1. مقدمة

تلعب الشركات التجارية دورا هاما يف التنمية االقتصادية حيث تفوق حاجيات االقتصاد حاليا ، اإلمكانيات املادية و املالية اليت ميتلكها التاجر كفرد ، فالشركة مهيأة أحسن من الفرد ملمارسة التجارة، إذ تستطيع مجع األموال الالزمة ملمارسة كل أنواع النشاطات التجارية و الصناعية ،، فنشاط الشركة جيهل العوائق العاطفية أو العائلية، و ال يتأثر بأسباب اجتماعية مثل الشخص الطبيعي، لكن العجز الذي قد تتعرض له الشركة يكون عادة ناتج عن عدم كفاءة أو إهمال املسريين و الشركاء ) أي أشخاص طبيعية()1(

الشركة نظام قديم جدا عرفه البابليون و نظمه قانون محو رابي، و قد كانت الشركة يف القانون الروماني عقدا رضائي ال ينشأ عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء و يف القرن الثاني عشر مع نهوض احلياة التجارية يف ايطاليا بدأت تظهر خصائص شركة التضامن حيث كان الشركاء مسؤولني بالتضامن عن ديون الشركة ، كما أصبح للشركة ذمة مالية خاصة تتألف من احلصص اليت يقدمها الشركاء، و بذلك تأكدت فكرة الشخصية املعنوية اليت يقوم عليها التنظيم احلديث للشركات)3(.

و يف نهاية القرن التاسع عشر ظهرت فكرة الشركة ذات املسؤولية احملدودة يف أملانيا مبقتضى القانون الصادر يف 29 افريل1892)4(. و يف القرن العشرين اجتهت التشريعات إىل التدخل يف تنظيم الشركات و التضييق يف احلرية التعاقدية بفرض أحيانا قواعد آمرة و ذلك حلماية املدخرين و االقتصاد الوطين .

اختلف الفقهاء يف حتديد الطبيعة القانونية للشركة، و لعل ابرز نقاش دار يف هذا اجملال كان حول الطابع العقدي و الطابع النظامي للشركة -و هو ماسنركز عليه يف حبثنا-. كما ظهرت مواقف فقهية حديثة لتحديد طبيعة الشركة، كنظرية الفعل الجماءي٠لا11 L act(، أو نظرية المقاولة اليت تعترب الشركة طريقة لتنظيم املقاولة)5(. و قد عاجلت القوانني الوضعية أحكام الشركات، متأثرة إىل حد ما بهذه النظريات.

المشرع اجلزائري بدوره اهتم بالشركات، و نظم أحكامها أساسا، ضمن القانون المدني )المواد من 416 إىل 449( و القانون التجاري )المواد من 544 إىل 842( باإلضافة إىل نصوص تشريعية أخرى تطبق على الشركات كالنصوص اجلبائي، قانون السجل التجاري ...

وقد عرّف الشركة عرب المادة 416 ق.م.ج بقوله " الشركة عقد مبقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة يف نشاط مشرتك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو حتقق اقتصاد أو بلوغ هدفا اقتصادي ذي منفعة مشرتكة .كما يتحملون اخلسائر اليت قد تنجر عن ذلك ".

يتضح من هذا النص أن المشرع اجلزائري يعرف الشركة سواء المدنية أو التجارية على أنها "عقد" ، غري أن فكرة العقد ال تستوعب كل اآلثار القانونية اليت ترتتب على إنشاء الشركة ، حيث أن عقد الشركة ليس عقد كغريه من العقود يقتصر أثره على ترتيب التزامات على عاتق الشركاء المكونني للشركة ، بل هو عقد يرتتب عليه نشوء شخص قانوني جديد، يتمثل يف الشركة كشخص معنوي مستقل.

كما أن تعريف الشركة بكونها عقد، يستوجب توافق إرادتني على األقل ، يف حني ظهر نوع جديد من الشركات التجارية يقوم على اإلرادة المنفردة و تؤسس بشخص واحد و بالتالي ال حاجة إىل تطابق إرادتني أو أكثر و هو أول ركن يف العقد )الرضا(، و هذه الشركة هي الشركة ذات المسؤولية احملدودة و ذات الشخص الوحيد )6(. لذلك فإن بعض الفقهاء ينكر على الشركة صبغتها التعاقدية و يرى أنها نظام قانوني institution اقرب إىل القانون منه إىل العقد)7(، فالنظام القانوني يتضمن جمموعة قواعد قانونية تهدف إىل غرض مشرتك و تقتصر دور األطراف على اإلفصاح عن الرغبة يف االنضمام إليه. هذه االنتقادات و غريها جعلت بعض الفقهاء يعتربون الشركة "نظاما " و ليست عقدا.

و عليه يطرح موضوعنا إشكالية: الطبيعة القانونية للشركات التجارية؟ هل هي عقد أم نظام ؟ سنحاول اإلجابة على هذه اإلشكالية من خالل تقسيم عملنا إىل جزئني: أوال: الشركة عقد من نوع خاص، ثانيا الشركة نظام وضع المشرع هيكلته، معتمدين يف دراستنا على المنهج التحليلي و أحيانا المقارن.

**أوال: الشركة عقد من نوع خاص**

تقوم نظرية "الشركة عقد"، على أساس أن الشركة تأسس بإرادة أطرافها إلنشاء وضع قانوني جديد. فاتفاق األطراف و توافق إرادتهم هو المظهر األساسي لمعظم الشركات، و قد نالت هذه النظرية تأييدا كبريا يف الفقه التقليدي خالل القرن التاسع عشر لتكيفها مع المبدأ القانوني المعروف مببدأ سلطان اإلرادة )8(.

و تظهر أهمية هذه النظرية خاصة بالنسبة: للشركات يف طور التأسيس )أي قبل اكتساب الشخصية المعنوية(، شركات األشخاص و الشركات اليت ال تكتسب الشخصية المعنوية كشركة احملاصة.

لكن تصطدم هذه النظرية بالواقع عندما يتعلق األمر بشركات مكونة من شخص واحد، أو بالشركات ذات اهليكلة المعقدة كشركة المساهمة. و عليه وجهت هلا عدة انتقادات نذكر منها:

* بعض القواعد يف تسيري الشركة ال تتطابق مع نظرية العقد، فقانون األغلبية مثال، ميكن على أساسه تغيري بعض بنود العقد التأسيسي دون موافقة األقلية، أي أن االمضاء املسبق على العقد التأسيسي الذي أفرغت فيه إرادة الشركاء، ال جيعل بعضهم)األقلية( يف مأمن من تغيري بنوده دون موافقتهم.
* عقد الشركة ذو طبيعة خاصة، حيث ينشأ عنه شخص قانوني، يتطلب تنظيما حمكما وفره له التشريع بصفة عامة، بغض النظر عن إرادة أطراف العقد املنشأة هلذا الشخص املعنوي.
* الشركة ليت دائما عقد، مبا أنها ميكن أن تنشأ باإلرادة املنفردة لشخص واحد. و منه من الصعب اجلزم بأن الطبيعة القانونية للشركة هي "عقد".

تأثر املشرع اجلزائري إىل حد كبري بالنظرية التعاقدية، حيث عرفت املادة 416 من القانون املدني اجلزائري الشركة على أنها عقد و منه جيب توافر األركان العامة يف العقد و هي الرضا و احملل و السبب، كما جيب أن يتوافر هذا العقد على أركان خاصة و هي : تعدد الشركاء و تقديم حصة و أن يقتسم الشركاء األرباح و اخلسائر باإلضافة إىل ركن آخر و هو توفر فيه االشرتاك بينهم أي تعاون الشركاء على حتقيق غرض الشركة، و املشرع اجلزائري مل يكتف باألركان املوضوعية )العامة و اخلاصة( بل اشرتط النعقاد عقد الشركة أن يفرغ يف شكل رمسي.

1 . األركان املوضوعية العامة

يشرط النعقاد الشركة أركان العقد املعروفة يف الشريعة العامة من رضا و حمل و سبب .

1**-**1 **.الرضا**

رضا الشركاء ركن أساسي النعقاد الشركة وجيب أن ينصب هذا الرضا على مجيع شروط العقد كرأس مال الشركة و غرضها و كيفية إدارتها ...

و يشرتط أن يكون الرضا سليما خاليا من العيوب كالغلط أو اإلكراه أو التدليس أو االستغالل،و إال كان العقد قابال لإلبطال ملصلحة من كانت إرادته معيبة .

كما جيب أن يكون الرضا صادرا عن كامل األهلية، و األهلية الالزمة إلبرام عقد الشركة هي أهلية التصرف، أي أن يكون بالغ من العمر 19 سنة)10(، متمتع بقواه العقلية و مل جيحر عليه، ألن عقد الشركة من قبيل التصرفات املالية الدائرة بني النفع و الضرر. فال جيوز للقاصر أن يربم عقد الشركة مع آخرين و إال كانت باطلة بطالنا نسبيا.

و جتدر اإلشارة انه جيوز للقاصر املرشد البالغ من العمر 18 سنة و احلاصل على إذن وليه مصادق عليه من طرف احملكمة،أن يربم عقد شركة ، متى مشل إذن الرتشيد ذلك )املادتني 6 و 5 ق ت ج( .

2**-**1**. احملل**

جيب أن يتوفر عقد الشركة على حمل مشروع غري خمالف للنظام العام و اآلداب العامة.

وحمل التزام كل شريك هو تقديم حصة نقدية أو عينية أو عمل. أما حمل الشركة أو غرضها فهو املشروع الذي يسعى الشركاء إىل حتقيقه .

كما جيب أن يكون حمل الشركة ممكنا وجائزا قانونا، فإذا وجد حضر قانوني، كتجارة األسلحة مثال، تعترب الشركة باطلة الستحالة احملل، أما إذا كان حملها أو غرضها غري مشروع، كتجارة املخدرات مثال ، فإنها تكون باطلة بطالنا مطلق لعدم مشروعية احملل .

3**-**1 **.السبب**

خيتلط احملل عادة يف عقد الشركة بالسبب، حيث أن سبب التزام الشركاء هي الرغبة يف حتقيق األرباح و اقتسامها ، من خالل إنشاء مشروع مالي و القيام بنشاط جتاري أو صناعي، و السبب يف عقد الشركة هو الباعث على التعاقد و جيب أن يكون بدوره مشروعا)11(.

2 . األركان املوضوعية اخلاصة لعقد الشركة

إىل جانب األركان املوضوعية العامة، البد من توفر يف عقد الشركة جمموعة من األركان اخلاصة و تتمثل أساسا يف: تعدد الشركاء ، تقديم حصة، اقسام األرباح أو اخلسائر و نية املشاركة .

1**-**2 **.تعدد الشركاء**

يشرتط النعقاد عقد الشركة أن تتكون من شخصان أو أكثر، و خيتلف عدد الشركاء باختالف شكل الشركة، وجتدر اإلشارة أن ركن تعدد الشركاء فقد أهميته حيث أجاز املشرع اجلزائري قيام شركة بشخص واحد، و أصبح ميكن تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة و ذات شريك وحيد)EURL(، و هذا من بني األسباب اليت جعلت الشركة خترج عن الفكرة التعاقدية و تقرتب إىل كونها نظام. كما جتدر االشارة أن املشرع الفرنسي مسح بتكوين هذا النوع من الشركات )ذات الشخص الوحيد( حتى بالنسبة لشركة املساهمة إذ أنشأ ما يعرف بشركة املساهمة املبسطة ذات الشخص الوحيد

( Societe par Actions Simplifiee Unipersonnelle «SASU»(

و ذلك مبوجب تعديل سنة 1999)12(

2**-**2**. تقديم حصة**

طبقا للمادة 416 ق.م.ج يلتزم الشركاء بان يساهموا بتقديم حصص سواء كانت هذه احلصص نقدية، عينية أو عمل، الستغالل نشاط معني و مقابل تلك احلصص توزع على الشركاء حصص أو أسهم متثل قيمة احلصة اليت جاء بها الشريك.

وجمموع احلصص املقدمة من طرف الشركاء متثل رأس مال الشركة عند التأسيس. و تقديم احلصص إلنشاء الشركة، شيء إلزامي فإذا مل يتم ذلك من املستحيل إنشائها. فاحلصص هي جوهر الشركة و بدونها ال تستطيع الشركة أن متارس نشاطها.

وال يكفي أن يشمل عقد الشركة يف مضمونه تقديم احلصص بل جيب على كل شريك أن حيقق تقديم احلصة فعال. و تقديم احلصة هو عنصر يفرق بني الشريك و أشخاص أخرى تساهم يف تسيري الشركة كالعمال مثال ، فال يفرتض أن تكون هلم حصص يف الشركة .

أما عن املساواة اليت تنص عليها م 419 ق م ج و اليت تعترب حصص الشركاء متساوية القيمة، ما هي إال قاعدة تفسريية جيو خمالفتها عرفيا أو باتفاق من طرف الشركاء.

و جيوز أن تكون احلصة املقدمة مبلغا من النقود أو عمال يقوم به الشريك أو ماال ماديا أو معنويا كمنقول أو عقار)13( تنص املادة 416 من القانون املدني اجلزائري على ثالث أنواع من احلصص : احلصص النقدية ، احلصص العينية و حصص العمل .

1**-**2**-**2**. احلصص النقدية**

هو تقديم مبلغ مالي إىل الشركة ، و تستعمل يف اغلب األحيان لتأسيس الشركة و يلتزم الشريك بدفع املبلغ الذي تعهد به إىل الشركة يف امليعاد املتفق عليه، و تطبق على التزام الشريك القواعد العامة املتعلقة بتنفيذ االلتزام، و حلماية الشركة و حتى تتوفر هلا األموال الالزمة ملزاولة نشاطها يسمح املشرع متابعة الشريك بالتعويض، إذا مل يقم بتنفيذ التزامه م 421 ق م ج أو حتى عندما يتأخر التنفيذ الن ذلك قد يؤدي بضرر إىل الشركة و حلماية مصاحل الغري. و قد وضع املشرع نظاما لتسديد احلصص النقدية.

ففي شركة املساهمة مثال جيب أن يكتتب رأس مال الشركة بكامله و تكون األسهم املالية النقدية مدفوعة عند االكتتاب بنسبة الربع )4/1( على األقل من قيمتها االمسية ، و يتم الوفاء مبا تبقى من االكتتاب يف عدة مرات أخرى و هذا يف مدة ال تتجاوز 5 سنوات من تاريخ تسجيل الشركة يف السجل التجاري و هذا طبقا للمادة )722 ق ت ج(. اما فيما يتعلق بدفع رأس املال يف الشركة ذات املسؤولية احملدودة فقد أدخل املشرع اجلزائري عليه تعديال سنة 2015 )14(، حيث أجاز دفع مخس)5/1 ( رأس املال عند االكتتاب و دفع الباقي)5/4( مرة واحدة أو على عدة مرات يف أجل ال يتعدى مخس سنوات طبقا للمادة 567 من القانون التجاري اجلزائري.

2**-**2**-**2**. احلصص العينية**

قد يقدم الشريك حصته يف الشركة يف شكل آخر غري النقود، فقد تكون عقارا أو منقوال، و العقار الذي يقدمه الشريك قد يكون أرضا أو مبنى )مصنع( أو منجم أو خمازن و املنقول قد يكون منقوال ماديا كاآلالت، السيارات، الشاحنات و البضائع أو منقوال معنويا ، كدين قبل الغري أو أوراق جتارية أو براءة اخرتاع أو حمل جتاري .و احلصة العينية تقدم إىل الشركة إما لتملكها أو تنتفع بها، و تقديم حصة عينية للشركة على وجه التمليك، ليس مبثابة بيع متاما، ألن البيع يفرتض نقل امللكية مبقابل مثن نقدي يف حني أن نقل ملكية احلصة العينية للشركة، يقابلها فقط حق احتمالي يف الشركة )الربح أو اخلسارة(.

لكن تقديم احلصة العينية على وجه التمليك خيضع من حيث اإلجراءات الرمسية لنفس االلتزامات و ضمان االستحقاق و العيوب اخلفية فتنتقل ملكية احلصة إىل الشركة بعد استفاء إجراءات الشهر املقررة قانونا، فإذا كانت احلصة عقارا وجب التسجيل و إذا هلكت احلصة بعد انتقال ملكيتها إىل الشركة، فإنها تهلك على الشركة و يبقى حق الشريك قائما.

جتدر اإلشارة أن الشريك الذي يقدم دينا له يف ذمة الغري ال يكون ضامنا لوجود الدين وقت احلوالة فحسب بل يكون ضامنا هلذا الدين يف تاريخ االستحقاق وال ينقضي التزامه بتقديم احلصة اجتاه الشركة إال بعد استفاء الدين، و يكون هذا الشريك مسؤوال عن تعويض الضرر إذا مل يويف املدين بتسديد دينه يف تاريخ االستحقاق هذا ما نصت عليه م 424 ق.م.ج. أما إذا كانت حصة الشريك جمرد االنتفاع مبال معني، مع االحتفاظ مبلكيته ، فإن أحكام اإلجيار هي اليت تسري ، الن تعهد الشريك جيعل الشركة تنتفع باملال ملدة معينة أو من دون حتديد تلك املدة و تظل ملكية احلصة للشريك و ليس للشركة، و لذا ال جيوز للشركة أن تتصرف يف هذه احلصة، و إذا هلكت فإنها تهلك على الشريك و عليه يف هذه احلالة أن يقدم حصة أخرى، و إال يلتزم باخلروج من الشركة، و مقابل تقديم هذه احلصة يتقاضي هذا الشريك أرباح و تلزم الشركة برد احلصة يف نهاية املدة أو عند حل الشركة. و قد أوكل املشرع اجلزائري مهمة تقييم احلصة العينية يف شركة املساهمة مثال إىل شخص خمتص)مندوب احلصص( و هو خبري يقوم بتحديد قيمة احلصص حتت رقابته مسؤوليته و يعد تقريرا يلحقه بالعقد التأسيسي للشركة )568 ق ت ج(.

3**-**2**-**2**. احلصص بالعمل**

جيوز للشريك أن يقدم عمله كحصة يف الشركة و العمل الذي يأخذ كحصة يف الشركة هو العمل الفين الذي يكون صاحبه حمل اعتبار خاص مثل: عمل املهندس أو عمل مدير )خمتص يف التسيري( ، أو خربة فنية .

وإذا تعهد الشريك بتقديم حصته يف الشركة على شكل عمل، وجب عليه أن يقوم باخلدمات اليت تعهد بها وان يكرس للشركة كل نشاطه وال جيوز أن يباشر نفس العمل حلسابه اخلاص أو لشركة منافسة .لكن جيوز للشريك بالعمل أن يزاول عمال مستقال أو أجنبيا عن غرض الشركة و حينئذ حيتفظ لنفسه بأرباح هذا العمل وال يلتزم بتقدميه للشركة، وال يكون أيضا الشريك بالعمل ملزما بان يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اخرتاع إال إذا وجد اتفاق بغري ذلك )423 ق م ج، الفانون املدني اجلزائري(.

كما ال جيوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية طبقا لنص املادة 420 من القانون املدني اجلزائري. ، و العمل ال جيوز أن يكون حصة يف الشركة املساهمة لعدم تعيينه يف املادة 596 ق ت ج، أما فيما يتعلق بالشركة ذات املسؤولية احملدودة فقبل تعديل القانون التجاري سنة 2015 كان ال جيوز أن متثل احلصص بالعمل جزءا من رأس املال الشركة ذات املسؤولية احملدودة، و هذا ألنه من املستحيل متابعة هذه احلصص و التنفيذ عليها من طرف الغري، أما بعد التعديل فقد أجاز املشرع اجلزائري تقديم حصة بعمل يف الشركة ذات املسؤولية احملدودة طبقا للمادة 567 مكرر ق.ت.ج، و جعلها يف هذه النقطة أقرب لشركات األشخاص منه لشركات األموال.

3**-**2**. اقتسام األرباح أو حتقيق اقتصاد لفائدة أعضائها و املشاركة يف اخلسائر**

تنشأ الشركة إلحدى هذه األغراض لكن هذه األهداف ما هي إال احتمالية، أي انه جيوز أن ال حتقق الشركة أي هدف من هذه األهداف وبالتالي يؤدي نشاطها إىل تراكم اخلسائر .

1**-**3**-**2**. اقتسام األرباح أو حتقيق اقتصاد**

إذا كان هدف الشركة هو حتقيق اقتصاد فتحديد حقوق كل شريك ال تطرح أية إشكالية ، حيث يستفيد هذا األخري من ختفيض التكاليف اليت حققتها الشركة. كأن يكوّن جمموعة من الفالحني شركة لتوزيع إنتاجهم، فكل فالح سيستفيد من ضمانات الشركة حيث يكون التوزيع مببلغ اقل من حالة لو قام بالتوزيع بصفة فردية.

أما إذا كان هدف الشركة هو حتقيق أرباح جيب يف آخر كل سنة، حتديد الربح الواجب توزيعه على الشركاء و يتكون الربح القابل للتوزيع من الربح الصايف للسنة املالية ناقص اخلسائر لألعوام السابقة ناقص األرباح اآليلة للعمال و االحتياطات، و جيب زيادة األرباح املنقولة إذا وجدت )722 ق ت ج(.

و جيوز للشركة استعمال هذا الربح كما تشاء و قد وضع املشرع بعض القواعد القانونية اليت جيب احرتامها عند توزيع األرباح، كما منع املشرع من تطبيق شرطني يف توزيع األرباح وهذا حلماية حقوق كل شريك :

1. ال جيوز االتفاق على حرمان شريك من األرباح أو االتفاق على توزيع كل األرباح على شريك واحد )426 ق م ج(أو على حتميل اخلسائر على عائق شريك واحد و تعرف هذه الشروط بشروط األسد و إذا نص عقد الشركة على هذه الشروط يعترب عقد الشركة باطل .
2. مينع القانون اشرتاط فائدة ثابتة أو إضافية لصاحل الشركاء و يعترب كل شرط خمالف هلذه القاعدة باطل، و منع هذا الشرط ناتج عن احرتام مبدأ تباث رأس مال الشركة ألنه يف حالة ما إذا اشرتطت الشركة ذلك يفرض عليها الوفاء حتى ولو مست برأس مال الشركة. لكن استثناءا جيوز للدولة منح ضمان ربح ادني لألسهم حيث تضمن الدولة أن يتقاضى الشريك حد ادني من األرباح، و هذا وفقا للمادة 725 من القانون التجاري اجلزائري، و السبب يف ذلك هو متكني الشركات املسجلة يف األسواق املالية من بيع أسهمها وزيادة رأس ماهلا.

2**-**3**-**2**. املشاركة يف اخلسائر**

يساهم كل شريك يف خسائر الشركة و هذه املشاركة متيز عقد الشركة عن العقود األخرى. فاملشاركة يف اخلسائر شيء طبيعي عندما يكون هدف الشركة، حتقيق اقتصاد، أين يتطلب نشاط الشركة تكاليف جيب متويلها من طرف أعضاء الشركة ، فالشركاء يدفعون أقساط مالية للشركة حتى تتمكن من حتقيق اهلدف الذي أسست ألجله.

أما يف الشركات اليت تهدف إىل حتقيق أرباح لتوزيعها، فاملشاركة يف اخلسائر حالة استثنائية، و الواقع يتحمل الشركاء اخلسائر عندما تفقد الشركة رأس ماهلا متاما و ليس عندما حتقق نتيجة سلبية )خسائر( يف سنة معينة .

و هنا جيب التفرقة بني حتمل اخلسائر اجتاه الغري مسوؤلية للشركاء اجتاه دائين الشركة ، و العالقة يف هذه املسؤولية بني الشركاء. فتحمل اخلسائر اجتاه الغري )دائين الشركة( يتفرق مع هيكلة الشركة ، ففي شركة التضامن التزام الشركاء غري حمدود يف احلصة اليت قدمها الشريك ، و تكون هذه املسؤولية بالتضامن عن ديون الشركة وفقا للمادة 551 من القانون التجاري اجلزائري.

أما يف الشركة املدنية ، فالشركاء مسؤولني عن ديون الشركة يف أمواهلم اخلاصة و كل منهم بنسبة نصيبه يف الشركة و هذا إن مل يوجد ما ينص على خالف ذلك يف القانون األساسي للشركة )425 ق م ج( ،يف حنييف الشركات ذات املسؤولية احملدودة، فالشركاء ال يتحملون اخلسائر إال يف حدود ما قدموا من احلصص، فمسؤولية الشركاء حمددة يف حدود مبلغ حصتهم و هذا طبقا للنص املادتني 564 و 592 قانون جتاري جزائري.

4**-**2**. نية االشرتاك**

نية االشرتاك من األركان اخلاصة الالزمة لتكوين عقد الشركة و يقتضي هذا العنصر التعاون من أجل استغالل مشروع الشركة و حتقيق أهدافها و أول مظاهر هذا التعاون، التزام كل شريك بتقديم حصة للشركة، و ال توجد نية االشرتاك بدرجة واحدة يف كل الشركات فتكون أكثر ظهورا يف شركات األشخاص حيث يوجد االعتبار الشخصي، يف حني تكون نية االشرتاك أقل ظهورا يف شركات األموال حيث ال يعلق الشريك أهمية على أشخاص شركائه و يقتصر دوره يف توظيف أمواله يف مشروع الشركة دون أن يكون للتعاون بني الشركاء أثرا كبريا يف ازدهار الشركة . و مع ذلك يتوفر للشركاء يف هذه الشركات حد أدنى من نية االشرتاك نلمسها يف ما يلزم من تعاون بينهم لتسيري أمور الشركة ، و أهم مظاهر ذلك اجتماع املساهمني يف اجلمعيات العامة ملراقبة أحوال الشركة و تعيني اهليئات اإلدارية الالزمة هلا و التصديق على أعمال املديرين و حسابات الشركة، و يقتضي وجود نية االشرتاك أن يكون املقصود منه جلب املنافع املادية و أن تتحقق املساواة بني الشركاء يف القيام بذلك.

3. الشروط الشكلية لعقد الشركة

باإلضافة إىل الشروط املوضوعية: العامة منها و اخلاصة، أحاط املشرع اجلزائري عقد الشركة مبجموعة من الشروط الشكلية تتمثل أساسا يف الكتابة و الشهر و القيد.

1**-**3**. وجوب الكتابة**

عقد الشركة عقد رمسي طبقا لنص املادة 418 ق م ج و املادة 545 ق ت ج)16(، حيث أكد هذان النصان على وجوب الكتابة النعقاد عقد الشركة، فهي ركن من أركان العقد، كما يشرتط املشرع التجاري الكتابة الرمسية فيما يتعلق بإنشاء الشركات التجارية .

2**-**3**. القيد يف السجل التجاري و اإلشهار**

اشرتط املشرع على الشركات التجارية ضرورة القيد يف السجل التجاري )549 ق ت ج(، حيث تكتسب الشخصية املعنوية منذ قيدها يف السجل التجاري، خالفا للشركات املدنية اليت تكتسب هذه الشخصية مبجرد تكوينها .إال أنها ال تكون حجة على الغري إال بعد استفاءها إجراءات الشهر )417 ق م ج(

حيث جيب نشرها يف النشرة الرمسية لإلعالنات القانونية على مستوى املركز الوطين للجل التجاري، و يف جريدة وطنية أو اية وسيلة مالئمة طبقا لنص املادة 14 من القانون رقم 04-08 املؤرخ يف 14 أوت 2008، املتعلق بشروط ممارسة األنشطة التجارية، املعدل و املتمم بالقانون رقم 08-18 مؤرخ يف 10 جوان 2018، )جريدة رمسية رقم 35 مؤرخة يف 13 جوان 2018(.

إن عالقة الشركة مع الغري يف مرحلة التأسيس،- قبل القيد يف السجل التجاري- تستدعي تطبيق األسس التعاقدية)17(، فطاملا مل تكتسب الشركة للشخصية املعنوية ، و محاية للغري، اعترب املشرع طبقا للمادة 549 ق ت ج، مؤسسي الشركة مسؤولني مسؤولية تضامنية من غري حتديد أمواهلم عن كل التعهدات اليت ابرمت باسم الشركة و حلسابها، إال اذا قبلت الشركة أن تأخذها على عاتقها بعد قيدها يف السجل التجاري.

فإذا ما استوفى عقد الشركة مجيع هذه الشروط، املوضوعية منها و الشكلية ، انعقدت الشركة الصحيحة منشأة آلثارها . باإلضافة إىل ركن الكتابة ، اشرتط املشرع اجلزائري ضرورة الشهر بالنسبة للشركات، حيث أوجبت املادة 548 ق.ت.ج ، إيداع العقود التأسيسية و العقود املعدلة للشركات التجارية لدي املركز الوطين للسجل التجاري و تنشر حسب األوضاع اخلاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإال كانت باطلة .

**ثانيا: الشركة نظام وضع املشرع هيكليته**

ظهرت نظرية "الشركة نظام" ، كردة فعل للمفهوم التعاقدي لشركة، وقد جاء بالنظرية النظامية La thrie institutionnelle الفقهاء األملان، و تبناها بعض الفقهاء الغرنسيني و على رأسهم ''طالي"عسلآ )18(،

حيث حاولوا من خالل هذه النظرية إجياد تفسريا لبعض الظواهر اليت خترج من طائلة النظرية التعاقدية للشركة.

إن فكرة الشركة "نظام" ليست مبوضوع جديد ، ألن اعتبار الشركة عقد فقط ، لن جند فيه تغسريا، لبعض الشركات التجارية و االثار القانونية املرتتبة عنها. فالواقع أن ابرام عقد إلنشاء شركة و بالتالي شخص معنوي جديد ليس أمر ضروري دائما، ألن هناك بعض الشركات املكونة من شريك واحد. يف هذه احلالة فان الشركة تنشأ باإلرادة املنغرة ال بعقد )19(.

فالشركة عقد يتولد عنه ميالد شخص قانوني جديد " الشخصية املعنوية لشركات" و هذه االخرية هي اليت ستحل حمل الشركاء حبيث تسيطر و تهيمن على االرادات الغردية اليت شاركت يف تكوين العقد. كما أن هذه الشخصية املعنوية ال متنح بناء على إرادة الشركاء، بل بناء على إجراءات القيد يف السجل التجاري طبقا للمادة 549 ق ت ج)20(.

إن تدخل املشرع بوضعه قواعد امرة احيانا يف كيغية انشاء و ادارة الشركات جيعلها اقرب اىل النظام، حيث ال يبقى إلرادة االفراد سوى اختيار قالب معني حدده املشرع مسبقا .

مل تسلم نظرية الشركة نظام هي األخرى من االنتقادات، فغكرة اهليكلة و النظام ليست مطلقة، فاختيار نوع الشركة اليت يراد تأسيسها، يبقى خاضع إلرادة األطراف. كما أن استمرارية و دميومة الشركة ليست من القواعد اإللزامية بل يرجع األمر إىل قرار الشركاء حيث ميكنهم تقرير حل الشركة باألغلبية . فالطابع النظامي للشركة ال مينع الشركاء من اختاذ بعض القرارات أو تضمني العقد التأسيسي شروطا معينة، و هو ما جيسد مبدأ احلرية التعاقدية، شريطة أن ال تتعارض مع القانون و يعتربها باطلة أو كأن مل تكن)22(.

لكن تبقى من أهم االنتقادات اليت ميكن توجيهها لغكرة الشركة عقد ، هو إنشاء شركة من رجل واحد أي ال حاجة إىل التعاقد هذا من جهة، من جهة أخرى فإن نظام شركة املساهمة خري دليل و مثال على الطابع النظامي لشركات

1. نظام الشركة ذات املسؤولية احملدودة ذات الشخص الوحيد

شركة املسؤولية احملدودة ذات الشخص الواحد، أساسها السماح لشخص واحد بأن يكوّن شركة مبفرده، عن طريق ختصيص جزء من ذمته املالية الستثماره يف مشروع معني و تأسيس شركة جتارية تكتسب الشخصية املعنوية.

و قد ظهر هذا النوع اجلديد من الشركات ألول مرة يف أوروبا حيث مسح املشرع الدمناركي بتأسيس شركة الشخص الواحد سنة 1974، و سبقه يف ذلك تشريع إمارة لشينشتاين سنة 1926 ، أما املشرع االملاني فقد قنن أحكام هذه الشركة سنة 1980 و تبعه يف ذلك املشرع الفرنسي سنة 1985 حيث

)EURL(Entreprise unipersonnelle a أطلق عليها تسمية

responsabilt limit، و هي نفس التسمية اليت استعملها املشرع اجلزائري عند تبنيه شركة الشخص الواحد سنة 1996)23(، و قد حذى حذوه املشرع االردني الذي نص على امكانية تأسيس شركة ذات مسؤولية حمدودة تتألف من شخص واحد، يف املادة 53 الفقرة 2 املعدلة مبوجب القانون رقم 40 لسنة 2002. )24(.

تعترب الشركة ذات الشخص الوحيد و ذات املسؤولية احملدودة استثناء من قاعد الشركة عقد، هذا من جهة. و من جهة أخرى تعترب هذه الشركة خروج عن مبدأ وحدة الذمة املالية.

1**-**1**. شركة الشخص الواحد خروج عن قاعدة الشركة "عقد"**

جاء املشرع اجلزائري عند تعديليه للقانون التجاري سنة 1996 عرب االمر 96-27 املؤرخيف 9 ديسمرب 1996 بنوع جديد من الشركات التجارية و ذلك عرب نص املادة 564 ق.ت.ج و اليت جاء فيها :" تؤسس الشركة ذات املسؤولية احملدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص ال يتحملون اخلسائر إال يف حدود ما قدموا من حصص .

إذا كانت الشركة ذات املسؤولية احملدودة طبقا للفقرة السابقة ال تضم إال شخصا واحد " كشريك وحيد" تسمى هذه الشركة " مؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات املسؤولية احملدودة" )EURL(

إذا نستخلص من هذا النص انه ميكن تكوين شركة بشخص واحد وهذا خروج عن القاعدة اليت تقول بأن الشركة عقد، ففي العقد كما نعلم البد من تطابق إرادتني على األقل، يف حني يف هذا النوع من الشركات ال حاجة للتعاقد مع شخص اخر من أجل تأسيسها.

و يتم تأسيس شركة الشخص الواحد بطريقتني: إما عن طريق التكوين املباشر حيث يقوم شخص بإرادته املنفردة بتأسيس شركة ذات مسؤولية حمدودة يكون فيها هو الشريك الوحيد. أو عن طريق التكوين غري املباشر حيث تنشأ شركة ذات مسؤولية حمدودة نتيجة اجتماع كل احلصص يف يد شريك واحد) (، و قد اعترب املشرع اجلزائري هذه احلالة استثناء ال تنقضي فيه الشركة حيث تنص املادة 590 مكرر 1 قانون جتاري جزائري: "ال تطبق أحكام املادة 441 من القانون املدني و املتعلقة باحلل القضائي يف حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية حمدودة يف يد واحدة".

2**-**1**. شركة الشخص الواحد استثناء على مبدأ وحدة الذمة املالية**

تنص املادة 188 من القانون املدني اجلزائري:" أموال املدين مجيعها ضامنة لوفاء ديونه..." ، لكن مساح املشرع اجلزائري عند تعديله للقانون التجاري سنة 1996، بتأسيس شركة الرجل الواحد، يعترب خروج عن هذا املبدأ، حيث أجاز املشرع بهذه الطريقة على غرار املشرعني اإلجنليزي و األملاني جتزئة الذمة املالية)26(، حيث يستطيع الشخص ختصيص جزء من أمواله الستغالله يف مشروع معني، بتأسيس شركة يكون فيها هو الشريك الوحيد، و تكون مسؤوليته حمدودة يف اطار املؤسسة اليت انشأها.

كما ذكرنا سابقا فإن املشرع الفرنسي مسح بتكوين هذا النوع من الشركات )ذات الشخص الوحيد( حتى بالنسبة لشركة املساهمة إذ انشأ ما يعرف بشركة املساهمة املبسطة

Soci t par Actions Simplifi^e( ذات الشخص الوحيد ) Unipersonnelle «SASU»

1. الطابع النظامي لشركة املساهمة

تعترب شركة املساهمة أهم منوذج لشركات األموال، و خري مثال على الطابع النظامي للشركات التجارية إذ يغلب فيها هذا األخري على الطابع التعاقدي، فقد نظم املشرع اجلزائري أحكامها عرب املواد من 592 إىل 795و كذا ضمن املرسوم التنفيذي 95- 438 املؤرخ يف 23 ديسمرب 1995 و املتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري املتعلقة بشركات املساهمة و التجمعات، تاركا بهذا الشكل اجملال ضيقا إلرادة الشركاء و بالتالي للطابع التعاقدي يف تأسيس هذا النوع من الشركات.

تقوم شركة املساهمة أساسا على االعتبار املالي، فال أهمية لشخص الشريك كما هو احلال بالنسبة لشركات األشخاص، و قد تدخل املشرع بشكل كبري يف تنظيم أحكام شركة املساهمة و ذلك بنصوص آمرة يف اغلب األحيان سيما فيما يتعلق بتأسيسها و تسيريها و مراقبتها، و قد ترتب على تدخل املشرع بهذا الشكل ضعف الفكرة التعاقدية)27(و تراجعها يف شركة املساهمة، حتى أصبحت هذه الشركة أقرب إىل النظام القانوني الذي يضعه املشرع منها إىل فكرة العقد.

لقد الحظ املشرعون يف كثري من الدول ضخامة املشروعات اليت تقوم بها هذه الشركات )العامة و اخلاصة( و شدة اتصاهلا باالقتصاد الوطين و كثرة املصاحل اليت تتضمنها، فاجتهوا إىل وضع جمموعة من النصوص اآلمرة اليت ال جيوز خمالفتها، تكفل محاية مصاحل املساهمني خاصة األقلية)28( و الغري املتعاملني مع الشركة و كذلك املصاحل الوطنية، حتى أصبحت شركة املساهمة كما ذكرنا نظام قانوني خيضع إلرادة املشرع أكثر من خضوعها إلرادة املتعاقدين

إن التنظيم احملكم الذي خص به املشرع شركة املساهمة دليل يوحي بتقليص مبدأ سلطان اإلرادة يف هذه الشركة، فتعديل العقد التأسيسي لشركة املساهمة مثال ميكن أن يتم بأغلبية الشركاء حتى و لو كان هؤالء االخرين مل يشاركوا يف حتريره و وضع بنوده، خالفا لشركات األشخاص أين يشرتط إمجاع كافة الشركاء يف اختاذ القرارات اهلامة سيما تعديل القانون األساسي للشركة، كما هو احلال يف شركة التضامن مثال حيث تنص املادة 560 ق ت ج:" ال جيوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة يف سندات قابلة للتداول و ال ميكن إحالتها إال برضاء مجيع الشركاء."

1-2. ضعف نية املشاركة

إن انشاء شركة جتارية بشريك واحد جيعل ظهور نية املشاركة )L’affectio societatis( حمصورة يف فعل إرادي)30( و بالتالي ميكن القول أن عنصر نية املشاركة يغيب يف هذا النوع من الشركات و يتالشى يف أنواع أخرى من الشركات كشركة املساهمة.

الشركاء عادة ال يعرفون بعضهم البعض يف شركات املساهمة، كما قد يتغري الشريك عدة مرات )خاصة بالنسبة للشركات اليت تتداول أسهمها يف بورصة القيم املنقولة(، دون أن يؤثر ذلك على سري نشاط الشركة.

فنية املشاركة يف شركة املساهمة ضعيفة مقارنة مبا هي عليه يف شركة التضامن مثال، ففي هذه االخرية يغلب الطابع التعاقدي بني الشركاء، حيث تنشأ الشركة من إرادة األشخاص للتعاقد، يف حني يف شركة املساهمة نية االشرتاك تقتصر على جمرد نية لتوظيف املال يف مشروع معني بغض النظر عن األشخاص املشاركني يف هذا مشروع الشركة.

كما أن خاصية قابلية األسهم للتداول اليت متتاز بها شركة املساهمة، حيث ميكن أن يشرتى شخص سهما يف البورصة لبيعه بعد وقت قصري، فمن الصعب اعتبار هذا الشخص شريكا متعاقدا مع غريه من الشركاء) ( و له نية املشاركة،هذا من جهة .

من جهة أخرى ، صحيح إرادة الشركاء هي الشرط األساسي إلنشاء الشركة ، لكن جند هذه اإلرادة تظهر عند اإلنشاء فقط أي يف املرحل األوىل من تأسيس الشركة لكن بعد ذلك تغيب هذه اإلرادة و تتالشى، حيث يبقى للشركاء أن خيتاروا فقط نوع من أنواع الشركات املعروضة عليهم من طرف القانون و االمتثال للقالب القانوني. كما ال جيوز للشركاء تغيري اهليكلة اليت اختاروها إاليف نقاط جزئية، لذلك كان رمبا من األفضل بدل من تعريف الشركة بأنها عقد، كان من األجدر تعريفها بأنها " نظام".

2-2. مسؤولية املساهم احملدودة

تظهر إرادة الشركاء على التعاقد يف املراحل األوىل من إنشاء الشركة، لتغيب بعد ذلك ، خاصة بعد اكتساب الشركة للشخصية املعنوية فيجوز مثال ألغلبية الشركات أن تفرض إرادتها على األقلية و أن تعدل القانون األساسي للشركة، يف حني نعلم أن تعديل العقد كقاعدة عامة يفرتض اتفاق و امجاع املتعاقدين أحيانا كما هو احلال يف نص املادة 560 من القانون التجاري و اليت تشرتط رضا و امجاع كل الشركاء، المكانية تداول احلصص يف شركة التضامن. و تتغيب هذه اإلرادة خاصة عندما يتعلق االمر بتحمل املسؤولية، ففي شركة املساهمة ال يسأل الشريك إال يف حدود حصته )املادة 592 ق ت ج(، كما أنه ال يكتسب صفة التاجر، و مسؤولية املساهم احملدودة يف شركة املساهمة من األمور اليت نظمها املشرع و اليتال جيوز النص على خمالفتها يف القانون األساسي للشركة)املادة 674 ق ت ج(، فقد تدخل املشرع بطريقة آمرة يف تنظيم الشركات حتقيقا ألهداف معنية، وتتجلى مظاهر هذا التدخل خاصة يف شركة املساهمة .

و نتيجة لذلك تقيدت احلرية التعاقدية و ازدادت القواعد املتعلقة بالنظام العام، و أصبحت الشركة تتم وفقا لنظام وضعه املشرع، ال وفقا إلرادة املتعاقدين.

كما جتدر اإلشارة أن مصاحل الشركاء يف عقد الشركة، ال تتعارض عادة فهم يهدفون إىل غاية واحدة و غرض مشرتك يتمثل أساس يف حتقيق الربح و اقتسامه، عكس ما هو األمر يف معظم العقود كالبيع و اإلجيار حيث تتعارض مصاحل املتعاقدين. و لذلك فإن بعض الفقهاء ينكر على الشركة صبغتها التعاقدية و يرى أنها نظام قانوني )institution( اقرب إىل القانون منه إىل العقد)32(

فالنظام القانوني يتضمن جمموعة قواعد قانونية تهدف إىل غرض مشرتك و تقتصر دور األطراف على اإلفصاح عن الرغبة يف االنضمام إليه.

خامتة

بعد التعرض إىل الطابع التعاقدي للشركة من جهة و الطابع النظامي هلا من جهة أخرى، ميكن القول أن الفكرة النظامية للشركة رغم وجاهتها، ال تستبعد متاما الفكرة التقليدية لعقد الشركة.

فمن الثابت أن الشركة تنشأ مبقتضى عقد )على األقل يف معظم الشركات( يتم بتوافق إرادتني أو أكثر و خيضع للقواعد العامة يف العقود.

كما أن هناك نوع من الشركات ال تتمتع بالشخصية املعنوية كشركة احملاصة، إذا فهذا العقد )عقد الشركة( ال يرتتب عليه دائما نشوء شخص معنوي، فشركة احملاصة مثال حتكمها أكثر إرادة األطراف احلرة، ال جمموعة من القواعد

اليت فرضها القانون.

كما ميكن أن نستخلص أن تأثري كل من عاملي العقد و النظام خيتلف حبسب نوع الشركة، ففي شركات األشخاص)كشركة التضامن( حتتفظ فكرة العقد بأهميتها البالغة، حيث ال ميكن مثال تعديل شروط العقد إال بإمجاع الشركاء.

أما يف شركات األموال و خاصة يف شركة املساهمة، ميكن لألغلبية أن تفرض إرادتها على األقلية، كما أن جمموع القواعد القانونية امللزمة، تنتقص من احلرية التعاقدية.

كما أن شراء شخص لسهم يف البورصة ليبيعه يف نفس اليوم أحيانا من الصعب اعتباره شريكا متعاقدا، و منه جند لفكرة النظام يف هذه الشركات الغلبة و السيادة على فكرة العقد.

أما بالنسبة ملوقف املشرع اجلزائري فقد يظهر للوهلة األوىل أنه تبنى النظرية التعاقدية بنصحه صراحة يف املادة 416 من القانون املدني "الشركة عقد..."، لكنه يف الواقع ال يستبعد الطابع النظامي للشركة، حيث جلأ إىل تنظيم بعض أحكام الشركات بنصوص آمرة، كشركة املساهمة و الشركة ذات املسؤولية احملدودة. يف حني يبقى الطابع التعاقدي يغلب على الشركات املدنية و شركات األشخاص. كما عزز املشرع اجلزائري الطابع النظامي للشركة سنة 1996 بإنشاء الشركة ذات املسؤولية احملدودة ذات الشخص الوحيد.

أخريا ميكن القول أن الشركة تنشأ عقدا، لتنتهي نظاما فتحكمها عند اكتسابها الشخصية املعنوية، جمموعة من القواعد القانونية احملددة من طرف املشرع. ففكرتي العقد و النظام متالزمتان ومتكاملتان و كالهما تساهم يف حتديد الطبيعة القانونية للشركة.