وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف–المسيلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

مفهوم وطبيعة عقد الشركة

إعداد الطالبين:

– مقورة عبد الرشيد

– لعاقل السبتي

إشراف الاستاذ:

– داود كمال

أمام لجنة المناقشة المكونة من الأساتذة:

اسم و لقب الأستاذ	الرتبـــــة	المؤسسة	الصفة
برابح السعيد	أستاذ محاضر "ا"	جامعة المسيلة	رئيسا
داود كمال	أستاذ محاضر "ا"	جامعة المسيلة	مشرفا و مقرر
مقروف محمد	أستاذ محاضر "ا"	جامعة المسيلة	ممتحناً

السنة الجامعية 2022/2021

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): معزوزة عبد الرشيد الصفة: طالب، أستاذ، باحث

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 203668668 والصادرة بتاريخ 2018/12/24

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم قانون أعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: مفهوم الشركة وطبيعتها

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 08 جوان 2022

توقيع المعني (ة)

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه - ضابط الحالة المدنية
نواوي شاكر

للتأشير بالمصادقة على الإمضاء
يرجى الدفع في 08 جوان 2022

* ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): لعاقل المسيتي الصفة: طالب، أستاذ، باحث

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 0854 والصادرة بتاريخ: 2017/05/15

المسجل(ة) بكلية / معهد: الحقوق قسم: قانون اعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: مفهوم الشركة و طبيعتها

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 08 جوان 2022

توقيع المعني (ة)

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
و بتفويض منه ـ ضابط الحالة المدنية
نواوي شاكر

للمصادقة على امضاء
المعني
08 جوان 2022

مقدمة

إن الإنسان بوصفه فردا في مجتمع وفي سبيل قضاء حاجته التي يصعب عليه قضائها في حدود إمكانياته البسيطة وعجزه عن بلغ الأهداف الكبرى التي ظهرت الحاجة إليها ، فإنه لا غنى له عن مشاركة أقرانه وتكتيل جهوده مع غيره للقيام ببض المشروعات ومن هنا ظهرت فكرة الشركة .

فالشركة ليست وليدة اليوم بل هي فكرة قديمة قدم الإنسانية ذاته ، ظهرت وتطورت بتطور الفكر الإنساني عبر العصور ، حيث كان للإفراد الحرية المطلقة بالنشاء شركات تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

ومع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية التي كانت الكثير من مجالاتها ومتروكة لحرية الأشخاص كأصل عام ، وكذا ظهور الشركات الكبرى ذات رؤؤس الأموال الضخمة التي أصبحت تشكل قوى اقتصادية ، الأمر الذي أدى بمختلف التشريعات الحديثة لتدخل في تنظيم الشركات بنصوص صريحة هذا التدخل ما هو إلا قولبة للإرادات وذلك بتوجهها التوجه الصحيح في سبيل خدمة الاقتصاد الوطني وحماية الشركة والأطراف المتعاملين معها[1] ، ما تولد عنه جدال فقهي حول ما إذا كانت الشركة عبارة عن عقد ولأفراد كامل الحرية في إبرامه أم هي نظام تحكمه قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها والخروج عنها.

وبناء على هذه المعطيات برزت فكرة هذه المذكرة والموسومة بـ : "مفهوم الشركة وطبيعتها القانونية".

وبما أن لكل موضوع أسباب أدت إلى الخوض فيه فإن من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع ما هو ذاتي يرجع إلى ميلنا إلى البحث في هذا المجال ويندرج ضمن

[1] شيماء فوزي احمد النعيمي ، النظام القانوني للخلافة الشركات دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2020 ، ص2

تخصصنا – قانون الأعمال– ومنها ما هو موضوعي يتمثل في محاولة إثراء المكتبة القانونية بموضوع يعالج الطبيعة القانونية للشركة .

وتتجسد أهمية هذه الدراسة في كونها تعد مرجعا للباحثين ، ومحاولة منا أزالت بعض معالم اللبس والغموض حول الطبيعة القانونية لشركة وفي ما إذا كانت الشركة عقد أو نظام.

ومن الصعوبات التي واجهتنا خلال بحثنا هذا هي نقص المراجع الجزائرية التي خاضت في موضوعنا ، حتى وان وجدت فإنها تطرقت إيه بإيجاز .

وبناءا على ما تقدم يمكن أن يطرح موضوعنا الإشكالية التالية :

ما مدى تدخل قواعد القانون في كبح الأساس التعاقدي في الشركات ؟ وفيما إذا كانت الشركة عقدا تحكمه إرادة الأطراف أم نظاما خاضع لقواعد لا يجوز مخالفتها ؟ وما هو موقف المشرع الجزائري إزاء الطبيعة القانونية لشركة؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية التقسيم تناولنا في فصلها الأول مفهوم الشركة، وذلك لتطرقنا لتعريف الشركة وتميزها عن ما يشابهها من الأنظمة في المبحث الأول ، وأركانها في المبحث الثاني أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه لتكيف القانوني للشركة حيث تناولنا في المبحث الأول الشركة نظام وتطرقنا في المبحث الثاني لجزئية الشركة.

عقد وفي سبيل ذلك اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي وذلك من اجل **الإحاطة والإلمام** بموضوع الدراسة ، وكذا الحصول على التفاصيل المتعلقة بجميع جوانب الطبيعة القانونية للشركة.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للشركة

إن فكرة الشركة ليس حديثة العهد بل هي فكرة قديمة ظهرت وتطورت عبر العصور وتعتبر النموذج الأمثل لاحتضان المشروعات الصناعية والتجارية لما يتميز بها نظامها القانوني ، يلزم لتكوينها توفر جملة من الأركان .

وتسليط الضوء أكثر على الشركة سنتطرق من خلال هذا الفصل لتعريفها وتميزها عن ما يشابهها من الأنظمة في مبحث أول وسنخصص المبحث الثاني للأركان الواجب توافرها لتكوين الشركة.

المبحث الأول

تعريف الشركة وتمييزها عن ما يشابهها من الأنظمة

يقتضي تحديد مفهوم الشركة التطرق لتعريفها من جهة ومن جهة أخرى تميزها عن النظم القانونية التي قد تلتبس بها .

المطلب الأول

تعريف الشركة

تعتبر الشركة من الأنظمة التي تتطلب تحليلا لمفهومها وبالأخص ما تعلق بجزئية تعريفها وهو ما سنتطرق له من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول : تعريف الشركة لغة :

الشركة بفتح الشين وكسر الراء مثل سرقة وكلمة اسم المصدر من شركة يشرك كعلم يعلم ومعناه في اللغة الاختلاط[1].

ولها معنى أخر غير الاختلاط أو الخلط وهو إطلاقها على عقد الشركة نفسه ، لأنه سبب الخلط ،فإذا قيل شركة العقد فهي إضافة بيانية او إطلاق مجازي علاقته المسببة وهي اقوى الإضافات.[2]

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للشركة

تعدد تعارفها الفقهية فهناك من عرفها بأنها : " عقد بمقتضاه يشترك شخصان أو أكثر لا جل القيام بمشروع مالي مشترك بغية اقتسام ما تبقى من ربح أو خسارة ، كما أنها عقد رضائي لأنها تنشأ من توافق إرادتين أو أكثر [1] .

---

[1] محمد عبد الله عتيقي ، عقود الشركات، ط1 ، مكتبة إبن كثير ، الكويت ، 1996 ، ص 12

[2] عبد العزيز الخياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية ، ط4 ، دار البشير ، عمان ، 1994 ص23

وهناك من عرفها بأنها : " عقد تلتزم به شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في تأسيس مشروع اقتصادي لتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو من خسارة [2].

وعرفها الدكتور على جمال عوض بأنها : " المشروع الاقتصادي الذي يقوم على استغلاله أكثر من شخص ، وهي بهذا المعني تقابل المشروع الفردي الذي يقوم على استغلاله شخص واحد[3].

الفرع الثالث : التعريف التشريعي للشركة

عرفها المشرع الفرنسي بأنها :عقد يتفق بموجبه شخصان أو أكثر على الاشتراك بقسم من أموالهم أو بعملهم من اجل اقتسام الأرباح الناتجة عن هذا الاشتراك أو الاستفادة مما قد يحققه لهم من توفير، كما يتعهد الشركاء بالمساهمة في الخسائر [4].

وعرفها المشرع المصري بأنها : "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة[5]

وعرفها المشرع السعودي بأنها : عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي يستهدف الربح بتقديم الحصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة[1].

---

[1] نسرين شريقي ، الشركات التجارية ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2019 ، ص 4

[2] حاتم غائب سعيد ، المعايير القانونية للتمييز بين التجارية و المدنية (مجلة الباحث للعلوم القانونية)، كلية القانون جامعة الفلوجة ، العدد الثاني ، 2019، ص 32

[3] بن شويحة علي ، الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة بومرداس ، تخصص عقود ومسؤولية ، 2013 -2014 ، ص 15

[4]إلياس ناصيف ، الأحكام العامة للشركة ، دار المنشورات الحلبي الحقوقة، بيروت، لبنان 2008، ص 63 .

[5] عبد العزيز الخياط ، المرجع السابق ، ص45

وعرفها المشرع الجزائري بأنها : " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو اكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي بمنفعة مشتركة ، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"[2]

المطلب الثاني

تميز الشركة عن ما يشابهها من الأنظمة

من أجل تعزيز وتعمير فهم الشركة وجب تميزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها وهو ما سنتأله في هذا المطلب .

الفرع الأول : تميز الشركة عن الجمعية

تختلف الشركة عن الجمعية في كونها أنها نظام يستهدف تحقيق الربح لتوزيعه على الشركاء ، أما الجمعية فتستهدف تحقيق أغراض اجتماعية أو فكرية أو سياسية أو غيرها من النشاطات الإنسانية ، كما قد تستهدف غرضا ماديا لكنه يختلف عن تحقيق الأرباح[3].

لذا فإن النظام القانوني الذي يحكم الشركات يختلف على النظام القانوني للجمعيات ، فمن حيث التأسيس تختلف احكم تأسيس الشركات وشهرها على احكام تاسيس الجمعيات وشهرها ، وكذا الحال بالنسبة لنظم

الادارة ففي حالة انسحاب عضوا من الجمعية لا يأخذ شيئا منها على عكس الشريك المنسحب من الشركة فإنه يأخذ حصته ، وعند حل الشركة تقسم حصصها بين الشركاء

---

[1] صالح بن زاين المرزوقي البقمى ، شركة المساهمة في النظام السعودي ، جامعة أم القرى ، 1406هـ ، ص31

[2] المادة 416 ، الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 78 ، المعدل والمتمم .

[3] إلياس ناصيف ، المرجع نفسه ، ص 40 .

بينما أموال الجمعية المنحلة تؤول إلى الجهة المحددة في نظامها أو إلى أقرب الجمعيات إلى غرضها .[1]

الفرع الثاني : تميز عقد الشركة عن عقد العمل

يعتبر معيار التبعية المعيار الحاسم والمميز لعقد العمل عن عقد الشركة، ذلك ان عقد العمل يقوم بالدرجة الأولى على فكرة التبعية ، أما عقد الشركة فيقوم على نية المشاركة والاتحاد في تحمل المخاطر[2].

فقد يتفق رب العمل مع العامل على أن يحصل هذا الأخير على نسبة معينة من أرباح الشركة تشجيعا له لبذل مجهود في العمل ، فهنا يقترب عقد الشركة من عقد العمل وذلك من حيث تعدد أطراف العقد ومن حيث أن العامل يقدم حصة عمله ويحق له إقتسام أرباح الشركة ، إلا أن ذلك لا يجعل من عقد العمل عقد شركة بسبب تخلف نية الإشتراك .[3]

الفرع الثالث : تمييز الشركة عن الشيوع

يختلف الشيوع عن الشركة من عدة جوانب من بينها أن الشركة يكون إنشاؤها أمرا اختياريا للشركاء ، أما الشيوع فقد يكون بصفة اختيارية وقد يكون بصفة اضطرارية إجبارية[4]

وقد أجمع غالبية الفقهاء على أن معيار التفرقة الذي يميز الشركات عن الشيوع هو نية المشاركة ، فتكون منعدمة في الشيوع لأنه في معظم الأحوال يكون وليد الضرورة على

---

[1] صالح بن زاين المرزوقى البقمى ، مرجع سابق ، ص40

[2] عزالدين بن ستي ، الشركات في القانون المغربي ، د س ن ، ص 4 .

[3] عمورة عمار الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2000 ، ص 164

[4] نادية فضيل ، احكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ، دار هومه للنشر و التوزيع، عين مليلة، 2006 ، ص 16.

خلاف الشركة التي تكون النية حاضرة وتعني إنعقاد عزم الشركاء على مباشرة نشاط معين متحملين نتائج هذا النشاط الذي يقع عليه اختيارهم بكامل الحرية[1] .

[1] عزالدين بن ستي ، المرجع نفسه ، ص 14 .

المبحث الثاني

الأركان الواجب توافرها لقيام الشركة

عقد الشركة يختلف عن باقي العقود في كونه يستوجب لتحققه توفر الأركان الواجب توافرها في العقود بصفة عامة بالإضافة إلى أركان خاصة به دون غيره من العقود .

المطلب الأول

الأركان الموضوعية العامة

إن عقد الشركة كغيره من العقود يشترط لانعقاده توافر أركان موضوعية عامة لتكوينه تتمثل في : الرضا ، المحل والسبب .

الفرع الأول : الرضا

لا يقوم عقد الشركة صحيحا إلا إذا رضي الشركاء به ، على أن يكون هذا الرضا سليما خاليا من العيوب التي قد تشوبه المتمثلة في : الإكراه ، التدليس ، الغلط والإستغلال وإلا كان العقد قابلا للإبطال[1].

كما يجب أن يكون الرضا صادرا عن كامل الأهلية ويقصد بها أهلية التصرف والإلتزام، أي يكون الشريك المتعاقد بالغ من العمر 19 سنة متمتع بقواه العقلية[2] .

وتجدر الإشارة أنه يجوز للقاصر المرشد البالغ من العمر 18 سنة والحاصل على إذن وليه مصادق عليه من طرف المحكمة أن يبرم عقد الشركة[3] .

---

[1] عمورة عمار ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2000 ، ص 148

[2] نسرين شريقي ، مرجع سابق ، ص 9

[3] المادتين 5 و 6 ، الامر 75 .59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التاجري ، الجريدة الرسمية العدد 101 ، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني : المحل

المراد بمحل الشركة هو نشاطها الذي ستمارسه فهو الغرض الذي يسعى إليه الشركاء لتحقيقه بعقد الشركة لذا يسميه بعضهم بالموضوع .[1]

ويشترط في محل الشركة أن يكون مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ممكنا وجائزا قانونا ، ومحل التزام كل شريك هو تقديم حصة نقدية أو عينية أو عمل ، أما محل الشركة أو غرضها فهو المشروع الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه [2].

فالشركة التي تتأسس لغرض غير مشروع كالإتجار بالمخدرات أو لتزوير نقود ، تعتبر باطلة لمخالفة الشركة النظام العام والأداب العامة ، كما تعد الشركة باطلة إذا كان غرضها مزاولة أعمال حرمها المشرع كما لو تأسست شركة ذات مسؤولية محدودة لمزاولة أعمال التأمين أو أعمال البنوك لأن المشرع حرم على غير شركة المساهمة مزاولة هذه الأعمال .[3]

الفرع الثالث : السبب

من الأركان العامة للشركة أن يكون لها سببا مشروعا ويراد به غرض الشركة ، فإذا كان منافيا للآداب العامة أو مخالفا للنظام العم تعتبر الشركة باطلة في نظر القانون[4] .

وهو بهذا المعنى قد يختلط بمحل العقد ، غير أنه يختلف عنه في كون محل الشركة هو النشاط الإقتصادي الذي قامت الشركة من أجل تحقيقه وأما سبب الشركة فهو يتمثل في

---

[1] صالح بن زاين المرزوقى البقمى ، مرجع سابق ، ص 82

[2] منية شوايدية ، تأسيس الشركات التجارية للتشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي، الاكادمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، المجلد 12، العدد 2 ، 2020 ، ص 329

[3] شيخاوي احمد ، بوديس جميلة ، احكام بطلان الشركات التجارية في التشريع الجزائري ،مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الاعمال، خميس مليانة ، 2020 –2021 ،ص 7

[4] عبد العزيز الخياط ، مرجع سابق ، ص 122

إنجاز محلها بغية تحقيق الأرباح وإقتسامها فيما بين الشركاء عن طريق القيام بمشروع مالي وإستغلال فرع من فروع النشاط التجاري أو الصناعي .[1]

المطلب الثاني

الأركان الموضوعية الخاصة

بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة سالفة الذكر لا بد لقيام الشركة من توافر أركان موضوعية خاصة بها دون غيرها من العقود .

الفرع الأول : نية الاشتراك

القانون يعتبر نية المشاركة عنصرا اساسيا في شركة العقد ، والمراد بها أن تتصرف إرادة جميع الشركاء إلى التعاون والمساهمة لحقيق أغراض الشركة عن طريق الإشراف على إدارة هذا المشروع وقبول المخاطر المشتركة [2]، ويقصد بها أيضا توحد جهود الشركاء لتحقيق غرض الشركة ، والتعرف على نية الاشتراك من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع طالما كان الاستخلاص سائغا .[3]

ونية الاشتراك تختلف باختلاف نوع الشركة ، حيث تكون أكثر وضوحا في شركات الأشخاص وبتدقيق في شركة التضامن، التي تسود فيها الفكرة التعاقدية المبنية على الثقة المتبادلة والتعاون الإجابتين يبن الشركاء من اجل تحقيق غرض الشركة [4].

---

[1] عمورة عمار ، مرجع سابق ، ص 151

[2] عبد العزيز الخياط ، المرجع نفسه ، ص 127

[3] إبراهيم سيد أحمد ، العقود والشركات التجارية ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 119

[4] عمورة عمار ، مرجع سابق ، ص 157

الفرع الثاني : تعدد الشركاء

يشترط بالانعقاد عقد الشركة أن تتكون من شخصان أو أكثر ويختلف عدد الشركاء باختلاف شكل الشركة ، غير أن ركن تعدد الشركاء فقد أهميته ، حيث انه أصبح يمكن تأسيس شركة ذات شريك وحيد (شركة ذات مسؤولية محدودة وذات شريك وحيد)[1].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد تدخل في تبيان الحد الأدنى والأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات ، فتطرق للحد الأدنى لعدد الشركاء في شركة المساهمة واشترط ان لا يقل عن سبعة شركاء [2]

كما تطرق للحد الأقصى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة واشترط أن لا يزيد عن خمسين شريكا[3].

الفرع الثالث : تقديم الحصص

الحصص الواجب تقديمها من الشركاء قد تكون نقدية أو عينية أو عملا .

أولا: الحصة النقدية

حصص يقدمها الشركاء ، ولكن على الأقل بحسب الفقيه **ربير** أن تكون حصة من هذه الحصص المقدمة لشركة مالا لا جل تكوين ذمت الشركة ، حيث يلتزم الشرك بدفعه في **الميعاد** المحدد ، وان تأخر وجب عليه دفع الفوائد بالسعر ألاتفاقي أو بالسعر القانوني من يوم استحقاقه[4].

---

[1] منية شوايدية ، مرجع سابق ، ص 329

[2] المادة 592 ،الامر 75 .59 المتضمن القانون التجاري ، مرجع سابق

[3] المادة 590، المرجع السابق.

[4] مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1969،ص15.

وهو ما جاء النص عليه في المادة 421 من القانون المدني الجزائري كما يلي : " إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ في هذه الحالة يلزمه التعويض".

ثانيا : الحصة العينية

الحصة العينية هي الحصة التي يكون محلها شيئا آخر غير النقود ، فهو قد يكون عقارا كتقديم قطعة ارض أو مبنى ليكون مقرا للشركة ، وقد يكون منقولا ماديا (آلات ومعدات) أو معنويا (براعة اختراع ، علامة تجارية ، اسم تجاري ، رسم أو نموذج صناعي أو محل تجاري) ، وتختلف الأحكام التي تطبق على الحصة العينية تبعا الاختلاف محله (عقارا أو منقولا) ، وبحسب الكيفية التي قدمت بها الحصة فيما إذا كانت قد قدمت على سبيل التمليك أو الانتفاع[1].

وهو ما تطرق له المشرع الجزائري من خلال نص المادة 422 من القانون المدني التي نصت على انه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو اي حق عيني آخر فان أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص إما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فان أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك".

ثالثا : حصة العمل :

يقوم الشريك في هذه الحالة بعمل معين لحساب الشركة بعود عليها بالفائدة على أن يكون ممن يتمتع بخبرة مهنية مثل المهندس أو المتخصص في الإدارة ، ويشترط في هذا العمل موضوع الحصة أن يكون مشروعا وغير تافه وناتج عن مجهود الشريك شخصيا[2].

---

[1] سامي عبد الباقي ابو صالح ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة 2013، ص 15

[2] سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2011، ص61و62

فلا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية[1].

وإذا تعهد الشريك بتقديم حصته في الشركة على شكل عمل وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها وان يكرس لشركة كل نشاطه ، ولا يجوز أن يباشر نفس العمل لحسابه الخاص أو لشركة منافسة[2].

رابعا : اقتسام الأرباح والخسائر

الغرض من إنشاء الشركة هو تحقيق الربح فإذا ما تحقق هذا الربح فإنه يقسم فيما بين الشركاء ، أما إذا لم يتحقق فإن الشركاء يشتركون في تحمل الخسارة ، والشركاء كما يستفيدون من الأرباح وجب عليهم تحمل الخسارة ، ومن هنا فإن اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر يعد ركن جوهري لعقد الشركة ، فإذا انتفى أصبح عقد الشركة باطلا .[3]

ويبطل الشرط الذي ينص على حرمان شريك من الأرباح أو إعفائه من الخسارة ،كما يبطل الشرط الذي ينص على إنفراد شخص بكل الأرباح وهذه الشروط تعرف في الفقه باسم شرط الأسد ، وهذا الشرط إذا م أوجد في عقد الشركة لا يبطل وحده بل يكون عقد الشركة بأسره باطلا .[4]

وهو ما أقره المشرع الجزائري بموجب نص المادة 426 من القانون المدني بقولها : " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا ".

---

[1] المادة 420، الأمر 75.58 المتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

[2] منية شوايدية ، مرجع سابق ، ص329

[3] سامي عبد الباقي أبو صالح ، الشركات التجارية ، 2013 ، ص21

[4] إبراهيم سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص 119 .

المطلب الثالث

الأركان الشكلية لصحة عقد الشركة

بالإضافة للأركان الموضوعية لقيام الشركة لا بد من أركان شكلية خاصة بها .

الفرع الأول : الكتابة الرسمية

تعتبر الكتابة أسلوب للتعبير كما يكمن في الذهن من أفكار ومعان عن طريق تسطير وحروف وكلمات بشكل مرئي على جسم مادي وبالتالي نجد أن الكتابة هي في حقيقتها أثر ظاهر لتصرف مادي[1].

والكتابة الرسمية يقصد بها وضع المحرر في قالب رسمي من طرف شخص مؤهل قانونا ، كون عهدت له مهمة المعاينة والتحقيق بصفة رسمية عن وقائع معينة ، فيشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل ضابط عمومي أو شخص مكلف يقدم خدمة عادية [2].

وكتابة عقد الشركة هو تدوين عقد الشركة وما يتضمنه من شروط واحكام ، فيذكر فيه اسماء الشركاء ، نوع الشركة ، رأسمالها ، اسمها ،عنوانها، غرضها ، مدتها، محلها الرئيسي، نظام توزيع الارباح والخسائر ، كيفية التصفية والقسمة عند انقضاء الشركة [3]

والكتابة في عقد الشركة ليست شرطا للإثبات بل هي ركن للانعقاد فإذا ما تخلفت بطل العقد ، والشركاء لا يستطيعون الاحتجاج بشركة قبل الغير إلا إذا كانت مثبتة بالكتابة[1]

---

[1] سامي كباهم ، الشكلية في عقود الشركات ، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي ، تخصص قانون الأعمال ، 2016-2017 ، ص 5

[2] منال بوروح ، النظام العام والعقد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة ، جامعة الجزائر ، 2019 ، ص180

[3] ابراهيم سيد احمد . مرجع سابق ،ص120

وهو ما اقره المشرع الجزائري من خلال ما نص عليه بالمادة 418 فقرة 1 من القانون المدني التي نصت على انه " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا".

وكذا ما نصت عليه المادة 545 من القانون التجاري بقولها :" تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة".

واختلف الفقه حول تبيان الحكمة التي من اجلها شرعت الكتابة في عقد الشركة ، فمنهم من قال بان الحكمة ترجع إلى رغبة المشرع في لفت نظر الشركاء إلى العمل الذي يقدمون عليه ، ومنهم من قال إن الأساس الحقيقي لاشتراط الكتابة يتبلور في كون عقد الشركة ينفرد عن غيره من العقود بخلق شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي.[2]

الفرع الثاني: الشهر

يلحق بالكتابة كإجراء شكلي ويقصد به مختلف العمليات الرامية الى تقريب الشركة الى علم العموم[3]، وبهذا تكتسي عملية الشهر اهمية خاصة لأنها تشكل وسيلة لاطلاع الغير على الشركة وفي ذلك تطبيق لمبدأ اساسي في التعامل التجاري هذا من جهة ومن جهة أخرى لكون الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا ابتدأ من تاريخ تسجيلها[4].

وعملية الشهر لا تقتصر على مجرد عقد الشركة عند التأسيس بل يجب ان يشهر كذلك كل ما يطرأ عليه من تعديلات بعد ذلك ، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير.[5]

---

[1] صالح بن زاين المرزوقى البقمى ،مرجع سابق ،ص160

[2] شيخاوي احمد ، بوديس جميلة ، مرجع سابق،ص 14

[3] بن سبتي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 41

[4] إلياس نصيف ، مرجع سابق ، ص 161

[5] محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 1996، ص 192

وإذا كان الشهر مقررا بمصلحة الغير ،فإن لهذا الاخير الحق في ان يتمسك بوجود الشركة على الرغم من عدم اتخاذ اجراءات الشهر ، كما ان له على العكس من ذلك ان يحتج بعدم وجود الشركة متى كانت له مصلحة في ذلك .[1]

وقد اقر المشرع الجزائري اجراءات الشهر بالنسبة للشركة وذلك بوجب قيدها في السجل التجاري وكذا نشرها وهو ما نصت عليه المادة 548 من قانون التاجري لقولها :" يجب ان تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة لشركات التجارية لدى المركز الوطني لسجل التجاري وتنشر حسب الاوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات وإلا كانت باطلة".

[1] سامي عبد الباقي ابو صالح ، مرجع سابق ، ص35

الفصل الثاني

التكييف القانونية للشركة

تناول المشرع الجزائري تعريف الشركة في القانون المدني لا التجاري حيث ردنا بذلك إلى القواعد العامة للشركة، ولكي نتناول طبيعة الشركة وتكييفها القانوني لابد من الرجوع إلى المادة 416 التي عرفت الشركة على أنها: " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك " [1]

فالمشرع الجزائري عرف الشركة على أنها عقد فهو بذلك يردنا إلى أحكام العقد العامة، ويمكن تكييف الشركة على أنها عقد خاضع لسلطان الإرادة ونية الأطراف وشروطهم، ولكن بالرجوع إلى أحكام الشركات في القانون التجاري وتنظيم المشرع لأحكام الشركات والشخصية المعنوية للشركة يبدو أن الشركة تحولت إلى نظام قانوني بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.

إذن فالخلاف جلي في طبيعة الشركة تناولته نظريات مختلفة، النظرية التقليدية التي ترى أن الشركة عبارة عن عقد، خاضع لسلطان الإرادة، والأركان العامة والخاصة للعقد بالإضافة إلى شروط خاصة بالشركة ، والنظرية الحديثة التي ترى أن الشركة عبارة عن نظام، وهذا بناء على الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية، وكذا اكتساب الشركة للشخصية المعنوية مما تجعلها أكثر منها عقدا.

[1]– عز الدين بنستي، الشركات في التشريع المغربي والمقارن دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب ، الجزء الثاني ، النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، المغرب، 2000، ص19.

و سنتناول في هذا الفصل ، النظرية التقليدية و التي تقضي بأن (الشركة عقد) ثم في نقطة ثانية النظرية الحديثة أو بما يعرف الشركة نظام، و في الأخير نتناول موقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول

النظرية التقليدية

تعد الشركة عقدا في النظرية التقليدية خاضعة لأحكامه وشروطه ولمبدأ سلطان الإرادة الذي يفترض استقلالية الأطراف في إحداث الشروط والأحكام.

المطلب الأول

وصف الشركة كعقد

إن وصف الشركة بكونها عقد فكرة قديمة من آثار القانون الروماني التي ظلت سائدة لفترة من الزمن والتي جسدها Domat و Pothier في كاتباتهم كما أن أهم الفقهاء المعاصرين نادو بها أشهرهم Hamel، Lagarele ، Jaufret

لقد استند هؤلاء على ما ذهبت إليه نصوص القانون التجاري عندما عرف المشرع الشركة بأنها مجرد عقد يبرم بين شخصين فأكثر، فعلا قد يكون فحوى نص المادة 416[1] من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 1832[2] من القانون المدني الفرنسي يذهب بكل وضوح إلى هذا الوصف، حيث جاء فيها " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك ..."

---

[1]– من الامر رقم 75–59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن **القانون التجاري**، ج ر ج ج عدد 101 صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

[2]– "ينشئ الشركة شخصان او عدة اشخاص، يتفقون بموجب عقد على تخصيص اموال او صناعتهم لمشروع مشترك بغية اقتسام الربح او الاستفادة من الوفر الذي ينتج عن هذا العقد. ويمكن ان يتم انشاء الشركة بفعل ارادة شخص واحد في الحالات التي ينص عليها القانون".

حقيقة إن ما يذهب إليه أصحاب الطبيعة العقدية لا يمكن إنكاره جملة وتفصيلا، فالشركة فعلا تحتاج إلى الإرادة حتى تنشأ، أي أن رضا الشريك منفردا يعد شرطا أساسيا حتى تقوم الشركة صحيحة، فالمشاركة في تأسيس شركة ما هو عمل إرادي حتى وإن كان من جانب واحد، فالإرادة من هذا الجانب من شأنها أن تميز عقد الشركة عن التجمعات الجبرية التي نجد أعضاؤها أنفسهم مكرهين على الانضمام فيها دون الحاجة إلى رضاهم، وهي تجمعات لا تنحصر فقط في القانون العام كالمنظمات المهنية وإنما توجد أيضا في تجمعات القانون الخاص كجماعة أصحاب السندات والاستحقاق.

تستمد فكرة " الشركة عقد " قوتها من مبدأ سلطان الإرادة، لذا منحت الإرادة الفردية قوة لتبرير العديد من المراكز القانونية من بينها الشركة، وعليه جاء نص المادة 416 المذكور صراحة على أن الشركة عقد بل وأن هناك كثير من النصوص المنظمة للشركات تكرس تقنية العقد منها مثلا وجوب مراعاة شروط العقد وأركانه عند تأسيس الشركة كالتراضي والمحل والأهلية، وكذا يمكن أيضا تبرير بعض جوانب حياة الشركة بالرجوع إلى مفهوم العقد كما هو الحال في الوكالة الممنوحة لمسير الشركة في أعمال التسيير.

رغم أن أصحاب فكرة عقدية الشركة يقرون بطبيعة الشركة على هذا الأساس إلا أنهم يحتفظون لهذا العقد بخصوصية تجعله متميزا عن العقود الأخرى، فعقد الشركة حسبهم بظل من عقود التنظيم، خلافا للعقود التبادلية كالبيع مثلا أين تتعارض مصالح الأطراف

المتعاقدة، أما الشركاء في عقد الشركة فمصلحتهم واحدة.[1]

[1] بالطيب محمد البشير، الطبيعة القانونية للشركة ، رؤية حديثة، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 2، 2021، ص 171.

فنظرية عقد الشركة إذن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث مشروع مشترك، هذا التوجه التعاقدي الذي يؤطره مبدأ سلطان الإرادة تبناه المشرع من خلال الفصل 982 (ق ل ع) الذي ينص على أن: " ... الشركة عقد بمقتضاه شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها ".

ومن دعائم هذا التوجه وجوب احترام عقد الشركة للأركان العامة اللازمة توفرها في باقي العقود، وهي التراضي والمحل والسبب، كما أن حياة الشركة تتوقف على جملة من العقود، إذ يمكن الشركاء المتصرف أو المدير من وكالة تسيير الشركة، والمراقب من وكالة مراقبة حساباتها.[1]

الفرع الأول: المبررات القانونية لعقدية الشركة:

عرفت المادة 416 من ق م ج (المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم 14-88 الصادر في 16 ماي 1988) الشركة كما يلي: " الشركة عقد بمقتضاه ..."

وبهذا المفهوم لعقد الشركة نجد المشرع وسع من مفهومها، فالشركة بالمفهوم الجديد ليس فقط تأسيسها لتحقيق الربح ولكن بهدف تحقيق هدف اقتصادي لمنفعة مشتركة، وهذا ينطبق أكثر على ما أدخله المشرع من موضوع التجمعات التي تتأسس بهدف تسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره، وقد نقله المشرع الجزائري عن القانون الفرنسي الذي أدخله بموجب الأمر 67-821[2].

[1]- يوسف فريجة، القانون التجاري، محاضرات القيت على طلبة السنة الثانية ليسانس، LMD، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2014\2015، ص ص 4،5.

[2]- الأمر 67- 821 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1967 و الذي اسس بموجبه المشرع الجزائري بموجبه التجمع ذي المنفعة الاقتصادية.

وبمقتضى كون الشركة عقدا أن تكون له الأركان المعروفة وهي: التراضي، المحل، السبب، الأهلية، بالإضافة إلى وجود أركان موضوعية خاصة وأخرى شكلية، غير أن عقد الشركة يختلف عن باقي العقود فيما يلي:

✓ ينبثق عنه شخص معنوي: وذلك أن الحصص المقدمة من الشركاء تكون في مجموعها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء.

✓ عقد محدد: حيث أوجب المشرع أن يحدد عقد الشركة شكلها، مدتها، عنوانها، اسمها، موضوعها، رأس مالها ومركزها.[1]

✓ أنه من عقود المعأوضة الملزمة لجميع أطرافه: فكونها عقد معأوضة فإن كل شريك يقدم حصة مقابل الحصول على أرباح، أما كونها ملزمة لجميع أطرافها يتجلى في أن كل شريك يلتزم نحو شريكه، كما أن هذه الأخيرة تلتزم نحو كل شريك بالتزامات معينة.

✓ أنه عقد شكلي: تنصهر فيه المصالح من أجل تحقيق غاية معينة وهذه الشكلية هي التي تجسد إرادة الشركاء[2]

[1]– عز الدين بنستي، المرجع السابق، ص19

[2]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2011، ص ص 44، 45

الفرع الثاني: وجوب خضوع الشركة لأركان العقد:

إن الشركة بالإضافة إلى كونها عقد بوجه عام فهي زيادة على ذلك عقد من نوع خاص، وتبعا لكل هذا فيلزم أن تتوافر بصدده أركان العقد عموما، على جانب الأركان الخاصة بعقد الشركة تحت طائلة البطلان أو القابلية للإبطال حسب الأحوال.[1]

وقد عرف المشرع الجزائري الشركة في القانون المدني على أنها "عقد" والعقد يعتبر أحد مصادر الالتزام، وهو من التصرفات الاتفاقية المعبرة عن الإرادة.

ويعرف الفقه العقد بأنه: " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني " والشركة باعتبارها عقدا حسب المفهوم أعلاه فإنه يلزم خضوعها لأركان العقد عموما والمنصوص عليها عموما في م 416 من ق م ج.[2]

وبما أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونين يتبين أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه. فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة .

ومن هنا يتضح أمران:

أولاً: أن الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية.

ثانياً: أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني، وقد أشارت معظم القوانين إلى هذا الأمر، فمثلا نص القانون المدني الفرنسي في المادة

[1]– لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، دار الافكار، 2018، ص 33.

[2]– المرجع نفسه، ص 34.

1134 منه على أن " الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرميها "، وكذلك القانون المصري في المادة 147 منه التي تتطابق معها المادة 106 من القانون المدني الجزائري[1] التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "[2]

الفرع الثالث: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

بمقتضى التطور الاقتصادي والاجتماعي ظهرت نظرية اجتماعية تعتبر أن العقد ليس مسألة فردية فحسب، بل يدخل في دائرة أوسع، وهي الدائرة الاجتماعية بحيث لا يمكن أن تنكر أن الإنسان كائن اجتماعي يلتزم بالخضوع للقواعد السائدة في المجتمع، فأصبحت الدولة تتدخل في التسيير الاقتصادي وكذا تراقب المعاملات لتفادي كل تعسف يكاد يضر فئة من المتعاقدين إذ المصلحة العامة أسمى من المصلحة الخاصة، لقد انضم المشرع إلى النظرية الاجتماعية، فلا يعتد إلا بالعقود التي تتوافر فيها الشروط القانونية الرامية إلى فرض قيود على مبدأ سلطان الإرادة.[3]

ومن بين هذه القيود:

استنادا لمبدأ القوة الإلزامية للعقد يتدخل القاضي لإعادة النظر في ما تم الاتفاق عليه وذلك في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه:

✓ ففي مرحلة الانعقاد: نذكر على سبيل المثال رفض البيع، وإمكانية تعديل الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، وفي نفس السياق

---

[1]– الامر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

[2]– بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 171.

[3]– مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية،مطبعة الارشاد، بغداد، 1969، ص ص 36، 37.

يفرض القانون إدراج بيانات إجبارية ...إذ نصت المادة 09 من القانون رقم 04-02[1] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه " يجب أن يتضمن شروط البيع إجباريا في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كيفية الدفع، وعند الاقتضاء الخصوم والتخفيضات والمسترجعات "

✓ في مرحلة تنفيذ العقد: تبنى المشرع نظرية الحوادث الطارئة في م 03/107 من ق م ج، كما يمكن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي.[2]

[1]- قانون رقم 04-02. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. (ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004).

[2]- شوايدية منية ،تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري، بين الطابع التعاقدي و النظامي، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، المجلد 12، العدد 5، ص 332.

المطلب الثاني

نقد النظرية التقليدية

لم تسلم نظرية العقد – في تفسير طبيعة الشركة – من النقد، لأوجه عديدة منها:

✓ وبالرغم من أهمية نظرية العقد، فقد أصبحت عاجزة عن الإحاطة بالطبيعة القانونية للشركة، وذلك بسبب تراجع دور الإرادة وتزايد تدخل المشرع، فهذا الأخير يحدد بطريقة آمرة كيفية تأسيس الشركات، وخصوصا شركات الأموال، كما أنه يرخص بإمكانية تغيير ميثاق الشركة عن طريق قرار يتخذه الشركاء بالأغلبية، إضافة إلى ذلك فمدير الشركة ليس وكيل الشركاء وإنما جهاز الشركة الذي حدد المشرع سلطاته ومسؤولياته.[1]

✓ تأويل نص المادة 416 المذكورة المكرس للطبيعة العقدية للشركة قد تجأوز حدود النص، فلفظة العقد الواردة بالنص لا يمكن إسقاطها على الشركة بكامل معناها، فالشركة أقرب من أن تكون تصرف من جانب واحد لكنه تصرف جماعي، وهو تصرف يتشابه فيه محتوى الإرادات لدى الأطراف وهدف تعاقدهم واحد، وهو ما يصدق على الشركة نفسها، فالشريك يهدف من مشاركته في تأسيس الشركة إنشاء شخص معنوي جديد بغية اقتسام ما ينشأ من أرباح وتحمل الخسائر.

✓ كما أن العقد لا يسمح بمفهومه المعتاد بتفسير جوانب عديدة من الشركة كشخص معنوي، فالشركة لا تنشئها إرادة الشركاء فقط، بل إن ظهورها واكتمالها بعد إتمام إجراءات شكلية وإدارية كالنشر بالسجل التجاري، فمثل هذا الإجراء هو الكفيل بأن يمنح للشركة وجودها القانوني في مواجهة الكافة. غير أن الأمر لا يتوقف عن هذا الحد فإرادة الشركاء تعجز عن تنظيم كثير من مسائل الشركة نفسها لأن المشرع تولى ذلك بنفسه فوضع أحكاما آمرة في أغلبها، يستند أثرها في أشكال محددة من الشركات كشركات الأموال.

---

[1]– بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 172.

✓ لقد أراد المشرع من وراء التنظيم المفصل للشركات التجارية أن يمنح لها استقلالية شخوص الشركاء الشركاء المؤسسين لها، فانشأ لها شخصية معنوية تجعلها هي المخاطب من طرف الغير لا الشركاء، كما أن مصلحتها لا تتقاطع مع مصالح الشركاء وإنما تسمو عليها، ولم يترك آلية القرار لقاعدة الإجماع وإنما يكفي أن تتخذ الأغلبية قرارا معينا حتى يصير نافذا في مواجهة جميع الشركاء، فالمشرع إذن حدد للشركاء قوالب مفصلة ما عليهم سوى أن يختاروا الشكل الملائم لنشاطهم التجاري وحجم التمويل المرصود من طرفهم للانطلاق فيه ولهذا كانت الشركة عقدا مسمى لا يمكن للشركاء خلق شكل جديد من طرفهم.

✓ يبدو أنه في ظل أحكام التشريع الناظم للشركات لا يمكن للعقد أن يكون أساسا لتفسير تلك الأحكام وأن يستوعب جميع مسائل الشركة، لذا أصبح ثابتا أن التفسير العقدي بات قاصرا، وهو السبب الحقيقي الذي جعل المشرع يجنح إلى مفاهيم النظام العام (القواعد الآمرة في تنظيم الشركات أي إلى فكرة النظام القانوني)[1]

✓ومع أن المشرع عرف الشركة في المادة 416 من ق م ج بأنها عقد إلا أن هذا العقد لا يستوعب جميع الآثار القانونية لبتي تنتج من خلق الشركة، فالشخص المعنوي وإن تولد من العقد إلا أنه لا يعين بحرية حالته القانونية وخاصة في الشركات الكبيرة التي يبلغ عدد أعضائها مئات الألوف من المساهمين، حيث الشخصية الحكمية تسيطر بكل قوتها على إرادات الأفراد التي ظهرت في التصرف الخالق لها.فالشركاء يتمكنون بالأغلبية من تغيير الاتفاق الأول بكل نصوصه في حين أن تغيير العقد يقتضي الإرادة الجماعية للشركاء، وهكذا يصبح الإداريون والمدراء أعضاء فيها وليس مجرد وكلاء، فهم يكونون السلطة المكلفة لضمان تحقيق الغرض المشترك، ومع ذلك فالفكرة العقدية تبقى واضحة في

[1]– فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد ، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء مطبعة الأمنية – الرباط، ص ص 17، 18، 19.

شركات الأشخاص حيث عدد أعضائها قليل بالنسبة لشركات الأموال، ففي شركات الأشخاص لا تمس نصوص عقودها إلا باتفاق إجماعي للشركاء، ففكرة العقد هنا تحتفظ بسلطانها، بينما الأمر عكس ذلك في شركات المساهمة، حيث يمكن تغيير نصوص عقد هذه الشركات وأنظمتها بواسطة غالبية الشركاء والأقلية ملزمة بقرار الأغلبية، وزيادة على ذلك أن القواعد الآمرة لا تكف – فيما يتعلق بهذه الشركات – عن تقليص المجال المتروك إلى حرية المتعاقدين، فشركات المساهمة وإن تولدت من التصرف القانوني الإداري ولكن من المشكوك فيه أن يكون هذا التصرف عقدا، إذ أن المشرع ينظم بشكل إجباري كيفية تأسيس هذه الشركات، والشركاء يجلبون رؤوس أموالهم من دون مناقشة الشروط، فهذا التجمع يختلف وينظم حسب القواعد التي لا تعتمد على إدارة أصحاب المصلحة، بالإضافة إلى أن الذي يشتري سهما من شركة في البورصة ليبيعه بعد أسابيع هو على الغالب لا يعرف موضوع الشركة التي أصبح فيها مساهما وبالتالي لا يمكن اعتباره شريكا متعاقدا مع بقية الشركاء فالعقد هنا ينحسر أمام النظام. [1]

✓ وتبقى أهم الانتقادات التي يمكن توجيهها لفكرة " الشركة عقد " هو إنشاء شركة من رجل واحد أي لا حاجة إلى التعاقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نظام شركة المساهمة خير دليل ومثال على الطابع النظامي للشركات.[2]

[1]– بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 173

[2]– مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية،مطبعة الارشاد، بغداد، 1969، ص 37.

المبحث الثاني

النظرية الفقهية

لقد عمل مؤيدوا فكرة " الشركة نظام " على تطبيق نظرية النظام القانوني المستلهمة من مفاهيم القانون العام، فرائدها ومصممها الفقيه Hauriou تذهب فكرة النظام القانوني في اتجاه من شأنه أن يبعد الشركة عن مفهوم العقد تماما.

المطلب الأول : وصف الشركة كنظام

يعرف Hauriou النظام القانوني على أنه قبول مجموعة من الأشخاص أو منظمة اجتماعية ما على اتباع مصلحة مشتركة من خلال تطبيق قاعدة الأغلبية، فمن شان هذا التنظيم إذن يحفظ وبشكل مستمر حالة من السلم الاجتماعي لمصلحة المنظمة أو المجموعة من الأشخاص، ويعد السلم الاجتماعي في هذه الحالة المقابل الذي يتحصل عليه الأعضاء نظير الالتزامات يدينون بها تجاه المنظمة ككل.

يتضح من التعريف المساق لنظرية النظام القانوني على أنها تتجأوز حدود الفرد الواحد وتنتهي إلى جعل إرادات الأعضاء خاضعة، بل إن هذه النظرية تسمح بتفسير إمكانية تجأوز مصلحة الشريك تحقيقا لمصلحة الشركة والغير، كما أن المشرع جنح لها في الإطار العام عندما نظم الشركات التجارية ، عندما نجده مثلا يقر بسمو مصلحة الشركة على مصالح الشركاء، وكذا تعزيزه لمجال النظام العام وحصر دور العقد، أو مثلا اعتماد قانون الأغلبية في تسيير الشركة وتجأوز حدود مفاهيم الوكالة عند قيام المسير بإدارة الشركة.[1]

لتبرير القواعد السابقة ذهب جانب من الفقه إلى أن الشركة مؤسسة أو نظام من صنع المشرع، وليس لإرادة الأفراد من دور سوى الانضمام إلى هذا الهيكل أو عدم الانضمام إليه. وبعبارة أخرى، فالشركة مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم اجتماع

[1]– شوايدية منية ،المرجع السابق 5، ص 332.

الأشخاص حول هدف اقتصادي محدد. ومن شأن هذه الفكرة أن تجعل مختلف المصالح الخاصة تابعة للاستغلال المشترك أو محددة بشكل نهائي في الميثاق التأسيس للشركة، بل يمكن تعديلها بقرار أغلبية الشركاء إذا تطلب ذلك غرض الشركة. بالرغم من الأهمية السابقة لفكرة النظام القانوني، وبالرغم من تبريرها الفعال لتبني المشرع للشركة ذات المسؤولية المحدودة المكونة من شخص وحيد، إلا أن ذلك لا يعني اندثار أي دور للإرادة في مجال الشركات، وإنما فقط تقييد هذا الدور بوجوب مراعاة الضوابط القانونية الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات.[1]

الفرع الأول: مبررات النظرية الفقهية:

إن التعريف الذي تثبته كثير من التشريعات (الشركة عقد) لم يحظ بقبول الفقه الذي لاحظ أنه إذا كان تكوين الشركة يتطلب إبرام عقد، فإن نظرية العقد قاصرة على استيعاب الآثار القانونية الناتجة عن تكوين الشركة. فعقد الشركة لا يقتصر أثره كغيره من العقود على ترتيب التزامات على عاتق الشركاء بل هو غالبا ما يؤدي إلى نشوء شخص قانوني جديد، شخص معنوي، هو الشركة، وهو في ذلك لا يتحكم تماما لا في تحديد الوضع القانوني لذلك الشخص – حيث للقانون دور كبير في ذلك – ولا في قيامه القانوني يظل معلقا على إجراء إداري – القيد في السجل التجاري – ولا يترتب على مجرد توافق إرادة الشركاء، كما أن هذا الشخص المعنوي بعد قيامه هو الذي يهيمن ويسيطر على إرادة الأشخاص المشاركين في إبرام العقد خاصة في شركات الأموال، حيث تفرض الأغلبية إرادتها على الأقلية حتى فيما يتعلق بتعديل نظام الشركة، على خلاف الأصل في العقود حيث يجب حصول توافق إرادة المتعاقدين، هذا ناهيك عن إرادة المسيرين لم يعودوا يعتبرون وكلاء على الشركاء بل يشكلون جهازا قانونيا للشركة يحدد القانون سلطاته ومسؤولياته، مما تجعل الشركة شخصا

[1]– سميحة القليوبي، القانون التجاري، الطبيعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ، 2011، ص 7، 8.

قانونيا مستقلا عن الشركاء له مصالحه الخاصة التي لا تتطابق دائما مع مصالح الشركاء، بل والتي قد تتعارض في بعض الأحيان مع مصالحهم.

من هنا فإن بعض الفقه جادل في الأساس العقدي للشركة انطلاقا من أن إرادة الشركاء لها دور محدود في وضع نظامها الأساسي، إذ أن المشرع تدخل في تنظيم كافة الشركات بقواعد آمرة حماية للادخار العام وللمصلحة العامة – وإن كان ذلك قد ظهر بشكل أكثر قوة في شركة المساهمة ، فكان من نتائج ذلك أن قيدت الحرية الفردية وكثرت النصوص المتعلقة بالنظام العام فأصبحت الشركة أقرب للنظام القانوني منها إلى العقد بحيث يكاد يقتصر دور إرادة الأطراف على التعبير عن الرغبة في الانضمام إليه أو عدم الانضمام دون مقدرة على تعديل أحكامه.

ولعل مما يزيد في تأكيد هذا الطرح إنشاء شركة الشخص الواحد في التشريعات المقارنة إذ أن هذه الشركات لا يمكن اعتبارها عقود لوجود شخص واحد فيها، وبطبيعة الحال لا يتصور تعاقد الشخص مع نفسه، لذلك فإن إنشائها تعتبر تصرفا بإرادة منفردة وليس عقدا.

كما أن بعض التشريعات استجابت لهذه التحولات فغيرت من نظرتها للشركة وأصبحت تتعامل معها على نظام قانوني أكثر منه عقدا كما فعل المشرع الفرنسي من خلال تعديله المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي، حيث سعى المشرع الفرنسي من خلال هذا التعديل إلى التأكيد على الطابع النظامي أو المؤسساتي للشركة بالنص على أنها تتأسس بناء على عقدن مما يعني أنها ليست هي في حد ذاتها عقدا بل نظاما قانونيا موضوعا بشكل مسبق يجري الاتفاق على الانضمام إليه بواسطة عقد.[1]

[1]– شوايدية منية ،المرجع السابق، ص 334، 335.

الفرع الثاني: القواعد الآمرة والشركات

إن تدخل المشرع لتنظيم شركات المساهمة أكبر مثال على إضعاف جانب الإرادة في إنشاء الشركة وتنظيمها، فالمشرع في هذا النوع من الشركات ينظم بنصوص آمرة معظم ما يتعلق بهذه الشركة بحيث نجد أنه لا يترك لمؤسسيها من حرية سوى فكرة التلاقي والاشتراك في مشروع معين لغرض معين وبرأسمال معين، فإذا ما نشأت الفكرة خضعوا لكل ما ينص عليه المشرع من تنظيمات.

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص " أن تكوين شركات المساهمة ونظامها وإدارتها لم يعد متروكا لإرادة الشركاء وإنما يتوقف كل ذلك على إرادة المشرع بفرضها نصوص آمرة " على أن تدخل الدولة لا يؤدي إلى محو فكرة العقد كلية حيث لا تزال هي أساس الشركة، كما أن فكرة التعاقد تبدو أكثر قوة في شركات الأشخاص حيث يقرر العقد نشأة الشركة وتنظيمها وانقضائها[1]

الفرع الثالث: الطابع النظامي لشركة المساهمة

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، وخير مثال على الطابع النظامي للشركات التجارية إذ يغلب فيها هذا الأخير على الطابع التعاقدي، فقد نظم المشرع الجزائري أحكامها عبر المواد من 592 إلى 795 من ق ت ج ، وكذا ضمن المرسوم التنفيذي 95-438[2] المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، تاركا بهذا الشكل المجال ضيقا لإدارة الشركاء وبالتاي للطابع التعاقدي في تأسيس هذا النوع من الشركات.

---

[1]– شوايدية منية ،المرجع السابق، ص 333.

[2]– مرسوم تنفيذي رقم 95-438 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة و التجمعات. (ج ر رقم 80 المؤرخة في 24 ديسمبر 1995.

تقوم شركة المساهمة أساسا على الاعتبار المالي، فلا أهمية لشخص الشريك كما هو الحال بالنسبة لشركات الأشخاص، وقد تدخل المشرع بشكل كبير في تنظيم أحكام شركة المساهمة وذلك بنصوص آمرة في أغلب الأحيان لاسيما فيما يتعلق بتأسيسها وتسييرها ومراقبتها، وقد ترتب على تدخل المشرع بهذا الشكل ضعف الفكرة التعاقدية وتراجعها في شركة المساهمة، حيث أصبحت هذه الشركة أقرب إلى النظام القانوني الذي يضعه المشرع منها إلى فكرة العقد.

لقد لاحظ المشرعون في كثير من الدول ضخامة المشروعات التي تقوم بها هذه الشركات (العامة والخاصة) وشدة اتصالها بالاقتصاد الوطني وكثرة المصالح التي تتضمنها فاتجهوا إلى وضع مجموعة من النصوص الآمرة التي لا يجوز مخالفتها تكفل حماية مصالح المساهمين خاصة الأقلية والغير المتعاملين مع الشركة وكذلك المصالح الوطنية، حتى أصبحت شركة المساهمة كما ذكرنا نظام قانوني يخضع لإرادة المشرع أكثر من خضوعها لإرادة المتعاقدين.

إن التنظيم المحكم الذي خص به المشرع شركة المساهمة دليل يوحي بتقليص مبدأ سلطان الإرادة في هذه الشركة، فتعديل العقد الأساسي لشركة المساهمة مثلا يمكن أن يتسم بأغلبية الشركاء حتى ولو كان هؤلاء الآخرون لم يشاركوا في تحريره ووضع بنوده، خلافا لشركات الأشخاص أين يشترط إجماع كافة الشركاء في اتخاذ القرارات العامة لاسيما تعديل القانون الأساسي للشركة كما هو الحال في شركة التضامن مثلا حيث تنص المادة 560 من ق ت ج " لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضاء جميع الشركاء "[1]

[1]– مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الرابع: شركة الشخص الواحد خروج عن قاعدة الشركة عقد

اقر المشرع الجزائري عند تعديله للقانون التجاري سنة 1996 عبر الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 بنوع جديد من الشركات التجارية وذلك عبر نص م 564 من ق ت ج والتي جاء فيها " 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 طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخص واحد " كشريك وحيد " تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة EURL.

إذا يستخلص من هذا النص أنه يمكن تكوين شركة بشخص واحد وهذا خروج عن القاعدة التي تقول بأن الشركة عقد، ففي العقد كما نعلم لا بد من تطابق الإرادتين على الأقل في حين هذا النوع من الشركات لا حاجة للتعاقد مع شخص آخر من أجل تأسيسها.

ويتم تأسيس شركة الشخص الواحد بطريقتين: إما عن طريق التكوين المباشر، حيث يقوم شخص بإرادته المنفردة بتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة يكون فيها هو الشريك الوحيد، أو عن طريق التكوين غير المباشر حيث تنشأ شركة ذات مسؤولية محدودة نتيجة اجتماع كل الحصص في شريك واحد ، وقد اعتبر المشرع الجزائري هذه الحالة استثناء لا تنقضي فيه الشركة حيث تنص م 590 مكرر 01 من ق ت ج " لا تطبق أحكام المادة 445 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة.[1]

[1]– مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الثاني

الشخصية المعنوية للشركة

إن اعتبار الشركة شخصا معنويا معناه قابليتها لأن تكتسب الحقوق وتترتب عليها الالتزامات كما هو الحال بالنسبة بشخصية الفرد الطبيعي، وهكذا تصبح الشركة كائنا قانونيا مستقلا بذاته فله ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين له.

الفرع الأول: طبيعة الشخص المعنوي:

هناك آراء كثيرة صدرت حول طبيعة الشخص المعنوي ويمكن تلخيص المهم منها على الوجه التالي:

✓ يوجد رأي يقول أن الشخصية المعنوية هي شخصية حقيقية لا يمكن نكرانها. فكل جماعة من الناس قابلة لأن تملك إرادة خاصة مستقلة عن إرادة خاصة مستقلة عن إرادة أفرادها وتقوم بنشاط يهدف إلى تحقيق أغراض مشتركة وتكون صاحبة حق وتملك شخصية، إلا أن هذه الشخصية لا تكون ممنوحة لأنها مرتبطة بوجود الجماعة وهي مستقلة عن شخصية أفرادها.

✓ وهناك رأي آخر يقول أن الشخصية المعنوية ماهي إلا صورة من صور الملكية الجماعية لمال مشترك ولهذه الملكية الجماعية أحكام خاصة تختلف عن أحكام ملكية الفرد الطبيعي وبموجبها لا يمكن للشركاء التصرف بالمال المملوك لهم بأي نوع من التصرفات التي لا تهدف إلى تحقيق الأغراض التي من أجلها وجد الشخص المعنوي.

✓ أما الرأي الأخير فيعتبر الشخص المعنوي مجازا من خلق المشرع ، لأجل الوصول إلى نتائج علمية معينة، فالضرورات العملية تقتضي الاعتراف بوجود ذمة مستقلة لأية جماعة مستقلة عن ذمم أفرادها المكونين لها. فالشخصية المعنوية حسب هذا الرأي منحة من

المشرع يخلعها على أية هيئة يطمئن إليها ويتمكن بنفس الوقت أن يسلبها متى دعت الضرورة إلى ذلك.

مهما تكن وجهات النظر مختلفة عن حقيقة الشخص المعنوي فإن الاعتراف به ضرورة عملية ومفيدة، ويحقق أغراض معينة سواء بالنسبة للقانون العام أو بالنسبة للقانون الخاص.[1]

الفرع الثاني: ميلاد الشخصية المعنوية للشركة

تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما هو الحال بالنسبة لشركة المحاصة، إذ أن القانون جرد هذه الشركة من الشخصية المعنوية لأنها مستترة الأنظار.

غير أنه لا يمكن الاحتجاج بالشخصية المعنوية في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي من شأنها إحاطة الجمهور علما بذلك، إلا أن الغير لهم الحق باعتبار الشركة شخصا معنويا وإن لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة، لان النشر مقرر لمصلحة الغير، غن شاء تمسك به وإن شاء أعرض عنه.

إن إجراءات النشر تعتبر في بعض الأوقات من الإجراءات الضرورية لتكوين الشخص المعنوي كما هو الحال بالنسبة لشركات الأموال.[2]

الفرع الثالث: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة:

الأصل أن الشخصية المعنوية تفنى عند حدوث سبب من أسباب انحلالها. غير أن القانون اعترف بصورة استثنائية باعتبار الشركة شخصا معنويا بالقدر اللازم لتصفيتها

[1]– مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص 40.

[2]– بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 173

وقسمة ما تبقى من أموالها بين الشركاء، وغرض المشرع من ذلك هو حماية دائني الشركة من مزاحمة دائني الشركاء الشخصيين على أموالها التي تبقى في حوزتها حتى انتهاء التصفية.

الفرع الرابع: النتائج المترتبة على اعتبار الشركة شخصا معنويا:

لقد قلنا أن الشركة تعتبر بمجرد تكوينها شخصا معنويا. فهي إذن تتمتع من ذلك الوقت بجميع الحقوق وتلتزم بالواجبات إلا ما كان منها ملازما للفرد الطبيعي، وبناء على ذلك تصبح للشخصية المعنوية ذمة مستقلة عن ذمم الأشخاص الذين يكونونها ويكون لها اسم وعنوان يميزها عن بقية الأشخاص المعنوية الأخرى، بالإضافة إلى تمتعها بالأهلية في الحدود التي بينها العقد، ويقوم نيابة عنها ممثلون يمارسون حقوقها وتتمتع كذلك بموطن وجنسية الأعضاء الذين يكونونها.[1]

[1]– شوايدية منية ،المرجع السابق، ص 332.

المطلب الثالث

نقد نظرية النظام القانوني

رغم أن نظرية النظام القانوني طغت على أحكام الشركات التجارية إلا أنها لم تسلم من النقد أيضا، فهي مثلا تفتقر للدقة والضبط ليس عند تطبيقها فقط بل من ناحية مفهومها من المصدر ذاته، من أن Hauriou ومن آزره في فكرته قد اختلفت تعريفاتهم لهذا مفهوم، كما أن نظرية النظام القانوني لا يستجيب للأوجه التي يثيرها أصحاب النظرية العقدية في تحديد طبيعة الشركة، كما أن هذه النظرية تجلى ضعفها بصدد الشركات التي يطغى عليها العقد كشركات الأشخاص، خاصة شركة المحاصة.[1]

ففكرة النظام غير محدودة بدقة وكل النتائج التي يمكن أن نستخلصها من الفكرة النظامية للشركة. إلا أنها تخدم لتبرير تدخل التشريعات المتزايد لغرض مراقبة عمل الشركات في الحياة الاقتصادية، وهذا واضح في شركات المساهمة، ومع كل ذلك فالعقد يحتفظ بكل سلطانه لما يكون المقصود تعيين بعض العناصر التي تكون النقاط المتروكة إلى إرادة الشركة مثل تحديد مبلغ رأس المال وموضوع الشركة وفي مجال كبير في كيفية توزيع الأرباح.

كما أن فكرة الهيكلة والنظام ليست مطلقة، فاختيار نوع الشركة التي يراد تأسيسها، يبقى خاضعا لإرادة الأطراف، كما أن استمرارية وديمومة الشركة ليست من القواعد الإلزامية بل يرجع الأمر إلى قرار الشركاء حيث يمكنهم تقرير حل الشركة بالأغلبية، فالطابع النظامي للشركة لا يمنع الشركاء من اتخاذ بعض القرارات أو تضمين العقد التأسيسي شروطا معينة، وهو ما يجسد مبدأ الحرية التعاقدية، شريطة أن لا تتعارض مع القانون ويعتبرها باطلة كأن لم تكن.[2]

---

[1]– بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 174

[2]– شوايدية منية ،المرجع السابق، ص 333.

خاتمة

في ختام دراستنا لهذا الموضوع ، الذي قمنا بتقسيمه إلى قسمين ،تناولنا في قسمه الأول مفهوم الشركة ، اين تطرقنا فيه الى تعرف الشركة وتميزها عن ما يشابهها من الأنظمة التي قد تتداخل معها ، بعدها الأركان الواجب توافرها سواء ما يستجوبه العقود بصفة عامة من رضا من محل وسبب اضافة الى ما هي خاصة أو متعلقة بالشركة دون غيرها من العقود المتمثلة في تعدد الشركاء ، نية الاشتراك ، تقديم الحصص ، اقتسام الارباح وتحمل الخسائر، بالضافة الى ركن الشكلية المتمثل في الكتابة الشهر ، اما في ما يخص الطبيعة القانونية فقد جاء في القسم الثاني من هذا الموضوع، حيث تطرقنا من خلاله الى كون الشركة عقد والاتجاه الذي اخذ بهذا الطرح وهو فكرة الشركة عقد رضائي وكيف تدخله التشريعات للحد من مبدأ سلطان الارادة السائد في العقود بصفة عامة وعقد الشركة بصفة خاصة لما لها من اهمية ، وكذا في كون ينبثق عنها شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي مستقل عن الشركاء ، ثم تطرقنا الى موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية من الشركة ، هذا الاخير الذي تبنا فكرة الطبيعة المختلطة ، حيث اقر بان الشركة عقد في بعض الشركات (شركة التضامن) ، وتبنا فكرة الشركة نظام ورصد لها ترسانة من النصوص القانونية لتنظيمها (شركة المساهمة انموذجا) .

ومن بين النتائج التي توصلنا اليها من خلال دراستنا هذه ما يلي :

- عقد الشركة عقد من نوع خاص يختلف عن باقي العقود في تكوينه الذي يستوجب لقيامه بالإضافة الى الاركان العامة المتعلقة بكل العقود اركان خاصة به فقط .
- عقد الشركة بقيامه صحيحا يتولد عنه شخص معنوي له ذمة مالية وكيان ذاتي مستقل عن الشركاء

وانطلاقا مما سبق من الاستنتاجات يمكن ان نقترح بعض الاقتراحات التي تدور حول موضوع دراستنا وهي كالاتي :

تعديل نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري التي تطرقت لتعريف الشركة على اساس انها عقد يبرمه شخصان أو اكثر حيث ان هذا التعريف يتناقض مع ظهور نوع جديد من الشركات ذات شخص وحيد.

قائمة المصادر و المراجع:

اولاً:القوانين

1- قانون رقم 04-02، قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. (ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004).

2- الامر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن **القانون التجاري**، ج ر ج ج عدد 101 صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

3- الامر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

4- الأمر 67- 821 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1967 و الذي اسس بموجبه المشرع الجزائري بموجبه التجمع ذي المنفعة الاقتصادية.

5- مرسوم تنفيذي رقم 95-438 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة و التجمعات. (ج ر رقم 80 المؤرخة في 24 ديسمبر 1995.

ثانياً: الكتب

1- سميحة القليوبي، القانون التجاري، الطبيعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ، 2011.

2- عز الدين بنستي، الشركات في التشريع المغربي والمقارن دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب ، الجزء الثاني ، النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، المغرب، 2000.

3- لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، دار الافكار، 2018.

4- محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 1996.

5- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2011.

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

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

8- إبراهيم سيد أحمد ، العقود والشركات التجارية ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 .

9- إلياس ناصيف ، الأحكام العامة للشركة ، دار المنشورات الحلبي الحقوقة، بيروت، لبنان 2008.

10- سامي عبد الباقي ابو صالح ، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

11- سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2011.

12- شيماء فوزي احمد النعيمي ، النظام القانوني للخلافة الشركات دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2020.

13- صالح بن زاين المرزوقي البقمى ، شركة المساهمة في النظام السعودي ، جامعة أم القرى

14- عبد العزيز الخياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية ، ط4 ، دار البشير ، عمان ، 1994.

15- عزالدين بن ستي ، الشركات في القانون المغربي ، د س ن.

16- عمورة عمار ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2000.

17_ محمد عبد الله عتيقي ، عقود الشركات، ط1 ، مكتبة إبن كثير ، الكويت ، 1996 .

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

19-نادية فضيل ، احكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري دار هومة للنشر و التوزيع، عين مليلة، 2006.

20- نسرين شريقي ، الشركات التجارية ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2019 .

21-عمورة عمار الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2000 .

، 1406هـ.

ثالثاً: المقالات العلمية:

1- شوايدية منية ،تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري، بين الطابع التعاقدي و النظامي، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، المجلد 12، العدد 5.

2- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد ، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء مطبعة الأمنية – الرباط.

3- بالطيب محمد البشير، الطبيعة القانونية للشركة ، رؤية حديثة، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 2، 2021.

4- حاتم غائب سعيد ، المعايير القانونية للتمييز بين التجارية و المدنية (مجلة الباحث للعلوم القانونية)، كلية القانون جامعة الفلوجة ، العدد الثاني، 2019.

5_ منية شوا يدية ، تأسيس الشركات التجارية للتشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي، الاكادمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، المجلد 12، العدد 2 ، 2020 .

رابعاً:الرسائل الجامعية:

ا- الدكتوراه

1- منال بوروح ، النظام العام والعقد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة ، جامعة الجزائر ، 2019.

ب- الماجستير

1- بن شويحة علي ، الشركة بين المفهوم اللائحي ومبدأ سلطان الإرادة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة بومرداس ، تخصص عقود ومسؤولية ، 2013 -2014 .

ج- الماستر

1- يوسف فريجة، القانون التجاري، محاضرات القيت على طلبة السنة الثانية ليسانس، LMD، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2014\2015.

2- سامي كباهم ، الشكلية في عقود الشركات ، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي ، تخصص قانون الأعمال ، 2016-2017 .

3- شيخاوي احمد ، بوديس جميلة ، أحكام بطلان الشركات التجارية في التشريع الجزائري ،مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال، خميس مليانة ، 2020 -2021 .

فهرس المحتويات

الـعنـــــــــــــوان	الصفحة
مقدمة	
الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للشركة	03
المبحث الأول: تعريف الشركة وتمييزها عن ما يشابهها من الأنظمة	04
المطلب الأول : تعريف الشركة	04
الفرع الأول : تعريف الشركة لغة	04
الفرع الثاني : التعريف الفقهي للشركة	05
الفرع الثالث : التعريف التشريعي للشركة	05
المطلب الثاني : تميز الشركة عن ما يشابهها من الأنظمة	06
الفرع الأول : تميز الشركة عن الجمعية	07
الفرع الثاني : تميز عقد الشركة عن عقد العمل	07
الفرع الثالث : تمييز الشركة عن الشيوع	09
المبحث الثاني الأركان الواجب توافرها لقيام الشركة	09
المطلب الأول : الأركان الموضوعية العامة	09
الفرع الأول : الرضا	10
الفرع الثاني : المحل	11
الفرع الثالث : السبب	11
المطلب الثاني الأركان الموضوعية الخاصة	12

الفرع الأول : نية الاشتراك	12
الفرع الثاني : تعدد الشركاء	13
الفرع الثالث : تقديم الحصص	14
المطلب الثالث : الأركان الشكلية لصحة عقد الشركة	15
الفرع الأول : الكتابة الرسمية	18
الفرع الثاني: الشهر	18
الفصل الثاني التكييف القانونية للشركة	19
المبحث الأول النظرية التقليدية	21
المطلب الأول : وصف الشركة كعقد	21
الفرع الأول: المبررات القانونية لعقدية الشركة:	21
الفرع الثاني: وجوب خضوع الشركة لأركان العقد	23
الفرع الثالث: القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة	24
المطلب الثاني : نقد النظرية التقليدية	26
المبحث الثاني النظرية الفقهية	29
المطلب الأول : وصف الشركة كنظام	29
الفرع الأول: مبررات النظرية الفقهية	30
الفرع الثاني: القواعد الآمرة والشركات	32
الفرع الثالث: الطابع النظامي لشركة المساهمة	32

الفرع الرابع: شركة الشخص الواحد خروج عن قاعدة الشركة عقد	35
المطلب الثاني : الشخصية المعنوية للشركة	36
الفرع الأول: طبيعة الشخص المعنوي	36
الفرع الثاني: ميلاد الشخصية المعنوية للشركة	37
الفرع الثالث: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة	38
الفرع الرابع: النتائج المترتبة على اعتبار الشركة شخصا معنويا	38
المطلب الثالث : نقد نظرية النظام القانوني	39
خاتمة	40
قائمة المصادر و المراجع	42
فهرس المحتويات	44

- **ملخص**

إن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مالي أو اقتصادي معين بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينجم عن ذلك من أرباح أو خسائر، وباعتبار أن الشركة عقدا ليس كغيره من العقود لأنه يدفع إلى الوجود شخصا قانونيا له ذاتية مستقلة عن العناصر البشرية والمادية المكونة له وذلك الشخص هو الشركة في حد ذاتها، وليس هناك جدال في اعتبار الشركة شخصا قانونيا له وجود مستقل وذمة مالية، الأساس الذي بني عليه الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للشركة بإعتبارها عقد أم نظام قانوني.

- abstract

The company is a contract whereby two or more people are obligated to participate in a specific financial or economic project by providing a share of money or work to share the profits or losses that may result from that, and considering that the company is a contract unlike other contracts because it pushes into existence a legal person with an independent personality from The human and material elements that compose it, and that person is the company in itself, and there is no controversy regarding the company being a legal person with an independent existence and a financial liability, the basis on which the doctrinal dispute was built about the legal nature of the company as a contract or a legal system.