخاص العامة والاختلاف يكمن في أنها لا تخضع لأحكام القانون التجاري من حيث مباشرتها لنشاطها ورقابة السلطات العامة، ومن خلال ملكية الأسهم وإدارتها وسلطات الجمعية العمومية ووظيفة الشركة.

للاطلاع أكثر في موضوع مدى صلة المؤسسة العامة بشركات المساهمة، يمكن الرجوع إلى:

الفرع الثاني

تقييد الإرادة بما فرضه القانون

يوجب القانون تقييد الإرادة في بعض الأحوال كوجوب إفراغها في شكل معين، فهي لا تزال خاضعة لشكلية تتطلبها بعض العقود كالكتابة، واحترام قواعد الشهر بالنسبة للتصرفات التي لا تقوم إلا باحترام هذا الإجراء، وكذا قواعد الإثبات**(أولا)**.

بالإضافة إلى انه لم يعد للإرادة(حرية التعاقد)دور مطلق، حيث ورد عليها قيد آخر هو النظام العام والآداب العامة**(ثانيا)**، من اجل تنظيم العلاقة العقدية في مجال الالتزامات التعاقدية.

أولا: اقتضاء شكلية معينة

جاء المذهب الفردي مدافعا على الحرية الفردية، فالإرادة مصدر الحقوق والواجبات ولذلك فلها أن تفعل ما تشاء، ولعل أهم ما نتج عنه هو مبدأ الرضائية، وهذا تأكيد لسيادة الإرادة، فليس على الأفراد إتباع شكلية خاصة في التعبير عن إرادتهم، فالتراضي كاف لإنشاء الالتزام[1].

فإذا كان العقد يلعب دورا هاما في إنشاء الشركة بصفة عامة ومهما كان نوعها مدنية أو تجارية، وعليه فلا احد ينازع ان للإرادة دورا ظاهرا في إنشاء كل شركة، واخذ كل متعاقد فيها صفة الشريك، لأنه لا احد يرغم على الدخول في شركة ما، غير أن ذلك لا يمنع الشركاء من تضمين القانون الأساسي شروطا أخرى، وهنا يتجلى مبدأ الحرية التعاقدية، ولكن شريطة ألا يعتبرها القانون باطلة أو كأن لم تكن[2].

وهذا على خلاف ما كان سائدا عند الرومان، فالتراضي عندهم غير كاف إذ لا بد من تبادل عبارات معينة أو القيام بحركات معينة، إلا أن ما كان يذهب إليه سلطان الإرادة من

-((حسني المصري، تنظيم الترست في قانون الشركات الانجلو الامريكي وقانون التجارة الدولية، القاهرة، 1976(فقرة33–ص57)،(فقرة29–ص50)،(فقرة36–ص64وما بعدها)،(فقرة99–ص150وما بعدها).
- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، 1974(فقرة490–ص425)،(فقرة536–ص467).
- ابو زيد رضوان و حسام عيسى، شركات المساهمة، القطاع العام، القاهرة1976(فقرة84–ص131)، (فقرة86-ص133).)) - اشار الي كل هذا احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص93وما بعدها.و
- nour éddine térki, op-cit.P577 et suivant.

[1]- بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص17.

[2] - يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص136الى145.

كفاية التراضي في ترتيب الآثار القانونية لم يعد متفقا مع الصالح العام للجماعة، حيث الدعوة إلى وجوب تقييد الإرادة في بعض الأحوال، أو في وجوب إفراغها في شكل معين تحقيقا لهذه المصلحة[1]، فالمشرع اوجب إخضاع عقد الشركة في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، كالتنازل عن أسهم في شركة، أو حصص فيها....الخ.

فالشكل يؤثر على دور الإرادة فلا يقوم التصرف صحيحا إذا لم يراع الشكل المطلوب، وذلك بالرغم من وجودها، وهو ما يعتبر مجال أخر من مجالات تقييد الإرادة والحد من دورها.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ خليفاتي عبد الرحمن أن: ما يذهب إليه البعض فيه مبالغة من اعتداد كبير لدور الإرادة، واعتبار الشكل تأكيدا لها أكثر مما هو قيد عليها، إلا أن الشكل المطلوب لا يعد تأكيدا للإرادة بقدر ما هو قيد وحد من دورها[2]، غير ان هذا الدور البارز للإرادة لا يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود والالتزامات، إلا لحين تسجيل الشركة في السجل التجاري، إذ ابتداء من هذا تبدأ الأحكام تتغير لان عقد الشركة يتميز عن باقي العقود في انه يترتب عنه نشؤ شخص معنوي هو الشركة[3]، وهذه القواعد المفروضة تنطبق على جميع الشركات التجارية، الأمر الذي يضفي عليها الطابع النظامي، فالمشرع استلزم كتابة عقد الشركة واتخاذ الإجراءات اللازمة لشهره قصد اعلام الغير بما يخلفه من آثار[4].

1-الكتابة

اشترط المشرع في المادة546من القانون التجاري الجزائري[5]، جملة من البيانات يجب ذكرها في القانون الأساسي لأي شركة[6].

كما اشترط كتابة عقد الشركة وإلا كانت باطلة كقاعدة عامة(المادة1/418من القانون المدني)، وفي مجال القواعد الخاصة بالشركات التجارية فان الكتابة مشترطة للإثبات كما

---

[1]- وأثار التصرف لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها هذا القانون، والقاعدة في الفقه الروماني" إن مجرد الاتفاق لا يولد إلتزاما". خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص07.و لخضر حليس، مرجع سابق، ص57.

[2]- خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق ، ص67. إشارة إلي أ.محمد أبو عافية،(التصرف القانوني المجرد)، دكتوراه، القاهرة، 1974، ص73.حيث يرى أن:" الشكل في القانون الحديث لا يزيد عن كونه أداة للتعبير عن الإرادة، دون أن يغتصب دورها في تكوين التصرفات لا كليا ولا جزئيا " ويرى كذلك:" أن العنصر الجوهري للتصرف هو دوما الإرادة وتخلف الشكل ليس معناه تخلف التصرف. فالشكل لا يجور علي الإرادة بل هو تأكيد لها وعلي جدية اتجاهها لإحداث اثر قانوني".

[3]- يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص131.

[4]- محمد فريد العريني، جلال وفاء البدراوي محمدين، محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص172.

[5]- تنص المادة546من ت.ت.ج على مايلي(يحدد شكل الشركة ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز99 سنة، وكذلك عنوانها أو اسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها في قوانينها الأساسية).

[6]- jacques délga, op.cit.P116.

هي لازمة للانعقاد[1]، إذ تنص المادة09من القانون رقم90-22والمتعلق بالسجل التجاري[2]، على مايلى(تنشا بعقد رسمي يحرر لدى الموثق الشركات التجارية التي تتسم بالصبغة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن)[3]، ويشترط المشرع أحيانا شكلية للانعقاد، حيث يراها لازمة لقيام العقد، ويرتب على تخلفها بطلان التصرف[4].

2-الشهر

يرى الاستاذ جوسران:" أن إجراءات الشهر ليست في الواقع إلا أحد أوجه عيممة العقود"[5]، كما توجد إلى جانب ذلك شكلية أخرى غير متطلبة للانعقاد، وتعتبر هي الأخرى قيد على إرادة الأطراف، كما هو الحال في ضرورة تسجيل بعض التصرفات القانونية وشهرها[6]، فالشهر هو الإعلان عن مولد الشخص المعنوي ويتم الشهر بوسيلتين:

الإيداع ويكون لدى المركز الوطني للسجل التجاري، إضافة إلى النشر والقيد في السجل التجاري، الأمر الذي يترتب عنه الإشهار القانوني الإجباري[7]، **ومما يمكن قوله** انه

---

[1] - المادة01/418 من ت.م.ج والتي تنص على(يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد)، وبهذا فالكتابة تعتبر شرطا لصحة عقد الشركة، وليست مجرد شرط لإثباته. كما تنص المادة545من ت.ت.ج على انه(تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة)، وهذا خلافا للمبدأ العام وهو خضوع العقود التجارية لحرية الإثبات، إذ تنص المادة30من ت.ت.ج ، على انه(يثبت لعقد تجاري، بسندات رسمية- بسندات عرفية- فاتورة مقبولة- بالرسائل- بدفاتر الطرفين- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها).

[2] - قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، ع36، الصادر في1990/08/22، ص1145، المعدل والمتمم ب:

*قانون91-14مؤرخ في1991/09/14، يتمم قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، ع43، الصادر في1991/09/18، ص1629.

* امر96-07مؤرخ في1996/01/10، يعدل ويتمم قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، ع03، الصادر في1996/01/14، ص18.

[3] - وبموجب المرسوم التشريعي93-08والذي بموجبه أضاف المشرع أشكالا أخرى من الشركات التجارية فان نص المادة09من المرسوم أصبح يشمل شركتي التوصية البسيطة وبالأسهم، كما ينطبق على التجمعات التي نظمتها المواد من796جديدة الى799مكررمن01الى04في الفصل الخامس الخاص بالتجمعات من ت.ت.ج المعدل. وتنص المادة2/6من نفس القانون على انه(يحرر الموثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية المطلوبة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية).

[4]- قرار المجلس الأعلى رقم68467المؤرخ في1990/10/21، المجلة القضائية1992، ع 01، ص84.

[5]- جوسران، عيممة العقد، منوعات لامبير،،2،1938، ص147. اشار اليه عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص269، هامش 12.

[6]- ومثال ذلك: ضرورة شهر التصرفات الواردة علي عقار كي تحقق آثارها القانونية. انظر المادة793من ت.م.ج ، والمادة16من الأمر74/75. والقرار رقم53630المؤرخ في1989/04/30، المجلة القضائية1991، ع 04، ص145.

[7] - تنص المادة548من ت.ت.ج ، على انه(يجب ان تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات، وإلا كانت باطلة)، كما ان المادة549من ت.ت.ج نصت على انه(لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري). كما ان المادة19من قانون90-22 والمتعلق بالسجل التجاري، تنص على الإشهار القانوني الإجباري، هذا الأخير يهدف لاطلاع الغير على محتوى العقود التأسيسية للشركات والتعديلات وكذا العمليات التي تشمل رأسمال الشركة، ورهون الحيازة وبيع المحل التجاري، وتأجير التسيير والحسابات والسندات وهذا بحكم المادة20من نفس القانون.

ونص المادة1/12من قانون04-08مؤرخ في14-08-2004، والمتعلق بممارسة الانشطة التجارية، ج.ر، ع52، الصادرة في2004/08/18، ص4.

لم تعد في الوقت الحاضر الشكلية بذات الإطلاق الذي كانت عليه قديما، حيث لم يعد الشكل، تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها، بل أصبحت الشكلية اليوم ذات هدف، فهي إما للتنبيه أو التحذير من خطورة التصرف أو العقد الذي يقدم عليه الاطراف، أو لغرض إعلام الغير[1]، كما قد تكون لفائدة الدولة(مقابل رسوم أو غير ذلك...)، أو لتسهيل الرقابة على هاته الشركات، أو لتسهيل الإثبات لكي يستطيع المتعامل مع الشركة ان يطلع على ذلك[2].

ثانيا: مقتضيات النظام العام

إن ما يقصد بالنظام العام هو حماية المتعاقد الضعيف في العقد كقاعدة عامة[3]، فهو مبدأ عام يطبق على كل عقد فيه اختلال بين مركز طرفيه، ولقد إزدهر هذا النظام بعد ما ازداد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وتنظيمها للعديد من الشركات، ولم يعد الأمر كما كان يقوم عليه الإقتصاد الليبرالي من قبل[4].

ولم تعد وظيفة النظام العام تقتصر على تحقيق الحرية والمساواة والتوازن داخل كل عقد على حدى، بل أنه يوجه العقود في مجموعها باعتبارها وحدة ليحفظ التوازن على أعلى مستوى، فلقد استخدمت فكرة النظام العام كأداة لحماية المصلحة العامة في مواجهة المتعاقدين أيا كانت الطائفة الاجتماعية التي ينتسبون إليها، كما ان احترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة يستلزم الحد من حرية الأفراد، والتقييد من دور الإرادة، وهو ما ينجم عنه منعهم من التعامل في بعض التصرفات أو تعرض العقد للبطلان المطلق[5].

---

[1]- jacques délga, op.cit.P118.**et** nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P47.

[2] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص36.

[3] - ويمتاز النظام العام بإتساع مجالاته. فهناك نظام عام سياسي يهدف إلى إحترام تنظيم الدولة وحماية الأسرة والدفاع عن الآداب العامة، وهو ما يمثل أو يعتبر المجال التقليدي للنظام العام.

وإلى جانب ذلك يوجد نظام عام آخر، ظهر من أجل مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي مست المجتمعات، هو النظام العام الاقتصادي، بشقيه التوجيهي الذي يعبر عن الأسس التي يقوم عليها المجتمع بحيث يرمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد، وبالتالي التدخل في العلاقات التعاقدية بما يتماشى وسياستها العامة.

والحمائي الذي يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف التي توجد في مركز تعاقدي ضعيف بسبب حاجاتها الملحة للسلع و للخدمات، أو لتعقيدها التقني والتكنولوجي.

ويحظى هذا الأخير بأهمية بالغة حيث يظهر جليا في العديد من النشاطات والمعاملات المهنية والاقتصادية، كما كان نتاجا لظهور أشكال وأوصاف جديدة من العقود.علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص209وما بعدها. و حنان ميريني،(النظام العام الاقتصادي وتأثيره علي العلاقة العقدية)، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004، ص26. و رايس محمد، مرجع سابق، ص85وما يليها.

[4]- "و يهدف هذا النظام إلى حماية الفئات الخاصة أو الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا. فالفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، وما يستلزم توفيرها له ". سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص85 وما بعدها.

[5]- "يعتبر النظام العام والآداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمعات. إلا أنه يبقى صعب التعريف نظرا لمرونته ونسبيته، فهو يختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن زمان إلى زمان، وتعد فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة أخري هي المصلحة العامة. ويعرفه عبد الحي حجازي بأنه: "مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلي المحافظة علي حسن سير المصالح العامة في الدولة والي ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم "، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص270.

وتجدر الإشارة إلى أن حرية التعاقد، والتي كانت دعامة لا يتصور المساس بها بانها تأثرت بمقتضيات النظام العام الاقتصادي الاجتماعي، فلم يعد اليوم ما كان سائدا من نتائج المفهوم التقليدي للعقد(الحرية العقدية، القوة الملزمة، مبدأ نسبية العقد...)[1]، كما إن الإرادة تتقيد بإعمال قواعد وأحكام النظام العام لاسيما الحمائي منه، حيث يحضر عليها مباشرة بعض التصرفات بدافع الحفاظ على مصالح الفئات الخاصة[2]، وتحت ضغط الفئات الضعيفة بشتى الطرق تتكفل الدولة بحماية بعض المصالح لجماعات محددة منها: مصالح العمال، الفلاحين، المستأجرين، المستهلكين...الخ، وتتم هذه الحماية بتنظيم العلاقة العقدية أو بفرض واجبات على المتعاقدين، فعندما يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، فانه يجبره على المساهمة في غاية اقتصادية واجتماعية قد لا يرغب فيها، ومن ذلك التأطير القانوني لعقود العمل، الإيجار، الشركات...الخ، وذلك عن طريق أحكام النظام العام الاجتماعي، فيضع المشرع قانونا أساسيا يدير العلاقة العقدية المعنية، حيث يتناول بنوع من التفصيل والدقة كل الشروط التي تحكم هذه العلاقة[3].

إن مثل هذا التنظيم للعلاقة الاقتصادية ينال كثيرا من حرية المتعاقدين، وتحصل هذه الطريقة في جعل النصوص التي تنظم العقد نصوصا آمرة تتعلق بالنظام العام، إذ يمكن أن ينصب التنظيم على أي عنصر من عناصر العقد.

ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ[4]، ومن الفقهاء من لا يعتبر مثل هذه العلاقة عقدية، وإنما هي مركز قانوني منظم[5].

اما فيما يخص مصير العقد الذي يصبح مخالفا للنظام العام والذي يطرأ بعد قيام العقد. فيري الأستاذ علي فيلالي أنه: "من المفروض أن يبقي العقد صحيحا بإعتبار أن العقد يخضع للقانون المعمول به وقت انعقاده من جهة، وأن القانون لا يسري إلا علي ما يقع في المستقبل طبقا للمادة02 ت.م.ج، من جهة أخري، غير أن هذه القاعدة لا تعني المشرع، وله أن يسن قوانين بأثر رجعي. وعندئذ يصبح العقد باطلا ما لم يتمكن المتعاقدان من تعديل بنوده حتى يصبح مطابقا للنظام العام ". نظرية العقد، مرجع سابق، ص208و228 هامش45.

[1]- حنان ميريني، مرجع سابق، ص12.

[4]- Jean-Luc Aubert, Le Contrat, Dalloz, ed 1996, P302-303-304.

[3]- علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص226.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص492و493.

[5]- عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص285.

خلاصة الفصل الاول:

ان اصل عقد الشركة مستلهم من قواعد القانون المدني الذي بدوره يولي اهمية لمبداي سلطان الارادة والحرية التعاقدية، وهي ما جاءت به الثورة الفرنسية وما سجلته من انتصار للحرية الفردية ودورها في نشاة عقد الشركة وتحديد اثارها، هذا الامر يتفق مع فكرة ان الشركة عقد بين الشركاء واهم تجسيد لها العقد شريعة المتعاقدين، وعليه تعرضنا الى اهم النتائج والمبادئ التي تقدس الارادة منها اطلاق مبدا المنافسة الحرة، وحرية التعاقد، وهذا مجاله نجده في مفهوم الشركة من خلال معانيها المختلفة، فالمشرع الجزائري عرفها من خلال المادة416من القانون المدني، وعليه فلا احد يرغم على الدخول في شركة ما دون اردته الحرة.

كما انه لابد لانعقاد الشركة ان تتوفر على اركان موضوعية عامة(الرضا-الاهلية-المحل والسبب) وخاصة(تعدد الشركاء-تقديم الحصص-اقتسام الارباح والخسائر-نية المشاركة) تخضع للقواعد العامة وتمييزها عن ما يشبهها من عقود(الجمعية-الشيوع-التجمع ذو الغاية الاقتصادية)، لكن الحرية الفردية تم تقييدها بما يتحقق والمصلحة العامة للمجتمع، وهذا يتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن تجاوزها، فلا يوجد العقد اذا ما حل القانون ارادة المتعاقدين، فنجد ان القواعد الامرة لا يمكن للشركاء او الاطراف مخالفتها الا بترخيص من القانون مما يغيب الطابع العقدي للشركة، وهذا من حيث دراستنا لحدود التوجه التعاقدي للشركة، وفي هذا دراسة فقهية لمختلف النظريات(النظام القانوني- الجهاز القانوني)، لكنها لم تسلم من النقد، وهذا من خلال غموضها وافتقارها للدقة والوضوح، وعدم توافق هاته النظريات مع جميع الشركات(المحاصة).

اضافة الى كل هذا راينا ان عقد الشركة يترتب عنه نشؤ شخص معنوي، مما نجم عنه ضعف للحرية التعاقدية وما ترتب عنه من اثار(ذمة مالية مستقلة-اهلية-موطن-جنسية)، كما تقيد الارادة من خلال التطور الاقتصادي واثره على الطابع العقدي للشركة من خلال انواع العقود التي يتدخل فيها المشرع عن طريق اللوائح منها(العقد المصرح به او الماذون به-العقود الخاصة الموجهة-عقود الاذعان)، وقد يكون اهم قيد لعقد الشركة هو افراغها في شكلية معينة(الكتابة-قواعد الشهر)، وخضوعها لمبدا النظام العام والاداب العامة.

الفصل الثاني

مظاهر بروز الحرية التعاقدية والنظامية في قانون الشركات

ان المشرع الجزائري عند تنظيمه للشركات التجارية تاثر بقانون الشركات الفرنسي في جل أحكامه وللإلمام بكل ذلك تجد الشركات التجارية الجزائرية العديد من أحكامها في القواعد العامة التي تنظم عقد الشركة في المواد من416إلى449من القانون المدني[1].

اضافة الى قواعد القانون التجاري[2]، من المواد544إلى840، غير أن الشركات التجارية قد تطورت كثيرا خلال التسعينات، فجاءت أحكام خاصة بقوانين ومراسيم لاحقة له[3].

ومن خلال القوانين والمراسيم والأوامر يمكن أن نتساءل عن مظاهر هيمنة الفكرة التعاقدية أو النظامية من خلال أنواع الشركات من جهة(**المبحث الأول**)، و عن مدى وجود الطابع المختلط بين الفكرتين من جهة أخرى(**المبحث الثاني**).

---

[1] - * الامر 75-58مؤرخ في1975/09/26، والمتضمن ت.م.ج، ج.ر، ع78، الصادر في1975/09/03المعدل والمتمم ب:
- قانون 88-14مؤرخ في1988/05/03، ج.ر،ع18، الصادر في1988/05/04، والمتضمن ت.م.ج، ص750. حيث عدل المادة416التي تعرف عقد الشركة.
- قانون05-10مؤرخ في2005/07/20، ج.ر،ع44، الصادر في2005/06/26والمتضمن ت.م.ج، ص18.

[2] - *الامر75-59مؤرخ في1975/09/26، والمتضمن ت.ت.ج، ج.ر، ع101، الصادر في1975/12/19،المعدل والمتمم ب:
-المرسوم التشريعي93-08مؤرخ في1993/04/25، ج.ر، ع27، الصادر في1993/04/25، والمتضمن ت.ت.ج، ص03.
-المرسوم التنفيذي95-438مؤرخ في1995/12/23، والمتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر، ع80، الصادر في1995/12/24، ص03.
- الامر96-27مؤرخ في1996/12/09، ج.ر، ع77، الصادر في1996/12/11، والمتضمن ت.ت.ج، ص04(شركة ذات السؤولية المحدودة، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة). فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص12و13، و حسين مبروك، الكامل في القانون التجاري، الطبعة الأولى، منشورات دحلب الحقوقية، يناير2000، ص468.

[3] - *قانون20-06 مؤرخ في2012/01/12، والمتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع02، الصادر في2012/01/15، ص33.
* قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، ع36، الصادر في1990/08/22، ص1145، المعدل والمتمم ب:
1-قانون91-14مؤرخ في1991/09/14، ج.ر، ع43، الصادر في1991/09/18، ص1629.
2-امر96-07مؤرخ في1996/01/10، ج.ر، ع03، الصادر في1996/01/14، ص18.
3-المرسوم التنفيذي97-41مؤرخ في1997/01/18، والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج.ر، ع5، الصادر في1997/01/19، ص10.
*قانون04-08مؤرخ في2004/08/14، المتعلق بممارسة الانشطة التجارية، ج.ر، ع52، الصادر في2004/08/18، ص04.
* امر05-05مؤرخ في2005/07/25، والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2005، ج.ر، ع52، الصادر في2005/07/26، ص03. والمتضمن المادة12منه والتي تنص(تعيين محافظ حسابات او اكثر يتم اختيارهم من بين المهنيين المسجلين في جدول المنظمة الوطنية لمحافظي الحسابات).
- المرسوم التنفيذي06-354مؤرخ في2006/10/09، المحدد لكيفيات تعيين محافظي الحسابات لدى(ش.ذ.م.مح)، ج.ر، ع64، الصادر في2006/10/11، ص11.

المبحث الأول

مظاهر هيمنة الفكرة التعاقدية والنظامية في قانون الشركات

ان القانون التجاري اصبح يعرف أنواعا مختلفة للشركات[1]، تتمثل في خمسة شركات بحسب الشكل[2].

وبحسب التقسيم التقليدي، يمكن رد هذه الأنواع من الشركات تبعا لدرجة الرابطة التي تقوم بين الشركاء إلى قسمين هما: شركات الأشخاص وشركات الأموال.

فبالنسبة لشركات الأشخاص[3]، فترتكز أساسا على الاعتبار الشخصي**(المطلب الأول)**، أما شركات الأموال فتتميز ببروز أهمية رأس المال، وعدم ارتباط هذه الشركة بالثقة بين أشخاص الشركاء ومدى حرية تداول الأسهم، كما أن الأسباب الخاصة للانقضاء المتعلقة بأحد الشركاء لا تؤثر إطلاقا على استمرار الشركة بعكس شركات الأشخاص والنموذج الأمثل لشركات الأموال هي شركة المساهمة**(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

هيمنة الفكرة التعاقدية في شركات الأشخاص

ان شركات الاشخاص تؤسس على فكرة الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، ففي البداية كان الشركاء يعرف بعضهم بعضا، ويُقبل كل منهم على الشركة واثقا في شخص شريكه، مطمئنا إلى الصفات الخاصة التي يلاحظها فيه، فكل شريك فيها إنما أقدم على الاشتراك مراعيا شخصية شركائه الاخرين وما يحظون به من ثقة وما يقوم بينهم من تفاهم، فشخصية الشريك لها دور رئيسي في قيامها واستمرارها وانقضائها، ودعما لهاته الثقة وحفاظا عليها لا يجوز كأصل عام التنازل عن الحصص للغير إلا بقيود معينة، فهي تعرف

---

[1] - كما جعل مكانة لما يسمى بالتجمعات التي تتمتع هي الأخرى بالشخصية المعنوية، والتي نظمها المشرع بموجب المرسوم التشريعي93-08، وذلك في المواد من796جديدة الى 799مكرر4جديدة من ت.ت.ج .

[2] -كما جاء من نص المادة02/544 من ت.ت.ج، المتممة بموجب المرسوم التشريعي رقم93-08التي تقضي بما يلي(تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها).

[3] - كما انه يطلق عليها شركات الحصص. نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص100.

بشركات الحصص، لان أعضائها يشتركون فيها عن طريق تقديم خدمة في رأس المال يقابلها حصة في الربح[1]، وإذا مازال الاعتبار الشخصي وانهارت الثقة انقضت الشركة، ويدخل تحت هذه الطائفة شركات التضامن(**الفرع الأول**)، والتوصية البسيطة(**الفرع الثاني**)، والمحاصة(**الفرع الثالث**)[2].

الفـرع الأول
شركة التضامن

تعد شركة التضامن النموذج الأمثل لشركات الأشخاص، وذلك لانفرادها بكافة الخصائص المميزة لهذا الشكل من الشركات، فهي تقوم على الاعتبار الشخصي وتكيف حياتها على أساسه، ويتوقف انقضائها على زواله، وبعبارة واحدة يلزم من وجود هذا الاعتبار وجودها ومن عدمه عدمها، وما يهمنا في دراستنا أن نبين كل النقاط التي من خلالها يظهر المفهوم التعاقدي ومدى غلبته وهذا من حيث:

أولا: احكام وخصائص شركة التضامن

تعد أحكام شركة التضامن الأصل العام في التنظيم القانوني للشركات[3]، فعندما لا يحدد العقد طبيعة الشركة أو عندما لا يوجد عقد شركة أصلا، يتجه القضاء إلى وصف الشركة حينئذ بأنها شركة تضامن، لان هذا النوع من الشركات يوفر الضمانات الضرورية لحماية الغير، ولان التضامن هو القاعدة العامة في المسائل التجارية عموما[4]، فهي تضم عددا قليلا

---

[1] - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص221.

[2] - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص20.

[3] - و ما يمكن قوله أن شركة التضامن لا تصلح كإطار قانوني إلا للمشروعات الاقتصادية ذات الحجم الصغير، فهي لا تفي بمتطلبات المشروعات الاقتصادية الكبيرة التي صارت الطابع المميز للاقتصاد الحديث، فهاته المشروعات الكبيرة تستلزم رؤوس أموال ضخمة الامر الذي يجعل من شركة التضامن وقيامها على الاعتبار الشخصي كحاجز قانوني للوفاء بهاته المتطلبات والتي غالبا ما تتجسد في شكل شركات أموال، سواء اتخذت هاته الأخيرة صورة شركة مساهمة أو صورة الشركة العامة، وكما يظهر من الإحصائيات ان عدد شركات التضامن يحتل الصدارة بين الشركات الأردنية، ففي عام1992بلغ عدد الشركات المسجلة4556شركة من بينها3657شركة تضامن وفي عام1993بلغ عدد الشركات المسجلة449منها 3488شركة تضامن، هاته النسبة الكبيرة تظهر لنا مدى أهمية وإقبال الناس على تأسيس هذا النوع من الشركات.
فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص100.و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص83.

[4]- G.Ripert ET R.Roblot, Op.CIT, P620N722.

من الشركاء يعرف بعضهم بعضا ويثق كل واحد منهم في إمكانيات الآخر المالية، وقدراته المهنية وصفاته الأخلاقية، وكثيرا ما يعتمد ائتمانها على الثقة التي يبعثها الشركاء في نفس الغير الذي يتعامل مع الشركة، وإجراءات تأسيسها بسيطة، اضافة الى قلة تكاليفها فلم يفرض المشرع حدا أدنى لراس مال الشركة، وتقبل فيها الحصة بالعمل، وتتسم إدارتها بالمرونة والثبات، فيجوز للشركاء بإرادتهم الحرة أن يصيغوا القواعد التي تنظم نشاط شركة التضامن، وان يضعوا القيود التي ترسم نطاق سلطات المدير على النحو الذي يحقق غرض الشركة و يحمي مصالح الشركاء، ومتى عين المدير فلا يجوز عزله إلا بإجماع الشركاء، مما يتحقق معه استمرار الإدارة وثبات السياسات، ولعل هذه المزايا هي التي جعلت من شركة التضامن أداة قانونية للتعاون بين المشروعات الكبرى، فتلجا مجموعات الشركات إلى تأسيس ما يعرف بشركة الشركات، أو المشروع المشترك الذي يكون عادة في شكل شركة التضامن، فميلاد شركة التضامن كشخص معنوي لا يكون إلا بناء على عقد، بل إن الفكرة التعاقدية أكثر تبريرا لأحكام هذا النوع من الشركات من فكرة(النظام القانوني)، **اما تنظيمها القانوني** فانه يظهر مبدئيا من خلال نصوص القانون– لاسيما الواردة في مواد القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة– فالمشرع الجزائري يكرس مبدأ سلطان الإرادة[1]، هذا الأخير يمنح للشركاء الحرية التامة في تنظيم عقد الشركة، اي انها تقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، فهو لا يمس طبيعة الشركة بقدر ما يمس مصلحة الشركاء أنفسهم، فأغلب القواعد المتعلقة بشركة التضامن هي قواعد لا تتعلق بالنظام العام

-ان هناك اختلاف حول الأصل التاريخي لهذه الشركة، فهي من أقدم الأشكال القانونية للشركات فالبعض يرجع بتاريخها إلى التجمعات العائلية التي عرفت في اروبا(الرومان)عند بداية العصور الوسطى فهي لبنتها الأولى، فنظمها الباب الرابع من الأمر الملكي الصادر سنة1673في فرنسا تحت اسم الشركة العامة، أطلق عنها أيضا اسم الشركة العادية، أو الحرة.

وذكر الفقه أن الشركاء فيها يتعاطون التجارة باسمهم المشترك وقد شاع اسمها هذا في الحقوق الفرنسية، أما قانون التجارة العثماني، فلقد أطلق عليها اسم شركة(الإمضاء العمومي).

وهناك من يرجع بتاريخها إلى ابعد من العصور الوسطى حيث نبتت في تراب الجمهوريات الايطالية التي ذاع صيتها في التجارة وشؤون المال.

وأيا كان الرأي حول أصلها التاريخي، فهي من أقدم الشركات ظهورا، فهي تعد أكثر أنواع الشركات انتشارا، لكن هذا لا يعني أنها لا تضم غالبية رؤوس الاموال فهي تلائم صغار التجار ذوي الثراء المحدود الذين يتعاونون فيما بينهم للقيام بالمشاريع الصغيرة.

غير أن التسمية التي سميت بها حديثة نسبيا، فهاته التسمية مدينة بها إلى(جاك سافاري)الذي وصفها في كتابه الشهير(La Parfait Négociant، التاجر الكامل)الصادر عام1685، بكونها(الشركة التي يباشر فيها الشركاء التجارة باسمهم الجماعي)ومن هنا جاءت تسمية(شركة التضامن أو الشركة ذات الاسم الجماعي)التي تعرف بها حتى يومنا هذا.

جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص255. و ابو زيد رضوان، الشركات التجارية، الجزءالاول، مرجع سابق، فقرة107.و فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص98. و علي البارودي، مرجع سابق، ص231وما يليها.و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص184وما يليها.و نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص101.

[1] - علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص313. و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص109وما يليها.

وهذا ما يظهر خاصة في إدارة الشركة وانقضائها، ولا يمنع من جواز التنازل عن الحصة سواء إلى احد الشركاء أو إلى الغير، وهذا برضا جميع الشركاء[1].

فالمشرع الجزائري تناولها في المواد من551الى563من القانون التجاري[2]، وأحال بقية أحكامها إلى الأحكام العامة لعقد الشركة في القانون المدني والشروط المتفق عليها بين الشركاء، كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر الشركات[3]، فشركة التضامن تعرف بأنها الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم، بعنوان خاص يكون اسما لها، وتسري على هذا العقد الشروط الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة كما يجب كتابته وإلا لحقه البطلان، واجمالا يمكن ان نوجز خصائص شركة التضامن فيما يلي:

1-مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية لديون الشركة[4]

إن علاقة الشركاء تعبر عن نية إنشاء شركة، ويزاول الشركاء- وهم تجار- الاستثمار معا، فهم متضامنون في تعهدات الشركة ويعرضون جميعهم أموالهم للمخاطرة، فهم يعملون باتحاد تام[5]، فتعد هاته المسؤولية هي السمة العامة والجوهرية لشركة التضامن في كل التشريعات التي نظمتها، فالمسؤولية الشخصية تتمثل في أن الشريك يسال في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية، إذ لا تتحدد مسؤوليته بمقدار حصته في رأس المال، وإنما تمتد لتشمل جميع أمواله الأخرى، فكل أموال الشريك تضمن الوفاء بديون الشركة.

أما المسؤولية التضامنية فتتمثل في أن كل شريك مسؤولا بصفة تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة، فالشركاء يكفل بعضهم بعضا، وهم جميعهم يضمنون الوفاء بالتزامات الشركة، أي أن الشركاء والشركة يكونان كتلة واحدة، وهو تضامن قانوني، فيجوز من ثم لدائن شركة التضامن أن يوجه مطالبته بوفاء ديون الشركة إلى كل الشركاء أو إلى أي منهم

---

[1] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص233.

[2] - فالمشرع الجزائري لم يقم بتعريفها كما فعل المشرع السوري بالمادة59من قانون التجارة السوري، والمادة46من قانون التجارة اللبناني، والمادة3/6من قانون الشركات العراقي، و القانون المصري في مادته20و22، والقانون السعودي في المادة16من قانون الشركات. نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص102.

[3] - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص74.

[4] - نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص114وما يليها. و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص360. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص220. و عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص276وما يليها.

[5] - ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص194.

دون أن يلتزم بإتباع ترتيب معين أو باستيفاء إجراءات شكلية خاصة، فالمهم أن يكون الدين المطالب به ثابتا في ذمة الشركة وقد ابرمه مديرها في حدود سلطته القانونية[1].

2-اكتساب الشركاء صفة التاجر

هاته الصفة منطلقها هو تحمل الشركاء المخاطر كما رأينا وعليه فهم يكتسبونها حتى ولو لم تكن لهم هذه الصفة قبل تكوين الشركة[2].

3-اسمها وعنوانها

تعنون الشركة بأسماء الشركاء[3]، فهو ليس شرطا لقيامها وإنما يكشف عن وجودها للغير ويكشف عن شكلها القانوني.

4-عدم جواز انتقال حصص الشركاء

ان تدخل المشرع بأحكام آمرة يضفي على الشركة الطابع النظامي، وهذا ما يظهر بالخصوص في عدم جواز انتقال حصص الشركاء، إذ تنص المادة560من القانون التجاري على ما يلي(لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضا جميع الشركاء ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن).

وكمبدأ عام نجد انه يحرم التصرف في حصة الشريك، فالحصص لا يقبل فيها التداول[4]، وهذا لقيامها على الاعتبار الشخصي للشركاء لان الأصل في انضمام هؤلاء الشركاء كان مبنيا على الثقة الكاملة بين كل منهم، فلا يجوز إجبارهم على قبول شريك جديد لا يثقون به مما يؤدي إلى تعديل التوازن القائم بين الشركاء، إضافة إلى أن وفاة شريك لا يترتب عليها انتقال حصته إلى ورثته بل إلى انقضاء الشركة ما لم يتفق على استمرارها، وكمثال عن ذلك

---

[1] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص27. و علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص209وما يليها.

[2]- وهناك من يطلق عليها اسم شركة التجار، ويراعى في الشريك قواعد الأهلية كما رأينا سلفا ومراعاة أحكام المادة40من ت.م.ج، والمواد5و6من ت.ت.ج والمادة84من ق.أ.ج.وهذا خلافا لما جاء به القانون الفرنسي الذي لا يسمح للقاصر بمزاولة التجارة ولو كان مرشدا.

- G.Ripert et R.Roblot, Op.CIT, P622:N728. **ET** Y.Guyon: Droit Commercial général et sociétés, :T1-7éd, 1992.Op.CIT.P246. **ET** Y.Guyon: Ibid, N38.P41 **ET** France guiramand, alain héraud, droit des sociétés, 5em édition, Paris, 2001.P05.

فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص91.و عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص27. و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص62وما يليها.

[3] - ويكفي أن يكون لها اسم قد يشتق من غرضها أو مبتكرا من وحي الخيال، أو يتضمن اسم واحد أو أكثر من الشركاء فيها، وإنما يجب وهو المهم أن تضاف إلى اسم الشركة عبارة(وشركاؤهم).

مع مراعاة المادة562من ت.ت.ج التي تنص على انه(يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم احدهم أو أكثر متبوع بكلمة وشركاؤهم).عمار عمورة، مرجع سابق، ص223.

[4] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص27.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص65وما يليها.

فقد يتضمن عقد شركة التضامن شرطا يقضي بقابلية انتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث، وقد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة استثنائية تسمح بإنتقال الحصص، وقد يفهم منه أيضا أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة[1].

وبالرجوع إلى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر انسجاما مع طبيعة عقد شركة التضامن، ويحصل أحيانا أن يكون النص في عقد الشركة على جواز التنازل عن الحصة مقرونا باشتراط تقرير أفضلية للشركاء في الحصول على الحصة بالشروط التي وقع بها التنازل، وهو عمل جائز[2]، فهذه الاجازة تكون بقيود معينة كاشتراط موافقة جميع الشركاء أو أغلبيتهم، وهذا يعد بمثابة تعديل لعقد الشركة، ولا يجوز أن يصل اتفاق الشركاء إلى جواز التنازل عن حصة الشريك في شركة التضامن من دون قيد أو شرط لان من شأن ذلك القضاء على الاعتبار الشخصي الذي هو أساس تكوين هذه الشركة ويبطل هذا الشرط.

كما أن هذا التنازل لا يسري في مواجهة الغير إلا بعد شهره ونشره باعتباره تعديلا ادخل على عقد الشركة[3].

ثانيا: حياة الشركة وانقضاؤها

نتعرض هنا الى ادارة الشركة ثم الى انقضائها:

1-إدارة الشركـة[4]

ان المادة553من القانون التجاري تنص على انه"تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء ما لم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك، ويجوز أن يعين في القانون المشار إليه مدير أو أكثر من الشركاء، أو غير الشركاء، او ينص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق"، فإذا عمد الشركاء إلى تعيين احدهم أو بعضهم مديرا للشركة في العقد الأساسي فانه في هاته الحالة سمى بالمدير الشريك النظامي للشركة، لان هذا التعيين يعد جزءا من القانون الأساسي للشركة، ولذلك لا يجوز عزله إلا بإجماع الشركاء ويترتب عليه حل الشركة، وهذا يختلف

---

[1] - لخضر حليس، مرجع سابق، ص33 و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص111.

[2] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص233.و

- Y.Guyon: Droit Commercial général et sociétés, Op.CIT.No560.P675

[3] - راجع احكام المادة561من ت.ت.ج، و

- Philippe Merle, op.cit.N155

[4]- نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص122وما يليها. و علي البارودي، مرجع سابق، ص251وما يليها.

عن تعيين مدير للشركة من الغير في القانون الاساسي للشركة فيسمى بالمدير النظامي غير الشريك، ويعزل بأغلبية الأصوات[1].

2-انقضاء شركة التضامن

أما كيفية انقضاءها[2]، فانه متى وجد سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تنحل بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يؤثر ذلك في وجود الشركة وقيام عقدها طوال الفترة السابقة على الانقضاء، ولكنه يمنع استمرارها بالقدر اللازم لأعمال التصفية، إذ يتضح أن شركة التضامن تنقضي بالوفاة أو الإفلاس أو الحجر- كقاعدة عامة- ويكون الانقضاء ب:

ا*بالوفاة: تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الاساسي، كما ان القانون اعطى للشركاء إمكانية تفادي الانقضاء بالنص في العقد التأسيسي للشركة على استمرارها في حالة وفاة أحد شركائها[3].

ب*إفلاس احدالشركاء او الحجر عليه:في حالة افلاس احد الشركاء او منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان اهليته، تنحل الشركة مالم ينص القانون الاساسي على استمرارها او يقرر باقي الشركاء ذلك باجماع الاراء.

الفرع الثاني

شركة التوصية البسيطة

ترجع الفكرة الاولى لهاته الشركة الى نظام(قرض المخاطر الجسيمة او العظيمة) الذي عرفه الإغريق في القرن السادس قبل الميلاد ومارسوه في مجال التجارة البحرية، وهو ايضا تنظيم قديم يمتد بجذوره الي العادات التي سادت عند التجار في المدن الايطالية، خلال القرن الخامس عشر[4].

---

[1] - عمار عمورة، مرجع سابق، ص234.

[2] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص277.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص95وما يليها.

[3] - راجع احكام المادة562من ت.ت.ج، و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص208.و راجع احكام المادة563من ت.ت.ج، والملاحظ انه يجوز رهن حصة الشريك المتضامن والحجز عليها، والتي هي دائما من طبيعة منقولة. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص230وما بعدها، و محمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص265وما يليها.

[4] - علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص242وما يليها.ومحمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص284 وما يليها.

كما ان هاته الشركة تحقق تعاونا مرغوبا بين رأس المال و العمل ووصفت بأنها اكثـر أنواع الشركات التي تحقق توازنا واتفاقا مع مبادئ الأخلاق، فهي تسمح لصاحب رأس المال الذي تنقصه الجرأة أو تعوزه الخبرة با المسائل التجارية، أو الذي تحظر عليه مهنته ممارسة التجارة، أن يشارك في استغلال مشروع اقتصادي دون أن يعرض ذمته المالية كلها للخطر، ومن خلال هذا يمكن أن ندرس هذا النوع من شركات من حيث تنظيمها القانوني[1]**(أولا)**، ثم من خلال المركز القانوني للشركاء الموصيين(ثانيا).

أولا : التنظيم القانوني لشركة التوصية البسيطة:

والمقصود بها أن يقدم صاحب المال الذي يريد ان يوظف أمواله في التجارة لدى تاجر معين ويبرم معه عقد يقوم التاجر بمقتضاه باستثمار واستغلال هذه الأموال في التجارة، ثم توزع الأرباح بينهم، غير أن الشخص الذي قدم المال لايسأل عن الخسائر إلى في حدود هذا

- فهذا النظام مقتضاه أن ربان السفينة أو مالكها أو سيدها يتفق مع شخص من رجال المال ويقرضه ما يحتاجه من نقود لتجهيز سفينته وشراء البضـائع، ليمارسها في التجارة والاستغلال، وهذا في مقابل دفع فائدة للقرض التي تكون مرتفعة عادة إذ تصل إلى20% أو أكثر، وهي متمثلة في نسبة من الأرباح التي يكون المقترض قد حققها، والتي يلتزم بها الربان في حال وصول السفينة إلى بر الأمان، أما إذا غرقت السفينة لم يكن للمقرض أن يطالب مالك السفينة بشئ وتضيع عليه نقوده.

ولقد تفرع عن هذا النظام(عقد الكومندا،عقد التوصية،وضع الثقة)، وانتشر هذا العقد بصفة مستترة في العصور الوسطى كوسيلة للتحايل على تحريم الربا، وهو تطور لنظام المخاطر، فأصبح المقرض يشترط لنفسه نسبة معينة من الأرباح ويقتسمانها كما يقتسمان الخسائر بنسب يحددانها في هذا العقد وليس فائدة، كما امتد القرض إلى التجارة البرية بعدما كان قاصرا على البحرية، فأصبح الشخص يقدم مالا كما كان آخر يقدم عملا أو نشاطا وهذا دون أن يلتزم مقدم المال بأكثر مما قدم على ألا تتجاوز خسارة صاحب المال مقدار ما قدمه من أموال، أما التاجر فيسال عن الخسائر باجمعها وبغير تحديد.

ولما اعترفت الكنيسة بشرعية هذا العقد، على أساس أن القروض التي يقدمها صاحب رأس المال قروض إنتاجية وليست قروض ربوية مخصصة للاستهلاك، زالت صفة الاستتار عنه، وتم استنادا إليه تكوين شركات كبرى بين أصحاب رؤوس الأموال والتجار، يحصل فيها الأولون على نصيب من الأرباح ولا يسالون عن ديون الشركة إلا في حدود حصصهم، بينما تنشغل ذمم الأخيرين بكل هذه الديون وتنعقد مسؤوليتهم عنها بصفة مطلقة وعلى وجه التضامن، وأطلق على هاته الشركات اسم(شركة التوصية)وبقيت لها هاته التسمية حتى يومنا هذا. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص173.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص284وما يليها. و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص117. و

- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P5et6.

و عن محمد فريد العريني، مرجع سابق، ونفس الصفحة.

[1] - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص175.و علي البارودي، مرجع سابق، ص274ومايليها.

-كما أن كلمة التوصية تعني(الثقة إذا يثق الشريك الموصى في الشريك المتضامن من حيث قدرته وكفاءته في إدارة الشركة، كما يثق المتضامن في الشريك الموصى الذي يقدم له المال اللازم أو يتعهد بتقديمه ولا يشترك في الإدارة) ابو زيد رضوان، الشركات التجارية، الجزءالاول، مرجع سابق، ص285، و

-Saleills,histoire des societies en commandite,Annales,1895,PP,10et49,1897,P29.

- اشار اليه محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص118.

- علي حسن يونس، مرجع سابق، ص285. و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص215فقرة1213.و الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، مرجع سابق، ص110.

- G.Ripert et R.Roblot, Op.CIT, P660.

- قد كان يحرم على بعض الطوائف التي تتمتع بمركز اجتماعي رفيع المستوى كالنبلاء أو الأشراف أو الضباط أو الكهنة أو غيرهما، فقد كانت التجارة منبوذة من قبل الرومان وتُركت التجارة إلى الشعوب الخاضعة للرومان أو العبيد منهم، فالقانون الذي حرم الأغنياء من الرومان من تعاطي التجارة باعتبارها مهنة غير شرعية ولا تليق بمركزهم الاجتماعي، الأمر الذي اضطر بعضهم إلى ممارسة التجارة بصورة مستترة، وأمكنهم من أن يوظفوا أموالهم في النشاط التجاري دون أن ينكشف أمرهم. عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص116و117.

المال، أي أنه يسأل عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال، كما تمكن رجال الاعمال من الحصول على الأموال اللازمة لتأسيس مشروع اقتصادي و إدارته بكل حرية و استقلالية، ويتميز تنظيمها القانوني باليسر و المرونة، إذ ترك كثير من قواعده التفصيلية لإرادة الشركاء ليصيغوها على النحو الذي يناسب ظروفهم ويساعد على نجاح مشروعهم، ولم يفرض المشرع حدا أدنى لرأس مال شركة التوصية البسيطة اكتفاء بالمسؤولية غير المحدودة و التضامنية للشركاء المتضامنين، وهي من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي بين الشركاء، كما هو الحال في شركة التضامن، مع اختلاف من خلال احكام خاصة فهى تتضمن شركاء موصين الى جانب شركاء متضامنين، بمعنى ان كل شريك سيقبل الاشتراك في الشركة إعتماد على ماله من ثقة الشركاء الاخرين، ولا فرق بين الشركاء المتضامنين او الموصين في شركة التوصية، فالفقه الفرنسي عرفها على انها شركة تجمع بين شريكين أو اكثر لهم صفات مختلفة، الشركاء المتضامنون وهم تجار، وشركاء موصين ليس لهم صفة تاجر وحصتهم في الشركة هى فائدة، ويبرم العقد بالنظر للإعتبار الشخصي[1]، أما المشرع الجزائري فلم يعرفها كما فعلت بعض التشريعات ، وان كان قد نص على بعض مميزاتها، كما احال احكامها لشركة التضامن[2]، وهذا ماورد في نص المادة 563 مكرر(جديدة) من القانون التجاري بقولها (تطبق الاحكام المتعلقة بشركات التضامن على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل).

وقد خصص لها المشرع 11مادة(من المادة563مكرر الى 563مكرر10)، وهذا بموجب المرسوم التشريعي رقم93-08المتمم لاحكام الباب الاول من القانون التجاري، وادراجه في الفصل الاول المكرر(1).

ثانيا: المركز القانوني للشركاء الموصين

نستعرض الحديث عن تبيان مسؤولية الشريك الموصي، والحصص المقدمة وكيفية التنازل عنها:

---

[1]- علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص242وما يليها.و محمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص284وما يليها.و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص09.و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص214، فقرة1212.

1-مسؤولية الشريك الموصي

الشركاء الموصين لايسالون عن ديون الشركة الا في حدود حصصهم أي لهم مسؤولية محدودة بحكم المادة563مكرر1، ولا يكتسبون صفة التاجر، ولا تدخل اسماؤهم في العنوان.

2-تقديم الحصص والتنازل عليها:

يختلف تقديم الحصص من شريك متضامن الذي يمكنه ان يقدم حصة نقدية او عينية او من عمل، في حين ان الشريك الموصي ينحصر تقديم حصته في حصة عينية او نقدية فقط[1]، ويترتب على ذلك انه لا يجوز للشركاء المتضامنين أو الموصين التنازل عن حصصهم في الشركة للغير إلا بموافقة سائر الشركاء أو كان مصرحا به في القانون الأساسي للشركة وفي الحدود التي ينص عليها فيه، فلا يصح أن يقرر عقد الشركة الحق المطلق للشركاء في التنازل عن حصصهم بدون قيد أو شرط[2]، لان ذلك لا يتلائم مع طبيعة شركات الأشخاص، وهذا مما جاءت به أحكام المادة563مكرر7من شروط، في حين أن لهم كامل الحرية في التنازل عن حصص الشركاء الموصين بين الشركاء[3].

3-إدارة وانقضاء شركة التوصية البسيطة

تتوافق احكامها مع شركة التضامن من حيث الادراة الممنوحة للشركاء المتضامنين[4]، أما الشركاء الموصين فهم ممنوعين من الإدارة، وهذا بنص المادة563من القانون التجاري، وتنحل شركة التوصية بوفاة احد الشركاء المتضامنين أو إفلاسه أو الحجر عليه أو إعساره أو منعه من ممارسة مهنته التجارية، وهذا بخلاف الشركاء الموصين، مع إمكانية استمرارها[5].

---

[1]- Philippe Merle, op.cit.N146.

[2]- féttat faouzi, filali boumédienne, op.cit.P47.

[3] - نادية فضيل، مرجع سابق، ص139.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص109وما يليها.

[4] - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص288ومايليها.

[5] - لاكثر تفاصيل يمكن الرجوع إلى أحكام المواد563و563مكرر9و10من ت.ت.ج.

الفرع الثالث

شركة المحاصة

يرتبط تاريخ ظهورها بتاريخ ظهور الشركة نسها كعقد مستقل ومتميز عن العقود الأخرى التي عرفها القانون الروماني، فترجع أصول هذه الشركة إلى عقد(الكومندا)الذي يقوم على الثقة المتبادلة والتجأ إليه أصحاب الأموال تحايلا على تحريم الربا الذي فرضته الكنيسة إبان العصور الوسطى التي عرفت فيها باسم(الشركة المغفلة اوالمجهلة)، وعليه سوف نتطرق إلى أهم المعايير التي تميز شركة المحاصة عن مثيلاتها**(أولا)**، ثم خصائص شركة المحاصة**(ثانيا)**.

أولا: الطابع المميز لشركة المحاصة

ان الفقه والقضاء اختلف حول المعيار المميز لشركة المحاصة، حيث ذهب البعض إلى وصفها بأنها شركة مؤقتة[1]، تعقد للقيام بعمل واحد يجريه احد الشركاء باسمه الخاص، ويصير وحده مسؤولا عنه قبل الغير الذي تعامل معه، أو بعمليات محددة من حيث موضوعها ومدتها.

ولكن هذا الرأي نفاه المشرع الفرنسي في قانون24يوليو1921ثم في القانون المدني الفرنسي في المادة2/1871 عندما نص صراحة على أن(الشركاء يختارون باتفاقهم موضوع شركة المحاصة).

لكن اتجه جمهور الفقه مؤيدا بقضاء محكمة النقض في فرنسا إلى أن حقيقة شركة المحاصة أنها مستترة، قصد مؤسسوها من وقت تكوينها أن يبقوها في الخفاء كما عبرت محكمة النقض الفرنسية بقولها(متى تم كشف الستار عن شركة المحاصة أصبحت شركة

---

[1] - إن الامر الاشتراعي لعام1673من القانون الفرنسي، ذكر هذا الشكل للشركة، واعتبرها أنها عقد و أنها معلنة، لكن الفقه القديم درسها باعتبارها شركة مغفلة، وهو دلالة على شركة المساهمة، وسموها أيضا بالشركة المؤقتة لأنها عملية تجري بسرعة، وأنها لا يمكن أن تتكون إلا لعملية تجارية واحدة، ويستحيل معرفة عدد المشاركين وأهميتهم.
فالاجتهاد الوارد حول شركات المحاصة غزير جدا، فهو يكشف مختلف التعاملات سواء القديمة المحافظ عليها، أو الممارسات العصرية وأمثلتها نجد التعاملات بين تجار الأحجار الكريمة واللؤلؤ الذين يقومون بالشراء والبيع بالمحاصة بسبب الثمن المرتفع جدا لهذه السلع، أو التعامل بين شركات التامين وإعادة التامين، كما أن شركات المحاصة تقدم نطاقا ملائما للتفاهم الصناعي والتجاري، كما أنها اهتمت بمجال التنمية والمضاربة العقارية في السنوات1980-1990. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص230و231فقرة1240و1242. و

- G.Ripert et R.Roblot, Op.CIT, P671N888.

واقع يسأل الشركاء فيها قبل الغير مسؤولية غير محدودة، ما لم يكن عقد الشركة الذي اطلع عليه الغير يحدد مسؤولية الشركاء بقدر حصصهم)[1].

فلا اسم لها ولا عنوان شركة، ولا تخضع لأي إجراء من إجراءات الشهر، والمتعامل معها لايعرف إلا الشريك الذي تعاقد معه، فمن يشتري من الشركاء هو الذي يلتزم في مواجهة البائع بدفع الثمن ومن يبيع منهم يصبح صاحب الحق في قبض الثمن من المشتري فالشركاء لا يلتزمون معا في مواجهة الغير، وإنما فقط من تعامل مع الغير يكون وحده مسؤولا عن تنفيذ تعهده، فادى هذا العقد عندما كان يمارس بطريقة مستترة وخفية، إلى إرساء اللبنات الأولى لهذا النوع من الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي[2]، فلم تعد شركة المحاصة تستمد ذاتيتها القانونية من كونها شركة مستترة، وإنما من اتفاق الشركاء على عدم قيدها في سجل التجارة والشركات، غير انه يعيب عليها عدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية فلا توفر الضمانات القانونية اللازمة لحماية الغير، وتعجز على النهوض بالمشروعات الكبرى التي تستغرق حقبة طويلة من الزمن، **أما تعريفها** في الفقه فالراجح على أنها شركة مستترة تنعقد بين شخص يتعامل باسمه مع الغير، ويقدم كل منهما حصة من مال أو من عمل، للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال قصد اقتسام الأرباح والخسائر بين

---

1 - أي يقصد به الاستتار القانوني، أي لا يصدر عن الشركاء ما يكشف عن رغبتهم في إيجاد شخص اعتباري مستقل عن أشخاصهم ولا يأتون عملا من شانه ان يدفع الغير إلى الاعتقاد بوجود شخص معنوي، كما انه لا اسم لها و لا عنوان، ولا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها.

وينحصر دورها في تنظيم العلاقة بين الشركاء من حيث اقتسام الأرباح والخسائر التي تنشا عن العمليات التي يجرونها منفردين أو مجتمعين.

ولقد ساعدت صفة الاستتار التي تتسم بها شركة المحاصة على استخدامها كأداة للتعاون بين المشروعات لاستكشاف سوق جديدة، أو لتنفيذ عقد من عقود الأشغال العامة، أو كوسيلة لتوجيه الاستثمارات، أو الحافلات أو سفن النزهة ويتعهد بتأجيرها لحسابهم للغير، أو لإبرام اتفاق بين عدد من البنوك على ضمان الاكتتاب في أسهم تصدرها شركة مساهمة.

2 - تكلم عنها(جاك سافاري)في كتابه(التاجر الكامل)وأطلق عليها تسمية(الشركة ذات الاسم المغفل أو الشركة مجهولة الاسم).

فقد جاءت المجموعة التجارية الصادرة عام1673، والتي تعرف باسمه تخلو من أي تنظيم لها، غير أن التقنين الفرنسي الصادر عام1807قد عنى بالنص عليها وتنظيم أحكامها، وان كان واضعوه قد اختاروه كتسمية لها(جمعية المحاصة).

ولقد تعرضت هاته التسمية للنقد، على أساس أن الجمعية تنفر بطبيعتها من غرض تحقيق الربح، في حين أن (شركة المحاصة) تتكون أصلا بقصد الوصول إلى هذا الهدف.

ولم يتجاهل المشرع الفرنسي هذا النقد، عند وضعه لقانون الشركات الذي صدر عام1966فاسقط كلمة(جمعية المحاصة)واستعمل لأول مرة لفظ(شركة المحاصة)كتسمية لهذا النوع من الشركات.

وخص لها المشرع الفرنسي الفصل السابع من الباب الأول من تقنين الشركات الصادر عام1966، وافرد لها أربع مواد من419إلى422، ثم عاد سنة1987ونظمها في القانون المدني من المادة1871إلى1873.

مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص121. و

-Y.Chartier.Remarques sur la société en participation,R.T.D.C1979,P637et suivant

- اشار اليه محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص126و127. و

-G.Ripert et R.Roblot,Op.CIT,P514.N778

الشركاء، وتتميز المحاصة ببساطة إجراءات تأسيسها، و تمتاز أحكامها بالمرونة فالشركاء بإرادتهم الحرة يصيغون القواعد التي تحدد سير العمل في شركتهم وتنظم علاقتهم القانونية[1].

ثانيا: خصائص شركة المحاصة

تنص المادة795مكرر2من القانون التجاري[2]، على انه(لا تكون شركات المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تنكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل)[3]وعليه فهي تمتاز ب:

1-شركة المحاصة لا تنشئ شخصا معنويا

إن الشركات بصفة عامة سواء مدنية أو تجارية ليست عقدا فحسب بل يتمخض عنها نشوء شخص معنوي، وهذا مالا نجده في شركة المحاصة فليس لها كينونة ذاتية، أو شخصية معنوية، الامر الذي يترتب عليه عدم وجود رأس مال خاص بالشركة وعليه فكل شريك يبقى مالكا للحصة التي قدمها إلا إذا جرى اتفاق على خلاف ذلك(أي عدم وجود ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء)، ولا يمكن شهر إفلاسها بل يشهر إفلاس الشريك الذي تعاقد مع الغير إذا توقف عن الدفع وكان تاجرا، و لا الحكم بتصفيتها وهذا اعتبارا لطبيعتها الخفية(وهنا نقصد بالخفاء أو الاستتار القانوني وليس المادي وعليه لا يجوز للشركاء التعامل باسمها)، وهي لا تكشف للغير أي انه لا وجود لها بالنسبة للغير وإنما يقتصر وجودها على الشركاء وحدهم، ولا عنوان ولا موطن ولا جنسية ولا اسم تجاري.

---

[1] - محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1986،ص105.- اشارت اليه نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص149.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص127وما يليها.
فكلمة المحاصة في اللغة مأخوذة من الكلمة حص، والحصة جمعها حصص، وتعني النصيب. وهناك من عرفها على أنها شركة تنعقد بين شخصين أو أكثر لاقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر يقوم به احد الشركاء باسمه الخاص ويبدو للغير وكأنه يتعامل لحسابه الخاص. عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص122.
أما المشرع الفرنسي كان يعرف هاته الشركة في قانون1966بأنها شركة مستترة لا توجد إلا بين الشركاء، وليس لها شخصية معنوية، لكنه عدل عن هذا التعريف واكتفى بالنص على أنها شركة لا تقيد في السجل التجاري، وهذا بحسب نص المادة01/1871من ت.م.ف.
-Philippe Merle,op.cit.P651et suivant.
علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص258.

[2] - المشرع الجزائري أضاف من خلال المرسوم التشريعي93-08نوعا آخر من الشركات التجارية، وهي شركة المحاصة، وتم إدراجها في فصل مستقل عن شركات الأشخاص وعن شركات الأموال، وهي شركة تجارية بحسب الموضوع وليس بحسب الشكل، وأوردها المشرع في الفصل الرابع مكرر، وهذا ضمن المواد من795مكرر1(جديدة)الى795مكرر(جديدة)5من القانون التجاري الجزائري وهذا لتنظيم أحكامها.

[3] - إن ما يمكن أن يفهم من حكم المادة انه جاء مخالفا للقاعدة العامة المنصوص عنها في المادة417من ت.م.ج التي تنص على(أن الشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصا معنويا غير أن هاته الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فانه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية).

2-الإعفاء من الشروط الشكلية

إن شركة المحاصة هي عقد رضائي، لا يستلزم أي إجراء شكلي[1]، فلا يلزم فيها أن يكون عقدها مكتوبا، فالكتابة ليست شرطا لصحة عقد شركة المحاصة ولا تخضع لإجراءات الشهر القانوني ولا للقيد في السجل التجاري، لان الكتابة والشهر هما أمران لازمان لإعلام الغير بوجود الشركة التي هي في الأصل خفية، كما يترتب على هذا انه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات حتى ولو كان موضوعها مدنيا.

3- تكوين وإدارة شركة المحاصة

إن شركة المحاصة تعد نموذجا للحرية التعاقدية[2]، فهي تقوم على:

*انـه من جهة أن للشركـاء الحرية التامـة في الاتفاق على موضـوع الشركة وشروطها وكيفية تحديد توزيـع الأربـاح وأشكالهـا وتحديد تنظيم إدارة الشركة وتسييرها، الأمر الذي يتجلى فيه بوضـوح مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما يتضح من نص المادة795مكرر03من القانـون التجاري.

*فكـرة الاعتبـار الشخصي، فهـي تتكـون من أشخـاص يعرفـون بعضهـم بعضـا، وتتوافـر بينهـم الثقـة ومـن ثم فـان الغلـط في شخص الشريك يفسـد الرضـا، ولا يكتسب الشريـك صفـة التـاجر إلا بقيامـه بنفسه بأعمال تجارية، ولا تقبل حصص الشركـاء التـداول بالطـرق التجـارية فلا يجـوز للشريـك أن يتنازل عن حصته للغير دون موافقة سائر الشركـاء، وتنقضي شركـة المحاصة بالأسبـاب العامة لانقضاء الشركات إلى جانب الأسباب الخاصة التي تؤثر على الاعتبار الشخصي كوفاة الشريك أو إفلاسه، أو الحجر عليه أو انسحابه، مالـم يقضي عقد الشركة بخلاف ذلك، ونظرا لكون شركة المحاصة هي الوحيدة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فان الشركات الأخرى المحددة على سبيل الحصر، تحتل مكانة وسط ما بين الطابع التعاقدي والطابع التنظيمي، مع ملاحظة أن هذا الأخير يحتل مكان الصدارة منذ تأسيس عقد الشركة[3].

---

[1] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص105.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص316. و الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، بيروت، 1994، ص126.

[2] - نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص151وما يليها.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص318 وما يليها. و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص237وما يليها.

[3]- المادة544من ت.ت.ج المعدلة والمتممة بموجب المرسوم93-08.

المطلب الثاني

هيمنة الفكرة النظامية في شركات الأموال

لا تقوم هاتـه الشركـات على الاعتبـار الشخصي، بل على الاعتبار المالي فالعبرة ليست باجتماع الأشخاص، بل باجتمـاع الأموال، والصورة المثلى لشركات الأموال، نجد شركة المساهمة، كشركة مفتوحة أوجدتها الضرورات العمليـة**(الفرع الأول).**

إضافة الى أن إنشاءها لم يُترك لإرادة المتعاقدين الحرة، بل يكون بفرض إجراءات صارمـة يجب احترامها حتى تولد هاته الشركة، أي أنهـا تصبح كنظام قانوني تسوده إرادة المشـرع لا إرادة المتعاقديـن، وهذا من خـلال الإخطار بإنشاء شركة المساهمة**(الفـرع الثاني).**

الفرع الأول

شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال

ان شركة المساهمة تعد النموذج الأمثل لشركة الأموال فهي تهدف إلى تجميع رؤوس أموال ضخمة وتركيزها في قبضة بعض الأشخاص[1]، مما أدى بنموها وتطورها بسرعة، فقد كادت تحتكر المجال الصناعي والتجاري للدولة، وان تسيطر على سياستها لقيامها وحدها بمشروعات اقتصادية وصناعية وتجارية ضخمة وعملاقة والتي يعجز الأفراد وشركات الأشخاص بإمكاناتها المتواضعة عن القيام بها[2]، وهذا من خلال تواري الاعتبار الشخصي وسيادة الاعتبار المالي**(أولا).**

وان اعتبارها كأداة مثلى للتطور الاقتصادي في العصر الحديث أمر يجعل منها قيدا على الارادة الفردية للمتعاقدين**(ثانيا).**

---

[1]- محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطـار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص140وما يليها.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص138وما يليها.

[2]- يوسـف فتيحـة، مدى الحرية التعاقدية في الشـركات التجارية، مرجع سـابق، ص144و145. و محمد فريد العريني، مرجع سـابق، ص138.

أولا: تواري الاعتبار الشخصي وسيادة الاعتبار المالي

تعتبر شركة المساهمة أوضح ثمرة قانونية للنظام الرأسمالي الحر[1]، كما أنها تعد أهم قالب قانوني تمكن بفضله هذا النظام من التوسع والانتشار داخل الدولة وخارجها[2]، فنجد ان سيادة الاعتبار المالي لشركة المساهمة تظهر من خلال النقاط التالية:

1- تاسيس شركة المساهمة

في منتصف القرن التاسع عشر ثار خلاف فقهي حول **تأسيس شركة المساهمة بين الحرية والتقييد؟**

هذا الخلاف ظهر بظهور الاختراعات الحديثة التي قلبت وجه الصناعة والتجارة، وتطلب استغلالها جمع رؤوس أموال ضخمة، وباعتبار أن شركة المساهمة هي الأداة المثلى للرأسمالية الحديثة فان الفلسفة الفردية هي العامل الرئيسي الذي أدى إلى ظهور هذه الشركات وازدهارها، وفي ظل نظام الرأسمالية المتطورة التي ذاعت في هذا الوقت وانتشار مبادئ الحرية الاقتصادية، حيث دفعت هذه الفلسفة المشرعين في بعض الدول إلى الأخذ بمبدأ حرية تأسيس شركات المساهمة[3]، حيث غضت اغلب تشريعات الدول النظر

---

[1]- إختلف الفقه حول نشأة شركة المساهمة، فالبعض ادعى أن لبنتها الأولى قد أرسيت بظهور(بنك سان جورجيو)في جمهورية(جنوا الايطاليةعام1409)، والغرض منها إقراض(جمهورية جنوا)المال اللازم لها، والبعض الآخر لمح إلى جذورها في(جمعية التجار المغامرين)التي عرفها الانجليز في أوائل القرن الخامس عشر، وذلك بسبب الحاجة إلى رؤوس أموال كبيرة لاستثمار المستعمرات الغنية بموادها الخام ومواردها الاقتصادية، وإذا كانت الشركة على اختلاف صورها تعتبر من نظم الاقتصاد الحر.
مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق ص220. و محمد فريد العريني، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[2]- ولما انتشرت السياسة الاستعمارية في اروبا في القرنين(16و17)، بدت الحاجة إلى جمع أموال ضخمة لاستثمار المستعمرات الواسعة(الهند وإفريقيا وأمريكا)، فتأسست في بريطانيا شركة الهند الشرقية المساهمة في1599/12/31برأسمال قدره70000جنيها، قسم إلى أسهم قابلة للتداول بقيمة50جنيها للسهم الواحد، هذا الامر حذت حذوه هولندا في1602، ثم فرنسافي1664وسميت بالشركة الفرنسية للهند الشرقية، والتي تعد أول شركة مساهمة تتأسس بمبادرة من الحكم الملكي لغرض التجارة مع المستعمرات، فقد كانت الشركات آنذاك تحتاج إلى الإذن من السلطة الادارية. اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري(الجزء الأول)، مرجع سابق، ص386، فقرة355. و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص184.

[3]- وفي عام1807اثناء تدوين القانون التجاري كانت تظهر بمظهر الخطر، واشترط تأسيسها تصريح مسبق من السلطات، ولم يسمح بتأسيسها بحرية تامة إلا أثناء الثورة الصناعية، كما أن بعض الأنظمة تأخذ بمبدأ الرقابة السابقة على تأسيسها منها التشريع الانجليزي والألماني، فقانون التجارة الفرنسي اقتصر على تنظيم الأحكام العامة للشركات، وتحديد أنواعها، فنص على كل من شركات التضامن والتوصية بنوعيها(البسيطة،الأسهم).
ثم أضاف شركة المحاصة أما الشركات الهامة، فقد تم تنظيمها بموجب قوانين خاصة، منها القانون الصادر بتاريخ1867/07/24لشركات المساهمة أو الشركة المغفلة، وسميت بهذا الاسم لان مسؤولية الشركاء لا يبالى بها، وتنظيم قانون الصادر بتاريخ1867/03/25للشركات ذات المسؤولية المحدودة.
وكان هذا التنظيم مواكبا لكل ما وضعته التشريعات الاروبية عند تنظيمها للشركة ذات المسؤولية المحدودة، وفي بداية القرن العشرين، وخاصة عند نهاية الحرب العالمية الأولى، بدت الأحكام المتعلقة بالشركات تتجاوزها الأحداث، بسبب متطلبات السير على خطى التقدم في الميدان التجاري، الأمر الذي اقتضى إجراء تعديلات كثيرة على هذه الأحكام.
فصدر في فرنسا على غرار غيرها من التشريعات الاروبية، القانون رقم537-66الصادر في1966/07/24المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم236-67الصادر في1966/03/23الذي اشتمل على مجمل الأحكام التي تنظم الشركات التجارية لاغيا بذلك كل الأحكام السابقة، ثم قانون التجارة في18ايلول2000، ولكنه لم يجلب سوى بعض التنقيحات الشكلية.
الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص19و20.و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص338، فقرة1361وما يليها.

عن ضرورة الحصول على ترخيص حكومي سابق لتأسيسها، الذي كان مشترطا إبان الثورة الفرنسية من طرف القانون الفرنسي، وأعقب ذلك ذيوع شركات المساهمة وانتشارها[1].

وفي نهاية القرن العشرين اتجهت التشريعات إلى التدخل في تنظيم شركات المساهمة والتضييق من نطاق الحرية التعاقدية، وهذا بفرض أحكام آمرة تحميها جزاءات وعقوبات متعددة[2]، وذلك حماية للمدخرين ورعاية للمصالح القومية[3].

وأيا ما كان الرأي حول تاسيسها فالإجماع منعقد على أن شركة المساهمة هي الأداة المثلى التي خلقتها الرأسمالية الحديثة لتجميع المدخرات من اجل إنشاء واستغلال المشروعات الكبرى، وعلى أنها من اكبر اكتشافات العصر الحديث، وعلى انه لولا وجودها ما استطاعت الرأسمالية الحديثة التقدم و التطور[4].

2-أهمية شركات المساهمة

تظهر أهميتها من خلال أنها:

- تعد تجميعا لجهد الأفراد ولمدخراتهم، وقيامها بالمشروعات الاقتصادية الكبرى التي يعجز المرء بمفرده عن تحقيقها مهما بلغت قدراته وإمكانياته، الامر الذي يجعل منها أينع ثمرة للنظام الرأسمالي، واهم هيكل قانوني تمكن بفضله هذا النظام من التغلغل والانتشار في المجالين الوطني والدولي[5].

- G.Ripert ET R.Roblot, Op.CIT, P506, N656.

[1]- فلقد تقرر هذا المبدأ في انجلترا عام1856وفي فرنسا عام1868وفي اسبانيا عام1869و في ألمانيا عام1870وفي بلجيكا عام1873وفي ايطاليا عام1882. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص352(الفقرة03 بعنوان التشريعات الأجنبية)وما يليها.و محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص176.

[2]- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص190.

[3]- بدا رأس المال العام يتدخل في شركات المساهمة أعقاب الحرب العالمية الأولى، فنشأت شركات الاقتصاد المختلط كتوفيق بين الحرية الاقتصادية والاشتراكية، وبعد الحرب العالمية الثانية انتشر التأميم انتشارا واسعا في كثير من الدول، وترتب على ذلك ظهور شركات المساهمة العامة التي تمتلك الدولة جميع أسهمها.

غير أن بعض الدول العربية لم تعتنق هذا المبدأ واستعاضت عنه بمبدأ الترخيص الحكومي السابق ومؤداه أن شركة المساهمة لا تنشا إلا إذا صدر ترخيص حكومي من الحكومة، ولقد أخذت بهذا المبدأ تشريعات بعض الدول كالعراق وسوريا، وكان مما دفعها إلى ذلك هو كفالة الحماية المباشرة للمصالح الوطنية وتهيئة الوسيلة الفعالة أمام الحكومة لتوجيه نشاط شركات المساهمة إلى أغراض مفيدة للاقتصاد القومي، واستبعاد الشركات التي لا تتفق أغراضها والمصلحة العامة، وتحقيق رقابة جدية على إجراءات التأسيس بقصد الحيلولة دون تكوين الشركات الصورية والوهمية وبهدف حماية الادخار القومي. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص9. و محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص176.

[4]- محمد فريد العريني، نفس المرجع، ص140.

[5]- إن المشروعات الكبرى كالتنقيب عن المواد الأولية، والنقل البحري والجوي، ومد خطوط السكك الحديدية، وصناعة الحديد والصلب، ومعدات البناء و الإنتاج، واستغلال الأقمار الصناعية، وغيرها تحتاج إلى أموال ضخمة يعجز الفرد عن تقديمها، كما يتعذر على شركات التضامن والتوصية البسيطة، والتي لا تضم إلا عددا محدودا من الشركاء توفيرها، فضلا عن أن استمرار المشروعات القائمة على الاعتبار الشخصي رهينة بحياة منظميها. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص359، فقرة1384وما يليها.

- إضافة إلى أن انخفاض ثمن السهم وقابليته للتداول بالطرق التجارية، وتحديد مسؤولية المساهم أن تشرك صغار المدخرين في الأنشطة التجارية والصناعية، دون أن يتعرضوا لمخاطر جسيمة أو غير محسوبة، وحق عليها وصف الأستاذ ريبير(بأنها الجهاز القانوني الفذ أو الأمثل للرأسمالية الحديثة)[1].

فشركات المساهمة كانت الوسيلة القانونية التي أحدثت التطور الخطير ويسرت الانتقال من الاقتصاد الزراعي والحرفي المغلق إلى الاقتصاد الصناعي والاستهلاكي المعاصر[2].

-كما أنها الأداة المثلى للنهوض الاقتصادي، بل ولقد تعاظمت هذه الأهمية لدرجة أصبحت معها هذه الشركات، وخاصة شركات المساهمة تتمتع في كل البلدان بسلطان لايبرزه إلا سلطان الدولة[3]، وتشكل قوة اجتماعية واقتصادية تخشى الدولة بأسها وسطوتها وترى من واجبها أن تسهر على رقابتها حتى لا تنحرف عن الطريق السوي، وتصبح أداة للاستغلال الاجتماعي أو للسيطرة السياسية[4]، فلم يتقرر تأسيسها إلا في وقت متأخر.

ثانيا: الهيمنة على الارادة الفردية للشركاء

إن التصرف الذي يجمع الشركاء في إطار قانوني ذو طبيعة منفردة يختلف بالتأكيد عن فكرة العقد بمفهومها القانوني، لأن هذا العقد يختلف عن غيره من العقود، فكلمة الشركة تعني في الوقت نفسه العقد والشخص المعنوي الذي يتولد عنه، فهذا الشخص المعنوي الجديد هو الشركة يكون إلى جانب الشركاء، وهو الذي يهيمن على الإرادات الفردية التي اشتركت في تكوين العقد، وخاصة في شركات المساهمة بحيث يجوز لأغلبية الشركاء أن تفرض إرادتها على الأقلية، وأن تعدل من نصوص نظام الشركة، مع أن تعديل العقد يتطلب إجماع المتعاقدين.

---

[1]- Y.Guyon: Droit Commercial général et sociétés, T.I.10, éd1998, op.cit.P270et277.

[2] - وبعبارة أخرى أنها الأداة القانونية للتحول من الزراعية الحرفية إلى الدائرة العلمية الصناعية، ومن الاقتصاديات البدائية المتخلفة إلى الاقتصاديات الاستهلاكية. علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص279وما بعدها.
- CI.Champaud, les Sociétés et Par action les S.A.R.L,Cour Polycopié,Rennes,1978

[3] - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص140.

[4] - ونظرا لخطورة هذا النوع من الشركات على اقتصاد الدولة، فقد انصبت عليها حركة التأميم الشامل أو الجزئي، وترتب على ذلك ظهور شركات القطاع العام التي تمتلكها الدولة بمفردها أو تساهم فيها مع غيرها، هذا مما أدى ببعض الأنظمة منها الرأسمالية للتخوف من هذه الشركات، فهي شركات تتخذ جميعا شكل شركة مساهمة. اكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، مرجع سابق، ص2. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص263. و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص385، فقرة1423وما يليها.

ولذلك فان بعض الفقهاء ينكر على الشركة صيغتها التعاقدية، ويرى أنها نظام قانوني اقرب منه الى العقد[1]، كما أن مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العلاقات المدنية بصفة عامة قد لايجد مجالا متسعا في مجال الشركات، ففكرة العقد لاتستوعب كل الآثار القانونية المترتبة على تكوين الشركة، ذلك أن المشرع كثيرا ما يتدخل ويحدد إطارا تنظيميا قانونيا تخضع له الشركة دون تدخل الإرادة الفردية في ذلك، وهو ما يحدث كثيرا بالنسبة لشركات المساهمة[2]، فالمشرع تدخل بنصوص آمرة في تنظيم الشركة تحقيقا لأهداف معينة تقضي بحماية جمهور المدخرين(الادخار العام)، ورعاية المصالح الاقتصادية القومية، فلم يترك أمر إنشائها لإرادة المتعاقدين الحرة[3].

فلم تعد عقودا بحتة تقوم على مبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة، وإنما أصبحت نظاما قانونيا تسوده إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين، بل فرضت إجراءات صارمة يجب احترامها حتى تولد هاته الشركة على مسرح الحياة القانونية، وقد ترتب على هذا الوضع ان تضاءلت وقيدت الحرية التعاقدية وكثرت النصوص المتعلقة بالنظام العام، وأصبحت الشركة تتم وفقا لنصوص قانونية لا وفقا لمشيئة المتعاقدين، هذا الامر حفز المشرع إلى التدخل من خلال ما لاحظه من ضعف للمفهوم التعاقدي للشركة وشذوذه، إذ يصعب القول بوجود عقد بين أشخاص مساهمين لا يعرفون بعضهم بعضا، وهذا نظرا لكثرة عددهم وشيوع تداول الأسهم، وهو وضع لا ينسجم مع فكرة العقد التي تفترض التعارف بين المتعاقدين[4]، يضاف إلى ذلك انه لا تعارض بين مصالح الشركاء فالتزاماتهم متماثلة، كما أنهم يهدفون إلى غاية واحدة وغرض مشترك هو تحقيق الأرباح وقسمتها، على عكس الحال في معظم العقود كالبيع والإيجار حيث يقوم التعارض والتضارب بين مصالح المتعاقدين، فلا يستطيعون مناقشة الشروط التي يتم على أساسها مساهمتهم في المشروع، بل وغالبا ما يجهل المساهمون في هذه الشركات طبيعة المشروع الذي يساهمون فيه[5].

---

[1] -مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، ص14.
[2]- مصطفى كمال طه، نفس المرجع، ص9.
[3]- محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص143.
[4]- محمد فريد العريني، نفس المرجع، ص143.
[5]- نادية فضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص24.

الفرع الثاني

إنشاء شركة المساهمة

لا تنشا شركة المساهمة بمجرد إبرام عقد تأسيسها[1]، بل لابد لقيامها من اتخاذ العديد من الإجراءات التي نص عليها القانون، فهي تخضع في تأسيسها لإجراءات والتي قد يستغرق إتمامها وقتا طويلا، لان هذا النوع من الشركات يشكل خطورة اقتصادية واجتماعية، لأنه يعتمد في تمويله بصفة رئيسية على الادخار القومي، لذلك كان من الضروري أن يعمل المشرع على التأكد من جدية هذه الشركات عن طريق تعليق تأسيسها على اتخاذ إجراءات معينة.

أولا: تكوين شركة المساهمة

نتغرض عنها الى دراسة خصائص شركة المساهمة، ثم تاسيسها:

1-خصائص شركات المساهمة

يمكن تعريف شركة المساهمة من خلال المادة592(معدلة) من القانون التجاري، على أنها(شركة ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة(7)).

فبصمات الاعتبار المالي تظهر من خلال[2]:

ا*رأس مال شركة المساهمة:

ان العبرة في شركة المساهمة ليس بشخص الشريك، وإنما بما يقدمه من أسهم مالية[3]، وعلى هذا فان مسؤوليته عن ديون الشركة بعد انقضائها لا تقوم إلا بقدر الأسهم التي اكتتب فيها، أو ما يملكه من أسهم، الامر الذي يؤكد سيطرة الاعتبار المالي وليس الاعتبار

---

[1] - للاطلاع أكثر حول إدارة شركة المساهمة من الطابع التقليدي الى الطابع أو النمط الحديث في التسيير. نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص230وما يليها.

[2] - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص138.

- Philippe Merle, op.cit.N276P621.

[3] - ان الحصول على رأس المال اللازم لقيام الشركة، يكون في الغالب بدعوة الجمهور للاكتتاب في رأس المال، مما يدل على أن العبرة هي بقيمة المساهمة المالية وليس بنوعية الشريك الذي قدمها. بوعزة ديدن، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 02-2005، ص2وما يليها.و

-G.Ripert ET R.Roblot, Op.CIT.N594.

الشخصي[1]، وتمتاز بضخامة رأسمالها وهي التي يتجزأ فيها رأس المال إلى أسهم صغيرة متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية وهذا بعد تقييدها في السجل التجاري، دون أن يتوقف ذلك على قبول من الشركة أو الشركاء، وتنتقل ملكيتها بالوفاة ولا تضم إلا نوعا واحدا من الشركاء يسمون المساهمين.

ب*عنوان شركة المساهمة:

لا يجوز أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم احدهم عنوانا لها[2]، هذا ماجاء به القانون الفرنسي، أما التشريع الجزائري فأجاز أن يكون اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة(المادة02/593من القانون التجاري)، فيجب أن يشار إلى العنوان في جميع العقود والمستندات التي توقع من ممثلي الشركة، الامر الذي رتب عنه المشرع عقوبات جزائية عند مخالفة ذلك، كما أنها تستمر قائمة على الرغم من وفاة الشريك أو إفلاسه أو الحجر عليه أو خروجه منها، فلا اثر لكل هذا على الشركة واستمرارها[3]، الامر الذي يفهم منه أن الشريك لايظل أسيرا لها بل يستطيع التحرر منها بتداول حصته فيها، أو التنازل عنها بطرق سهلة وسريعة ومبسطة، وهذا يعني أن ظاهرة تجدد الشركاء وتغييرهم لا تأثير لها على الشركة مما يقطع بضعف الاعتبار الشخصي في هذا النوع من الشركات وسيادة الاعتبار المالي فيه[5].

---

[1] - أما عن قيمته فهو يختلف باختلاف الطريقة التي تأسست بها، فإذا ما لجأت الشركة إلى علنية الادخار فيجب أن لا يقل رأس مالها عن خمسة(5)ملايين دينار جزائري على الأقل أما إذا كان عن طريق التأسيس الفوري فيجب على الأقل مليون دينار(المادة594من ت.ت.ج)، و خصص المشرع للتأسيس عن طريق اللجوء العلني للادخار المواد من595(معدلة)الى604(معدلة)من ت.ت.ج، والمواد من2الى6و17و18من المرسوم التنفيذي رقم95-438المؤرخ في1995/12/23والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، حيث يتطلب هذا التأسيس مراحل متتابعة، ويخضع لقيود تشريعية وتنظيمية معقدة، فنجد هناك مرحلتين هامتين في هذا النوع من التأسيس، فالمرحلة الأولى تكون بإعداد مشروع القانون الأساسي للشركة، أي العقد الابتدائي، ويبرم أمام الموثق، يسمى أيضا بعقد التأسيس، ويتضمن أسماء المؤسسين ومهنتهم وجنسيتهم وعناوينهم واسم الشركة والغرض منها ومركزها والمدة المحددة لها، ومقدار رأس المال وقيمة كل سهم ونوعه، وتعهد المؤسسين بالقيام بجميع الإجراءات اللازمة لإتمام تأسيس الشركة...ثم في مرحلة ثانية تبدأ مرحلة الاكتتاب في رأس المال، وهي مرحلة هامة ولهذا تشدد المشرع فيها من حيث الشروط الإجرائية والموضوعية، فالإجرائية تكون من انه قبل دعوة جمهور المدخرين لأجل الاكتتاب في رأس المال، لابد أن ينشر إعلان تحت مسؤوليتهم حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم فيراعى فيه(طريقة وشكل الاكتتاب، الجمعية العامة التاسيسة).
أما الموضوعية فيراعى فيها(أن يكون الاكتتاب بكامل رأس المال، ويكون نهائيا وجديا).
أما في حالة التأسيس الفوري(دون اللجوء العلني للادخار) فنظم المشرع أحكامها من المادة605(معدلة)الى609(معدلة)من ت.ت.ج، وهو يمتاز بأحكام بسيطة في إجراءاتها، لان الاكتتاب فيها يكون قاصرا على المؤسسين وحدهم دون دعوة الجمهور للاكتتاب في أسهمها. فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص136وما يليها. و عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص27.

[2] - المادة02من القانون رقم159لسنة1981والمادة70من قانون الشركات الفرنسي رقم537لسنة1966والفقرة(03)من المادة(01)من قانون الشركات الانجليزي سنة1985.

[3] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، نفس الصفحة. و فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص135.

[5] - علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص283.

ج*مركز الشريك في الشركة:

ان العبرة والائتمان في هذه الشركات لا يتوقف على شخصية الشريك، أو على ما يتمتعون به من ثقة لدى الغير المتعامل مع الشركة، أو بين الشركاء بعضهم بعضا، بل يعتمد وبصفه رئيسة على مقدار الأموال التي يقدمها المساهم(الشريك)للشركة[1]، وما تكونه أثناء حياتها من تراكمات مالية، وفي هذا الإطار فالشريك لا يكتسب صفة التاجر أي لا تشترط فيه الأهلية التجارية، ويمكن للقاصر ان يساهم في الشركة بواسطة ممثله القانوني، كما ان الغلط في شخص الشريك لا يعتبر غلطا يبطل العقد، كما يجوز للشريك التصرف في حصته دون حاجة إلى رضاء الشركاء، أما **انقضائها** فلا يرتبط بأسباب وجود الاعتبار الشخصي، فهي تنقضي إما بالانقضاء المؤسس على الحالة المالية للشركة(المادة715مكرر20من القانون التجاري)، أو بانخفاض عدد الشركاء عن الحد المقرر قانونا(المادة715مكرر19من القانون التجـاري)[2].

د*الحد الأدنى لعدد الشركاء:

يشترط وجود حد أدنى من المساهمين07على الأقل، باستثناء الشركات العمومية (المادة2/592من القانون التجاري)، وهذا لسبب أن المؤسسين مسؤولون عن الأخطاء التي تقع منهم في تأسيس الشركة، فكلما زاد عدد المسؤولين زاد ضمان المكتتبين[3].

2- تأسيس شركة المساهمة

نتعرض هنا الى اجراءات التاسيس ثم الى تعديل النظام الاساسي لشركة المساهمة:

ا*إجراءات التأسيس:

تقوم مجموعة من الأشخاص يسمون بالمؤسسين بتحرير العقد الابتدائي ونظام الشركة، وجمع رأس المال اللازم والوفاء بقيمته لتحقيق غرض الشركة، وبدعوة الجمعية

---

[1] - علي سيد قاسم، نفس المرجع ونفس الصفحة.

[2] - مع العلم أن الاخلال بهذا الركن الأخير لم يعد مشكلا بالنسبة للقانون الفرنسي إذ يمكن تحويل الشركة إلى المساهمة المبسطة والتي يمكن تاسيسها من شريك واحد فأكثر.
نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص340وما يليها. فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص204وما يليها.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص313.

[3] - لكن هذا الشرط غالبا ما كان عائقا في تأسيس هذه الشركات الأمر الذي يؤدي في الواقع العملي إلى التحايل عليه، ومثال ذلك ان هناك شركة أجنبية احتراما للشرط المفروض وهو7لجأت إلى منح6أشخاص طبيعيين، حيث تملك الشركة الكويتية1994سهم،و6 أسهم وزعت على6 أشخاص طبيعية (سهم لكل واحد)شركة مساهمة، ج.ر، ع4، الصادرة في14جانفي2004.
فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص136. نادية فضيل، مرجع سابق، ص147.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص266.

التاسيسية للانعقاد بهدف تقويم الحصص العينية إن وجدت و التصديق على نظام الشركة واتخاذ إجراءات الشهر القانونية، وإخطار الجهات المختصة بتأسيس الشركة[1].

كل ذلك بقصد حماية الاقتصاد القومي وجمهور المدخرين على حد سواء، وإمعانا في هذه الحماية قرر المشرع جزاءات خطيرة على مخالفة هذه الإجراءات، تصل أحيانا إلى حد المساءلة الجنائية[2]، إضافة إلى اتخاذ الإجراءات القانونية للشهر، مع توفر نصاب معين في الجمعيات العمومية ولا مكان فيها للحرية التعاقدية[3].

ومن حيث الإدارة تنظم هذه الشركة عن طريق مجلس الإدارة يضم حد أدنى من الأعضاء[4]، وهذا طبقا لنص المادتين610و01/643من القانون التجاري، حيث تنص المادة610على انه(بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة، الذي يتشكل من أعضاء يتراوح عددهم بين ثلاثة(3)و اثني عشر(12) عضوا)، والمادة01/643بالنسبة لمجلس المديرين، الذي يتكون من ثلاثة(3)إلى خمسة(5)أعضاء على الأكثر.

ب*تعديل النظام الأساسي لشركة المساهمة بين المفهوم التعاقدي والمفهوم النظامي للشركة[5]:

ان شركة المساهمة تؤسس لتبقى مدة طويلة من الزمن وهذا لقيامها بالمشروعات الاقتصادية الكبرى واسعة النطاق وقد تضطر خلال تواجدها إلى عدة تغيرات اقتصادية الامر الذي يحتم عليها تعديل وتغيير نظامها الأساسي الذي تعمل الشركة في ظله.

وظهر في هذا الشأن مفهومان لفكرة تعديل النظـام الأساسي للشركة وهما:

* ان إمكانية التعديل قد تبدو صعبة المنال طبقا للمفهوم التقليدي للشركة الذي يرى بأنها عقد، ويخضع للأحكام المعروفة في نظرية العقد، وعلى رأسها فكرة(العقد شريعة المتعاقدين)، أي ان كل تعديل أو تغيير أو إلغاء يتوقف على رضاء كل أطراف العقد.

---

[1] - المادة715مكرر40(جديدة)من القسم الفرعي الثاني(الأسهم).والمادة1/592(معدلة)من ت.ت.ج. عمار عمورة، نفس المرجع، ص273وما يليها.و

- Y.Guyon: Droit Commercial général et sociétés, éd, T.I.10, 1998.Op.CIT.N730P760.

[2] - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص137.و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص165وما يليها.

[3] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص136وما يليها.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص265وما يليها.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص135وما يليها. و فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، شركات المساهمة، المجلد الرابع، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دار مكتبة التربية، بيروت، 1997، ص26وما يليها.

[4]- Philippe Merle, op.cit.P291N290

[5] - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص347و348.و

- G.Ripert ET R.Roblot, Op.CIT, P1089:N1528.

وبصفة أخرى تتوقف صحة تعديل نظام الشركة على إجماع كل الشركاء المساهمين أو أغلبيتهم متى وجد شرط يقضي بجواز ذلك في النظام الأساسي، لكن من الناحية العملية تظهر صعوبة هذا الشرط وهذا بسبب كثرتهم العددية و عدم اهتمامهم بشؤون الشركة وانصرافهم إلى حضور اجتماعات الجمعية العامة التي تنظمهم.

* كما انه ظهر مفهوم فقهي آخر يرى في الشركة تنظيما قانونيا يتمتع بشخصية مستقلة عن الأشخاص الذين قاموا بتأسيسها، فهي احكم واقوى الشركات، كما أنها اعقد الأشخاص المعنوية الخاصة، وتعتبر هذه الشركة تقنية تتبناها اكبر المؤسسات في التسيير، إذ ان شكل هذه الشركات يشكل احد الأشكال الهامة التي أتاحت للشركات العمومية الهامة ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر باستعمال واسع النطاق عن طريق ما يسمى بالشركات التابعة، والشركات المراقبة وذلك باعتبارها تسهل اللامركزية[1].

فتعديل النظام الأساسي للشركة هو من صلاحيات الجمعية العامة غير العادية، وهي ذات طابع استثنائي، كون نظام الشركة هو عبارة عن قانون المتعاقدين، وطبقا للقواعد العامة لا يجوز تعديله إلا بموافقة جميع المتعاقدين، ولكي يكون إجراء التعديل صحيحا يكفي ان تتوافر الأغلبية الخاصة المشترطة في النظام دون الإجماع من جانب المساهمين، لاسيما ان لشركة المساهمة مركز قانوني منظم اقرب إلى القانون منه إلى العقد[2].

ثانيا: الطبيعة القانونية لشركة المساهمة

بغض النظر عن فكرة العقد الذي هو الأصل في إنشاء كل شركة مهما كان شكلها فان شركات الأموال وأبرزها شركات المساهمة ثم شركات التوصية بالأسهم ثم المسؤولية المحدودة تخضع لأنظمة فرضها القانون، فمن خلال هذا يمكن أن نستعرض أهم الآراء الفقهية حول **الطبيعة القانونية لشركة المساهمة**[3]، من حيث:

ا-نظرية العقد: يذهب اغلب الفقه والقضاء الى أن شركة المساهمة ما هي إلا نتيجة لعقد[4]، الذي بموجبه يلتزم كل مساهم بتقديم مبلغ من النقود، وبالمقابل يتسلم سهما أو أكثر، هذا مما

---

[1] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص136.

[2] - عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص145.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص301وما يليها.

[3] - فوزي محمد سامي، شركات المساهمة، مرجع سابق، ص10وما يليها، و محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص134.

[4]- Sigaut.J.Les deux sortes des sociétés anonymes.La société prive et la société faisant appel a l'epargen publique, Thèse Gronbule1942, p142.

- اشار اليه فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص10.

يعطيه الحق في اقتسام الأرباح التي تحققها الشركة والحق في اقتسام ما تبقى من أموالها عند تصفيتها.

ان الباحثين الفرنسيين يرون أن الشركة تقوم على أساس العقد، فشركة المساهمة تجد أساسها فيه، والذي يخضع كما هو الحال في العقود الأخرى إلى جميع الشروط الموضوعية للعقد، وان كل عقد للشركة تجتمع فيه عناصر أساسية أربعة وهي(حصة يقدمها كل شريك، القصد في تحقيق الربح وتوزيعه، الاشتراك بالأرباح والخسائر، النية لتكوين شركة)، **أما فيما يخص أطراف العقد** فان السؤال الذي يطرح هنا: من هم أطراف العقد الخاصة بتأسيس الشركة؟ فيقول في هذا الشأن الفقيه(ليسكوLescot)، ان هناك عقد وهو الأساس لكل شركة مساهمة، وهذه النقطة الوحيدة التي يتفق عليها أنصار النظرية العقدية ولكن عندما يأتي السؤال حول من هم أطراف العقد؟ وهل هنـاك عقد تمهيدي؟

نجد أنفسنا أمام خلاف فقهي تام[1]، و الذي ترتبت عنه **النتائج التالية:**

*عندما يكتتب المساهم بالأسهم فانه يكون قد ساهم في تكوين الشركة، حيث يتنازل عن حق الملكية في الأموال التي يقدمها، وبالمقابل يكتسب حقوقا أساسها العقد، والتي لا يمكن

---

[1]- ان هناك رأي يقول بان شركة المساهمة عبارة عن عقد يتم بين المكتتبين، وهذا العقد ينشا عندما يكتتب المساهمون باسهم الشركة ويقبلون بنظامها، وبالتالي يعتبر ذلك تصريحا منهم بالاشتراك في تأسيس الشركة المذكورة، وكل مكتتب يعتبر ملتزما تجاه المكتتبين الاخرين بموجب اتفاق يربطهم ببعض.

لكن هذا الرأي تم نقده من حيث انه كيف يتفق المكتتبون فيما بينهم، واذا كان تبادل الارادة يتم عن طريق المؤسسين فهل يتصرف المؤسسون باعتبارهم وكلاء عن المكتتبين.

-كما يضيف(Zumstein)، إلى هذا النقد قوله(ليس فقط ان المكتتبين لا يعرفون مع من يتعاقدون ولكن لا يعرفون أيضا ماذا ستكون الصيغة النهائية للعقد، فعند اجتماع الهيئة العامة التأسيسية يمكن ان تعدل القواعد الاساسية للنظام الذي بموجبه تم الاكتتاب).

-وهناك من يرى ان عقد الشركة يتم بين المكتتبين وبين المؤسسين حيث يذهب عدد كبير من الفقهاء التقليديين إلى ان الأساس القانوني لشركة المساهمة هو عقد الاكتتاب بالأسهم، وان العقد يتم عندما يبلغ المكتتب بقبوله عرضه، هؤولاء الفقهاء يشددون على الطبيعة الثنائية للعقد بين المكتتبين والمؤسسين الذين يلتزمون بتحقيق وجود الشركة.

وعليه فان شركة المساهمة ما هي إلا استمرار للمشاركة التي تمت بين المؤسسين والمكتتبين، ولكن إذا كانت شركة المساهمة نتيجة لمشاركة المكتتبين مع المؤسسين، فلماذا يكون المؤسسين وحدهم مسؤولين عن فشل تأسيس الشركة؟

-كما انه يوجد هناك رأى ثالث يذهب إلى ان شركة المساهمة ماهي إلا ثمرة لعقد بين المؤسسين أنفسهم، وبموجب هذه النظرية فان الأساس القانوني للشركة هو الاتفاق الذي يتم بين المؤسسين، ويكون الغرض منه العمل على اتخاذ ما يلزم لتأسيس الشركة

-يضاف إلى ما سبق رأي رابع يرى ان الاتفاق بين المؤسسين يؤدي إلى تكوين مجموعة تنشا عنها شركة تتشابه مع الشركة التي تنشا بين المؤسسين حسب الفقه الألماني، وهي لا تتشابه مع الشركة التي تسجل في السجل التجاري، وإنما شركة أخرى يكون هدفها اتخاذ الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة المساهمة.

انظر كلا من:

- Lescot,P,Essai sur la periode constituttive des personnes morales en droit Thèse privé,dijon 1913PP166-167
- Zumstein, J, Du Caractere institutional de la sociéte anonyme.Thése, Lausanne1954 PP18-19.
- G.Ripert, traité, élemantaire de droit commercial, 4e éd.Paris1959, No.924, P459
- اشار اليه فوزي محمد سامي، شركـات المساهمة، مرجع سابق، ص13و14.

تغييرها أو تعديلها، خلافا لإرادته ورضاه، وهذه الحقوق تسمى في فرنسا وسويسرا بالحقوق المكتسبة، وتسمى في ألمانيا بالحقوق الخاصة بالمساهم.

*المساواة بين المساهمين اتجاه الشركة، ويعاملون على قدم المساواة عندما يجدون أنفسهم في ظروف مماثلة، وهو يشكل ضمانة هامة أمام المعاملة التعسفية للمساهمين، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والسويسري والألماني[1].

*ان المساهم غير ملزم بان يدفع إلى الشركة أموالا تتجاوز ما هو منصوص عليه في نظام الشركة.

*لايمكن ان تتخذ الهيئة العامة للمساهمين قراراتها إلا بالإجماع، ولكن في الواقع العملي هناك دائما أقلية معارضة، وهذه الأقلية تجد نفسها ملزمة بقرار الأغلبية، وهذا ما يتعارض مع منطق النظرية العقدية، إلا ان هذه الأخيرة تجد تبريرا لهذه الظاهرة بقولها(يفترض في جميع المساهمين أنهم يقبلون ما تريد الأغلبية[2]).

*ان النظرية العقدية تجعل من الشخصية المعنوية للشركة نتيجة لتلقي إرادة الشركاء في الشركة، أي ان إرادة الشركاء هي التي تولد الشخصية المعنوية، وان التسجيل في سجل الشركات أو صدور شهادة التأسيس ما هو إلا إجراء كاشف عن شخصية الشركة والتي تكون موجودة قبل تسجيلها أو قبل صدور شهادة تاسيسها وان الشركة لا تمثل سوى مصالح وحقوق وإرادة فردية[3].

ب-نظرية المؤسسة أو المنظمة: ان النظرية التقليدية عند بداية القرن العشرين أخذت بالانحسار أمام نظرية جديدة وهي نظرية المؤسسة أو المنظمة، والتي تستند بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحة المجموعة، وظهور هذه النظرية كان نتيجة لتقلص مبدأ سلطان الارادة أمام تدخل الدولة عن طريق تشريعاتها في تنظيم المؤسسات الاقتصادية لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وان الفكرة الحديثة المبنية على مصلحة الشركة تتجاوز حدود العقد حيث أنها تشمل مصالح جميع الأشخاص الذين يهمهم نجاح الشركة، كما هي الحال بالنسبة

---

[1] -هاته الحقوق تتصل بصفة الشخص عندما يعتبر شريكا في الشركة، فبعض القوانين تنص صراحة على ضمان هاته الحقوق، فنص عنها القانون السويسري في مادته66من قانون الالتزامات والقانون التجاري السوري في مادته156.

[2]- Gaillard,E,Théorie instutitionelle et la fonctionnement de la société anonyme, Thèse,lyon1932,PP15-16

- اشار اليه فوزي محمد سامي، شركات المساهمة، مرجع سابق، ص16.

[3] - فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص20.

لمصلحة الدائنين والعاملين في الشركة وحاملي السندات التي تصدرها الشركة، يضاف إلى ذلك أن أهداف الشركة يجب أن لا تتعارض مع خطة التنمية الاقتصادية للبلد، وبالتالي تعتبر الشركة كعنصر من العناصر التي تساهم في تحقيق المصلحة القومية[1].

كما نجد أن أنصار النظرية الحديثة نادوا بضرورة إيجاد صيغ جديدة تمكن الشركة من مزاولة نشاطها بشكل يمكنها من مواجهة مختلف الظروف الاقتصادية[2].

وعليه فان الشركة وفق هاته النظرية تخرج عن نطاق العقد، ذلك لان العلاقات في المؤسسة هي موضوعية وتنظيمية، لذا قيل ان الشركة لا تنشا بإرادة أشخاص ولكن بموجب تنظيم قانوني، وعليه فان الشركة عبر هذا المنظور ما هي إلا مؤسسة خاصة تتشابه مع المؤسسات العامة التي يجب أن تستمر في خدمة مصلحة المجموع بشكل ثابت ومستمر، وهذا لتحقيق هدفها الذي هو في خدمة الاقتصاد الوطني، وعليه فان فكرة اتخاذ القرارات بالإجماع لا تجد لها تأييدا في النظرية الحديثة، وإنما تتخذ القرارات بالأغلبية حتى وان كان ذلك يتعلق بتغيير نظام الشركة[3].

وعليه **فالنتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الحديثة تتمثل في**[4]**:**

*أهم عنصر في شركة المساهمة هو تحقيق غرض مشترك أو فكرة مشتركة، ومركز المساهم في هذه الشركة يشبه المركز القانوني للمواطن بالنسبة للدولة، وعليه فهو يخضع لقرارات الشركة ويلتزم بها، الامر الذي ينتج عنه عدم الاعتراف له بالحقوق المكتسبة.

*لا توجد مساواة مطلقة بين جميع المساهمين في الشركة وإنما مساواة نسبية.

*أن الهيئة العامة في شركة المساهمة لا تعتبر السلطة العليا كما رأينا في النظرية العقدية، بل هناك فصل بين تشكيلات وهيئات الشركة(مجلس الإدارة، مندوبو الحسابات، الهيئة العامة).

*نشوء الشخصية المعنوية هو ليس من صنع إرادة الأشخاص، وإنما هي نتيجة حتمية لتحقيق مصلحة المجموع وهي تمثل الهدف المشترك المراد تحقيقه.

*السلطة تكون بيد أغلبية المساهمين لأنها هي صاحبة اتخاذ القرار.

---

[1] - فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص22.
[2] - فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص21.
[3] - فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص22.
[4] - فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص23وما يليها.

ثالثا:الطبيعة القانونية للاكتتاب بالأسهم

ان هذا الموضوع اثار اهتمام الفقه وهذا لسبب صعوبة تحديد المراكز القانونية لأطراف عملية الاكتتاب، وعليه ظهر خلاف حول **التكييف القانوني للاكتتاب**[1] يمكن ان نجمله في:

***النظرية العقدية**[2]**:**

هنا يمكن ان نجمل الآراء من خلال:

-أطراف العقد:

يتمثل الطرف الأول في المكتتب وهو الشخص الذي يرد اسمه في طلب الاكتتاب حيث يبدي رغبته بالاكتتاب بعدد معين من الأسهم، أما الإشكال فيتمثل في الطرف الثاني من العقد وتبرز صعوبة تحديده خصيصا في الاكتتاب العام بالأسهم المطروحة عند تأسيس الشركة، حيث برزت في هذا الصدد ثلاثة آراء، فيذهب الأول إلى القول ان عقد الاكتتاب ينعقد بين المكتتبين أنفسهم[3]، أما رأي أخر يرى فيه انه يتم بين المكتتبين والشركة تحت التأسيس[4]، أما الرأي الأخير فيرى انه يتم بين المكتتبين وبين المؤسسين من جهة أخرى[5].

---

[1] - الاكتتاب معناه إعلان أو إبداء المكتتب لرغبته في دخول الشركة المستقبلية عن طريق تعهده بشراء عدد من أسهمها المطروحة على الجمهور لاقتنائها، أو يعرف على انه إعلان عن رغبة المكتتب في الانضمام إلى الشركة تحت التأسيس مقابل المساهمة في رأس المال بعدد معين من الأسهم المطروحة، ويعتبر الاكتتاب التزام المكتتب بتقديم الحصة، وإتمام هذه الأخيرة يعتبر تنفيذا لهذا الالتزام. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص160.و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص168. و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص138.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص267.و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص168وما يليها.

[2] - قد أكد اجتهاد الفقه الفرنسي وجود هذا العقد بوصفه بأنه ملزم للطرفين. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص385، فقرة1423وما يليها.

[3] - وقد قيل في هذا الشأن انه صورة من صور الارادة المنفردة، إذ يعلن المكتتب رغبته في الانضمام إلى الشركة ويتعهد بأداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها، فيلتزم بما تعهد به.
غير ان الاستناد إلى الارادة المنفردة لا يستقيم، لأنها ليست من المصادر العامة للالتزامات في القانون المدني لكن التشريع الحالي أصبحت الارادة المنفردة كمصدر أصيل للالتزام فالشركة ليست مجرد عقد، بل يمكن أن تنشا الشركة استنادا للإرادة المنفردة كما هو الحال في شركة الشخص الواحد. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص161. و احمد محرز، مرجع سابق، ص256. و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص178.

[4] - نادية فضيل، نفس المرجع، ص179.

[5] - هاته الآراء صيغت في نظريتين وهما:
*نظرية الوكالة:
نادى بها الفقيه(Brikmann)، وملخصها ان كل مكتتب عندما يكتتب باسهم الشركة يفوض ضمنيا المؤسسين للعمل على البحث عن مكتتبين آخرين، أي ان العلاقة بين المكتتبين والمؤسسين تقوم على أساس الوكالة.
لكن اخذ عليها أنها لم تتمكن من تفسير طبيعة عقد الاكتتاب بالأسهم في شركات المساهمة، ذلك ان فكرة الوكالة الضمنية الممنوحة من المكتتبين إلى المؤسسين، لا تنطبق على ما يجري عليه الواقع، ولا تتفق مع ما ترمي إليه إرادة المكتتبين عند اكتتابهم بالأسهم.
*نظرية العلاقة المباشرة:
أي ان المكتتبين يلتزمون مباشرة تجاه الشركة، وبموجب هاته الفكرة يرى أنصارها ان للشركة شخصية داخلية خلال مدة تاسيسها وتتكون نواة هاته الشخصية عندما يكتتب اثنان في أسهم الشركة المستقبلية فتكتسب شخصية معنوية داخلية وهي تكون موجودة بالنسبة للعلاقات الداخلية لأعضاء الشركة.
أما بالنسبة للغير فلا تعتبر هاته الشخصية موجودة إلا بعد التأسيس النهائي للشركة. فوزي محمد سامي، شركات المساهمة، مرجع سابق، ص106وما يليها.

هناك آراء عدة في **تحديد نوع العقد الخاص بالاكتتاب**[1]، ويذهب إليها قسم كبير من الفقه والقضاء والتي ترى بان الاكتتاب يمثل عقد الشركة وهذا في انه:

يتم بين المكتتبين والمؤسسين، حيث ان عقد الاكتتاب هو بمثابة عقد تبادلي بين المكتتبين و الشركة تحت التأسيس بوصفها شخصا معنويا في طور التكوين يمثله المؤسسون، وبمقتضى هذا العقد يلتزم المكتتبون بدفع القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها في مقابل التزام الشركة بقبولهم شركاء فيها ومنحهم الأسهم التي طلبوها[2].

***نظرية المؤسسة:**

يرى أنصارها ان الشخص الذي يكتتب باسهم شركة في دور تاسيسها، لايتعاقد مع الشركة التي لا وجود لها ولا مع المؤسسين الذين لايملكون ان يمنحوه حقوقا ليست لهم، وإنما يعلن المكتتب عن رغبته في الانضمام إلى الشركة التي سوف تؤسس، وهذا التعبير عن الارادة ينتج آثاره عندما يبلغ إلى المؤسسين وبالتالي يعد معبرا عن انضمامه إلى الشركة التي سوف تنشأ، لكن لا يمكن ان نقول ان الاكتتاب وليد إرادة المكتتب الذي ينضم إلى الشركة المستقبلة، لان التصرف لا يصبح نافذا ولا ينتج أثاره إلا إذا كان متصلا بإرادة الشخص وحده، أي بإرادة

---

[1]- هناك نظريات جاءت في تمثيل مؤسسي الشركة منها:

*الاكتتاب هو عقد بيع أو وعد بالبيع، وهذا الراى يدعوا له الفقيه الألماني(اورباخ)، فعقد الاكتتاب هو عقد بيع يتم بين المؤسسين والمكتتب، بموجبه يشتري هذا الأخير الوثيقة المؤقته للأسهم، التي تشبه السلعة، مقابل دفع القيمة التي تمثل الثمن.

أما(سياج) من فرنسا فيذهب إلى القول ان عقد الاكتتاب هو وعد بالبيع من المؤسسين تجاه المكتتب، لكن تم نقد هذا الرأي من طرف الفقيه(برون) بقوله(ان عناصر الاكتتاب بالأسهم تختلف في الحقيقة عن عقد البيع)، لان المكتتب باكتتابه لا يحصل فقط على الأسهم وإنما يصبح شريكا في الشركة وهاته الصفة تمنحه عدة حقوق لا يمكن تفسيرها إذا أخذنا بنظرية البيع.

*الاكتتاب اشتراط لمصلحة الغير، ان الأشخاص الثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير في عقد الاكتتاب هم المشترط(المؤسسون)، المتعهد(المكتتب باسهم الشركة)، المنتفع(الشركة التي جرى الاكتتاب بأسهمها)، لكن النقد الذي يوجه لها ان الاكتتاب ليس تصرفا يعطي فائدة أو منفعة للشركة وإنما هو وسيلة لجمع رأس مال الشركة، أو كيف نفسر ان المكتتب(المتعهد) يستطيع ان يقرر في اجتماع الهيئة العامة التأسيسي الرجوع عن تأسيس الشركة.

*الاكتتاب عقد غير مسمى: دعى إلى هاته النظرة كلا من(لابند،ليسكو)، حيث ذهب قولهم إلى اعتبار ان الاكتتاب عقد غير مسمى، ينعقد بين المؤسسين وبين كل واحد من المكتتبين، وبموجب هذا العقد يلتزم كل طرف تجاه الأخر بتنفيذ بعض التصرفات، فالمكتتبون يلتزمون بتقديم القيمة الاسمية للأسهم المكتتب بها، أما المؤسسون فيلتزمون بإصدار الأسهم التي تقابل القيمة التي تم تسديدها، كما ان آثاره تنصرف إلى الشركة منذ اللحظة التي يتم تاسيسها قانونا، ومراد هذا الرأي ان هذا العقد هو ذو طابع خاص، ولا يشبه أي من العقود التي يذكرها القانون.

- Sebag, L,Les conditions juridiques des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance;Thése Paris,1938.PP345et346.ET Voir Brauen A;La souscription d'actions,Thése Neuchatel,1928,P59

- Brauen A;La souscription d'actions,Thése Neuchatel,1928,P59

و محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون الأردني، عمان1993، ص150وما يليها.

- ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، نفس المرجع، ص386، فقرة1424.و فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص111وما يليها.

[2]- هاته الفكرة تلقى صدى بالنسبة للتشريعات التي تمنح الشركة الشخصية الاعتبارية قبل الاكتتاب في رأس المال، وفي التشريعات التي تجعل من الإخطار بإنشاء الشركة أخر إجراء من إجراءات التأسيس، وهذا ما انحاز له المشرع الفرنسي من خلال المادة190من قانون الشركات1966، حيث استعمل عبارة(عقد الاكتتاب)، وهو الأساس القانوني لشركة المساهمة.

لكن تم نقد هذا الرأي من خلال:

ان المكتتب عند اكتتابه بالأسهم لا يرمي إلى تأسيس الشركة لان إرادته تنصرف إلى الحصول على عدد من الأسهم في الشركة المستقبلية، وحصوله على الأسهم مع احتمال حصوله على الربح أو المضاربة بقيمة الأسهم. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص161.و فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص110.

منفردة، وعلى هذا الأساس ذهب عدد من دعاة هاته النظرية إلى القول بان الاكتتاب يشبه العقد النموذجي الذي يتميز بالإذعان[1]، تفرض فيه إرادة المؤسسين على المكتتبين، ويقول(Gaillard){العقد الذي بموجبه ينضم المكتتب إلى الشركة يشبه تماما عمل الشخص كموظف في إحدى الإدارات العامة حيث يخضع لنظام تلك المؤسسة ويمكن تعديل نظام خدمته بدون رضاه}[2]، فالمؤسسين يضعون شروط الاكتتاب مقدما، ولا يكون للمكتتب إلا قبولها أو رفضها برمتها، ليس له ان يناقشها أو أن يضع شروطا خاصة به، ومما لا شك فيه أن طرح صفة الإذعان على هذا العقد يعتبر خير دليل على أن شركة المساهمة اقرب إلى فكرة النظام منه إلى فكرة العقد[3].

---

[1] - أن تعهد المكتتبين الأحادي الجانب يكفي لإثبات عدم صحة المفهوم التعاقدي، فالشخص الذي يكتتب باسهم شركة في طور التكوين لا يتعاقد مع شركة غير موجودة بعد ويريد أن يكون فريقا فيها، ولا يتعاقد مع المؤسسين الذين يستطيعون أن يتنازلوا له عن حقوق لا تعود إليهم. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص386، فقرة1425.

[2] - نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص178.

[3] - ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل ان طبيعة عقد الإذعان تجعل من التصرف تصرفا بإرادة منفردة كما يذهب إليه بعض من الفقهاء الفرنسيين؟ ففي هذا الشأن يرى(Gaillard)، انه نكون أمام عقد إذعان حتى وان كان ذلك قد تم في ظروف تجعل من إرادة احد الأطراف هي المسيطرة وان العقد في مصلحة الطرف الذي له القوة الاقتصادية أو الاجتماعية وقد تلعب عدم مساواة أطراف العقد دورا في صحة العقد ولكن ليس في طبيعة العقد، أما(Repert)، فيرى ان دعاة هاته النظرية يبالغون في أهمية إرادة المؤسسين كعنصر رئيسي في عقد الاكتتاب، وينكرون أهمية إرادة المكتتب في العقد المذكور، فلولا انضمامه بإرادته إلى العقد لما أصبح العقد نافذا، لذلك فان إرادة المذعن في عقود الإذعان تمثل الطرف الثاني في العقد.
أما(Houin)، فيرى ان الاكتتاب عقد عادي، وليس من عقود الإذعان، فلا يوجد في هذا العقد طرف يفرض سلطانه وشروطه على الطرف الآخر.
كما ان المؤسسيين أنفسهم يخضعون أيضا لذات الشروط عند اكتتابهم بالأسهم، شانهم في ذلك شان المكتتبين الاخرين فلا يوجد في الاكتتاب طرف قوي وطرف ضعيف حتى نكون أمام حالة عدم المساواة بين طرفي العقد.
محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص162. و

المبحث الثاني

الاعتراف بالطبيعة المختلطة للشركة

ان البعض من الفقه حاول إيجاد المكان الصحيح للشركة ما بين الطابع التعاقدي والطابع النظامي، هذا الامر يتمحور حول الإقرار بالطبيعة المتعددة أو المركبة للشركة[1].

فإذا كان الاعتبار الشخصي قد توارى وترك الهيمنة للاعتبار المالي فهذا لا يعني بحال من الأحوال غيابه تماما، بل يعني ضعف دوره بالمقارنة بالدور الذي يضطلع به الاعتبار المالي فيها، فلا يمنع من وجود الاعتبارين معا في هذه الشركات، فهناك بعض الشركات التي تتوسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال وتأخذ من خصائص كلا من النوعين، ومن ثم تكون لهذه الشركات طبيعة مختلطة[2].

فقد ظهر رأي فقهي يعتبر الشركة كإطار قانوني لتنظيم المشروع الاقتصادي(**المطلب الأول**)، كما انه علينا ان نعترف ان الدعوة إلى الفكرة العقدية باتت وفي كل يوم تكتسب أرضية جديدة في مجال أنواع الشركة، وقد يشجعنا هذا إلى الذهاب ابعد من ذلك بتتبع الأدوار والوظائف التي ما فتئ العقد والاتفاق يهتمان بها في مجال الشركة، مما يدعونا إلى إعادة النظر إلى دور الارادة في إنشائها وتنظيمها للشركة بمفهومها الحديث(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الشركة كإطار قانوني لتنظيم المشروع الاقتصادي

ان الشركة ليست سوى أداة فنية قانونية ترصد لخدمة المشروع[3]، فهو حقيقة اقتصادية و اجتماعية، وهو تنظيم يهدف إلى إنتاج سلعة أو تقديم خدمة للسوق، وهذا الإطار الذي يقوم

---

[1]- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P174.

[2]- محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص138. و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص12.

[3]- والنظر إلى الشركة بوصفها جهاز قانوني لتنظيم المشروع تساعد على تحديد الغايات التي يجب أن يتوخاها المشرع و الفقه و القضاء، والمصالح التي تتعين حمايتها عند سن القواعد المنظمة للشركات أو عند تقديم الحلول العملية التي ينبغي أن تقارب بين ثبات القواعد القانونية من جانب و المعطيات الاقتصادية و الاجتماعية المتغيرة من جانب أخر، على نحو يؤكد استقلال المشروع و يضمن استقراره و استمراره، و يحقق الأهداف المشروعة المرتبطة به، ومن دعاتها نجد الفقيه(برترال)يعبر عنها بالمفهوم الغائي أو الوظيفي، ويتزعم هذا الرأي أصحاب المدرسة الرينية(l'École de Rennes).
ومن فقهاء هذه المدرسة نذكر الأساتذة(Houin,Loussouarn,Percérou…..). علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص16.و

- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, irina barchkévova, op.cit.P173.

المشرع برسم أشكاله على عناصر مختلفة بعضها ذو صفة تشريعية، والأخر ذو صفة عقدية، وما على الأفراد سوى اختيار العنصر الذي ارتضوه لمشروعهم الاقتصادي[1].

و نظرية الإطار القانوني لا تنفي الفكرتين التعاقدية والنظامية بل تجمع بينهما، ذلك بان التنظيم القانوني للشركة ينهض في آن واحد على عناصر إرادية و أخرى مستمدة من النصوص التشريعية الآمرة تتألف فيما بينها لتقدم هذا الجهاز القانوني الهام اللازم لتأسيس المشروع الاقتصادي و تنظيمه وإدارته[2]، وهذا ما يدعمه معظم فقهاء قانون الشركات وحسب(Cozian)و(Viandier)انه ليس هناك نوع واحد من الشركات بل عدة أنواع، فيجب أن نحلل حسب الحالة فيما هي ذات طابع عقدي أم نظامي، وخير دليل على ذلك شركة التوصية بالأسهم**(الفرع الأول)** والشركة ذات المسؤولية المحدودة**(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

شركة التوصية بالأسهم

ان هذا النوع من الشركات مكن رجال الأعمال من تأسيس مشروعات اقتصادية وإدارتها بقدر كبير من الحرية[3]، مستعينين بالأموال المقدمة من المساهمين الذين يتقدمون بعروض عامة للشراء، والتي تستهدف السيطرة على الشركات ومقدراتها، الامر الذي يجعلنا نتطرق إلى هاته الشركة من خلال الطابع المزدوج لها**(أولا)**، ثم من خلال خصائصها**(ثانيا).**

---

[1] - وبفضلها يتمكن هذا الأخير من عبور الواقع الاقتصادي إلى مستوى الحياة القانونية، فهي بمثابة الإطار الذي يبعث المشروع باعتباره وحدة اقتصادية إلى الوجود القانوني ويجعله صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل التزامات فانه قد يتخذ صورة المشروع الفردي.
غير أن المشروع الفردي في ظل القانون المصري لا يعد أن يكون عنصرا من عناصر الذمة المالية للمنظم، أو صورة الشركة التي تحقق له الاستقلال القانوني اللازم عن الممول، و تضع تحت تصرفه الأموال التي يحتاجها لمباشرة نشاطه، وتوفر له ذمة مالية متميزة و أهلية لممارسة التصرفات القانونية المتصلة بالغرض الذي يتوخاه، وتمنحه تنظيما فعالا للإدارة و لحماية المصالح المشروعة المرتبطة به.
فالشركة ليست في ذاتها نوعا جديدا من الوحدات القائمة على الإنتاج أو التوزيع توجد إلى جانب المشروع أو تحل بديلا عنه، و لكنها ببساطة إطار قانوني، لباس يرتديه المشروع الاقتصادي نفسه، فإذا كان المشروع حقيقة واقعية فان الشركة هي الجهاز القانوني لهذا المشروع الذي يمنحه الوجود القانوني و يبعث فيه الحياة و يكفل له الاستمرار. علي سيد قاسم، نفس المرجع، ص22وما يليها.

[2] - اكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، مرجع سابق، ص11.

[3]- nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P173.
علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص506.

أولا: الطابع المزدوج لشركة التوصية بالأسهم

ازدهرت هاته الشركة خلال القرن18، وشجعت أصحاب رؤوس الأموال والمستثمرين لإنشائها ببحثهم عن شركاء بغرض تحقيق مشاريعهم[1]، فشركة التوصية بالأسهم تعد الصورة الأولى للشركة المختلطة كما يرى الدكتور علي جمال الدين عوض[2]، و لقد نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي93-08المعدل والمتمم للامر75-59، وتعتبر تجارية بحسب الشكل ومهما كان موضوعها.

كما أنها تصنف ضمن شركات الأموال لأنها تقوم على الاعتبار المالي، أما تنظيم أحكامها فمشرعنا فصلها في احدى عشر مادة، من715ثالثا(جديدة)، إلى المادة715ثالثا10(جديدة)، تحت الفصل الثالث مكرر من القانون التجاري، بعنوان شركة التوصية بالأسهم، ومن خلال نص المادة715ثالثافقرة02، يستخلص أنها تخضع هي الأخرى لإجراءات معقدة لأن مصدر هاته الشركة يرتكز على خليط من الأحكام الخاصة لكل من

---

[1]- وهكذا تمكنوا عن طريق هذا النوع من الشركات من تجميع مبالغ كبيرة من الجمهور، فكثرت مثل هذه الشركات، ولكن مع سهولة تكوينها أصبحت تستغل كستار لتكوين شركات وهمية، مما ظهر عنه في بعض الحالات فضائح مالية وتلاعب بائتمان المدخرين، وفي حالات أخرى كان المؤسسون يختارون أشخاصا معسرين ليكونوا شركاء متضامنين وبالتالي لا يحققون لهم الضمان الذي يمكن أن يُطمئن دائني الشركة عند عجزها عن سداد ديونها، أو عن الوفاء بالتزاماتها.
ولكن بعد فترة ظهر عجز هذه الشركات عن تلبية حاجات الاستثمار التجاري، الذي توسع نتيجة للثورة الصناعية في القرن الثامن عشر والتاسع عشر، وقد تضاءل عدد هذا النوع من الشركات بعد تدخل المشرع الفرنسي بوضعه حدا لها، فالغي الترخيص الحكومي اللازم لتأسيس شركة المساهمة، كما انه اخضع تاسيسها لنفس إجراءات تأسيس شركة المساهمة وهذا بمقتضى أحكام قانون1856، مما أدى إلى ازدياد الإقبال على تأسيس شركات المساهمة بسبب تخفيف إجراءات تأسيسها.
وبالمقابل فان أصحاب رؤوس الأموال عزفت عن هذا الشكل من الشركات إذ بلغ عددها حسب البيان القومي للإحصاء بفرنسا(I.N.S.E.F)في عام1950، حوالي13085شركة توصية بالأسهم، وبقي133فقط عام1971، و221شركة لعام1974، ولقد تأسست أربع شركات لعام1965و5لعام1966، وواحدة فقط لعام1967، في حين بلغ عدد شركات المساهمة116598شركة.
لكن ابعد من ذلك كاد المشرع الفرنسي عند وضعه لقانون24يوليو1966المنظم للشركات ان يحظر تأسيس شركات التوصية بالأسهم بالنسبة للمستقبل، لكنه عدل عن ذلك وأبقى عنها.
والأمر الذي أدى بمحافظتها على وجودها كان من وراء أنها تتسم بميزة ثبات الادراة من خلال ان الشركاء المتضامنين لا يجوز عزلهم من قبل الإدارة، في مقابل ان الادراة في شركة المساهمة تقبل العزل من الجمعية العمومية العادية.
كما انه في سنة1980تعين على المؤسسات تدعيم أموالها، هذا ما ترك إحساسا بضرورة إيجاد آليات تسمح بتحويل رؤوس أموال هاته الشركات إلى مستثمرين خارجيين ومن هذا الجانب مزايا شركة التوصية بالأسهم تعد هامة إذ يمكن اشتراط تغير رأس المال في القانون التأسيسي، كما أنها محكومة بمبدأ الحرية التعاقدية في ما يتعلق بالوكلاء الاجتماعيين.
و بالنسبة للأردن لم تسجل لحد الآن شركة باسم شركة توصية بالأسهم، مع الملاحظ ان القوانين الحديثة قد تجاهلت هذا النوع من الشركات، ولم تضع لها أحكاما خاصة في نصوصها، ومنها القانون العراقي للشركات عام1983.
ولا زالت معظم القوانين العربية في الوقت الحاضر تحتفظ بنصوص تتعلق بأحكام هاته الشركة، ومنها قانون الشركات الأردني، فقد أورد أحكامها في الباب الخامس منه في المواد(77الى89)، وفي الوقت ذاته أحال في بعض الحالات إلى أحكام شركة التوصية البسيطة، وأحكام شركة التضامن. فوزي محمد سامي، في الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركات، مرجع سابق، ص243و244.
و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص415. و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص212وما بعدها. و
- Turch, Sociéte en commandite par actions et effet de lévier juridique, J.C.P, E, 1994, PP377
- اشار اليه: علي سيد قاسم، نفس المرجع، ص506.
-nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P176.

[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، بند179، ص147.

شركة التضامن، والتوصية البسيطة وشركة المساهمة، لان هاته الأخيرة اقرب إليها من ناحية تكوين رأسمالها باستثناء الإدارة[1].

ثانيا: خصائص شركة التوصية بالأسهم

ان ما تمتاز به من حرية وسهولة تاسيسها، وما لها من مزايا شركة المساهمة من حيث تقسيم رأس المال إلى أسهم قابلة للتداول، فكان يكفي لتأسيسها أن يكون هناك شريك متضامن يسال في أمواله الخاصة عن كافة ديونها مسؤولية شخصية مطلقة، فكان يعتبر وجود مثل هذا الشريك كضمان كافي لحماية الادخار القومي، مما أصبح من خلاله يتم الاستغناء عن الترخيص الحكومي الذي كان صدوره لازما لدى تأسيس شركة المساهمة[2].

فلقد ترك الطابع المزدوج لشركة التوصية بالأسهم بصماته عليها من حيث:

1-ازدواج المركز القانوني للشركاء:

وهي تشبه شركة التوصية البسيطة في أنها تتكون من فريقين من الشركاء[3]:

ا-شركاء متضامنون:

تعتبر التوصيـة بالأسهم من شركـات الأشخاص، من خلال خضوع الشركاء المتضامنين لأحكامهـا، وفي كل ما يتعلق بكيفية تكوين اسمها أو إدارتها.

وان كان الشركاء المتضامنون ينفردون بهذه الادراة، فهنا نجد انه يكفي لتكوين هاته الشركة شريك متضامن واحد أو أكثر، ومهما يكن العدد فان مركزه لا يثير صعوبة خاصة، فهو يخضع لنفس القواعد التي تحكم الشركاء المتضامنين في شركة التضامن وفي شركة التوصية البسيطة[4]، فلهم مسؤولية مطلقة وشخصية وتضامنية عن ديون الشركة، ويعتبرون تجارا وتدرج أسماؤهم في عنوان الشركة، ولا تنتقل حصصهم بالوفاة إلى الورثة ولا يجوز

---

[1] - لقد دفع هذا الازدواج في المركز القانوني للشركاء بعض الفقهاء إلى اعتبار شركة التوصية بالأسهم مزيجا من شركة التوصية البسيطة وهذا بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين، و شركة مساهمة بالنسبة للشركاء المساهمين. محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص418.و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص213.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص317.و مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، فقرة376ص345.

[2] - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص415.

[3] - نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص347. و فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص214و215.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص318.و علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص509وما يليها. وفي قانون الشركات المصري يمكن الاطلاع أكثر على هذا الموضوع من خلال المواد115و3من قانون159لسنة1981.

- Philippe Merle, op.cit.P597N589.

[4] - راجع في هذا أحكام المواد563مكرر1و715ثالثا، من ت.ت.ج.

التنازل عنها للغير، وتنحل شركة التوصية بالأسهم تلقائيا بوفاة الشريك المتضامن الوحيد، أو بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه.

ب- شركاء موصون أو مساهمون:

لعل أهم ما يقرب شركة التوصية بالأسهم من شركات الأموال هو إجراءات التأسيس حيث تتبع إجراءات تأسيس شركات المساهمة، فهم يخضعون لأحكام شركة المساهمة من حيث الشركاء الموصين، فالمشرع نجده قد عين حد أدنى وهو أن لا يقل عن ثلاثة شركاء موصيين، وهذا بحكم نص المادة715ثالثا/02من القانون التجاري، فهم مسؤولون في حدود حصصهم التي تمثل باسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية، وتنتقل ملكيتها بالوفاة، ولا يحق لهم التدخل في الإدارة الخارجية للشركة، ولا يذكر اسمهم في عنوان الشركة، ولا يكتسب الشركاء الموصون صفة التاجر مالم يكن متصفا بها من قبل، وذلك لان شخصية الموصى لا وزن لها، ولا اعتبار لها في شركة التوصية بالأسهم كما في شركة المساهمة، أما انقضاؤها فهي تنقضي إما بالمساس بالحالة المالية للشركة، وهذا بموجب نص المادة715مكرر2من القانون التجاري، أو الاخلال بركن عدد الشركاء، أو انخفاض عدد الشركاء الموصين عن الحد الأدنى القانوني[1].

2-رأس مال شركة التوصية بالأسهم:

إذا كان رأس المال في شركة المساهمة جميعه يأخذ شكل السهم[2]، فانه في التوصية بالأسهم، يُمثل في جزء منه بحصة نقدية أو عينية يقدمها الشريك المتضامن، وفي الجزء الأخر باسهم تطرح قيمتها الاسمية في اكتتاب عام على جمهور المدخرين، أي يكون تاسيسها بطرح الأسهم للاكتتاب العام وبأسعار محدودة لكل سهم، وبعبارة أخرى فالأخذ بثنائية الاعتبار الشخصي والمالي يؤدي إلى تنوع الشكل الخارجي لراس مالها وتعدده، حيث يكون على شكل حصة بالنسبة للشركاء المتضامنين، وعلى شكل سهم بالنسبة للمساهمين، فرأس المال يخضع لنفس الشروط التي يخضع لها في شركة المساهمة، فهو يقبل التداول

---

[1] - عكس ما هو الحال عليه في شركة التوصية البسيطة التي لا يجوز فيها التنازل عن الحصة، وتنحل الشركة بوفاة الموصى لما لشخصية الموصى من اعتبار لدى الشركاء المتضامنين، فهي تعتبر شركة أشخاص بالنسبة للشركاء المتضامنين، وشركة أموال بالنسبة للمساهمين. فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص231وما يليها. و علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص507وما يليها.

[2] - هنا يجب ان تكون قيمة كل حصة من حصص الشركاء المتضمنين مساوية لقيمة السهم الصادر من الشركة أو مضاعفته. محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص422.

بالطرق التجارية، ولا يتحمل الشريك المسؤولية إلا بقدر ما قدمه من حصة ولكن لا يخول و لا يسمح لصاحبه أن يشارك في إدارة الشركة مهما كانت نسبة السهم، وهذا خلافا لما هو عليه الوضع في شركة المساهمة، أما الاكتتاب في رأس مالها من حيث الخصائص والإجراءات والشروط والنتائج، فهو يخضع للقواعد المقررة على شركة المساهمة[1]، وحكمة ذلك هو حماية الادخار القومي، ومنه فيسري عليه الأحكام الخاصة بالمؤسسين، وتحرير العقد الابتدائي ونظام الشركة...الخ، وهذا باستثناء النصوص(من610(معدلة)الى673من القانون التجاري) الخاصة بالإدارة.

3-نشاط شركة التوصية بالأسهم:

يديرها شريك متضامن(المادة715ثالثا(جديدة)03من القانون التجاري)، ولم يسمح للشريك المساهم الموصي التدخل في إدارتها.

ولقد تبنى المشرع صراحة هذا الموقف بنصه في المادة563مكرر5(جديدة)من القانون التجاري(لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة).

فالمدير المعين بنص في عقد تأسيس الشركة يسمى بالمدير النظامي، وعليه فعزله لا يكون إلا وفقا للشروط المطلوبة لتعديل عقد الشركة[2]، واذا كان خلال حياتها فيسمى بالمدير غير النظامي ويكون من اختصاص الجمعية العمومية بموافقة الشركاء المتضامنين، وعند عزله تطبق قاعدة من يعين يعزل، أما مشرعنا فجاء بتفصيل كل هذا في المادة715ثالثا1(جديدة)و3من القانون التجاري، أما بالنسبة لسلطاته فيمكن تلخيصها من خلال التصرف الادراة، فيما عدا المسائل التي تكون من اختصاص الجمعية العامة للشركة، وفي حالة تعددهم فيكون لكل مدير على انفراد التصرف باسم الشركة[3].

---

[1] - يوجد لها نظامين للتأسيس فأما التأسيس باللجؤ العلني للادخار، فهو يطبق عنه أحكام المواد من595(معدلة)الى604(معدلة)من ت.ت.ج أي لا يمكن ان يقل رأس مال الشركة على5ملايين، وهذا طبقا لما جاءت به المادة01/594من ت.ت.ج، أما التأسيس دون اللجؤ العلني للادخار(التأسيس الفوري)، فيخضع لأحكام المواد من605(معدلة)الى609(معدلة)من ت.ت.ج أي يكون الحد الأدنى لراس المال مليون دينار وهذا طبقا لنص المادة01/594(معدلة). فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص218وما يليها.

[2] - ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص942، فقرة2024.

[3] - أي تأكدهم من صحة تأسيس الشركة، ونشر قانونها وأسماء المديرين، استدعاء الجمعية العامة خلال6اشهر وتقديم جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية بحكم المادة676(معدلة)من ت.ت.ج وقيامه بالجرد، ووضع كل الوثائق الضرورية وتبليغ الشركاء الموصين المساهمين، وذلك قبل30يوم من انعقاد الجمعية العامة، وهذا بحكم المادة1/716و2و3من ت.ت.ج أما الرقابة على شركة التوصية بالأسهم فتتمثل في الجمعية العامة للمساهمين، وهي صاحبة السيادة في الشركة.

إضافة إلى مجلس مكون من ثلاثة أعضاء من المساهمين يسمى بمجلس المراقبة، وهذا بمراعات أحكام المواد715ثالثا(جديدة)1و2و3و4والمادة715ثالثا(جديدة) 3والمادة715مكرر4الى مكرر14والمادة715ثالثا(جديدة)1و7، وهذا كله تفصيل في شركة المساهمة. فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص224وما يليها.و محمد فريد

الفرع الثاني

الشركة ذات المسؤولية المحدودة

ان وجود هذه الشركة أصبح ضرورة يقتضيها توفير وسائل الاستثمار لأصحاب رؤوس الأموال الصغيرة الذين يتوقون إلى التجارة أو الاستغلال دون أن ينالهم من المسؤولية إلا بقدر رأس المال الذي اشتركوا به، فهي تلائم استغلال المشروعات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة الحجم والتي لا تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة[1]، كما أنها سهلة التأسيس قليلة النفقات، كما أن أربابها يرغبون من الاستفادة من مزايا شركة المساهمة من حيث تحديد مسؤولياتهم عن ديون الشركة والاحتفاظ بحق المساهمة الفعلية

العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص424وما يليها. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص319وما يليها. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص944، فقرة2028.

[1]- هي شركة ألمانية أوجدها المشرع الألماني، فاصل نشأتها يعود إلى أواخر القرن التاسع عشر، فهي تعد من احدث الشركات التجارية ظهورا، وذلك بصدور قانون29/08/ 1892، ولقد أطلق عليها تسمية(Gesellschaft mit beschrànkter haftung)، التي تعرف اختصارا باسمGMBH، وهاته الشركة تلائم المشاريع الصغيرة، والمشاريع المتوسطة، وذلك لان عدد الشركاء فيها محدود في اغلب التشريعات، ولقد لاقت هاته الشركة نجاحا مدويا في ألمانيا بالنظر لصرامة وقسوة القواعد التي كانت تحكم عملية تأسيس الشركات المساهمة، وتم تفضيلها كشكل للشركات التي تتأسس فيما بين أفراد العائلة الواحدة أو الأصدقاء، واختارها الدائنون كوسيلة للحصول على حقوقهم من مدينهم المتعثر بدلا من شهر إفلاسه، ولقد عرفت مقاطعتي الالزاس واللورين انتشارا لهاته الشركة عندما كانتا تحت السيطرة الألمانية، وبعد استرداد فرنسا سيادتها على المقاطعتين، أبقى عليها المشرع الفرنسي، حيث نظم لأول مرة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، في قانون07مارس1925، وجعل منها شكلا جديدا يضاف إلى أشكال الشركات المعروفة في فرنسا، ثم عدل من أحكامها في قانون الشركات رقم537لسنة1966، وقانون11يوليو1985، الذي أجاز تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة لا تضم إلا شريكا وحيدا، مقتفيا أيضا اثر المشرع الألماني في قانون4يوليو1980الذي اعترف بشركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، وبمقتضى القانون رقم29 لسنة1954 وعلى نهج التنظيم الفرنسي ادخل المشرع في مصر الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ثم عالجها في المواد(4-5-29-30)وفي الفصل الثالث من الباب الثاني من القانون رقم159لسنة1981 ليوفر إطارا قانونيا يناسب المشروعات الصغيرة والمتوسطة، فعن طريق ألمانيا وفرنسا، انتقلت هذه الشركة إلى معظم الدول الاروبية غداة الحرب العالمية الأولى، ومن ثم إلى الدول العربية التي تطلق على هاته الشركة، تسمية الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهي ترجمة لتسمية هاته الشركة باللغة الفرنسية(Société a responsabilité limitée)، إلا أن هاته التسمية لا تنطبق على المسمى ذلك أن الشركاء هم الذين تكون مسؤوليتهم محدودة وليس الشركة، وربما كان هذا هو السبب في ذهاب القانون الانجليزي إلى تسميتها بالشركة الخاصة المحدودة بالأسهم لتمييزها عن الشركة المساهمة التي تطرح أسهمها إلى الجمهور للاكتتاب حيث سماها بالشركة العامة المحدودة بالأسهم، ظهرت في القانون الانجليزي في سنة1900، أما القانون الامريكي فيسميها ب(الشركة المغلقة)، والتي تتسم بثلاث صفات هي:

- أسهم الشركة تنحصر بيد عدد قليل من الأشخاص.
- لا تطرح الشركة أسهمها للاكتتاب العام.
- مديرو الشركة والقائمون على إدارتها يكونون من بين المساهمين.

لأكثر تفاصيل حول مدى تناول التشريعات الاروبية والأمريكية للشركة ذات المسؤولية المحدودة بالتنظيم، راجع فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص204. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص526.و محمد فريد العريني، نفس المرجع، ص430.و نادية فضيل، شركة الشخص الواحد(La E.U.R.L)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء39-رقم04-2001، ص99.و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص246، فقرة1255، و علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص520.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص325.و علي حسن يونس، مرجع سابق، ص344. و احمد محرز، مرجع سابق، ص186، و أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص279.

- Nathalie moraldo, éva mouial bassilana, Irina barchkévova, op.cit.P147 **ET** Y.Guyon: Droit des affairs.T.I.Droit Commercial géneral et sociétés 8éme éd Economica, 1994, No472, P485.
- G.Ripert et R.Roblot, Op.CIT, P902N671.

في إدارة المشروع التي قامت الإدارة من اجل تحقيقه، هذا الامر الذي وسع من انتشارها انتشارا كبيرا يناسب المشروعات الصغيرة والمتوسطة، وعليه سنبحثها من حيث تاسيسها(**اولا**)، ثم من خلال خصائصها وطابعها القانوني(**ثانيا**).

ثانيا: تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تعد شركة تجارية بحسب الشكل[1]، والمشرع الجزائري نظمها بموجب الامر75-59، الا انه قد ادخل عليها بعض التعديلات بموجب المرسوم التشريعي93-08.

وهاته الدراسة شملتها المواد(564(معدلة)الى571(معدلة)من القانون التجاري) [2]، وعدل هاته المواد وتممها الامر96-27، الذي اعترف بما يسمى بشركة الشخص الواحد، فعرفها القانون التجاري بمقتضى حكم المادة564(الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة).

فالشركة ذات المسؤولية المحدودة كغيرها من الشركات، يلزم لتكوينها توافر الأركان الموضوعية العامة(الرضا–المحل-السبب)، والأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة(تقديم الحصص- نية المشاركة)[3].

ونكتفي هنا بعرض الإجراءات الشكلية التي يتعين احترامها عند تأسيس الشركة ولاسيما كتابة عقد الشركة وشهرها في السجل التجاري، ثم نتناول أساليب إدارتها.

---

[1] - ان تكوين شركة مساهمة لا بد له من توفر مستوى معين من رأس المال الذي لا يكون عادة في متناول عدد محدود من الأفراد، وأن القانون يتطلب بصدد تأسيسها اتخاذ إجراءات طويلة وضمانات شديدة.
الامر الذي يجعلهم لايستطيعون أمامه إنشاء هذه الشركات، وان التضامن أمام المستثمرين يشكل عبء شديد الوطأة لا يحفز في قسوته أصحاب المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال طائل على اختيار هذا النوع من المشاركة.
وإضافة إلى أن نظام التوصية لا يصلح لمواجهة كل أبواب النشاط المختلفة، ويتحصل في توظيف أموال الشركاء الموصين في مشروع الشركة مع ما يتضمنه من حرمان الموصى من التدخل في إدارتها.
لذلك كله رؤى أن نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة يفي بحاجات المستثمرين فيقيهم عسر المسؤولية المطلقة التي يتعرضون لها في شركات التضامن ولا يحرمهم من إدارة الشركة كما هو الحال بالنسبة للشريك الموصي، مع انه لايتطلب رأس المال الكبير الذي تتطلبه شركات المساهمة

[2]-(تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص، إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخص واحد كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل، وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة أو متبوعة بكلمات(شركة ذات مسؤولية محدودة)أو بالأحرف الأولى منها أي(ش.ذ.م.م)وبيان رأسمال الشركة). أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص379وما يليها.و احمد محرز، مرجع سابق، ص188.

[3] - نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص32وما يليها. و زايدي خالد،(تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة)، ماجيستير، جامعة الجزائر، 2000. ص11وما يليها.و احمد محرز، مرجع سابق، ص34وما يليها. و علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص756.

1-الأركان الشكلية:

نتعرض فيها الى كتابة وقيد الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

ا*كتابة عقد الشركة:

يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة مكتوبا كتابة رسمية[1]، فلا تجزي الكتابة العرفية إلا إذا كان مصدقا على التوقيعات الواردة في المحرر العرفي[2]، ومن ثم يبطل عقد الشركة إذا لم يثبت في محرر رسمي(المادة1/418من القانون المدني)، فيجب ان يكون موقع من طرف جميع الشركاء أنفسهم أو بواسطة وكلاء عنهم، أي برضاهم وهذا ما يؤكد الطابع التعاقدي لهاته الشركة[3]، وينبغي أن يشتمل عقد الشركة على بيانات تتعلق بالشركاء(أسماؤهم ومهنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وتواريخ ميلادهم) وأخرى تتعلق بالشركة(اسمها وغرضها ومدتها ومركز إدارتها الرئيسي ومقدار رأس المال وأسماء مديري الشركاء والقواعد المنظمة لدعوة واجتماعات الجمعية العامة ومجلس الرقابة)، ويحق للجهة الادارية المختصة الاعتراض على قيام الشركة إذا خالف عقدها أو نظامها الأساسي البيانات الإلزامية الواردة بالعقد، أو متى تضمن أمورا مخالفة للقانون[4].

فهدف شهر الشركة هو إعلام الغير بقيامها، هذا الامر قد أكده المشرع الجزائري من خلال القانون رقم04-08والمتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، بنصه في المادة12منه على انه(يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتبارين اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة...الخ)[5]، كما انه يجب أن يودع عقدها التأسيسي لدى المركز الوطني للسجل التجاري، مع وجوب ذكر عبارة شركة ذات مسؤولية محدودة، أو بالأحرف الأولى التي ترمز إليها(ش.ذ.م.م)، وبيان مبلغ رأس مالها وهذا في كل معاملاتها التجارية(المادة564(معدلة)و804من القانون التجاري).

---

[1] - زايدي خالد، مرجع سابق، ص55وما يليها.

[2]-لكن نجد المشرع الفرنسي لا يتطلب أن يكون العقد بمحرر رسمي بل يكتفي في ذلك بالورقة العرفية، وهذا ماجاء به قانون1966. عمار عمورة، مرجع سابق، ص331و332.

[3] - راجع أحكام المادة565من ت.ت.ج.

[4] - علي سيد قاسم، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، مرجع سابق، ص527.

[5] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص245وما يليها.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص332.

ب*قيد الشركة في السجل التجاري:

تشهر الشركة ذات المسؤولية المحدودة بقيدها في السجل التجاري ولا تكتسب الشخصية القانونية إلا بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ قيدها دون اعتراض من الجهة الادارية المختصة[1].

2-اساليب إدارة الشركة:

أمـا عن الإدارة والتنظيم فيمكن القول إجمـالا أن التسيير يكون عبر ثلاثة أجهـزة[2]:

ا-يتولى الإدارة إما مدير أو عدة مدراء من الشركاء أو من الغير، والتي من شروطه أن يكون شخصا طبيعيا(المادة1/576)، وأن تكون له الأهلية التجارية(المادة1/31من الامر07/96المعدل والمتمم للقانون رقم22/90المتعلق بالسجل التجاري)، كما انه يخضع لشروط شكلية تم النص عليها في المواد(2/576و1/582و1/579و2من القانون التجاري)، أما فيما يخص سلطاته، فوفقا للمادة577من القانون التجاري، فان القانون الأساسي هو من يحددها، أو تخضع لحكم المادة554من القانون التجاري عند سكوت القانون الأساسي عنها، وعموما فعلاقة المدير بالشركاء هي تخضع للنظام الداخلي للشركة من حيث(مصادقة جميع الشركاء على بعض العقود الهامة) ، وعند تعدد المدراء فالقانون الأساسي هو من يحدد الفاصل بينهم(المادة2/554و2/577و3من القانون التجاري)[3].

ب-أما عن جمعية الشركاء فهي تتكون من جميع الشركاء، ولكل شريك فيها عدد من الأصوات يعادل الحصص التي يملكها في الشركة، ولا يجوز له أن يوكل غيره بتمثيله إلا إذا أجاز القانون الأساسي ذلك.

فهاته الأحكام من النظام العام لا يجوز مخالفتها(المادة581من القانـون التجاري، فانعقـادها يكـون كـل ستـة أشهـر مـن تاريـخ قفـل السنـة الماليـة، إذا تعلـق الامـر ب(تعيين

---

[1] - زايدي خالد، مرجع سابق، ص69وما يليها. و

- Philippe Merle, op.cit.P173.

[2] - ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، القسم4، ص285وما يليها. و نادية فضيل، شركات الاموال، مرجع سابق، ص52وما يليها. و

- Philippe Merle, op.cit.N178P185.

[3]- Y.Guyon:T1:Droit Commercial généreal et sociétés, 8éd, Op.CIT, N494P515.

و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص248وما يليها.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص338وما يليها.

المديرين وعزلهم، الاطلاع على حسابات الشركة والمصادقة عليها أو رفضها، تقرير زيادة أو تخفيض لراس مال الشركة، تقرير تحويل الشركة)[1].

ج-أما عن تعيين مندوبي الحسابات فانه لم يكن أمرا إلزاميا إلا عند الاقتضاء(2/584من القانون التجاري)، ولكن تغير الامر بموجب الامر رقم05-05والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2005، فقد أصبح جهاز مندوبي الحسابات أمرا وجوبيا(المادة12اما تطبيقها فيتم عن طريق التنظيم[2]، وهدا بموجب المرسوم التنفيذي رقم06-354والذي يحدد كيفية تعيين مندوبي الحسابات لدى الشركات ذات المسؤولية المحدودة[3]، حيث أن الأحكام المنظمة لمراقبي الحسابات من حيث التعيين والسلطات والمهام والالتزامات والمسؤوليات[4]، لا تختلف عن ما هو مقرر في شركات المساهمة، وهذا ما تنص عليه(المادة2من نفس المرسوم).

ثالثا:الطبيعة القانونية للشركة ذات المسؤولية المحدودة من حيث خصائصها

لقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة الشركة القانونية[5]، وما إذا كانت تعتبر من شركات الاموال أو الأشخاص أو أنها نوع من التهجين بينهما[6]، فاختلفت الآراء في تصنيف هاته الشركة من خلال تعداد خصائصها:

*فالبعض ذهب إلى اعتبارها من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي[7]، من خلال ان الفكرة التعاقدية تظهر بوضوح في هذه الشركة، بالرغم من تضمنها العديد من القواعد الآمرة، **فأوجه الشبه مع شركات الأشخاص** تظهر بالخصوص في إدارتها:

---

1 - فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص255وما يليها. و عمار عمورة، مرجع سابق، ص343وما يليها. و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص67وما يليها.

2- امر05-05مؤرخ في2005/07/25، والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2005، ج.ر، ع52، الصادر في2005/07/26، ص03. والمتضمن المادة12منه والتي تنص(تعيين محافظ حسابات او اكثر يتم اختيارهم من بين المهنيين المسجلين في جدول المنظمة الوطنية لمحافظي الحسابات).

3- المرسوم التنفيذي06-354مؤرخ في2006/10/09، المحدد لكيفيات تعيين محافظي الحسابات لدى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ج.ر، ع64، الصادر في2006/10/11، ص11.

4 - عمار عمورة، نفس المرجع، ص342.و فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص259وما يليها. و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص312، فقرة1329.و

- G.Ripert et R.Roblot, Op.CIT.P733N980

5 - أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص372وما يليها.

6 - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص432.

7 - اغلب المشرعين اقتبسوا أحكام هاته الشركات من القانون الألماني، حيث يرى الأستاذ علي حسن يونس بان خصائص شركات الأشخاص أكثر ظهورا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فالاعتبار الشخصي وان لم يظهر فيها كاملا كما هو عليه في شركات الأشخاص إلا أن له اثر ملحوظ سواء في تكوين الشركة، أو في بقائها لان الشركة تنشا بين عدد محدود من الشركاء وهم يرتبطون مع بعضهم البعض على الأقل بروابط المعرفة، كما أن توزيع رأس المال لايحصل عن طريق الاكتتاب العام ولكن عن طريق الاتفاق في عقد الشركة، كذلك يجوز للشركاء النص في عقد الشركة على منع التنازل عن الحصة أو تقييده ويكون لهم في كل الأحوال استردادها، ولذلك نؤثر أن نلحق هاته الشركة بشركات الأشخاص. مرجع سابق، بند217، ص346.

- فتشبه شركة التضامن من حيث قيامها إلى حد بعيد على الاعتبار الشخصي، نظرا لأنها تضم عدد محدود من الشركاء تربطهم في العادة روابط القرابة أو الصداقة، وهذا لمنع دخول أشخاص مجهولين لا يعرفهم الشركاء ولا يثقون بهم، أي تقتصر الشركة عليهم وحدهم دون السماح لأي أجنبي بمزاحمتهم[1].

- إرادة الشركاء هامة جدا في هذه الشركة، وهذا ما يتجلى من خلال تطلب المشرع لقيام الشركة ذات المسؤولية المحدودة وجود عقد رسمي ويوقع على عقدها التأسيسي من طرف جميع الشركاء أنفسهم أو بواسطة وكلاء يثبتون تفويضهم الخاص لذلك(المادة565من القانون التجاري)، الأمر الذي يعرضهم للمسؤولية التضامنية تجاه الغير، كما يتضح منه أن الرضا في هذه الشركة يجب أن يكون صادرا من الشريك نفسه أو من وكيل خاص عنه.

- عند تنظيم المشرع لهاته الشركة يستخدم بعض المصطلحات المألوفة في شركات الأشخاص منها(المدير والحصص).

- عدد الشركاء فيها لايجوز أن يزيد عن20شريكا، وانه لا يجوز تأسيسها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، فالشريك يكون صاحب حصة في الشركة وليس مساهما، فراس مال الشركة لا ينقسم إلى أسهم وإنما إلى حصص لا يمكن تمثيلها بسندات قابلة للتداول بالطرق التجارية، كما أن التنازل عن الحصص ليس حرا بل مقيدا بما للشركاء من حق استرداد الحصة المبيعة بالشروط نفسها، ولا يجوز التنازل عنها للغير، هذا ما يجعل الشركة تبدو كما لو كانت تجمعا مغلقا يهيمن عليه الاعتبار الشخصي[2]، وانه لا يجوز لها أن تتخذ عنوانا يضم اسم شريك أو أكثر.

- تكون السيادة في اتخاذ القرارات لقانون الإجماع.[3]

-هي تبتعد عن شركات الأموال فيما يتعلق بإجراءات التأسيس التي تتميز في الشركات ذات المسؤولية المحدودة بالبساطة وفي شركات الأموال بالطول والتعقيد[4].

---

[1] - أبدى الأستاذ ريبير الرأي القائل بان موضع الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأنها قسم من شركات الأشخاص. ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص251و256.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص327.

[2] - عمار عمورة، مرجع سابق، ص327.

[3] - راجع أحكام المادة582من ت.ت.ج، و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص32. و محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص437.

[4] - عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص29.

***أما البعض الأخر وهم الغالبية اعتبروها من شركات الأموال القائمة على الاعتبار المالي، فأوجه الشبه مع شركات الأموال** تتمثل فيما يلي:

- ان نقص الائتمان للشركة ذات المسؤولية المحدودة بالنسبة للغير في ذمتها المالية، جعل المشرع يتدخل بنصوص آمرة ناهية بغية حماية الادخار، ولاسيما وان نسبة إفلاس هذا النوع من الشركات مرتفع جدا[1]، أي بشكل غير طبيعي الامر الذي يفسر لنا تدخل المشرع وفرضه أحكام قاسية على الشركة ورفع رأسمالها القانوني وتحديد مسؤولية المدير، إلا أن المشرع بعمله هذا يكون قد قرب أحكام هاته الشركة من شركة المساهمة.

- تؤلف بين شركاء لا يتمتعون بصفة التاجر بمجرد انضمامهم إلى الشركة، كما أن مسؤولية الشريك محدودة بمقدار الحصة التي اشترك بها أو قدمها في رأس مال الشركة في حالة إفلاسها أو خسارة الشركة[2](المادة567من القانون التجاري).

كما يمكن أن يتنازل الشريك عن حصته للغير دون حاجة إلى إجماع الشركاء، وان كان بشروط معينة[3]، كما أن اسمها يكون مشتقا ومستمدا من غرضها الذي قامت الشركة من اجله لا من أسماء الشركاء.

- تحتوي على كثير من القواعد الآمرة، كالحد الأقصى لعدد الشركاء الذي لا يمكن أن يتجاوز عدد الشركاء20شريكا(المادة590من القانون التجاري)، كما انه يمكن تاسيسها بشريك واحد، وتسمى حينئذ بالمؤسسة ذات الشريك الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، وهذا منذ صدور الامر رقم96-27[4](المادة564المعدلة والمتممة من القانون التجاري)، كما يشترط أن يكون حد أدنى لرأسمالها ويتمثل في100.000دج(المادة1/566المعدلة بالمرسوم التشريعي08/93، ورأس المال ينقسم إلى أسهم متساوية القيمة يكون مبلغها1000دج.

---

[1] - عمار عمورة، مرجع سابق، ص326.

[2] - نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص27.

[3] - للاطلاع أكثر حول حق الشركاء في التنازل عن حصصهم وتحويلها يمكن الرجوع لأحكام المواد(570و571و572من ت.ت.ج)، فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص239وما يليها.و حسين مبروك، مرجع سابق، ص257. ولأكثر تفاصيل حول نوع الحصص المقدمة وإجراءاتها القانونية راجع: عمار عمورة، مرجع سابق، ص330.-قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم25642بتاريخ08-05-1982قضية في تنازل عن حصص في شركة- الشكل القانوني الرسمي - (المادة12من قانون التوثيق والمادة572من ت.ت.ج)، كما تشترط إخضاع العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وكانت أحكام المادة572من ت.ت.ج هي الأخرى تنص على إمكانية إثبات إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي، فانه لا ينبغي القضاء بما يخالف هذا المبدأ القانوني الصريح. عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص129.

[4] - الأمر75-59مؤرخ في26-09-1975 والمتضمن ت.ت.ج ، المعدل والمتمم بالامر 96-27مؤرخ في09-12-1996، ج.ر، ع77، الصادر في11-12-1996، ص04.

- ونظرا أن تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتطلب الدفع الفوري والكلي للحصص[1]، تطلب المشرع بعض القواعد الاساسية للتأكد من الدفع الكامل لراس المال، بحيث اوجب ذكر توزيع الحصص بين الشركاء في القانون الأساسي للشركة، كما أن المال الناتج عن تسديد قيمة الحصص المودعة بمكتب التوثيق، يسلم إلى مدير الشركة بعد قيده في السجل التجاري[2](المادة567من القانون التجاري).

- استعمال المشرع لبعض المصطلحات الواردة ذكرها في شركات الأموال، ومنها(الجمعية العامة والاكتتاب والاحتياطي)[3].

- أما عن مركز الشريك[4]، فالشركة تتأثر بما يطرأ على شخصية الشريك من عوارض، فهي لا تنقضي بوفاته أو إعساره أو الحجر عليه ولا يؤدي إفلاس الشركة إلى إفلاسه، ولا تكون سببا من أسباب انحلالها خلافا لما هي عليه شركة التضامن، كما لا يشترط أن يكون كامل الأهلية.

- أما عن رأس مال الشركة، فان حصة كل شريك تنتقل إلى ورثته عند وفاته وإحالتها بكل حرية بين الأزواج والأصول والفروع[5]، كما أن إدارة الشركة تسير على نحو يقرب مما عليه الحال في شركات المساهمة[6].

- تكون سيادة قانون الأغلبية بالنسبة للقرارات المتعلقة بنشاط الشركة ومصيرها[7].

*والبعض الأخر ذهب إلى اعتبارها(شركة مختلطة في مركز وسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال)، وهذا من خلال: أن السبب الرئيسي في نجاح هذه الشركة، وسرعة

---

[1]- Y.Guyon:T1: Droit Commercial général ET sociétés, 8éd,Op.CIT.N477P504. **et** Akroun Yakout « Droit des sociétés ». Revue algerienne des sciences juridique économiques et politique, volume41, n01, 2004. P504.

[2] - فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص245.

[3] - ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص251، فقرة1261.

[4]- Y.Guyon:op-cit, N476, P503.

[5] - صدر في هذا عدت قرارات قضائية نذكر منها(قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم101371بتاريخ21-06-1992ش.ذ.م.م-إحالة حصصها بين الأصول-يحرم الشركاء الاخرين حق الشفعة(المادة570من ت.ت.ج).
من المقرر قانونا انه يمكن إحالة حصص الشركاء بكل حرية بين الأزواج والأصول، ومن ثم فان النعي عن القرار المطعون فيه بانعدام الأساس يستوجب رفضه.
ولما كان الثابت من قضية الحال ان الحصص المحالة تمت بين الأصول بموجب عقد رسمي، فان قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لممارسة حق الشفعة عليها طبقوا تطبيقا سليما). عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص127.

[6] - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية(الأحكام العامة في الشركات)، مرجع سابق، بند394، ص359،

[7]- محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص437.

انتشارها، وانفرادها بمجموعة من الخصائص تجعلها في منزلة وسط بين شركات الأشخاص وشركات المساهمة[1]، ونظامها الذي يقتضي التوفيق بينها وتلبيتها لحاجة صغار المستثمرين، فمهما كان فان الفكرة التعاقدية لا يمكن أن تفسر لنا جميع الأحكام المطبقة على الشركات، منذ تكوينها إلى انقضائها، وذلك أن إرادة الشركاء لا تلعب سوى دور ضئيل في إنشاء القوانين الاساسية، وخاصة في شركات الأموال التي يقتصر فيها الشركاء على الانضمام فعموما يمكن تعريفها على أنها شركة تتألف من عدد محدود من الشركاء، يسألون مسؤولية محدودة عن ديون الشركة والتزاماتها بقدر حصصهم في رأس مالها، ولا يكتسبون صفة التاجر، وتتمتع الشركة بالشخصية المعنوية، ولا يمكن جمع أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، كما لا يمكن إفراغ التنازل عن حصص الشركاء إلا بموجب أحكام القانون، أي بموجب محرر رسمي، ولا يجوز الاحتجاج بهذا التنازل قبل الغير إلا بعد إعلان الشركة به أو قبولها له كما هو الحال في شركة التضامن[2]، ولا يجوز إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول خلافا لما هو معمول به في شركة المساهمة والتضامن(المادة569من القانون التجاري)، **ولكن تم نقدها من خلال:**

*ان ما يعيب هاته الشركة كشخص معنوي هو أنها لاتتمتع بائتمان قوي، فالحد القانوني لرأسمالها والمحدد ب(100.000دج) بالنسبة للتشريع الجزائري، لا يحقق ضمانا كافيا لدائنيه، فهي لا تقدم للغير الضمان المستمد من المسؤولية الشخصية المطلقة للشركاء كما هو الحال في شركة التضامن، ولا الضمان الذي يقوم في شركات المساهمة من حيث خضوعها لرأسمال كبير، ولنظام رقابة صارمة[3]، وعلى هذا فكثيرا ما ترفض المصارف فتح اعتمادات لهاته الشركة، إلا بضمان مدير أو مديري الشركة أو بضمان الشركاء الشخصي، بحيث يكون للمصرف حق الرجوع على هؤولاء في حالة امتناع الشركة أو عجزها عن تسديد ديونها[4].

---

[1] - هذا الرأي تزعمه الأستاذ(اوسكار)، بقوله بأنها شركة فيها خليط بين شركة الاموال وشركات الأشخاص. عبد القادر البقيرات، نفس المرجع، ص126.و مصطفى كمال طه، مرجع سابق، فقرة397، ص360.و علي حسن يونس، مرجع سابق، بند 218، ص347.و محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص430و431.

[2] - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، مرجع سابق، ص135.و عمار عمورة، مرجع سابق، ص327.

[3] - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص236.

[4] - عمار عمورة، مرجع سابق، ص326.و

- Y.Guyon:T1:Droit Commercial général et sociétés, 8éd, Op.CIT.N476P503.

المطلب الثاني

إعادة الاعتبار لدور الارادة في نشاة الشركة

إن قانون الشركات حاليا يتميز بعودة بروز العقد، فمبدأ سلطان الإرادة لعب دورا رئيسيا في نشأة العقود وفي تحديد أثارها، هذا بطبيعة الحال مسايرة للتوجهات التي كانت سائدة، والتي قلصت من سلطة القانون أمام سلطة الأفراد، فجعلت هذه الأخيرة هي الأساس أما القانون وإن وجد فلتنظيم هذه التصرفات، يكون في شكل قواعد مكملة لإرادة الأفراد، وليس موجها ولا ملزما لها.

وبعدما كانت الشركة تنشا بواسطة العقد وهو توافق إرادتين فأكثر وتنحل بمجرد تخلف هذا الركن، أصبح الوضع الاقتصادي يسمح بإنشاء شركة بإرادة منفردة، وهكذا تمكنت القدرة والمؤهلات من الاستثمار في المجال الاقتصادي، واهم تطبيق لها نجد مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة(**الفرع الاول**).

فانتهاج سياسة اقتصاد السوق والانفتاح على العالم بتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي للمساهمة في التنمية الوطنية اتجاه أملته الضرورات العملية، وعليه كان لابد من تطويع الطابع التعاقدي للشركة مع حركة ومرونة السوق، مما يسمح بتجسيد فكرة التنظيم الذاتي المرافقة للسياسة الاقتصادية الحرة، وبروز النزعة الهادفة إلى إعادة الاعتبار لدور الإرادة في الشركة(النظرة التعاقدية)، فهو عقد يمثل أداة لتجسيد السياسة الاقتصادية الليبرالية (اقتصاد السوق)، ولعل خير مثال على إبراز هاته الحرية التعاقدية في الشركة التجارية الحديثة ما يمكن أن نبينه من خلال شركة المساهمة المبسطة(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة

تعد من أهم التطبيقات التي تجعل منها شركة مبنية على الارادة الفردية للشريك وهذا إنما تأكيد لعودة وهيمنة الارادة على النظام القانوني من حيث تكوين الشركة وإنشائها[1]،

[1] - هناك من فرق بين شركة الشخص الواحد وشركات القطاع العام، من خلال أنها: تتمثل في المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، والتي غالبا ما تتخذ شكل شركة مساهمة(المادة3/592من ت.ت.ج)، فتأسيس شركات القطاع العام لا تخضع في أحكامها إلى قوانين التجارة، أو قانون الشركات، ذلك لان الدولة أو إحدى مؤسساتها تتولى إنشائها بموجب قانون خاص أو بناء على قرار إداري من الدولة، يبين كيفية إنشائها وتكوين رأسمالها وإدارتها والغرض من تاسيسها، فغالبا ما تتخذ شركات القطاع العام عند تاسيسها شكل شركة مساهمة، لكن لا تخضع لها من حيث أحكامها فيما يخص الحد الأدنى للمؤسسين و من حيث تقسيم رأسمالها، الذي

ونبين هنا أهم الفروق بين المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة**(أولا)**، ثم نحاول ان نوضح دور الارادة المنفردة من خلال التطور التاريخي لها**(ثانيا)**، ومن حيث اعتبار الارادة المنفردة كمصدر قانوني لإنشاء الشركة**(ثالثا)**.

أولا:الاختيار بين المؤسسة الفردية والشركة

تعد المؤسسة الفردية إنشاء بحكم الواقع أي قبل الوجود القانوني للشركة، لكن من الناحية التاريخية نجد أن الشركة فرضت نفسها في مختلف التشريعات، لكن بالنسبة للتشريع الجزائري، وحسبما يبدو أن الأفضلية أعطيت للمؤسسة الفردية، من خلال إنشائه حديثا لمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، هاته الأخيرة تجمع بين الطابع الفردي الذي تتصف به المؤسسة الفردية[1]، ونظام الفصل بين الاموال الشخصية للشريك الوحيد وأموال الشركة، أما شركة الشخص الواحد فهي أنشئت ليحدد الشريك فيها مسؤوليته بالأموال التي يقوم بتخصيصها لاستثمارها[2]، أما فيما يخص الشركة ومما سبق التطرق إليه، فإنها عموما توفر إطارا قانونيا مثاليا لجمع عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، يساهمون في إنشاء شركة قادرة على تحقيق هدفهم في إطار عمل مشترك، وهي تعد وسيلة تقنية لتنظيم المؤسسة من خلال اكتسابها للشخصية المعنوية، والتفرقة بين الذمة المالية للشريك، والذمة المالية للشركة، كما أن لها فائدة اقتصادية اكبر من المؤسسة الفردية من خلال تمويل نشاطها بواسطة فتح رأسمالها، أي من خلال الحصول على القروض، فالشركة أوفر حظ من

قد يكون مملوكا كله لشخص واحد(الدولة أو إحدى مؤسساتها)، وعليه فشركات القطاع العام عبارة عن وحدة تستقل الدولة أو احد أشخاصها المعنوية العامة تاسيسها إما ابتداءا بقانون أو بقرار أو من خلال أيلولتها للدولة نتيجة التأميم، ومن هنا تفتقد الشركة صفة من صفاتها كعقد، إلا وهي تعدد الشركاء، ومهما يكن فان فكرة الشركة ذات الشخص الواحد تتعارض مع الطبيعة العقدية للشركة، الامر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول بان طبيعة الشركة ليست عقدية بل هي ذات طابع نظامي، وهذا يدعوا إلى القول بان الفكرة التعاقدية للشركة تتناقض مع ظاهرة شركة الشخص الواحد، وهذا ما يطلق عليها بنظرية المؤسسة.

يمكن للشركات التجارية العامة-المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي- والخاصة-الشركات التجارية بجميع أشكالها- ان تكون عدة مؤسسات تابعة لها في عدة نشاطات محددة، لكن قاعدة إمكانية تأسيس عدة شركات ذات شخص واحد من طرف شخص معنوي ليست مطلقة، بل تستثنى منها الشركة ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة(المادة590مكرر(جديدة)من ت.ت.ج). جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص558وما يليها.ولأكثر تفاصيل حول موضوع الطبيعة القانونية لشركة المساهمة راجع: فوزي محمد سامي، في شركات المساهمة، مرجع سابق، ص18وما يليها.

[1]- لكن ما يمكن ان يؤخذ عنها، غياب الفصل بين الذمة المالية الشخصية للمقاول والذمة المالية لمؤسسته، وعدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وما ينجر عنها من امتداد مسؤوليته الى امواله الخاصة عند الإفلاس أو التسوية القضائية، كما ان القانون الفرنسي قد وعد بإعداد نظام ضريبي واجتماعي(حيادي بالنسبة إلى اختيار شكل المؤسسة)، فالشركة الأحادية الشخص التي يكون الشريك الوحيد فيها شخصا طبيعيا تخضع للضريبة على الدخل، والأرباح تخضع للضريبة باسم الشريك الوحيد وليس باسم الشركة، أي أن هناك فصل بين شخص الشريك الوحيد وبين الشركة، لأنه يمكن أن ينسب عجز الشركة إلى مداخيل أخرى، انظر في نقد المؤسسة الفردية على الصعيد الجبائي، بلولة الطيب، مرجع سابق، ص42و43.

[2]- ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص328وما يليها.

المؤسسة الفردية، لكن إذا تعلق الامر بتحول مؤسسة فردية إلى شركة يكون أسهل، لكن يقتضي ذلك حل المؤسسة الفردية وتصفيتها وتسوية أصولها وخصومها..الخ[1].

ثانيا:نشأة المؤسسة ذات الشخص الوحيد

ان ألمانيا تعد الوطن الأم لنشؤ الشركة ذات المسؤولية المحدودة[2]، كما أنها أيضا كانت سباقة لاحتضان وليدتها شركة الشخص الواحد، وهذا بعدما قدم الفقه دراسات قيمة في هذا المجال مقترحا الأخذ بشركة الشخص الواحد باعتبارها أفضل وأنجع وسيلة لتحديد مسؤولية

---

[1] - بلولة الطيب، مرجع سابق، ص50وما يليها.

[2] - قد كان للقانون الألماني تأثير على التنظيمات والتوجيهات الاقتصادية للقارة الاروبية، حيث تبنت موقفه بداية في الإبقاء على وجود الشركة التي تصبح بشريك واحد، وفي النهاية تبنت موقفه في التأسيس المباشر لهذه الشركة، ومما لا شك أن هذا التطور في فكرة الشركة يمثل ثورة على المفهوم التقليدي المورث عن القانون الروماني، والذي كان يعبر في مدلوله عن فكرة التآخي بين الشركاء، وباعد بين الشركة كاصطلاح قانوني، وبين المعنى اللغوي لهذا اللفظ في اللغة العربية واللغات اللاتينية، وفي الوقت الذي أخذت فيه القوانين الاروبية بشركة الشخص الواحد تحت تأثير المعطيات الاقتصادية والاجتماعية، واستجابة للتوجهات الصادرة من مجلس السوق الاروبية، فنجد ان المشرع الفرنسي سمح باستمرار الشركة التي تجتمع حصصها أو أسهمها في يد شخص واحد، فلا تبطل الشركة بقوة القانون متى اجتمعت حصصها أو أسهمها في يد شريك واحد، وإنما يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب الحكم بانقضاء الشركة متى لم يصحح هذا الوضع من الناحية القانونية خلال مدة سنة، كما أوجبت على المحكمة التي تنظر طلب حل الشركة لاجتماع حصصها في يد شخص واحد أن ترفض هذا الطلب متى تبين لها أن تسوية قانونية لوضع الشركة قد تمت، أو أنها قد استكملت النصاب اللازم من عدد الشركاء قبل الحكم في الموضوع، وأجاز هذا النص بعد التعديل المذكور للقاضي أن يمنح الشركة مهلة إضافية تصل إلى ستة أشهر من اجل استكمال النصاب القانوني للشركاء، وأخيرا صدر القانون رقم697في11يوليو1985الذي أجاز صراحة وبطريق مباشر تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة لا تضم إلا شريكا وحيدا، والذي عدل مرة ثانية من نص المادة1832من ت.م.ف التي أصبحت تستفتح تعريف الشركة بأنها تنشا باتفاق شخصين أو أكثر، لتنتهي إلى أن الشركة يجوز أن تؤسس أيضا في الحالات التي نص عليها القانون بالإرادة المنفردة لشخص واحد، واقترب بذلك من أحكام القانون الألماني الصادر في04يوليو1980، أما بالنسبة للدول العربية فلم تأخذ ولم تشجع اغلب تشريعاتها وجود هذا النوع من الشركات، والقاعدة العامة انه إذا انخفض عدد الشركاء عن الحد الأدنى المطلوب قانونا لوجود واستمرار الشركة فعندئذ تنتهي الشركة بحكم القانون، من بينها قانون الشركات الأردني في مادته(32/د)، و قانون الشركات المصري في مواده(9و53و77و90و2/8)، وقانون الشركات العراقي في مادته(198)، لكن قانون الشركات العراقي الجديد رقم36لعام1983، أشار في الفقرة الثانية من المادة الرابعة، على انه استثناء من أحكام الفقرة الأولى التي تعرف عقد الشركة بأنها(عقد يلتزم به شخصان أو أكثر....)، و أشار في الفقرة الثانية من جهة أخرى بأنه يجوز ان تتكون من شخص طبيعي واحد وفقا لأحكام هذا القانون، وتدعى فيما بعد بالمشروع الفردي أو المؤسسة الفردية، والذي عرفها في المادة السادسة على أنها تتألف من شخص طبيعي واحد يخصص جزءا من ذمته المالية لاستثمارها في عمل تجاري على شكل شركة أو مشروع فردي، ويكون مالكا للحصة الواحدة فيها، وتكون مسؤوليته عن أعمال الشركة أو المشروع بقدر ما خصص له من رأس المال، فلا تتعدى مسؤوليته عن ديون المشروع إلى ذمته بأكملها، أشار لها القانون الألماني(1980المادة01)، والقانون البلجيكي(1987المادة2/5)، والقانون الهولندي(1986)، أما الفقه في القانون السويسري لا يمنع من وجود شركة بشريك واحد، وإنما يتضمن إمكانية الوجود القانوني لمثل هاته الشركات. فوزي محمد سامي، في الأحكام العامة للشركات، مرجع سابق، ص21.و ج-(ريبير)، ر-(روبلو)، مرجع سابق، ص326وما يليها، فقرة1346.و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص100.

ومن وجهة نظر أخرى فان المؤسسات الخاصة، لم تعد الشركة أمرا ملائما لخدمتها، إلا إذا لجا أصحابها إلى إنشاء شركات وهمية وهذا ما كان يحدث غالبا، فكثيرا ما كان يستغل استقلال الشركة بذمتها عن ذمم الشركاء كوسيلة للغش، وهذا باللجؤ إلى تحويل مشروع فردي إلى شركة ذات مسؤولية محدودة حيث يملك صاحب المشروع الجانب الأكبر من حصصها ويحتفظ بحق إدارتها، وبالتالي يسيطر عليها سيطرة تامة مع تحديد مسؤوليته بقدر ما قدم من حصص، وفي هذا يقول احد العلماء الفرنسيين(أن إنكار وجود شركة الشخص الواحد، هو في الحقيقة إنكار لواقع قائم من شانه أن يخفي كثيرا من الجهل والنفاق)، وكان هذا الرأي مدعما بما أجري من تحقيق لسنة1972والذي كشف من خلاله ان53%على الأقل من مجموعة الشركات المعروفة وعددها8000شركة هي في حقيقتها مشاريع فردية تتخذ شكل شركة، والتي بفضلها يتوصل إلى الهدف المنشود، وهو تحديد المسؤولية مع بقائه سيدا لأعماله، مع إمكانيته ان يؤسسها الشريك لوحده لما تتطلبه من حد أدنى لراس المال، أي له مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة بقدر حصته في رأس مال الشركة. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، بيروت، 1996، ص25.و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص265.و فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص22.

التاجر الفرد، والحيلولة دون انتشار الشركات الوهمية والصورية[1]، كما انه تم الاعتراف بها، وتم تنظيمها في عدة تشريعات بلدان أروبية منها التشريع الفرنسي و البريطاني، اللذان أجازا قيام شركة الرجل الواحد، فبطلان شركة الشخص الواحد يعد كنتيجة من نتائج النظرية العقدية، فمن القوانين من يسمح بتأسيس شركة بشخص واحد، فالقانون التجاري لم يلجا إلى الحل الفوري لهاته الشركات، بل يمنحها آجالا لإكمال النقص في العدد خلال مدة معينة، وهذا لتسوية الوضع في حالة الاخلال بهذا الركن، وإلا تنحل الشركة بأمر المحكمة أو من تلقاء نفسها أو بطلب يُقدم إلى المحكمة[2].

ثالثا:الارادة المنفردة كمصدر قانوني لإنشاء شركة الشخص الواحد

هناك من رأى أن في ذلك مساس بالفكرة التعاقدية، فإذا كان يمكن أن تؤسس بشخص واحد، فانه يصبح من غير المعقول الكلام عن العقد، لكن القاعدة العامة تبقي على الشركة طابعها العقدي، فيشترط في تكوين الشركة أن يوجد متعاقدين فأكثر، وهذا ما جاءت به أحكام المادة416من القانون المدني في نصها(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر، بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل على أن يقتسموا ما قد ينشا عن هذا المشروع من ربح أو خسارة)، أي نخلص من هذا أن تكوين الشركة يخضع للعقد، إلا أن المشرع استثنى من هذا تكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة بواسطة شخص واحد، وهو استثناء لا يمكن التوسع فيه، والمؤيد لهذا ان شركة الشخص الواحد ليست شكلا جديدا من الشركات، وإنما إقرار لتحويل شركة قائمة، أو إنشاء شركة حسب شكل شركة قديمة، فهي إضافة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، ولكنها لا تضم إلا شريكا وحيدا[3]، فانعدام ركن تعدد الشركاء يترتب عليه أن التأسيس يكون نابعا من إرادة منفردة.

---

[1] - نادية فضيل،(شركة الشخص الواحد(La E.U.R.L))، مرجع سابق، ص100وما يليها.

[2] - سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص29وما يليها.و فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص264.

[3] - يوافق هذا الطرح انه لتأسيس شركة المساهمة لابد من حد أدنى للشركاء المساهمين وهو ان لايقل عن7مساهمين، وإلا فانه لا يمكن قيامها، وفي المقابل نجد ان التشريع الفرنسي عرف نوع جديد للشركات المساهمة ذات شخص واحد(SASU)، وهذا بموجب قانون99-587الصادر في12-07-1999المعدل لقانون03-01-1994، والذي ادخل بموجبه المشرع الفرنسي شركات المساهمة المبسطة، وأجاز فيه تشكيل شركة مساهمة ذات مساهم وحيد، وأيضا نجد أن القضاء الألماني أيد رأي الفقه من حيث انه اقر في محاكمه العليا لسنة1881، لشركات المساهمة العامة الاستمرار بشريك واحد، كما انه اعترف في عام1895بشركة الشخص الواحد التي تنشا نتيجة اجتماع كل حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة، ثم قنن هذا الامر في تشريعه في04-07-1980، كما انه لا يمكن ان نقول بقيام شركة ذات شريك واحد عند شركة التضامن، وفي شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم لاحتوائهما على خليط من الشركاء متضامنيين و مساهمين أو موصين. نادية فضيل، شركة الشخص الواحد(E.U.R.L La)، مرجع سابق، ص101.و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص266وما يليها.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص133.

فتأسيسها قد يكون مباشرا[1]، وذلك نتيجة اجتماع حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة[2]، بحكم نص المادة564(معدلة)1من القانون التجاري، كما انه يوجد التكوين الغير المباشر حسبما تقضي به أحكام المادة590مكرر1من القانون التجاري، والتي تنص على انه لا تطبق أحكام المادة441من القانون المدني، والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة[3]، أما المادة13من الامر96-27[4]، التي عدلت وتممت المادة1/564من القانون التجاري تنص على انه(تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص، واذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تضم إلا شخصا واحدا"كشريك وحيد"تسمى هذه الشركة"مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة"، يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء...)[5]، ان التعديل الذي جاء به مشرعنا انطوى في مضمونه على مواكبة العصر الحديث في مجال اقتصاد السوق والواقع الاجتماعي الجزائري، والتوفيق بينهما لذا تم فتح المجال ومنح الفرص لجميع الفئات من المشاركة والمساهمة في النشاط الاقتصادي، إما بشكل جماعي أو فردي، فمشرعنا اعترف بهاته الشركة سواء تأسست بطريق مباشر أو غير مباشر، محاولا مسايرة التطور الاقتصادي العالمي الذي أصبح يميل أكثر إلى مبدأ سلطان الارادة في إنشاء المشاريع[6]، ويستنتج من خلال هذا النص ما يلي:

---

[1]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص102.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص133.

[2]- أي ان يُكون شركة بمفرده عن طريق اقتطاع مبلغ، أو قيمة مالية معينة من ذمته المالية، وان يخصصها لاستثمارها في مشروع معين في شكل شركة لها شخصية معنوية، وان يسال فيها الشخص الواحد أي مؤسسها مسؤولية فردية بقيمة ما قدمه من حصة دون دخول باقي ذمته المالية. نادية فضيل، مرجع سابق، ص99.

[3]- فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص15.

[4]- كما أن الملاحظ في التشريع الجزائري أن تعديل1993 للقانون التجاري لم يأخذ بمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة. نادية فضيل، مرجع سابق، ص97.و بلولة الطيب، مرجع سابق، ص221.

[5]- ان إنشاء المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، يهم كثيرا المؤسسات الفردية التي لا ترغب في تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة، أو شركة مساهمة لتجنب التعامل مع الشركاء الذين عادة ما يكونون مصدر نزاعات، كما تسمح بالفصل بين الذمة المالية الشخصية للمؤسس والذمة المالية للمؤسسة، والإفلات بذلك من الالتزام بمواجهة ديون الشركاء بالأموال الخاصة، أي أن هناك فصل قانوني بين أموال الشخص المعنوي وأموال مالكها أي الشريك الوحيد، حيث أن الشريك الوحيد يميل الى الخلط بين امواله الخاصة وأموال المؤسسة، ويسقط بذلك في وضعية المؤسسة الفردية التي سبق أن تطرقنا إليها، وهذا الخلط بين الاموال اشتهر في الجزائر في سنة2004في قضية آل خليفة. بلولة الطيب، نفس المرجع، ص222وما يليها.

[6]- لكن المشرع الجزائري وضع بعض القيود على إطلاق هاته الحرية منها ما نص عنه في المادة590مكرر02(جديدة)من ت.ت.ج نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص104.

- أن المشرع جعل التعريف عام وواسع بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد[1]، اي انه جعل شركة الشخص الواحد في شكل واحد هو شكل شركة ذات المسؤولية المحدودة.

- توافقهما في الخصائص من حيث تحديد مسؤولية الشريك بقدر ما قدمه من حصة في رأس المال[2]، وعدم تمثيل الحصص بسندات قابلة للتداول بالطرق التجارية، وعنوانها، وعدم اكتساب الشريك صفة التاجر، إضافة إلى أنها تتبعها فيما يخص التأسيس، سواء التأسيس المباشر، وهو يرجع لكون التشريع قائم على نظام الاقتصاد الحر في أقصى معاني الحرية، أو الغير المباشر، والتنظيم، والإدارة، والانقضاء[3].

- كان المشرع الجزائري يحتفظ بفكرة العقد في الشركة، فلم يكن يسمح بقيام الشركات ذات الشخص الواحد، أي أن اجتماع كل حصص الشركة في يد شخص واحد يترتب عنه الحل بقوة القانون لانعدام عنصر تعدد الشركاء، لكنه بموجب الامر96-27اعترف بشركة الشخص الواحد، من حيث تشجيعه للخواص لإفراغ مشروعاتهم الفردية في قالب شركة، وهذا بإرادتهم المنفردة لإنشائهم شخص معنوي، فيكون لهم الحرية التامة والكاملة لإنشاء مشاريعهم وفق مبدأ سلطان الارادة والاستغناء عن الشريك، وهذا دلالة على أن المشرع أراد سد باب النفاق ولجوء هؤولاء إلى تشكيل شركات وهمية من طرف شركاء لهم أغلبية رأس المال، أي نشؤ شركات المالك الحقيقي لها، وهو شخص واحد وما الأخر إلا شريك وهمي[4].

---

[1] - ان معظم التشريعات المعاصرة ربطت هذا النوع من الشركات بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ومن بينها المشرع الجزائري، إلا ان هناك تشريعات أخرى ربطتها بشركة التضامن ورأت فيها تقاربا أو تشابها بينها كالتشريع العراقي مثلا، ومن ثم فان تأسيس شركة الشخص الواحد يختلف من تشريع الى أخر. نادية فضيل، نفس المرجع، ص108.

[2]- أن هاته المسؤولية المحدودة التي يتمتع بها الشريك، تكفل له حماية قانونية خاصة تشجع على استثمار أمواله في المشاريع الصغرى والمتوسطة دون أن يكون مهددا في أمواله الشخصية لان هذه الأخيرة لا تشكل الضمان العامل لدائنه، وهذا يعد خروجا عن المبدأ العام الذي جاءت به المادة188من ت.م.ج والتي نصت بقولها(أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنيين متساون تجاه هذا الضمان). نادية فضيل، شركة الشخص الواحد(La.E.U.R.L)، مرجع سابق، ص102.

[3] - راجع أحكام المادة2/564من ت.ت.ج.

فهي تنشا أما بالتأسيس المباشر، أي بالإرادة المنفردة لكل من أراد ممارسة نشاط تجاري وان يملك جميع رأسمالها وليس عن عقد، مع مراعات احكام المواد566و567التي تخص تقديم الحصص وهي أن لا يجوز أن يقل رأسمالها عن100.000دج مع ضرورة اكتتابه بجميع الحصص التي يتكون منها رأسمال الشركة، ودفع قيمتها كاملة.

أو أنها تنشا باجتماع الحصص في يد شخص واحد، ويتحقق ذلك أثناء نشاط أي شركة، فتتحول إلى مؤسسة ذات شخص واحد ذات مسؤولية محدودة، دون تعرضها للحل بقوة القانون

راجع المواد554و555و556و576و577و578والمواد589و590مكرر1ومكرر2(جديدة)، من ت.ت.ج و فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، مرجع سابق، ص275وما يليها. و نادية فضيل، ،(شركة الشخص الواحد(La.E.U.R.L)، مرجع سابق، ص103و104 و ص116وما يليها.و نادية فضيل، شركات الاموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص109وما يليها.

[4]- فتيحة يوسف المولودة عماري، مرجع سابق، ص265.و عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص133.

الفرع الثاني
شركة المساهمة المبسطة أو البسيطة

ان التشريعات الأوروبية ومن بينها القانون الفرنسي ادخلت حيز التنفيذ بعض الشركات التي تجسدت من خلالها الحرية التعاقدية، ومنها ما يسمى بشركات المساهمة المبسطة أو البسيطة[1]، فالمشرع الفرنسي ابتدع نوعا جديدا من شركات الأموال، بخلاف الأشكال التقليدية المعروفة، هو شركة المساهمة المبسطة، وكان ذلك بهدف تجنب تعقيدات شركات المساهمة وخلق آلية قانونية مرنة تستقطب العلاقات ما بين الشركة الأم و فروعها، وكذا إمداد تجمعات الشركات بهيكل أو إطار قانوني جديد يلبي حاجتها إلى إقامة تعاون فيما بينها على قدم المساواة وعلى نحو دائم ومستمر، خاصة وان هياكل التعاون التقليدية قد فقدت بريقها ولم تعد الإطار الأمثل لمثل هذا التعاون فالشركة الوليدة المشتركة[2]، لم تعد تستقطب الشركات الكبيرة، والتي تزمع الدخول في تعاون دائم ومستمر بسبب اتخاذها شكل شركة التضامن بما تستتبعه ذلك من مسؤولية الشركاء فيها من مسؤولية تضامنية ومطلقة عن كافة تعهداتها، ثم عدل من أحكامها بموجب قانون1999/07/12، الذي كان من شانه توسيع مجال حرية تأسيس هذه الشركات، فجعل منها شركة مفتوحة لأي مشارك، إذ بعدما كانت قاصرة على الشركات والتجمعات، أصبحت تشمل الأشخاص الطبيعية، بل أجاز تأسيسها حتى من مساهم واحدSASU(شركة مساهمة مبسطة ذات مساهم وحيد)، وتشكل هذه الشركة مظهر للحرية التعاقدية، لما تتمتع به من مزايا، تتجسد من خلالها الحرية المطلقة للشركاء في تنظيم حياة الشركة وكيفية إدارتها، إذ يهيمن على نشاطها و تسييرها مبدأ الحرية التعاقدية، كما أن هذا المبدأ هو السائد فيما يتعلق بتحديد سلطة اتخاذ القرارات، وحقوق الشركاء الفردية[3]، كما

---

[1] - تعرف اختصارا باسم
-JEANTIN-CANNU-D.GERRY (SOCIÈTÈ PAR ACTION SIMPLIFIÈE) – S.A.S
اشار اليه محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص410.

[2] - هي شركة يتقاسم فيها الشركاء بالتساوي رأس المال والسلطة، ويكون غرضها تنظيم التعاون بين الشركاء فيها على نحو دائم ومستمر. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص20وما يليها.و ج-(ريبير)، ر-(رويلو)، مرجع سابق، فقرة2031، ص946وما يليها.

[3] - يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص141و142. و
- G.Ripert ET R.Roblot, Op.CIT.P893N1233.

ان التجمع ذو المصلحة الاقتصادية[1]، قد فقد اعتباره بسبب المسؤولية المطلقة والتضامنية لأعضائه عن الديون التي تنشا عن تعاملاته مع الغير.

وتلافيا لهاته العيوب، لم يكن هناك مفر من البحث عن آلية بديلة للتعاون تتفادى المسؤولية المطلقة والتضامنية، وتتمتع في نفس الوقت بنظام قانوني مرن يسهل ويدعم التعاون بين الشركات التي تتبنى الآلية المذكورة، هذه الآلية هي شركة المساهمة المبسطة.

والفكرة الرئيسية التي تتمحور حولها هذه الشركة هي التقليل بقدر الإمكان من النصوص القانونية الآمرة التي تحكم شركات المساهمة التقليدية، وإتاحة الحرية المطلقة للشركاء لتنظيم حياة الشركة وكيفية إدارتها، وترتب على هاته الفكرة المحورية اضمحلال فكرة التنظيم القانوني في هذا النوع من الشركات، وعودة الهيمنة والسيادة للفكرة التعاقدية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وما يستتبعه من اخذ شخصية الشريك في الاعتبار[2]، اما طبيعتها القانونية فهي شركة تجارية بحسب الشكل وأيا كان غرضها، كما ان إنشاء شركة من شخص واحد وفي حالة اجتماع كامل أسهم شركة المساهمة المبسطة في يد واحدة، كما أن عمل الشركة قريب إلى حد ما من عمل مشروع الشخص الواحد المحدود المسؤولية، فالإنشاء الحر لهذا النوع من الشركات كان مطلوبا منذ وقت طويل باسم حرية التجارة، وتم الدفاع عن هذا المبدأ كتطبيق لمبدأ حرية التعاقد، وانتصار الرأسمالية، وحرية التكوين التي كانت مطلوبة[3].

كما ان شركة المساهمة عرفت تعديلات هامة بموجب المرسوم التشريعي93-08والذي طغت عليه كثيرا الأحكام التنظيمية، بحيث أصبحت لا تتكيف مع الوضع الراهن ومتطلبات الانفتاح على العالم[4]، الذي يقضي من المؤسسات الجزائرية ضرورة التطور في إطار قانوني تنافسي مشجع للاستثمار، والذي يجسد مبدأ الحرية التعاقدية، وهذا بترك مجال حر للشركاء والمساهمين فيما يتعلق بكل شؤون شركتهم، وهذا أخذا بانشغالات المتعاملين الاقتصاديين.

---

[1] - التجمع ذو المصلحة الاقتصادية شخص معنوي ليس له نشاط مستقل عن نشاط أعضائه ويهدف إلى تعبئة كل الوسائل التي تسهل وتنمي النشاط الاقتصادي لهؤولاء الأعضاء وتعمل على تحسين وازدياد ناتج هذا النشاط.

[2] - محمد فريد العريني، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص409و410، مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص50وما بعدها.

[3] - ج-(ريبير)، ر-(رويلو)، مرجع سابق، ص946وما يليها.

[4] - يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص140.

خلاصة الفصل الثاني:

ان المشرع الجزائري نظم الشركات التجارية من خلال القواعد العامة(القانون المدني)، والقواعد الخاصة(القانون التجاري)، اضافة الى قوانين ومراسيم عديدة، فتم تقسيمها الى شركات اشخاص واموال، وعليه درسنا هيمنة الفكرة التعاقدية من خلال شركات الاشخاص التي ترتكز على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء وعدم التنازل على الحصص للغير الا بقيود، واهمها شركة التضامن التي تعد النموذج الامثل لشركات الاشخاص لانه عندما لا يحدد العقد طبيعة الشركة فالقضاء يتجه الى وصف الشركة بانها شركة تضامن لما توفره من ضمان لحماية الغير، وبساطة اجراءات تاسيسها، وحرية الشركاء في وضع القيود التي تنظم نشاطها، ثم تطرقنا الى شركة التوصية البسيطة ومدى اتفاقها مع شركة التضامن الا من حيث وجود شركاء موصين الى جانب شركاء متضامنيين، كما تطرقنا الى شركة المحاصة وراينا انها تقوم على اتفاق بين الشركاء وعدم قيدها في السجل التجاري، وعدم تمتعها بشخصية معنوية، ومنه فهي نموذج للحرية التعاقدية.

ومن جهة اخرى تطرقنا الى هيمنة الفكرة النظامية في شركات الاموال، فهي تقوم على الاعتبار المالي واجتماع رؤوس الاموال، واهم نموذج لها نجد شركة المساهمة فلم يترك انشاءها لارادة المتعاقدين الحرة بل هي نظام قانوني تسوده ارادة المشرع، ومن اهم خصائصها انها اصبحت ضرورة عملية للاقتصاد القومي فلها شخصية معنوية، ويمكن للاغلبية ان تفرض ارادتها على الاقلية، ويتدخل فيها المشرع بنصوص امرة لتنظيمها والعبرة فيها براس المال وليس بشخصية الشريك، كما ان اجراءات تاسيسها معقدة، لكن من كل ماسبق ظهر راي اخر يعترف بالطبيعة المختلطة للشركة واعتبرها كاطار قانوني لتنظيم المشروع الاقتصادي، فهناك شركات ذات طابع عقدي ونظامي منها شركة التوصية بالاسهم وذات المسؤولية المحدودة، واما حاليا فنجد قانون الشركات يمتاز بعودة بروز العقد، وهذا من خلال سماح المشرع بانشاء شركة بارادة منفردة، وهي شركة ذات شخص وحيد وذات مسؤولية محدودة، وهذا انتهاجا لسياسة اقتصاد السوق وانفتاح العالم على تشجيع الاستثمار، وتاكيدا لهذا ظهرت شركة المساهمة المبسطة.

الخاتمة

الخاتمة:

ان الاطلاع على فلسفة الشركات في القانون الجزائري، والتي هي محكومة بقواعد القانون المدني، الذي يعرف الشركة على أنها عقد، وبذلك فانه يولي أهمية لمبدأي سلطان الارادة والحرية التعاقدية، واللذان لعبا دورا رئيسيا في نشأة عقد الشركة وفي تحديد آثارها، هذا بطبيعة الحال مسايرة للتوجهات التي كانت سائدة، والتي قلصت من سلطة القانون أمام سلطة الأفراد، فجعلت هذه الأخيرة هي الأساس، أما القانون وإن وجد لتنظيم هذه التصرفات فإنه يكون في شكل قواعد مكملة لإرادة الأفراد وليس موجها ولا ملزما لها، هذا مما يتفق تماما مع منطق النظرية التعاقدية التي ترى أن الشركة عقد بين الشركاء.

فنجد انه في شركات الأشخاص(كشركة التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة) يبرز ويحتفظ المفهوم التعاقدي بسلطانه ويصبح هو المسيطر، فتعتبر الشركة متروكة لإرادة الأطراف المنشئة لها، والدليل على ذلك يتمثل في النتائج العديدة والتي نذكر منها:

- أن الغلط الواقع في شخص الشريك يفسد عقد الشركة، ويجعل الشركة باطلة بطلانا نسبيا.
- أن الشركة تنحل بوفاة احد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو بخروجه من الشركة، وذلك لان الشركاء إنما منحوا ثقتهم لشخص معين، وقد لا تتعدى هاته الثقة إلى ورثته أو ممثله القانوني، الا اذا نص القانون بخلاف ذلك.
- أن الحصص في هذه الشركات لا تقبل التداول بالطرق التجارية، لان التداول من شانه إدخال أشخاص غرباء إلى الشركة، وهو ما لايجوز دون رضاهم حفاظا على الاعتبار الشخصي.
- أن تعديل العقد التأسيسي لهذا النوع من الشركات لا يكون إلا بإجماع الشركاء، وفي أن العيوب التي تشوب إرادة احد الشركاء من شانها أن تؤدي إلى إمكانية الانقضاء وهذا بإبطال الشركة.
- كثير من أحكام الشركات كتحديد غرض الشركة، وعلاقاتها بالمديرين و مندوبي الحسابات، وقواعد تحول و اندماج الشركات، وانقسامها، يصعب تفسيرها إلا بالرجوع إلى فكرة العقد.

لكن الملاحظ من خلال الغوص في التعريف التشريعي للشركة، أن دور الارادة وإن كان ليس غائبا إلا أنه يلعب دورا هامشيا في الشركة، فلم تعد الحرية الفردية هي تلك التي تبيح لصاحبها أن يقوم بما يشاء، بل قُيدت هذه الحرية إلى الحد الذي تتحقق فيه مصالح الفرد والمصلحة العامة للمجتمع، وعليه فالإرادة التي كانت مصدر الحقوق والواجبات، و تمثل السلطان والقانون الذي يجب أن يحترم، ولا يمكن التدخل فيما تقرره، لم تعد غاية في حد ذاتها، بل أصبحت مجرد وسيلة لتحقيق خير الجماعة، تتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لايمكن تجاوزها.

فمبدأ سلطان الارادة لازال موجودا، إلا أن القانون وضعه في إطار معقول تتوازن فيه الإرادة مع العدالة، والمصلحة العامة، أو مثل ما يقال: " إرادة موضوعة أو مقامة ولكن في إطار القانون"، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ بول دوران: " لا يوجد العقد إذا ما حل القانون محل إرادة المتعاقدين[1]"، ويمكن القول ـ إن صح التعبير ـ أن الأمور إنقلبت، فالإرادة التي كانت أسمى من القانون، ثم صارت في مرحلة أخرى تتماشى و تتساير معه، ثم صارت اليوم في مرتبة ومنزلة أقل، حيث صار القانون يسمو ويعلوا عليها.

فالمشرع الجزائري وضع قواعد آمرة مقيدة لحد بعيد، وهاته القواعد الآمرة لا يمكن للشركاء أو الأطراف مخالفتها إلا استثناء، وهذا بترخيص القانون مما يجعل الطابع العقدي للشركة غائب بصورة كبيرة، وهذا التقييد يظهر بشكل كبير وواسع من خلال شركات الاموال، والتي يطغى عليها الجانب النظامي الذي تكون له السيادة والغلبة على فكرة العقد لاعتبار أن عقد الشركة هو عقد ذو طبيعة خاصة نظرا لما ينتج عنه، ففي أغلب الحالات تنتج شخصية قانونية مستقلة ومتميزة تتعدى الإرادات الفردية، والتي تكون فيها مكانة الحرية التعاقدية ضئيلة، ومن ابرزها شركات المساهمة، حيث يكون للأغلبية أن تعدل من نصوص نظام الشركة وان تفرض إرادتها على الأقلية، وحيث تنقص القواعد القانونية الملزمة من الحرية التعاقدية، حيث ينعدم الاعتبار الشخصي للشريك، وتليها شركة المسؤولية المحدودة.

---

[1]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص41، هامش26.

فمضمون الشركة، وطرق تطبيقها محددة سلفا في القانون التجاري، والذي يظهر الطابع النموذجي أو التنظيمي والذي يذعن له الشركاء المستقبليين، فبعد أن كـان توافقيا يتم في كنف الحرية المتمثلة في إرادتين متساويتين مستقلة كلتاهما عن الأخرى، صار عملية موجهة، إما بواسطة المشرع تـارة أو بواسطة أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع شروطه وفرضها على المتعاقد الأخر، وهاتان ظاهرتان قانونيتان اقتصاديتان واجتماعيتان فيها تجريد كبير للعقد من طابعه التعاقدي وتجعلان منه أشبه ما يكون باللائحة.

و قـد أدى هذا الأمر إلى إظهار نقائص المذهب الفردي، والتقليص من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية وهذا من خلال الاسباب الاتية:

- أصبحت عملية تنظيم التبادل التجاري مع الدول تتـم من قبـل الدولة نفسها حماية لإقتصادها، وللحد من قوة الإرادة وفرديتها، وذلك بتوجيه هذه العلاقة وإضفاء الصفة الإجتماعية عليها، فهي تتقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الإقتصادي.

وبذلك أصبحت قـواعد النظام العام الإقتصادي كثيرة ومختلفة، يجب على الأشخاص مراعاتـها في تصرفاتهـم التي يقومـون بها، هذا الاخيـر الذي اخـذ يتزايـد في عقـود الشركة، حيث صـار العقد إلى جانب كونـه ذا طابـع خاص صـار ذا طابع جماعي، ولم تعد الحرية هي ذلك المبدأ السامـي المنظـم للعقـود حيث برز مبدأ التنظيم، ومبدأ الحماية على أنقاض مبدأ التبادل الحر. الذي لم يعد يستجيب لحاجات الجماعة.

- ظهرت في الشركة العقود المفروضة، والعقود الموجهة، والعقود المصرح بها، وكذلك عن طريق التحديد الآمر لمضمون العقد، كما أن الحصول على ترخيص إداري أصبح أمرا ضروريا لممارسة أنشطة معينة أو إبرام بعض عقود الشركة، كل هاته الأساليب تعد أساليب تسلطية أو قهرية أو انفرادية تنتسب في جوهرها إلى القانون العام أدت إلى عيممة العقد حيث يضفى جانبه التنظيمي على طابعه الفردي.

لكن قد يظهر جليا أن كلا الطرحين يبدو قاصرا لتفسير(الظاهرة أو الطبيعة)القانونية للشركة، ومعرفة ما إذا كانت عقد أم نظام؟، ولكن الجمع بين الطرحين أو القول بتعايش الفكرتين داخل الشركة يبدو ضروريا لفهم طبيعة الشركة بصورة كاملة، مع الأخذ بعين الاعتبار التداخل بين النظرة المدنية التي تأخذ بالطابع التعاقدي للشركة، وبين النظرة

التجارية التي تأخذ بالطابع النظامي، فنجد أنه يختلف تأثير الواحدة على الأخرى حسب نوع الشركة، والذي يعتمد على القياس المتغير الذي يسمح بتحديد توازن الجانب العقدي(الليبرالي) والجانب النظامي، فمن المتعارف عليه أنه في قالب كل شركة هناك قواعد نظامية و أخرى عقدية، والتي تتغير بحسب كل نوع من أنواع الشركات(شركة أشخاص أو شركة أموال)، بل أكثر من ذلك في الشركة الواحدة، وذلك من مرحلة إلى أخرى، لذلك غالبية الكتاب المختصين في قانون الأعمال يقرون بالطبيعة المزدوجة(المركبة) للشركة.

و في هذا يرى الأستاذ أكثم أمين الخولي بان الشركة كإطار قانوني للمشروع هي اقرب النظريات إلى الصحة، و لا سيما بعدما أجاز المشرع في كثير من البلاد تأسيس شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، والتي لا تضم إلا شريكا واحدا، فالشركة لم تعد عقدا كما أنها أيضا لم تعد مجموعة من الأشخاص تسعى إلى تحقيق غرض مشترك.

فالنقاش اليوم حول مركز الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدا سلطان الارادة قد أعيد طرحه بشكل أكثر حدة، فمن الشراح من يتفاءل ويقول: أن العقد لم يضمحل بل تطور وكان تطوره إستجابة لقانون سوسيولوجي هو قانون تطويع النظم القانونية لظروف الحياة، فالأزمة التي يوجد فيها العقد هي أزمة مبالغ فيها، ذلك أن من أسبابها ظروفا عارضة، ولئن كان صحيحا أن العقد قد تراجع في بعض الميادين فصحيح كذلك أنه إتسع فلقد عرفت العلاقات القانونية تطورا ملحوظا نتيجة للمستجدات وتغيير المعطيات القانونية، و الإجتماعية و الثقافية و الإقتصادية، وجعل الإرادة مناط هذه التصرفات القانونية وأساسها، ولأجل ذلك فقد أحاطها القانون بعناية خاصة، تظهر في التنظيم القانوني الذي أولاها به، والذي يظهر ويتجلى بوضوح في الشروط التي يجب أن تتوافر فيها كي تكون معتبرة، ويعتد بها قانونا، فالقانون الفرنسي و جل القوانين العربية تأخذ بالنظرية العقدية عند تعريفها للشركة بشكل عام وذلك من خلال تكوينها(الشروط العامة للانعقاد والنفاذ)، أما إذا تعلق الامر بممارسة الشركة لنشاطها فان أساسها ينبني على القواعد المنظمة لعملها، والى نصوص القانون التي تهدف إلى حماية الغير وحماية الاقتصاد الوطني.

لكن من كل ماسبق ومن خلال التعمق في دراسة قانون الشركات الحالي والذي نجده يتميز بعودة بروز العقد، الذي من خلاله أغلبية الكتاب يجمعون على ذلك وهذا من حيث:

1- عودة الظاهرة العقدية، والذي يتواكب مع تراجع دور الدولة في الاقتصاد، وكذلك في تنظيم العلاقات القانونية.

2- للحرية التعاقدية اهمية فهي تسمح بتحرير قوانين أساسية ملائمة حسب نوع الشركة وحسب أهداف المستثمرين ويعتبر ذلك ضمانة للكفاءة.

3- الفقه الفرنسي يعتبرها ثورة حقيقية، كما يمكن القول بان النظرية التقليدية لم تفقد كل أثارها فبعد تعديل المادة1832من القانون المدني الفرنسي في11يوليو1980ما زال يعتبر العقد مصدرا منشأ للشركة وهو بهذا توجه نحو النزعة العقدية، وأضفت المرونة على إنشاء شركات المساهمة وطريقة سيرها، كما أنها أحدثت بموجب القانون رقم01الصادر في3يناير1994الشركة المغفلة البسيطة(شركة مساهمة بسيطة)، وأعطت لها حرية كبيرة للشركاء لتنظيم وسير مؤسساتهم، وأضافت في سنة1999خطوة إضافية بان سمحت لكل شخص طبيعي أو معنوي ان ينشا شركة مساهمة بسيطة وهو بهذا اعادة الاعتبار للحرية التعاقدية.

4- ان ضرورة الانفتاح العالمي و تلاشى الحدود الإقتصادية و الثقافية و الإجتماعية في ظل مايسمى بالإنفتاح الإقتصادي، وبروز العولمة وتأثيرها، وضرورة أن تكون مؤسساتنا متطورة في ظل اطار قانوني تنافسي يلح بضرورة ترك مجال اكثر للحرية التعاقدية، فكلما قل الإحتكار وزادت المنافسة، كانت هناك فرصة أمام المتعاقد للإختيار بين مايراه أحسن له وأنسب، وكمثال عن ذلك: فتح المجال لشركات التأمين يضع ويولد حرية إختيار أكبر أمام الراغب في التأمين.

واخيرا ومن حيث ما جاء في تقرير ماريني الذي اقترح تدابير وتبسيط واعطاء حرية اكثر للفاعلين الاقتصاديين وتنفيذ توازن افضل للسلطات والمسؤوليات داخل الشركة[1]، نرى ان مشرعنا الجزائري تماشى مع هذا من خلال تعديله لقواعد شركة التوصية البسيطة من جهة، و شركة ذات المسؤولية المحدودة في اطار شركة ذات الشخص الواحد ولعل اهم تعديل جاء به مشرعنا وهو دعوة صريحة للحرية التعاقدية هو ما تضمنه تعديل شركة المساهمة المبسطة.

[1]- **nathalie moraldo,éva mouial bassilana,irina barchkévova, op.cit.P177**

المراجع:

أولا ـ مراجع باللغة العربية:

I- المراجع القانونية:

01-**ابو زيد رضوان،** الشركات التجارية، (شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة)، الجزءالاول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.

02-**احمد محرز،** القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الثاني، جامعة قسنطنية، مطابع سجل العرب، الجزائر، 1979.

03-**اكثم أمين الخولي،** قانون التجارة اللبناني المقارن، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة،1997.

04-**اكثم أمين الخولي،** الموجز في القانون التجاري، (الأعمال التجارية والتاجر، حقوق الملكية الصناعية والمتجر، شركات القطاع الخاص، النظام القانوني للقطاع العام)، الجزء الأول، مطبعة المدني، القاهرة، 1970.

05-**الطيب بلولة،** قانون الشركات، ترجمة محمد بن برزه BERTI, 2éme,Editions. Alger ، 2008.

06-**الياس ناصيف،** الكامل في قانون التجارة، الشركات التجارية، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، منشورات عويدات، بيروت، 1982.

07-**الياس ناصيف،** موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، بيروت،1994.

08-**الياس ناصيف،** موسوعة الشركات التجارية، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، بيروت، 1996.

09-**ج-(ريبير)، ر-(روبلو)،** المطول في القانون التجاري، الشركات التجارية، ميشال جرمان، الجزء الأول، المجلد02، ترجمة منصور القاضي، سليم حداد، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2011.

10-**أكرم ياملكي،** القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

11-**انور سلطان،** الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،1998.

12-**جاك يوسف الحكيم،** الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 2006-2007.

13-**حسين مبروك،** الكامل في القانون التجاري، منشورات دحلب الحقوقية، الطبعة الأولى، يناير،2000.

14-**محمد رفعت الصباحي،** محاضرات في القانون التجاري، مكتبة عين شمس، القاهرة، 2004-2005.

15-**محمد فريد العريني،** القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1999.

16-**محمد فريد العريني،** الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2002.

17-**محمد فريد العريني،** جلال وفاء البدراوي محمدين، محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1997.

18-**محمد فريد العريني،** الشركات التجارية(المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

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

20-**مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق،** أصول القانون التجاري(الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية)، دارالفكرالجامعي، الإسكندرية، 2006.

21-**نادية فضيل،** أحكام الشركات التجارية طبقا للقانون التجاري الجزائري(شركات الأشخاص)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1997.

22-**نادية فضيل،** شركات الاموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

23-**عباس حلمي المنزلاوي،** القانون التجاري(الشركات التجارية)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

24-**عباس مصطفى المصري**، تنظيم الشركات التجارية(شركات الأشخاص–شركات الأموال)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2002.

25-**عبد الحي حجازي**، النظرية العامــة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت،1982.

26-**عبد الحميد الشواربي**، موسوعة الشركات التجارية(شركات الأشخاص والأموال والاستثمار)، منشاة المعارف، الإسكندرية،2003.

27-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني(حق الملكية)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،1967.

28-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، (الهبة، الشركة، القرض الدائم والصلح)، المجلد الخامس، دار النهضة، القاهرة،1981.

29-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1998.

30-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، مصادر الالتزام، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

31-**عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.

32-**عبد المنعم فرج الصده**، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.

33-**عبد المنعم فرج الصده**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت،1974.

34-**عبد المنعم فرج الصده**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.

35-**عبد الفضيل محمد احمد**، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

36-**عبد القادر البقيرات**، محاضرات في القانون التجاري(الأعمال التجارية-نظرية التاجر-المحل التجاري-الشركات التجارية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ببن عكنون، 2007.

37-**علي البارودي**، القانون التجاري(الأعمال التجارية والتجار والمنشأة التجارية وشركات الأشخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

38-**علي جمال الدين عوض**، دروس في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، مطبعة البيان العربي، دون تاريخ نشر.

39-**علي حسن يونس**، الشركات التجارية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، 1974.

40-**علي فيلالي**، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

41-**علي فيلالي**، الإلتزامات،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

42-**علي سيد قاسم**، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، الشركات التجارية، قانون الأعمال، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

43-**عمار عمورة**، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

44-**فتيحة يوسف المولودة عماري**، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2007.

45-**فوزي محمد سامي**، شرح القانون التجاري(في الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركات)، المجلد الثالث، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع(عمان)، دار مكتبة التربية(بيروت)، 1997.

46-**فوزي محمد سامي**، شرح القانون التجاري، شركات المساهمة، المجلد الرابع، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دار مكتبة التربية، بيروت، 1997.

47-**سلمان بوذياب**، القانون التجاري(التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995.

48-**سميحة القليوبي**، القانون التجاري(نظرية الإعمال التجارية، نظرية التاجر، الشركات التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك)، مركز جامعة القاهرة، مصر، 2000.

49-**سميحة القليوبي**، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

II ـ المقالات القانونية:

01-**ابو زيد رضوان،** مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد الأول، جويلية، 1970. ص12 الى30.

02-**احمد شرف الدين،** التحولات الاقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العددان01و02، يناير و يوليو، 1976. ص23 الى30.

03-**أحمد عبد الرحمن الملحم،** نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، السنة06العدد01و02. ص243.

04- **ديدن بوعزة،** مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 02-2005. ص02 الى10.

05- **رايس محمد،** مدى اثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد05-2008. ص85 الى98.

06- **محمد تيورسي،** فترة النظام العام الاقتصادي كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التجارية، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد04-2007. ص173.

07- **ميلاط عبد الحفيظ،** الاتجاه نحو تكريس مبدأ سلطان الإرادة، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2001. ص265.

08- **نادية فضيل،** شركة الشخص الواحد(La E.U.R.L)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء39، رقم04-2001. ص99 الى102.

09-**عبد الحي حجازي،** اثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القضاء والتشريع، السنة02، العدد01، 1970. ص13 الى57.

10-**عبد الظاهر حسين محمد،** الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد04، السنة 06. ص750.

11-**علي سيد قاسم**، بحث حول التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد51، 1981. ص291.

12- **قادة شهيدة**، حدود التوجه التعاقدي في مجال المنافسة، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد04-2007. ص83.

13- **قادة شهيدة**، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2001. ص71 الى93.

14- **سعيد عبد السلام**، الإجبار القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة68، عدد03و04، 1988. ص79 الى86.

15- **يوسف فتيحة**، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد04-2007. ص131 الى145.

III- الرسائل الجامعية:

01- **عياد عبد الرحمن**، أساس الإلتزام العقدي، دكتوراه، القاهرة، بدون تاريخ.

02- **فريدة محمدي**، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر،1992.

03- **حليس لخضر**، الإرادة بين الحرية والتقييد، ماجيستير، جامعة الجزائر، 2010.

04- **حنان ميريني**، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004.

05- **خليفاتي عبد الرحمن**، مدى اعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

06- **زايدي خالد**، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ماجستير، جامعة الجزائر، 2000.

IV- نصوص قانونية:

أ ـ نصوص تشريعية:

*الامر 75-58مؤرخ في1975/09/26، والمتضمن ت.م.ج، ج.ر، ع78، الصادر في1975/09/03المعدل والمتمم ب:

- قانون 88-14مؤرخ في1988/05/03، ج.ر،ع18، الصادر في1988/05/04، والمتضمن ت.م.ج، ص750.

- قانون05-10مؤرخ في2005/07/20، ج.ر،ع44، الصادر في2005/06/26والمتضمن ت.م.ج، ص18.

*الامر75-59مؤرخ في1975/09/26، والمتضمن ت.ت.ج، ج.ر، ع101، الصادر في1975/12/19،المعدل والمتمم ب:

- المرسوم التشريعي93-08مؤرخ في1993/04/25، ج.ر، ع27، الصادر في1993/04/25، والمتضمن ت.ت.ج، ص03.

- الامر96-27مؤرخ في1996/12/09، ج.ر، ع77، الصادر في1996/12/11، والمتضمن ت.ت.ج، ص04.

*قانون12-06مؤرخ في2012/01/12، والمتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع02، الصادر في2012/01/15، ص33.

*قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، ع36، الصادر في1990/08/22، ص1145، المعدل والمتمم ب:

*قانون91-14مؤرخ في1991/09/14، ج.ر، ع43، الصادر في1991/09/18، ص1629.

- امر96-07مؤرخ في1996/01/10، ج.ر، ع03، الصادر في1996/01/14، ص18.

*قانون04-08مؤرخ في2004/08/14، المتعلق بممارسة الانشطة التجارية، ج.ر، ع52، الصادر في2004/08/18، ص04.

*امر05-05مؤرخ في2005/07/25، والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2005، ج.ر، ع52، الصادر في2005/07/26، ص03.

ب - نصوص تنظيمية:

-المرسوم التنفيذي95-438مؤرخ في1995/12/23، والمتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر، ع80، الصادر في1995/12/24، ص03.

-المرسوم التنفيذي97-41مؤرخ في1997/01/18، يعدل ويتمم قانون90-22مؤرخ في1990/08/18، والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج.ر، ع5، الصادر في1997/01/19، ص10.

-المرسوم التنفيذي06-354مؤرخ في2006/10/09، المحدد لكيفيات تعيين محافظي الحسابات لدى(ش.ذ.م.مح)، ج.ر، ع64، الصادر في2006/10/11، ص11.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية ***Ouvrages française**

الكتب **LIVRES**

01-France Guiramand, Alain Heraud,« Droit des sociétés »5 éme édition, paris,2001.

02-George Ripert et R.Roblot « Droit commercial », T,I 16 éme éd.1996.

03-Jacques Delga, « Le Droit des sociétés », Dalloz, paris, 1998.

04-Jean-luc Aubert, « Le Contrat », Dalloz, ed 1996.

05-Nathalie Moraldo, éva Mouial Bassilana, Irina Barchkévova, annales corrigées droit des affaires ét droit commércial, gualino éditeur, paris.2002.

06-Nicolas Pastal, contrat, coercition et institution un regard déconomiste,postel @ifresi.univ-Centre rené demogue Séminaire contractualisation du Droit,2009. lillel.fr-vendredi19mai

07-Philippe Merle, Droit Commercial, Sociétés Commerciales, précis Dalloz, 5éme éd1996.

08-Y.Guyon, Droit des affaires:Droit Commercial général et sociétés,7éd, , T1 Paris1992.

09- Y.Guyon, Droit des affairs.Droit Commercial géneral et sociétés.8éme éd, ,T.I. Economica, 1994.

10- Y.Guyon, Droit des affairs, Droit Commercial général et sociétés, éd, T.I.10. 1998.

ARTICLES ب:**المقالات**

01-Akroun Yakout « Droit des sociétés ». Revue algerienne des sciences juridique économiques et politique, volume41, n01, 2004.P

02-Fettat Faouzi, filali Boumedienne « l'étendue de l'pport en industrie dans les sociétés commerciales en droit algérien », revue algérienne des sciences juridique économiques et politique, n3.1999.P43

03-Nour Eddine Terki « la societé d'économie mixte en droit algrien », revue algerienne des sciences juridique économiques et politique, n 03.1987.P563 Et Suivante.

الملخص

***عربي:**

تعتبر الشركة نتاج تطور الفكر الإنساني على مر العصور، وفقهيا ثار كثير من الجدل حول مكانة الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة، وهذا من خلال مدى إمكانية تغليب النظرية التعاقدية(مبدأ سلطان الإرادة)على فكرة النظام القانوني(المفهوم اللائحي)؟ وانطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة حيث يبرز ويحتفظ المفهوم التعاقدي بسلطانه ويصبح هو المسيطر وهذا ما نجده في شركات الأشخاص، لكن الإرادة قُيدت بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن تجاوزها، وهذا من خلال شركات الأموال التي يطغى عليها الجانب النظامي ومن خلال الملاحظة انه في قالب كل شركة هناك قواعد نظامية و أخرى عقدية، وهذا بحسب كل نوع من أنواع الشركات، وعليه لابد بالقول بتعايش الفكرتين داخل الشركة وهذا لفهم طبيعتها.

***Français**

La société commerciale est le fruit de la pensée humaine. Des controverses doctrinales très sévères qui se sont déroulées sur la nature juridique de la société.

Traditionnellement la société a été conçue comme le produit de la volonté individuelle. Mais sous l'influence des mutations économiques et sociales et la nécessité de maintenir l'ordre, le principe de l'autonomie de volonté a connu beaucoup de restrictions et de recul afin d'harmoniser l'intérêt individual égoïste avec l'intérêt général, ce qui a permis à la conception institutionnelle de domineer clairement dans tous types de sociétés à capitaux.

Mais on a pu constaté que la conception contractuelle et institutionnelle coexiste ensemble au sein d'un même type de société au lieu qu'elles s'opposent.

***Anglais**

The company is an outcome of Human thought evolution in the course of ages. in jurisprudence, a big argue has been raised about the company's position as a regulative concept and the will power principle. So, to what extent does the possibility of making the contractual theory more dominant rather than the law system concept?

Starting from the will power principle, the contractual concept is emerged and preserves its power and becomes the dominant, and that's exist in the personnel companies.However, this particular will is definitely tied according to what laws impose, and appears in fund companies , which is featured of regulative aspect.

Due to the law observation, each company has both regulative and contractual basis according to every kind of company. Therefore, it should be the coexistence of the two concepts in the company to recognize its nature.

الملخص: *العربية

تعتبر الشركة نتاج تطور الفكر الإنساني على مر العصور ولها أهمية كبرى اقتصاديا وقانونيا، والمتمثلة في مبداي الحرية الاقتصادية وسلطان الإرادة، وفقهيا ثار كثير من الجدل حول مكانة الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة، هذا الأخير كرس بالمبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية حيث انتصرت الحرية الفردية(العقد شريعة المتعاقدين)، وهذا من حيث أن الإنسان له إرادة حرة وهي التي تملك إنشاء عقد الشركة وتحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون، الأمر الذي يتفق تماما مع منطق النظرية التعاقدية التي ترى أن الشركة عقد بين الشركاء، وهذا ما ذهب إليه كل من التشريع الفرنسي(المادة01/1832من ق-م-ف)والجزائري(المادة416من ق-م-ج)والمصري(المادة505من ق-م-م)، فنجد انه في شركات الأشخاص(كشركة التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة) يبرز ويحتفظ المفهوم التعاقدي بسلطانه ويصبح هو المسيطر، لكن الإرادة قُيدت إلى الحد الذي تتحقق فيه مصالح الفرد والمجتمع، وتتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن تجاوزها، فالمشرع الجزائري وضع قواعد آمرة مقيدة لحد بعيد، وهذا التقييد يظهر بشكل كبير وواسع من خلال شركات الأموال، والتي يطغى عليها الجانب النظامي الذي تكون له السيادة والغلبة على فكرة العقد لاعتبار أن عقد الشركة هو عقد ذو طبيعة خاصة نظرا لما ينتج عنه من شخصية قانونية مستقلة تتعدى الإرادات الفردية، إضافة إلى قواعد النظام العام الاقتصادي، لما فيها من تجريد كبير للعقد من طابعه التعاقدي وتجعل منه أشبه ما يكون باللائحة، ومن ابرزها شركات المساهمة، وشركة المسؤولية المحدودة.

ولكن الملاحظ انه في قالب كل شركة هناك قواعد نظامية و أخرى عقدية، والتي تتغير ويختلف تأثير الواحدة على الأخرى بحسب كل نوع من أنواع الشركات(شركة أشخاص أو شركة أموال)، بل أكثر من ذلك في الشركة الواحدة، وعليه لابد بالقول بتعايش الفكرتين داخل الشركة وهذا لفهم طبيعة الشركة بصورة كاملة، لذلك غالبية الكتاب يقرون بالطبيعة المزدوجة(المركبة) للشركة.

لكن من كل ما سبق ومن خلال التعمق في دراسة قانون الشركات الحالي والذي نجده يتميز بعودة بروز العقد، وهذا من حيث تراجع دور الدولة في الاقتصاد، وفي تنظيم العلاقات القانونية، إضافة إلى أن الفقه الفرنسي ما زال يعتبر العقد مصدرا منشأ للشركة وهو بهذا أضفى المرونة على إنشاء شركات المساهمة وطريقة سيرها، كما أنها أحدثت بموجب القانون رقم01الصادر في3يناير1994الشركة المغفلة البسيطة(شركة مساهمة بسيطة)، وأعطى للشركاء حرية كبيرة لتنظيم وسير مؤسساتهم، كما سمح في سنة1999 لكل شخص طبيعي أو معنوي أن ينشا شركة مساهمة بسيطة وهو بهذا أعاد الاعتبار للحرية التعاقدية، كما انه في ظل الانفتاح الاقتصادي، وبروز العولمة وتأثيرها، وضرورة أن تكون مؤسساتنا متطورة في ظل إطار قانوني تنافسي يلح بضرورة ترك مجال أكثر للحرية التعاقدية.

وأخيرا نرى أن مشرعنا الجزائري تماشى مع هذا من خلال تعديله لقواعد شركة التوصية البسيطة من جهة، و شركة ذات المسؤولية المحدودة في إطار شركة ذات الشخص الواحد وهو دعوة صريحة للحرية التعاقدية.

الكلمات الدالة: - عقد الشركة – سلطان الارادة – حرية التعاقد – شركات الاشخاص.

النظام القانوني للشركة – الشخصية المعنوية – شركات الاموال.

Resume: Français

Fruit historique de la pensé humaine, la société commerciale occupe une place primordiale dans la vie économique, juridique, au sein du libéralisme économique et l'autonomie de la volonté, La droit des societies a toujours connu des controversies doctrinales basées autour de la nature juridique de la société. Une partie soutenait une conception réglementaire des societies commerciales.

La conception volontariste , dite contractuelle, stipule que la société est le résultat de la volonté libres et autonome des particuliers. Cette position a dominé dans beaucoup de droits positives, on peut citer comme exemple: l'article 01/1833 du code civil français , art 416 code civil algérien, art 505 code civil égyptien.

Sous l'influence des mutations économiques et sociales et la nécessité de maintenir l'ordre, la conception réglementaire a pu gagné une place importante dans la constitution des sociétés au détriment de la conception contractuelle.

La conception réglementaire se manifeste clairement dans tous les types de société à capitaux.

En réalité, au lieu qu'une conception écarte totalement l'autre, elles coexistent, c'est la raison pour laquelle beaucoup d'auteurs affirment la nature complexe ou mixte des sociétés commerciales à cause de la présence des règles réglementaires et contractuelles qui se combinent au sein du même contrat.

Sous l'effet du désengagement de l'Etat de la sphère économique, et de l'aménagement des rapports juridiques, nous connaissons aujourd'hui un renouveau contractuel dans la création des sociétés. Il s'joute a cela une doctrine française qui, pour des raisons de souplesse dans la création et la gestion des sociétés, a soutenu la thèse selon laquelle, le contrat est la seule source de constitution des sociétés. Quant au législateur français on peut constater qu'il a suivi ces mutations en créant la société anonyme simplifiée (la société par actions simplifiée) en disposant les associées d'une grande marge de liberté dans leurs enterprises, Le législateur français a permis aussi en 1999, sous l'influence de la mondialisation, l'ouverture des marchés économiques, et afin de créer un climat favorisant la concurrence loyale entre les entreprises, toute personne physique ou morale,peut crées une société simplifiée et cela se traduit par une volonté d'injecter plus de libértes contractuelles.

Le droit algérien, a essayé de suivre ces mutations en prenant une série de modifications des lois qui régissent les sociétés commerciales, comme la société a commodité simple et la société unipersonnelle a responsabilité limitée.

Mais la modification des règles qui régissent la société par action simplifiée, reste la plus importante, car elle traduit un élargissement de la liberté contractuelle dans la création des sociétés commerciales.

Mots clés:-Contrat De Société – Liberté Contractuelle – l'autonomie de la volonté – Les Sociétés les personnes.

-La Théorie Institutionnelle – la personnalité Morale – Les Sociétés de fonds.

***Abstract: Anglais**

Being an outcome of the human thought throughout the ages and based upon the economic freedom and free will principles, the business company has a great importance both legally and economically. The state of the company was doctrinally controversial in whether to consider it as the fruit of legal rules or that of free will; an ides supported by the French revoloution where the individual free will was considered as the basis of the contract.

The voluntary(contractual) conception stipulates that the company is the result of the free will of the individuals. Such position was adopted by many positive law institutions like the French civil code(article 01/1833), the Algrian civil code(article 416) and the Egyptian civil code(article505). The free will contractual principle is apparently dominant especially in personal business companies lik insurances, limited partnersrhip and sharing companies.

But under the effect of social and economic mutations and the need to maintain order, the regulatory concept gained a more important place in the creation of companies, That can be clearly observable in all types of fund companies lik the joint stock or limited companies.

In reality, both types of principles(the voluntary and the regulatory) are found in all companies, the reason for which the nature of business companies is a mixture of contractual and legal rules and most authors affirm this kind of complexity.

Due to the retreat of the State from the economic field and the legal relations regulation, the contractual aspect in company constition is back again. Added to that is the French doctrine which always considers the contract as being the main source of business company constitution. The fact that gives more flexibility to the creation and management of joint stock companies. The French legislator invented the simplified limited company by giving the associated partners more freedom to manage thrir corporation.

In1999, under the influence of globalization and promoting a fair competition in the open economic market, the French legislator allowed every natural or legal person to establish a simplified stock company. This means more contractual freedom.

Concerning the Algerian legislation, we can observe that the legislator tried to be up-to-date with these mutations by bringing a set of amendments and the limited liability companies.

But the amendments brought to rules that govern the simplified joint stock company are the most important because they are an invitation to more contractual freedom.

Key Words: – Deed Company – Contractual freedom – The autonomy.
– Institution Theory – Moral Personality.

الفهرس	الصفحة
الاية	1
الاهداء	2
التشكرات	3
قائمة اهم المختصرات	4
مقدمة	7-5
الفصل الأول: ضبط المفهوم التعاقدي والمفهوم النظامي للشركة	9-8
المبحث الأول: المفهوم التعاقدي للشركة	10
المطلب الأول: الاتجاه نحو تكريس مبدأ سلطان الإرادة	10
الفرع الأول: مجال الحرية الفردية في عقد الشركة	16-11
الفرع الثاني: الفكرة العقدية للشركة	21-17
المطلب الثاني: مظاهر الحرية التعاقدية في تكوين الشركة	22
الفرع الأول: شروط تكوين الشركة	28-22
الفرع الثاني: تمييز الشركة عن النظم المشابهة لها	34-29
المبحث الثاني: المفهوم النظامي للشركة	35
المطلب الأول: قيود التوجه التعاقدي للشركة	35
الفرع الأول: الطابع النظامي للشركة	45-36
الفرع الثاني: الشخصية المعنوية للشركة	50-46
المطلب الثاني: تدخل الدولة في تكوين العقد	51
الفرع الأول: التطور الاقتصادي وأثره على الطابع العقدي للشركة	58-51
الفرع الثاني: تقييد الإرادة بما فرضه القانون	63-59
خلاصة الفصل الاول	64
الفصل الثاني: مظاهر بروز الحرية التعاقدية والنظامية في قانون الشركات	66-65
المبحث الأول: مظاهر هيمنة الفكرة التعاقدية والنظامية في قانون الشركات	67
المطلب الأول: هيمنة الفكرة التعاقدية في شركات الأشخاص	67
الفرع الأول: شركة التضامن	72-68
الفرع الثاني: شركة التوصية البسيطة	76-73
الفرع الثالث: شركة المحاصة	80-77
المطلب الثاني: هيمنة الفكرة النظامية في شركات الأموال	81
الفرع الأول: شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال	85-81
الفرع الثاني: انشاء شركة المساهمة	96-86

المبحث الثاني: الاعتراف بالطبيعة المختلطة للشركة	97
المطلب الأول: الشركة كإطار قانوني لتنظيم المشروع الاقتصادي	97
الفرع الأول: شركة التوصية بالأسهم	102-98
الفرع الثاني: الشركة ذات المسؤولية المحدودة	111-103
المطلب الثاني: إعادة الاعتبار لدور الارادة في مسايرة أنواع الشركة	112
الفرع الأول: الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة	117-112
الفرع الثاني: شركة المساهمة المبسطة أو البسيطة	119-118
خلاصة الفصل الثاني	120
الخاتمة	126-121
المراجع	135-127
الملخص	139-136

RESUME

Fruit historique de la pensée humaine, la société commerciale occupe une place primordiale dans la v ie économique, juridique, au sein du libéralisme économique et l'autonomie de la volonté.

Sur le plan économique, c'est évident que la société commerciale joue un rôle très important dans la croissance économique.

Sur le plan juridique, l'importance de la société commerciale se manifeste par la responsabilité indéfinie de la personne.

Ce sujet est une recherche sur le rôle de la volonté individuelle dans les règles qui régissent la société commerciale, et la prépondérance de la théorie contractuelle dans la constitution des sociétés face à la théorie institutionnelle.

Traditionnellement, la société s'analyse en un contrat librement consenti par les associés, dans lequel leur intérêt devrait prévaloir.une seconde conception institutionnelle, dont l'intérêt ne se limite pas a celui des associés. Depuis toujours, ces conceptions s'opposent et constituent la ligne de partage dans la typologie des societies. Si on considère la société comme un contrat. Les associés se verront, en principe, reconnaitre toute libérté pour organiser leurs relations comme il est de mise en matière contractuelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis». Au contraire, s'il s'agit d'une institution, elle est dotée d'un système rigide d'organisation auquel il n'est pas possible de déroger. Les partie adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier, sauf si la loi le prévoit expressément.

La société a été conçue comme un contrat. Il faut se rendre compte que ce contrat est particulier par rapport à la figure classique du contrat, ce caractère contractuel de la société a fait l'objet d'une critique trés sévère qui

prenait appui sur le fait du caractère trés réglementé des sociétés. Ceci en raisonnant sur le trait particulier de la société anonyme. Certains auteurs ont considéré qu'il valait mieux parler de la société comme une institution que d'un contrat: C'est la théorie institutionnelle du droit des sociétés. Cette théorie prend appui que la personnalité de la personne morale résulte de l'accomplisement d'une formalité et prenait appui sur le fait que les dirigeants d'une société ne sont plus vraiment les mandataires des associés mais, plutôt des organes dont les pouvoirs et les responsabilités sont déterminés par la loi.

D'un autre coté, d'autres faisaient valoir que l'on ne peut pas faire totalement abstraction du caractère contractuel des societies.

La conception volontariste, dite contractuelle, stipule que la société est le résultat de la volonté libre et autonome des particuliers. Cette position a dominé dans beaucoup de droit positives. On peut citer en exemple: l'article 01/1833 du code civil français, art 416 du code civil algérien, art 505 du code civil égyptien.

Mais le développement des dispositions imperatives va de paire avec une intrusion de l'intérêt général au sein des intérêts particuliers, et la complexité croissante des relations économiques aboutit à une standardisation des contrats imposés par le fonctionnement du système économique. Alors sous l'influence des mutations économiques et sociales et la nécessité de maintenir l'ordre, le principe de l''autonomie de volonté a connu beaucoup de restrictions afin d'harmoniser l'intérêt individual égoïste avec l'intérêt general. Ce qui a permis à la conception institutionnelle de dominer clairement dans tous types de sociétés a capitaux.

En réalité, au lieu qu'une conception écarte totalement l'autre, elles coexistent ensemble, c'est la raison pour laquelle beaucoup d'auteur affirme

la nature complexe ou mixte des sociétés commerciales à cause de la présence de règles réglementaires et contractuelles qui se combinent au sein du même contrat.

Sous l'effet du désengagement de l'état de la sphère économique, et de l'aménagement des rapports juridiques, nous connaissons aujourd'hui un renouveau contractuel dans la création des sociétés. Il s'ajoute à cela une doctrine française, qui pour des raisons de souplesse dans la création et la gestion des sociétés, a soutenu la thèse selon laquelle, le contrat est la seule source de constitution des sociétés. Quant au législateur français, on peut constater qu'il a suivi ces mutations car selon le code civil, la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vu de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en resulted. Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne, les associées s'engagent a contribuer aux pertes, Alors que les conditions de validité du contrat de la société sont:

- Le consentement libre et conscient de chaque futur associées.
- La capacité a participer à la vie juridique.
- L'objet social du contrat de société .
- La cause licite du contrat de société.

Le renouveau contractuel en droit français, se manifeste aussi avec la création de la société anonyme simplifiée (la société par action simplifiée) et en supposant que les associées ont une grande marge de liberté dans la gestion de leurs entreprises.

Le législateur français a permis aussi en 1999, sous l'influence de la mondialisation, de l'ouverture des marches économiques, et afin de créer un climat favorisant une concurrence loyale entre les entreprises, a toute personne physique ou morale de constituer une société par action

simplifiée, cela se traduit par une volonté d'injecter plus de liberté contractuelle.

En ce qui concerne le droit algérien, on trouve qu'il a essayé de suivre ces mutations en prenant une série de modifications des lois qui régissent les sociétés commerciales, comme la société à commodité simple et la société unipersonnelle à responsabilité limitée.

Mais la modification des règles qui régissent la société par action simplifiée reste la plus importante car elle traduit une grande marge de libérté contractuelle dans la création des sociétés commerciales.