المفهوم الحديث للشركة وفقا للأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 المعدل والمتمّم للأمر رقم 75-59 المتضمن التقنين التجاري الجزائري

كسال سامية

أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس

بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمـــــة:

كثيرا ما يرغب صاحب مشروع، تجاري أو حرفي أو صناعي، إنشاء مؤسسة فردية يسيّرها بمفرده، ويكون مسؤولا عن جميع التصرفات الناتجة عن استغلالها، دون أن يشاركه في ذلك أحد، فيخصص لهذه المؤسسة الفردية مجموعة من الأموال اللازمة لتسييرها واستغلالها، وينتج عن ذلك أن يكون لهذا التاجر أو الحرفي أو الصناعي أموال مخصصة لممارسة مهنته، وأموال أخرى خاصة به وبعائلته يستعملها لأغراضه الخاصة دون أن تختلط بأموال المؤسسة.

لكن قد يخفق هذا المستثمر في تسييره لمؤسسته هذه، وقد يؤدي به الأمر إلى حدّ التوقف عن الدفع أو الإفلاس. فهل يحق للدائنين العاديين وغير العاديين تتبع أمواله الخاصة؟ [1]

قبل اعتراف التشريعات الحديثة بنظام شركة الشخص الواحد، كانت مسؤولية التاجر الفردي غير محدودة عن ديونه الناتجة عن استغلاله المؤسسة التجارية الفردية، لذلك كان يبحث عن وسيلة قانونية تسمح له بتحديد مسؤوليته، بمعنى أنه كان يبحث عن الإطار القانوني المناسب الذي يحميه من مخاطر المسؤولية الشخصية. فنظام المؤسسة الفردية لا يسمح له بذلك، لذا كان السبيل الوحيد لحماية أموال المدين الشخصية من خطر تتبع الدائنين، هو إشراك شركاء آخرين من أجل تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة أو شركة توصية. فيلجأ التاجر إلى إنشاء شركات صورية، وهمية، بإشراك شركاء اسميين كالأقارب أو الأصدقاء، من أجل توفير ركن تعدد الشركاء الذي تشترطه غالبية التشريعات، كركن أساسي لتأسيس شركة تتمتع بالشخصية المعنوية وبذمة مالية مستقلة[2].

---

(1) : GUERY Gabriel, Droit des affaires, 5 ème éd, Dunod, Paris, 1991, p. 735 ; COZIAN Maurice et VIANDIER Alain, Droit des sociétés, 9 ème éd, Litec, Paris, 1996, p. 467.

(2) : ROTONDI. (M), « La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle », Revue trimestrielle de droit commercial, n° 01, 21 ème année, Janvier - mars, 1968, p. 02.

إن اللجوء إلى الشركة، إذن، هو المخرج الوحيد للمستثمر الفردي للاستفادة من تحديد المسؤولية. وبالرغم من هذه الوسيلة، التي سهلت تحديد مسؤولية الشريك، حاول كثير من الأفراد إساءة استعمال الشركة، واتخاذها مجرد ستار للاستفادة من تحديد المسؤولية، فأقدموا على ابتداع الشركات الوهمية أو الصورية sociétés fictives أو شركات الواجهة sociétés de façadesالتي تغطي في الحقيقة شخصا واحدا، في حين أنها، من حيث الظاهر، تضم العدد المفروض قانونا من الشركاء، كما هو الأمر فيما لو امتلك الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية أو المساهم في شركة المساهمة معظم الحصص أو الأسهم، ولم يترك للشركاء الآخرين سوى عدد محدود جدا من الأسهم أو الحصص، ليس من باب الاشتراك الفعلي، بل من باب المحافظة على الشكل والأحكام التي يفرضها القانون. وكما هو الأمر أيضا فيما لو تم تأسيس شركة صورية منذ بداية التأسيس، فكانت جميع حصصها أو أسهمها مملوكة فعلا من أحد الشركاء فقط، أما الشركاء الآخرون فهم مسخرون hommes de pailles لا يملكون شيئا من هذه الحصص أو الأسهم، مما يعني أنهم ليسوا سوى مجرد أسماء تذكر في أنظمة الشركة فقط من أجل ظهورها في مظهر الشكل القانوني، من دون أن يكونوا شركاء بمعنى الكلمة[3].

---

[3]: الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية (شركة الشخص الواحد)، الجزء الخامس، (د.د.ن)، بيروت، 1996، ص 17؛ محمد بهجت عبد الله قايد، شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 02.

من هذا المنطلق بدأ الفقهاء يفكرون جديا في تحديد مسؤولية التاجر، ويتساءلون لماذا يُفسح المجال للتحايل على القانون، وابتداع شركات صورية ؟

إن الواقع يثبت أن هذه الشركات الوهمية، التي تخفي تأسيس شركة شخص واحد، منتشرة في غالبية الدول الأوروبية والأمريكية. والحقيقة أن تحديد مسؤولية التاجر موجود في الواقع، وهو ظاهرة عامة تفشت في غالبية الدول. ويعتبر هذا الوجود الواقعي سبب نداء الفقه إلى تأسيس المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة[4].

ولم يعترف المشرع الجزائري بنظام "المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة" إلا بعد صدور الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 المعدل والمتمّم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين التجاري الجزائري[5] . أما قبل ذلك فكان

---

(4) : CANIZARES Sola, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », Revue trimestrielle de droit commercial, n°03, 1948, p. 381 ; SPETH Frédéric, « La limitation de la responsabilité commerciale individuelle », Revue internationale de droit comparé, 1957, p. 36 ; PAILLUSSEAU Jean, « La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise », thèse de doctorat , Université de Rennes, Paris, 1967, p. 102 et s ;
CHAMPAUD Claude, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », Revue trimestrielle de droit commercial, 1979, p. 379 et s. ; ROTONDI. (M), op.cit., p. 20 ; ALIBERT Daniel, « Recherche d'une technique juridique d'organisation de l'entreprise », thèse de doctorat , Université de Montpellier, Paris, 1978, p. 72 ; ILGEN Hans-Michel, « La société unipersonnelle en droit Français », thèse de doctorat, Université de Paris, 1969, p. 21.

(5): الجريدة الرسمية عدد 77 ، الصادرة بتاريخ 1996/12/11.

يكرس المفهوم التعاقدي للشركة بموجب المادة 416 من التقنين المدني، التي لا تجيز تأسيس شركة بأقل من شريكين[6].

ونظرا لضرورة مواكبة القانون للواقع والحقيقة الاقتصادية والاجتماعية، كان لا بد من تطوير المفاهيم والبحث عن أسس جديدة تتلاءم مع هذا الواقع. ويلاحظ أنه يؤخذ على المشرع الجزائري، تقليده المشرع الفرنسي بتبنيه "المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة" بموجب الأمر رقم 96-27 السالف الذكر، من حيث تسميتها وأحكامها[7]، دون أن يعدّل مفهوم الشركة الوارد في نص المادة 416 من التقنين المدني، مع العلم أن المشرع الجزائري عدّل الكثير من الأحكام في هذا التقنين بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005[8]

---

[6]: تنص المادة 416 من التقنين المدني على أن: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

[7]: نظم المشرع الفرنسي "المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة" بموجب تشريع:

Loi n° 85-697 du 11/07/1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée , J.O du 12/07/1985, p. 7862.

[8]: المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

وكذلك القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007[9] دون أن يشمل هذا التعديل المادة 416 السالفة الذكر.

وهذا على خلاف المشرع الفرنسي، الذي عدّل مفهوم الشركة في نص المادة 1832 من التقنين المدني[10] لسنة 1985 حتى تتمشى مع التعديل الجديد واعترافه بشركة الشخص الواحد.

لذلك نتساءل ألا يعدّ هذا تناقضا في أحكام التقنين المدني؟ هل حقيقة للشركة تعريفا حديثا ؟ هل أصاب المشرع الفرنسي عندما عدّل تعريف الشركة؟

هذا ما نوضحه من خلال دراستنا للمفهوم التقليدي للشركة (المبحث الأول)، والمفهوم الحديث لها (المبحث الثاني) الذي تقوم عليه "المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة".

المبحث الأول : المفهوم التقليدي للشركة.

لقد هيمنت الفكرة التعاقدية للشركة ودافع عليها الفقه التقليدي خلال القرن التاسع عشر، حيث ازدهرت إبانه الفلسفة الفردية بشقيها، القانوني

---

(9): الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

(10) : تعرف المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي الشركة، بعد تعديلها سنة 1985 بما يأتي:

« 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 vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.
Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seul personne.
Les associés s'engagent à contribuer aux pertes »

المتمثل في "مبدأ سلطان الإرادة"، والاقتصادي الذي نجد ترجمته في "مبدأ الحرية الاقتصادية". وساهمت هذه الفكرة في تأسيس شركات مغفلة Sociétés anonymes في فرنسا عام 1867 بعد أن كان التقنين التجاري الفرنسي يعلّق مثل هذا التأسيس على الحصول على ترخيص حكومي[11].

فقد ذهب الفقه التقليدي إلى أن الشركة عقد، وأن تعدد الشركاء شرط أساسي لتأسيسها، وبالتالي فإن تأسيس الشركة بشريك واحد لا يتمشى مع المنطق القانوني، ويعد مخالفة للمبادئ القانونية القديمة المستقرة عليها، لاسيما مبدأ تعدد الشركاء، الذي يعتبر ليس شرط تأسيس فحسب، بل يعتبر شرطا لاستمرار الشركة ولاكتسابها الشخصية المعنوية كذلك، بحيث يترتب على تخلفه بعد تأسيس الشركة لأي سبب كان حلها تلقائيا وبقوة القانون (المطلب الأول). غير أن هذا المفهوم التعاقدي للشركة ترد عليه استثناءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشركة عقد

استقر الفقه التقليدي على أن الشركة عقد، وأن طبيعة الشركة يحددها العمل الإرادي المنشئ لها وهو العقد الذي يعتبر أول عمل يبعث بالشركة إلى الوجود ويحدد العلاقة بين الشركاء فيها(الفرع الأول). لكن نظرا

---

[11]: أكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبد الله وهيب، القاهرة، 1970، فقرة 362، ص 392، محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص03.

RIPERT Georges et ROBLOT René, Traité de droit commercial, Tome I, 16ème éd, L.G.D.J, Paris, 1996, n° 670, p.517.

لكون هذا المفهوم التعاقدي لا يتمشى مع التطور الحديث لقانون الشركات، فإنه قد تراجع ليحل محله مفهوم جديد يكون أكثر اتساقا مع ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المفهوم التعاقدي للشركة .

ارتبطت الشركة لوقت طويل بفكرة العقد ونظرية الالتزامات بوجه عام في القانون المدني[12] ومن

ثم تركت الشركة محكومة بمبدأ سلطان الإرادة كسائر العقود في هذا القانون، واعتبرت تنظيما إراديا مرجعه عقد الشركة لا يتدخل فيه القانون إلا بنصوص مكملة ومفسرة، لا تُطبق إلا في حالة السكوت أو عدم الاتفاق في عقد الشركة على ما يخالفها[13].

---

[12]: راجع في تعريف العقد وشروط انعقاده وشروط صحته مرجع الدكتور: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص 149 وما يليها – على على سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1993، ص 27 إلى ص 110 ــ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 49 إلى ص 223.
وراجع خاصة المواد من 54 إلى 123 من التقنين المدني الجزائري.

[13]: مراد منير فهيم، نحو قانون واحد للشركات" تقنين الشركات" (دراسة في التشريع الراهن للشركات في القانونين المصري والفرنسي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 127.

أولا ــ شرط تعدد الشركاء:

إن الفكرة التعاقدية للشركة الموروثة عن القانون الروماني[14] تقتضي تكوين الشركة بين شريكين على الأقل عن طريق التعاقد، وينبغي أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة للعقد، من رضا، محل وسبب، إضافة إلى الشروط الموضوعية الخاصة بتمييز الشركة عن العقود الأخرى التي قد تشابهها. وحسب هذا المفهوم للشركة فإنه يجب أن تشتمل على أكثر من شخص واحد سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا، لأنه من غير المتصور أن يكون هناك عقد ملزم لجانبين دون أن يفترض لتكوينه تعدد في الأشخاص[15].

ويعتبر عقد الشركة من العقود المستمرة contrat successif، ذلك أن الشركة تؤسس لمباشرة نشاط اقتصادي والاستمرار فيه بهدف تحقيق الربح، ولهذه الغاية، فإنه يفترض لتكوينها أن تكون الأموال المقدمة أو العمل الذي يقدمه الأطراف المتعاقدة مملوكا على الشيوع، وهذا يستلزم تعددية الشركاء والمساهمين، من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ الطابع الاستمراري للعقد يجعل من الضروري المحافظة على هذه التعددية واستمرارها، لأن عقد الشركة أبرم للمصلحة العامة للأفراد ولتوزيع الأرباح التي تنجم عنه. وعلاوة على ذلك، فإنّ عقد الشركة يفترض نية المشاركةaffectio-societatis، بمعنى وجود الإرادة الواعية، والمستمرة

---

(14) : RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit. , n° 670, p.516 .

(15): أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، فقرة 30، ص 55.

للأطراف على التعاون فيما بينهم من أجل بلوغ الهدف المتوخى من إنشاء الشركة. ومن البديهي أنّ التعبير عن الإرادة يكون باطلا إن لم توجد تعددية الشركاء منذ نشوء الشركة وطوال مدة بقائها[16].

ثانيا ــ النتائج المترتبة على اعتبار الشركة عقدا:

نذكر من النتائج المترتبة على اعتبار الشركة عقدا ما يأتي:

- **النتيجة الأولى:** رفض شركة الشخص الواحد واعتبارها شركة باطلة ومنعدمة في مرحلة التأسيس، لانتفاء ركن تعدد الشركاء الذي تمليه الفكرة العقدية للشركة، ومنحلة بحكم القانون في حالة اجتماع حصصها أو أسهمها بيد شريك واحد لضرورة ملازمة هذا الشرط للشركة طيلة حياتها.

وعلى هذا الأساس، لو كانت الشركة قائمة ثم لأي سبب من الأسباب أصبحت الحصص أو الأسهم في يد شريك واحد أو مساهم واحد، كان هذا الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية ومطلقة عن ديون الشركة، إلا إذا صحح هذا الوضع وفقا لما يتطلبه قانون الشركات[17].

- **النتيجة الثانية:** عدم إنشاء أو استمرار الشخص المعنوي الذي يبرز إلى حيز الوجود بعد إنشاء الشركة، والذي يمثلها أمام الغير، إلا بوجود عقد مستوف لركن تعدد الشركاء الذي يتطلبه القانون، باعتباره مجرد

---

(16) : AUSSEDAT Jacques, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation » , Revue des sociétés, 1974, p. 225 .

(17): الياس ناصيف، مرجع سابق، ص30.

كائن مجازي ابتدعه القانون وأنشأه، إلا أنه اشترط لوجوده استيفاء الأركان والشروط اللازمة لعقد الشركة وعلى رأسها تعدد الشركاء[18].

وعليه فإنه وفقا للمفهوم التعاقدي للشركة، فإنّ اكتسابها الشخصية المعنوية مرهون بتوفر عنصر تعدد الشركاء. فلا يُعتد بالشخصية المعنوية للشركة إذا تبين أنها تتكون من شخص واحد، وإذا ثبت للمحكمة أنّ الشركة ليست في حقيقتها سوى مؤسسة فردية، يمارس صاحبها التجارة لحسابه ولمصلحته الشخصية، ومتسترا بستار الشخصية المعنوية، ليتسنى تحديد مسؤوليته عن الديون، فإنها تحكم بعدم الاعتداد بالشخصية المعنوية، لأن هذه الشخصية مشروطة أساسا بتعدد الشركاء[19].

وترفض التشريعات التي تأخذ بالمفهوم التعاقدي للشركة، فكرة شركة الشخص الواحد التي يؤسسها شريك واحد بإرادته المنفردة، نظرا لمخالفتها مبدأ تعدد الشركاء كشرط جوهري لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية. وهي لذلك تعتبرها شركة باطلة.

الفرع الثاني: التراجع عن الفكرة العقدية للشركة.

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى المفهوم التعاقدي للشركة، فإن التشريعات الحديثة تراجعت عنه، وأخذت بالمفهوم النظامي

---

[18]: فيروز سامي عمرو الريماوي، شركة الشخص الواحد (دراسة قانونية مقارنة)، دار البشير، عمان، 1997 ، ص 332.

[19]: الياس ناصيف، مرجع سابق، ص30.

الحديث. الذي لا يُعد في ظله وجود شركة الشخص الواحد أمرا مستغربا لأنه لا يتطلب بالضرورة وجود أكثر من شخص واحد لوجود الشركة[20].

والتساؤل الذي يثار هنا هو مدى صحة المفهوم التعاقدي للشركة، فهل يمكننا أن نعتبر أن تعريف الشركة بأنها عقد يُعد تعريفا وافيا لها ؟ أم أنه تعريف قاصر وخاصة في ضوء التطورات الحديثة ؟

إن التطور المستمر لقانون الشركات التجارية أفرز قصر المفهوم التعاقدي للشركة، وهذا ما سوف نبينه من خلال دراسة كل من أسباب التراجع عن الفكرة العقدية للشركة (أولا) ومظاهر عدم اتساق فكرة العقد مع فكرة الشركة (ثانيا).

أولا ــ أسباب التراجع عن الفكرة العقدية للشركة:

بدأ التراجع عن التصوير التعاقدي للشركة تدريجيا، تحت تأثير عدة عوامل نذكر منها:

العامل الأول: هو التدخل التشريعي المتواصل في تنظيم الشركات التجارية بشكل مستقل عن القانون المدني، وبدرجات متفاوتة بالنسبة إلى أشكال هذه الشركات. فبتأثير هذا العامل تحولت الشركة من تنظيم "إرادي" مبني على العقد إلى تنظيم "قانوني" مصدره التشريع، ويقوم في

---

[20]: فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق، ص 334.

مجموعه على قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها ومقرونة في الغالب بجزاءات جنائية لضمان احترامها.

العامل الثاني: هو التأثير المتزايد في مجال القانون لفكرة "المؤسسة" بمفهومها المعروف في علم الاقتصاد كخلية اقتصادية واجتماعية، القائم على تكوينها من عناصر ثلاثة هي رأس المال، العمال والإدارة. وبفضل هذا العامل تحولت الشركة من تنظيم إرادي لجماعة من الأشخاص المكونين لها وهم الشركاء، إلى تنظيم قانوني للمؤسسة[21].

العامل الثالث: هو التراجع التدريجي للفكرة العقدية للشركة مع بداية القرن العشرين، إثر التطور الصناعي والتجاري الهائل وازدياد عدد الشركات، خاصة شركات المساهمة الكبرى، حيث أصبح إضفاء الطابع التعاقدي للشركة لا يقدم تفسيرا لعدد من الآثار التي تترتب على تكوينها، مما يُبين معه عدم اتساق فكرة العقد، وما ترتكز عليه من حرية الإرادة، مع فكرة الشركة[22].

ثانيا ــ مظاهر عدم اتساق فكرة العقد مع فكرة الشركة :

تبدو مظاهر عدم الاتساق في مواضع كثيرة أهمها:

---

[21]: مراد منير فهيم، مرجع سابق ، ص128.

PAILLUSSEAU Jean, « La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise », op.cit., p. 13 et s.

[22] : AUSSEDAT Jacques, op.cit., p. 228

1 ــ وجود شخصية معنوية مستقلة للشركة:

يتضح من تعريف عقد الشركة وفقا للمادة 416 من التقنين المدني الجزائري[23] لأول وهلة، أنّ الشركة مجرد عقد كبقية العقود، لكونه يبرم بين شخصين أو أكثر، وينشئ التزامات بالنسبة للطرفين. لكن الصحيح هو أنّ عقد الشركة يختلف عن غيره من العقود، في أنه لا يقتصر على إنشاء بعض الالتزامات والحقوق بين الأطراف المتعاقدة، وإنما يترتب عليه أثر هام للغاية هو نشوء كائن قانوني جديد هو الشركة ذاتها ويدخل إلى المحيط القانوني، كشخص معنوي مستقل عن العناصر البشرية والمالية التي يتألف منها المشروع[24]، بحيث يعني لفظ الشركة في الوقت ذاته التصرف المنشئ لها والشخص المعنوي المتولد عنها[25].وهذا الشخص المعنوي يتعامل مع الغير، ويكتسب منهم الحقوق ويتحمل إزاءهم الالتزامات، ويكون له مصالح متميزة عن مصالح الشركاء التي قد تتعارض معها في بعض الأحيان[26].

---

[23]: تقابل نص المادة 505 من التقنين المدني المصري، م 473 من التقنين المدني السوري، م 494 من التقنين المدني الليبي، م 626 من التقنين المدني العراقي، م 1249 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، م 582 من التقنين المدني الأردني، م 654 من التقنين المتضمن المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك نص المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديلها سنة 1985.

[24]:أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، فقرة 362، ص 394؛ أبو زيد رضوان، مرجع سابق ، فقرة 9 ، ص 24.

[25]: محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ص 4 .

[26] : RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit. , n° 670/1 , p.517.

ولقد أدى وجود الشخص المعنوي إلى ترتيب نتائج قانونية هامة، أدّت إلى التراجع عن الفكرة التعاقدية للشركة من بينها:

أ ــ اعتبار الشخص المعنوي "الشركة" مستقلا عن الشركاء المكونين له، قد يؤدي إلى تغليب مصالحه على مصالح الشركاء، بحيث يُصبح هو المسيطر والمهيمن على الإرادات الفردية التي اشتركت في إبرام التصرف المنشئ له[27]، الأمر الذي دفع جانبا من الفقه الفرنسي إلى القول بأن " الشخصية المعنوية للشركة قد تمردت على العمل الإرادي المنشئ لها وطغت عليه تماما"[28].مما يدل على هذا القول ويدعمه أنه يكفي لتعديل عقد الشركة وتحديد آثاره موافقة أغلبية الشركاء التي لها حق التعبير عن إرادة هذا الشخص وفرض إرادتها على الأقلية، وإلزامها بقراراتها دون أخذ رأيها، وهذا يتنافى مع فكرة العقد التي تقوم على ضرورة اجتماع كافة أطرافه لإمكانية تعديله[29]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن ممثلي الشركة من مديرين وأعضاء مجلس الإدارة، لا يعدون مجرد وكلاء عن الشركاء، بالرغم من قيامهم بتعيينهم لإدارة الشركة، بل يعتبرون أعضاء في جسد الشخص المعنوي المستقل عن مجموع

---

(27): محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص4؛ مصطفى كمال طه، الشركات التجارية (الأحكام العامة في الشركات)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 ، ص 18.

(28): نقلا عن : فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق ، ص 336.

(29) :RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit. , n° 670/1 , p.517.

الشركاء، مما يؤكد هيمنة هذا الشخص وطغيان إرادته في الشركة على إرادة الشركاء[30].

ب ــ يتجلى طغيان الشخصية المعنوية للشركة على إرادة الشركاء، في بقائها قائمة في مرحلة التصفية بالرغم من انقضاء الشركة وانهيار العقد، إذ تظل مستمرة حتى انتهاء هذه المرحلة رغما عن إرادة الشركاء[31]. فالشركة شخص معنوي وليس مجرد عقد يبرم بين الشركاء، وعلة ذلك هي ضخامة تكاليف التأسيس، ومراعاة الشكليات المعقدة، والحصول على الاحتكارات والامتيازات، وما يتطلبه ذلك

من جهود تقضي باستمرار الشخصية المعنوية للشركة فترة زمنية طويلة حتى تتمكن من تغطية التكاليف وتحقيق الأرباح والتمتع بالاستقرار والتعامل مع أفراد المجتمع على هذا الأساس. ولذلك فالشخصية المعنوية المستقلة للشركة هي سبيل كفالة هذا الاستمرار بصرف النظر عن عدد الشركاء، وبها يرتبط نجاحها، وحماية الأموال المخصصة لخدمة مشروعها، بحيث تنتهي سلطة الشركاء على ما قدموه من أموال لتكون هذه الأموال ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء الشخصية[32].

---

(30) : محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ص 4؛ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، فقرة 362 ، ص 392 .

RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit. , n° 671 , p. 517 .

(31): أبو زيد رضوان، مرجع سابق ، فقرة 9 ، ص25.

(32) : الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 28.

2 ــ انعدام تناقض المصالح في عقد الشركة :

تختلف أحكام الشركة اختلافا كبيرا عن أحكام العقود بوجه عام. فإذا كانت فكرة العقد تقوم أساسا على نوع من التناقض المصلحي بين الأطراف المتعاقدة، فإن عقد الشركة لا يعرف هذا التناقض في المصالح، ولكنه يفترض، على عكس ذلك، اتحاد المصالح وسيرها على نحو تحقيق غرض مشترك، وهدف واحد هو تحقيق الربح وقسمته بين الشركاء[33]. فإذا كانت مصلحة البائع في عقد البيع تتعارض مع مصلحة المشتري بشأن ثمن المبيع، وإذا كانت مصلحة المؤجر في عقد الإيجار تتعارض مع مصلحة المستأجر بصدد ثمن الإيجار، وإذا كانت مصلحة رب العمل في عقد العمل تتعارض مع مصلحة المستخدم بشأن الأجرة، فإن الشركاء في عقد الشركة يسعون جميعا إلى هدف واحد مشترك، ألا وهو تحقيق الربح وقسمته بين الشركاء[34].

وفكرة اتحاد المصالح في عقد الشركة، الذي يرتكز عليه التصرف المنشئ للشركة، تؤدي إلى إمكانية تعديل أحكام هذا العقد بأغلبية عاقديه، وذلك خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة إلى بقية العقود، حيث لا يجوز تعديلها، كقاعدة عامة، إلا باجتماع المتعاقدين، نظرا لأنها تقوم على فكرة تقابل المصالح وتناقضها، ولا يمكن أن يسمح القانون، في مثل هذه

---

(33): أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، فقرة 9، ص 24 ؛ محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ص 3 ؛ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص18.

(34) : فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق ، ص 338.

العقود، بأن تعلو إرادة بعض المتعاقدين، على إرادة البعض الآخر من ذوي المصالح المتعارضة[35].

3 ــ ضعف الفكرة العقدية في شركة المساهمة :

يتراجع المفهوم التعاقدي للشركة ولا يتمشى مع بعض أنواع الشركات، ولاسيما شركات الأموال وبالأخص شركة المساهمة، التي تدخل المشرع بنصوص آمرة لتنظيمها بقصد حماية الادخار العام، ورعاية المصالح الوطنية ومصالح المدخرين ومصالح الغير الذين يتعاملون مع الشخص المعنوي[36].

وكان من جراء هذا أن قيدت الحرية التعاقدية وكثرت النصوص المتعلقة بالنظام العام، وأصبحت الشركة تتم وفقا لنظام موضوع سلفا وليس وفقا لمشيئة المتعاقدين[37].، الأمر الذي أصبح معه تأسيس الشركة عملا شرطيا acte –condition يختلف عن العقد بمفهومه التقليدي، لا تلعب فيه إرادات الشركاء دورا يذكر، إذ تقتصر على الانضمام أو عدم الانضمام إليه[38]. فمن يشتري سهما في البورصة ليبيعه بعد وقت قصير

---

(35) : محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ص 3 ؛ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق ، فقرة 362 ، ص 365 .

(36) : محمد فريد العريني، المرجع نفسه ، ص 4 ؛ أكثم أمين الخولي، المرجع نفسه. RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit. , n° 670/1 , p.517.

(37): مصطفى كمال طه، مرجع سابق ، ص 18 .

(38) : محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ص 4 ؛ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق ، فقرة 362 ، ص 365 ..

يصعب اعتباره شريكا متعاقدا مع غيره من الشركاء[39]. وهذا إضافة إلى دخول أشخاص لا يعرفون بعضهم بعضا كشركاء في شركات المساهمة نتيجة تداول الأسهم في الأسواق المالية، بل قد لا يعرف بعضهم نشاط الشركة التي أصبح مساهما فيها[40].

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على اعتبار الشركة عقدا.

سبق القول إنّ الحاجز أمام قبول بعض التشريعات نظام شركة الشخص الواحد، هو اعتناقها المفهوم التعاقدي للشركة، لكنها، مع ذلك، أجازت تأسيس هذه الشركة في مجال القطاع العام، سواء بتأسيس شركات القطاع العام، حيث تكون الدولة مالكة وحيدة للأسهم (الفرع الأول)، أو عن طريق تأميم شركات القطاع الخاص، حيث تصبح الدولة المالكة الوحيدة للشركة المؤممة(الفرع الثاني).

الفرع الأول : شركات القطاع العام.

قبل الاعتراف الرسمي بشركة الشخص الواحد بموجب الأمر رقم 96-27 سالف الذكر، أجاز المشرع الجزائري، في ظل نظام المؤسسات العمومية الاقتصادية، تأسيس شركات مساهمة عامة، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، تملك الدولة، أو الجماعات المحلية، جميع حصصها وأسهمها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما كانت تقضي به المادة

---

(39): مصطفى كمال طه، مرجع سابق ، ص 18 .

(40) : أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، فقرة 9، ص 26.

الخامسة من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 1988/01/12، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[41]

ونظرا للأزمة الاقتصادية الخانقة التي عرفتها الجزائر آنذاك، التي أدت إلى تفاقم مشكلة المديونية، وعجز الدولة عن تسيير ومراقبة مؤسساتها العمومية، أنشأت الحكومة الجزائرية شركات تسمى "شركات قابضة عمومية" حوّلت إليها جميع رؤوس أموال الشركات التجارية التي تحوزها الدولة أو أي شخص معنوي آخر تابع للقانون العام، قصد تسييرها وإدارتها، وجعلها أكثر مردودية، وكذا تشجيع تنمية المجموعات الصناعية والتجارية والمالية التي تراقبها، وكان هذا بموجب الأمر رقم

---

(41): الجريدة الرسمية عدد 2 الصادرة بتاريخ 1988/01/13. وتنص المادة الخامسة من هذا القانون على أنه: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/ أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم و/أو الحصص". وقد تم تعديل نص هذه المادة بموجب نص المادة 2 من الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، الجريدة الرسمية عدد47.والتي تقضي بأنه:"المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غيـــر مباشرة، وهي تخضع للقانون العام".

وتقضي الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون رقم 88-01 سالف الذكر، بأنّ المؤسسات العمومية الاقتصادية:"... تتمتع بالشخصية المعنوية وتسري عليها قواعد القانون التجاري، إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة".

95-25 المؤرخ في 1995/09/25 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة[42].

كما أنه طبقا للفقرة الثالثة من المادة 592 من التقنين التجاري، لا يطبق الشرط المذكور في الفقرة الثانية للمادة ذاتها، ألا وهو عدم امكان أن يقل عدد الشركاء عن سبعة، على المؤسسة العمومية الاقتصادية، باعتبارها شركة ذات رؤوس أموال عمومية[43]، وهو الأمر الذي فسح المجال أمام الشركات القابضة لتحتكر المساهمة، وتصبح شريكا وحيدا فيها، مما يوحي بأن الشركة القابضة شركة شخص واحد.

وهكذا يمكن القول إن التشريع الجزائري، وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى، من بينها التشريع المصري والأردني، كان يجيز تأسيس شركة الشخص الواحد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في مجال القطاع العام، حيث تكون الدولة أو من يمثلها من الجماعات المحلية، الشريك

---

[42]: الجريدة الرسمية عدد 55 الصادرة بتاريخ 27 سبتمبر 1995.

[43]: تقضي المادة 592 من التقنين التجاري الجزائري:" شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم.

ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (07).

ولا يطبق الشرط المذكور في المقطع 2 أعلاه على الشركات ذات رؤوس أموال عمومية".

الوحيد أو المساهم الوحيد، وذلك قبل أن يقر صراحة بوجود شركة الشخص الواحد في مجال القطاع الخاص[44].

---

[44]: فقد أجاز المشرع المصري، في ظل نظام المؤسسات العامة، إنشاء شركات مساهمة بمفردها، وفقا لنص المادة 9 من القانون رقم 60 لسنة 1971، المعدل بالقانون رقم 111 لسنة 1975 المقابلة للمادة 29 من القانون رقم 97 لسنة 1983، في شأن هيئات القطاع العام وشركاته، والذي ألغى القانون المشار إليه. حيث تقضي المادة 9 ،سالفة الذكر، بأنه: " يجوز لأي من الأشخاص الاعتبارية العامة إنشاء شركات مساهمة بمفردها " .

كما نص المشرع المصري في معرض تعريفه لشركات القطاع العام في المادة 1/18من القانون رقم 97 لسنة 1983 على أنه:" تعتبر شركات قطاع عام كل شركة يمتلكها شخص عام بمفرده أو يساهم فيها مع غيره من الأشخاص العامة أو مع شركات و بنوك القطاع العام".

وينظم حاليا شركات قطاع الأعمال العامة القانون رقم 203 لسنة 1991، وطبقا لهذا القانون يكون رأسمال الشركة القابضة مملوكا بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وتأخذ شكل شركة مساهمة، كما يحق للشركة القابضة تأسيس شركات بمفردها أو بالاشتراك مع الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد.

راجع في ذلك: سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، فقرة 14مكرر، ص35 .

كما عرف تشريع الشركات الأردني لسنة 1989، شركة المساهمة العامة التي تملك الدولة كل أسهمها، حيث تقضي المادة 1/8 منه على ما يلي: " لمجلس الوزراء، بناء على تسبيب كل من الوزير (وزير الصناعة والتجارة، ووزير المالية والوزير المختص)، الموافقة على تحويل أية مؤسسة أو سلطة أو هيئة رسمية عامة إلى شركة مساهمة عامة تملك حكومة المملكة كل أسهمها دون طرحها للاكتتاب العام..... "

لقد أنكر جانب من الفقه المصري[45] على شركات القطاع العام صفة الشركات العامة، إذ رأى أنه ليس فيها من عناصر الشركة شيء، ولأنها تختلف في طبيعتها وإدارتها والرقابة عليها أثناء قيامها بنشاطها عن شركة المساهمة، بحيث لا يمكن أن تكون شركات بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، ومن ثم لا يمكن اعتبارها استثناء على مبدأ تعدد الشركاء في عقد الشركة والقول إنّ التشريع المصري الحديث قد أجاز من خلالها شركة الشخص الواحد.

لكن غالبية الفقه المصري[46] لم ينكر عليها هذه الصفة، وأجمع على أنّ الاستثناء الخاص بحق مؤسسات القطاع العام في أن تنشئ بمفردها شركات مساهمة عامة، يعد خروجا على مبدأ تعدد الشركاء الذي استلزمه المشرع، وأنّ هذه الشركات تعتبر بحق من قبيل شركة الشخص الواحد

وقد بدأ تطبيق نص المادة 8 من تشريع الشركات الأردني يأخذ حيز التنفيذ في الحياة الاقتصادية الأردنية، حيث صدر قرار من مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة بتاريخ1994/09/04 بالموافقة على تحويل سلطة الكهرباء الأردنية إلى شركة مساهمة عامة تملكها الدولة بالكامل.

راجع في ذلك: فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق، ص268.

[45]: أحمد محمد محرز، القانون التجاري، الجزء الأول، مطبعة حسان، القاهرة، 1987، فقرة 34، ص371 .الذي يقول:" أيا كان أصل ملكية هذه المشروعات التي تنشئها الدولة بمفردها فإنها في الحقيقة لا تعدو أن تكون مشروعات عامة".

[46]: مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 249؛ سميحة القليوبي، مرجع سابق،فقرة 14 مكرر، ص 35؛ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، فقرة 370، ص406؛ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، هامش 1، ص 57.

المعروفة في القوانين الأوروبية والأمريكية المقارنة. ورأى أنّ شركة القطاع العام التي ينفرد بملكيتها شخص عام أو شركة قابضة، وإن كانت تتعارض مع الفكرة العقدية للشركة التي ترى في الشركة عقدا بين شخصين أو أكثر، فإنها لا تتعارض مع الفكرة النظامية الحديثة التي تنكر على شركة المساهمة كل صبغة تعاقدية، وترى أنها نظام قانوني يستقل القانون بأمر تحديده، وقد شاءت إرادة المشرع إنشاء نوع جديد من شركات المساهمة يقوم على شخص واحد، كما هو الشأن في شركات الشخص الواحد المعروفة في التشريعات الغربية[47].

الفرع الثاني: شركة الشخص الواحد الناشئة عن التأميم.

نظام التأميم وسيلة من وسائل انتقال ملكية الشركات متعددة الشركاء إلى شريك واحد هو الدولة. وقد أطلق المشرع على هذه الشركات، بعد تأميمها، تسمية المشروعات العامة، أو المؤسسات العامة Entreprises publiques وهو اصطلاح يجمع الشركات المؤممة والمؤسسات العامة ذات النشاط الاقتصادي التي يقصد بها المشاريع التي تقوم على رأسمال عام مملوك للدولة أو لشخص معنوي عام، وتخصيصها لمزاولة نشاط اقتصادي معين[48].

ونظام التأميم معروف في الأنظمة العربية التي كانت تنتهج النهج الاشتراكي كالجزائر ومصر. وقد أثير التساؤل حول أثر التأميم على

---

[47]: مصطفى كمال طه، المرجع نفسه، ص 248 .

[48]: الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 241.

شخصية الشركة المؤممة. فذهب بعض الفقهاء[49] إلى أنّ التأميم يعتبر سببا من أسباب انقضاء الشركة، الذي يترتب عليه انقضاء الشخصية القانونية للشركة المؤممة بحكم القانون، التي تكتسب شخصية جديدة منقطعة الصلة بالشخصية القانونية السابقة، ذلك أنّ ملكية الدولة للشركة ملكية أصلية، ولا تعد خلفا للشركة المؤممة.

في حين ذهب بعضهم[50] إلى أنّ التأميم يقتصر على نقل ملكية الشركة إلى ملكية الدولة، دون أي تأثير على الشخصية القانونية للشركة التي تظل كما هي، ولا يترتب عليه انقضاء الشركة.

ويرى غيرهم[51] أنّ تأميم الشركة، مع احتفاظها بالشكل القانوني السابق، لا يترتب عليه انقضاء الشركة المؤممة وزوال شخصيتها القانونية، أما تأميم الشركة وإنشاء مؤسسة أو هيئة عامة لإدارة الشركة المؤممة، فيترتب عليه انقضاء شخصية الشركة المؤممة وميلاد شخص معنوي جديد.

---

[49]:أبو زيد رضوان، مرجع سابق، فقرة 125 ، ص 174؛ محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، فقرة 69، ص59 ؛ فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق، ص 273 .

[50]: مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1975، فقرة 228، ص 240 ؛ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، فقرة 550، ص 615.

[51] : سميحة القليوبي، مرجع سابق، فقرة 57، ص 128.

وغالبا لا يترك المشرع هذا الأمر للاجتهادات الفقهية، وإنما يحدد القانون الصادر بتأميم الشركة مصير الشخصية القانونية للشركة المؤمّمة، فتارة تحتفظ الشركة بشخصيتها القانونية، إذا تضمن القانون نصا يقضي باستمرار الشركة المؤممة وفقا لنظامها الأساسي، أي أنّ الشركة في هذه الحالة تحتفظ بشخصيتها القانونية رغم أيلولة ملكيتها للدولة، وقد يتضمن القانون الصادر بتأميم الشركة تأسيس شركة جديدة تتولى إدارة الشركة المؤممة، وهذا ما يعني انقضاء شخصية الشركة المؤممة وظهور شركة جديدة ذات شخصية قانونية منقطعة الصلة بشخصية الشركة المؤممة[52].

وهكذا يمكن القول إنّ بعض التشريعات العربية تقر بوجود شركة الشخص الواحد في مجال القطاع العام ناشئة عن التأميم، وبذلك فإنها تخطو الخطوة الأولى التي مرت بها التشريعات الغربية، إذ أنها وقبل أن تعترف صراحة بفكرة شركة الشخص الواحد في مجال القطاع الخاص تقر بشركات الشخص الواحد الناشئة عن التأميم، حيث تصبح الدولة هي المساهم الوحيد في بعض شركات المساهمة العامة والمالكة الوحيدة لها، دون مشاركة أحد من القطاع الخاص، مما يشكل استثناء على الفكرة العقدية للشركة، وعلى مبدأ تعدد الشركاء[53].

---

[52]: عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص 106.

[53] : AUSSEDAT Jacques, op.cit., p. 227 ; LEBLOND Jean, « De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne au point de vue juridique et fiscal », Revue trimestrielle de droit commercial, n°03, 1963, p. 418.

المبحث الثاني: المفهوم الحديث للشركة.

نظرا لكل الأسباب السابقة التي أدت إلى عدم التناسق بين فكرة العقد وفكرة الشركة، أنكر جانب من الفقه الحديث على الشركة صبغتها التعاقدية واعتبرها نظاما « institution » وأخذ يطبق عليها نظرية النظام المعروفة في فقه القانون العام، التي قال بها الأستاذ HAURIOU [54](المطلب الأول)، وبتطبيق فكرة النظام أصبح للشركة مفهوم حديث هو "الشركة تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة" الذي يسمح بتفسير دور التصرف القانوني بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد في تأسيس شركة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحول من فكرة العقد إلى فكرة النظام القانوني.

سبق القول إن المفهوم التعاقدي للشركة يعتبر عائقا أمام قبول بعض التشريعات نظام شركة الشخص الواحد، لذلك حاول الفقه الحديث تعديل مفهوم الشركة، حتى يتمشى مع الواقع القانوني والاقتصادي (الفرع الأول)، وقد اقتنع المشرعان الفرنسي والبلجيكي بهذه الفكرة وكرساها فعلا بتعديل مفهوم الشركة في التقنين المدني حتى تتلاءم مع التطور الحديث لقانون الشركات (الفرع الثاني).

---

(54) : HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahier de la nouvelle journée, 1925, p. 10.

أشار إليه: على سيد قاسم، المشروع التجاري الفردي محدود المسؤولية "دراسة قانونية مقارنة"، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ، هامش 3، ص 148 .

الفرع الأول: المفهوم التأسيسي أو "النظامي" للشركة.

إن أساس النقاش الحاد الذي ثار حول مفهوم الشركة، يتمثل في الجواب على سؤال هل الشركة تعتبر عقدا، أم نظاما؟ [55]بمعنى أنها جسم اجتماعي له مصلحة خاصـــة، تختلف عن المصالح الخاصة للأفراد المكونين له، وهذه المصلحة الخاصة تتبع الغرض الاجتماعي الذي يراد تحقيقه[56].

يعتبر جانب من الفقه الحديث أن الشركة "نظام" أكثر مما هي "عقد"، وذلك متى اجتمع فيها عدد من العناصر هي:

- وجود فكرة لعمل أو مشروع يخلق رابطة اجتماعية.
- وجود جماعة إنسانية معينة لتحقيق هذا المشروع.
- وجود تنظيم مؤداه إيجاد مجموعة من الوسائل المخصصة للوصول إلى الهدف المشترك.
- وجود قدر أدنى من توافق الرأي بين مجموع الأعضاء والقائمين على إدارة المشروع [57].

---

[55] :JEANTIN Michel, Droit des sociétés, 3ème éd, Montchrestien, Paris, 1994,n°19 et s, p.10.

[56] : MERLE Philippe, Droit commercial – Sociétés commerciales ,8 ème éd, Précis Dalloz, Paris, 2001, n° 21 et s, p. 32 et s.

[57] : " « Il y a institution lorsque sont réunis les éléments suivants :
- une idée d'œuvre ou d'entreprise qui crée le lien social ;
- une collectivité humaine intéressée à la réalisation de cette idée ;
- une organisation, c'est-à-dire un ensemble de moyens destinés à permettre
d'atteindre la fin commune, la réalisation de l'idée .

وتتعارض فكرة النظام على هذا النحو مع فكرة العقد، لأن التآلف الإنساني يفترض وجود تعاون، مما يؤدي إلى القضاء على فكرة "التناقض المصلحي" في الشركة التي يرتكز عليها العقد[58]. وكما سبق الذكر فإن شركات الأموال تقترب أكثر من فكرة النظام القانوني. وقد بدأ مبدأ سلطان الإرادة يضعف في قانون الشركات بصفة عامة، نظرا لتدخل المشرع بأحكام آمرة لتنظيم الشركة، وبشكل خاص في شركات الأموال. كما أنّ تحقيق المشروع يعتبر الهدف الأساسي في نظرية النظام، وليس من الأهمية النظر في حقوق الأفراد ومصالحهم الذاتية[59].

وإن فكرة النظام القانوني للشركة تتعارض مع فكرة التعاقد لارتكازها على عنصر استمرار الشخصية المعنوية، بصرف النظر عن عدد الشركاء، فمفهوم الشخصية المعنوية، وفقا لهذه النظرية، يتمثل في عنصر التنظيم وإخضاع الحقوق والمصالح الخاصة إلى مصالح المجموعة

- La manifestation d'une communauté d'idées entre la masse des membres et les organes
dirigeants»
Cité par : AUSSEDAT Jacques, op.cit., p. 229.

(58):أبو زيد رضوان، مرجع سابق، فقرة 10، ص27.

(59) : RIPERT Georges et ROBLOT René, op.cit., n° 671, p.518 ; PAILLUSSEAU Jean, « L'E.U.R.L ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », J.C.P, éd E., 1986, (14684), n° 135-136, p.236 ; GUYON Yves, Droit des affaires, Tome I, 8ème éd, Economica, France, 1994 , n° 96 et s, p. 91 ; COIPEL Michel, « introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », in MICHEL Hubert (sous la direction de), La S.P.R.L unipersonnelle, approche Théorique et pratique, Bruxelles, Bruylant, 1988, p.37 et s.

المشتركة. وبذلك أولت الشخصية المعنوية أهمية على حساب تعدد الشركاء[60].

من هنا يظهر لنا أنه على الرغم من عدم دقة ووضوح فكرة النظام القانوني للشركة، كونها نظرية معروفة في فقه القانون العام واستمدها الفقه الحديث لتفسير بعض الأحكام في قانون الشركات، إلا أنها الوسيلة الفعالة لتبرير تدخل المشرع في تنظيم الشركة بقواعد آمرة، كما أنها تلعب دورا مهما في تفسير تبني بعض التشريعات الحديثة لشركة الشخص الواحد. كما تفسر لنا هذه النظرية العلاقة الموجودة بين الشركة والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة ودور هذا الأخير في إنشائها، وتبين لنا النقص الموجود في النظرية التعاقدية التي تعتبر عائقا أمام الاعتراف بشركة الشخص الواحد، في حين أن نظرية النظام القانوني تسهّل لنا تقبل هذه الفكرة، والدليل على ذلك تعديل التشريعات الحديثة لمفهوم الشركة من فكرة العقد إلى فكرة النظام، وهذا ما فعله المشرعان الفرنسي والبلجيكي[61].

---

[60]: الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 28 .

[61] : EZRAN- CHARRIERE Nadine, L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'union Européenne, L.G.D.J, Paris, 2002, n° 125, p. 95.

الفرع الثاني: تعديل مفهوم "الشركة" في التشريعات الحديثة.

أولا ــ اختيار المشرع الفرنسي والبلجيكي شكل "الشركة" كهيكل قانوني لتنظيم المؤسسة الفردية:

اختار المشرع الفرنسي سنة 1985 تنظيم المؤسسة الاقتصادية الفردية على أساس الشخصية المعنوية، وأقر المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة كنمط جديد للشركة ذات المسؤولية المحدودة يضاف إلى الأشكال التقليدية للشركات التجارية. فقد فضل فكرة "الشركة" كآلية قانونية لتنظيم المؤسسة الفردية، على خلاف المشرع الألماني الذي أقامها على فكرة " الذمة المالية المخصصة"، مع أنها تسمح بدورها، بتحديد مسؤولية صاحبها بقدر ما خصص لها من أموال[62].

ويبرر اختيار المشرع الفرنسي شكل "الشركة" لتحقيق ذلك التنظيم، توصلا لنفس هذا الهدف، بأن "الشركة" نظام قانوني معروف وشائع في البيئة التجارية، على عكس الذمة المالية المخصصة، لها شخصيتها القانونية وذمتها المالية المستقلة عن الشركاء، وتقوم على تحقيق غرض اقتصادي معين في حدود رأسمالها. كما أن اختيار شكل الشركة يؤدي إلى عدم اعتبار اجتماع الحصص أو الأسهم في يد شريك واحد سببا

---

[62]: عبد الحكم محمد عثمان، ضد شركة الشخص الواحد (نحو بناء قانوني أفضل للمشروع الاقتصادي الفردي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 20.

لحلها، وهذا يساعد على إنقاذ عدد كبير من الشركات التي قد تكون من المشروعات الناجحة وتخدم الاقتصاد الوطني[63].

واختيار المشرع الفرنسي شكل "الشركة" كإطار قانوني للمؤسسة الفردية، جاء اتساقا مع ما سبق ذكره من أنه ينظر إلى الشركة كتنظيم قانوني للمؤسسة، حيث مصدر قواعد وأحكام هذا التنظيم هو القانون وليس العقد[64].

لكن هذا الاختيار التشريعي الفرنسي لم يسلم من النقد بسبب تناقض شركة الشخص الواحد مع مفهوم الشركة ذاتها، إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه ليس من المعقول قبول تأسيس شركة بشريك واحد، لأن ذلك يُعد خرافة قانونية، وأن تعاقد الشخص مع نفسه مستحيل وغير متصور، فكيف يمكن تصور اجتماع شخصيتين قانونيتين وإرادتين متعارضتين في شخص واحد [65]؟

---

(63): فايز نعيم رضوان، المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1990، ص 129.

(64) : PAILLUSSEAU Jean, « La société anonyme, technique juridique d'organisation de
l'entreprise », op.cit. , p. 03 ; Voir aussi : « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP, 1984 , (3148).

(65): راجع في تفصيل مجمل هذه الانتقادات:

SERLOOTEN Patrick, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Dalloz .S. 1989 Chron., n°07, p. 188 ; COURGUES (J), « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », JCP, 1980, (13258), n°40, p. 167 ; CALAIS Auloy, « Appréciation critique de la loi 11 juillet 1985 instituant l'EURL », Dalloz 1986 chr. , p. 249 ; PACLOT (G), « A propos d'une société unipersonnelle », La vie judiciaire, 1985, (2057), p. 07.

لكن قانون الشركات في تطور مستمر، وظهور شركة الشخص الواحد مثال على ذلك، والأسس التي يعتمد عليها هذا القانون تتلاءم مع الحقيقة الاقتصادية والاجتماعية المتطورة، لذلك تطورت هذه الأسس التي من بينها مفهوم الشركة، حيث عدلت التشريعات الحديثة مفهومها.

ثانيا ــ التعريف الحديث للشركة وفقا للتشريع الفرنسي: تعديل المادة 1832 من التقنين المدني.

منذ صدور التقنين المدني الفرنسي سنة 1804 كانت الشركة تعرف بأنها "عقد"، وهذا يستلزم حتما تعدد الشركاء لتأسيسها، وتوفر نية المشاركةaffectio-societatis في مؤسسيها[66].

وبعد صدور التشريع الفرنسي رقم 85-697 المؤرخ في 1985/07/11، سالف الذكر، تم تعديل المادة 1832 من التقنين المدني، كما سبق الذكر[67]. لذلك نتساءل ما هو التعديل الوارد فيه؟ هل حقيقة عدل المشرع الفرنسي تعريف الشركة من العقد إلى النظام؟ وما موقف الفقه الفرنسي من هذا التعديل؟

---

[66] : PAILLUSSEAU Jean, « Les fondements du droit moderne des sociétés », op.cit., n° 29.

كانت المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي حتى بعد تعديلها بموجب القانون 09 جانفي 1978 تعرف الشركة بأنها "عقد"، إذ كانت تقضي في الفقرة الأولى منها بما يلي:

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou, de profiter de l'économie qui pourra en résulter.»

[67]: راجع ما سبق ذكره ص 3 هامش 10 من هذا المقال.

1 ــ التعديل الوارد في نص المادة 1832 الجديدة:

بالمقارنة بين نصي المادة 1832 من التقنين المدني قبل التعديل وبعد التعديل يُلاحظ ما يلي:

أ ــ اتجاه المشرع الفرنسي إلى أنه من الضروري وضع مكان خاص للشركة الجديدة المستحدثة بموجب تشريع 1985 وهي "شركة الشخص الواحد" ضمن التعريف العام للشركة، بهدف التنسيق بين الأحكام وتجنب التناقض فيما بينها، لذلك لا بد من إعادة النظر في المبدأ الأساسي لكل شركة مهما يكن شكلها وطبيعتها وهو "تعريف الشركة ذاتها".

ب ــ اختيار المشرع الفرنسي لفظ "تتأسس" « instituée » وهذا دليل على أنه يقصد التغيير الجوهري لطبيعة الشركة، فقد طور مفهوم الشركة، فلم تعد "الشركة - عقد" « société –contrat » بل أصبحت "الشركة- نظاما" « société –institution » [68].

ج ــ تأكيد اللجنة الخاصة بتعديل المادة 1832 الصفة النظامية للشركة، وكذلك فكرة تخصيص الأموال لنشاط معين بدلا من فكرة الاشتراك بالأموال كما كان النص القديم ينص على ذلك.

---

[68]: بمناسبة تعديل المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي قدم وزير التجارة والحرف والسياحة التعليق التالي:

« La « société » beaucoup plus qu'un contrat, tend à devenir une institution, et il faut savoir faire avancer les lois du même pas que la vie, qu'elles sont destinées à organiser »

Voir : CREPEAU (M) : Ministre du commerce , de l'artisanat et du tourisme : J.O. déb.Ass.Nat. , 12 avril 1985, p. 143 ; J.O. déb.Sénat. , 23 mai 1985, p. 649.

Cité par : HUGOT (J) et RICHARD (J), Les sociétés unipersonnelles,(Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985), Litec, Paris, 1985, p. 05.

د ــ امكان نشأة الشركة عن طريق العقد، كما يمكنها أن تنشأ بتصرف إرادي من شخص واحد. ولكن هذه الطريقة الأخيرة لا يُسمح بها إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون.

2 ــ الانتقادات الفقهية الموجهة لهذا التعديل:

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن نص المادة 1832 من التقنين المدني ليس واضحا، وبالتالي فإن التعريف الجديد للشركة يكتنفه اللبس والغموض، ويظهر ذلك فيما يلي:

استعمال المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من نص المادة 1832 مصطلحين " التأسيس" و "العقد"

« La société est instituée…..par un contrat »

فهل هذا يعني أن هناك طريقين لتأسيس الشركة؟

يظهر لنا من النقاشات البرلمانية الفرنسية حول هذا الموضوع، أن المشرع الفرنسي يريد تأكيد الطبيعة "النظامية" للشركة، وبالتالي هناك طريقان لتأسيسها هما العقد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة[69]. لكن يبقى السؤال مطروحا، هل يفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي يريد أن يجعل من شركة الشخص الواحد نوعا من الشركات، وليس فقط طريقة استثنائية للتأسيس؟

اختلف الفقه الفرنسي حول هذه المسألة: فيرى البعض، ومنهم PAILLUSSEAU،أن الشركة قد تتأسس عن طريق العقد أو بتصرف

---

[69] :Voir : J.O déb.Ass.Nat. , 12 avril 1985, p. 140-141-143 ; J.O. déb.Sénat. , 23 mai 1985, p. 649 ; J.O. déb.Sénat. , 26 juin 1985, p. 1655.
Cité par : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit. , note (3), p. 83 .

قانوني بإرادة الشخص الواحد، وكلاهما طريقان من طرق التأسيس، فالطريقة الثانية ليست بديلا ولا استثناء من الطريقة الأولى، فقد أظهرت الأعمال التحضيرية

أن المشرع الفرنسي يقصد من التعديل، وضع كل من الطريقتين على قدم المساواة[70].

غير أن جانبا آخر من الفقه يرى خلاف ذلك، ويعتقد أن المشرع الفرنسي إنما قد يقصد من هذا التعديل أن شركة الشخص الواحد هي استثناء من القاعدة ولا يمكن تأسيسها إلا في حالات خاصة وبنص قانوني، وبما أنها استثناء، فإن الشركة تبقى عقدا، ويستنتج من وراء ذلك أن الصفة النظامية للشركة نسبية والصفة التعاقدية ليست مطلقة ولكنها تبقى هي الأصل[71].

ومهما تكن النتائج التي أسفرت عليها هذه النقاشات السابقة، فخلاصة القول هي أن الشركة لها طابع مزدوج: فهي تارة عقد وتارة أخرى نظام[72].

---

(70) : PAILLUSSEAU Jean, « L'E.U.R.L ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », op.cit., n°21, p. 221 et n° 105, p. 232 ; ZENATI Frédéric, « Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée », Législation Française et communautaire, Rev. Trim. Dr. Civ., 1985,p. 772 et p. 775.

(71) : HUGOT (J) et RICHARD (J), op.cit, p.p.7-8 ; SAYAG Alain, « De nouvelles structures pour l'entreprise, La Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 », JCP, éd G., 1985 (3217).

(72) : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit., n°115, p. 84.

وما يزيد من حدة النقاش حول تعريف الشركة في التشريع الفرنسي، هو صدور التشريع رقم 99-587 بتاريخ 1999/07/12، حيث عدلت المادة الثالثة منه المادة 262-1 من التشريع الصادر في 24 جويليه 1966 التي تنص على أنه: "يمكن لشركة المساهمة المبسطة أن تتأسس من شخص واحد أو عدة أشخاص ولا يتحملون الخسائر إلا في مقدار الحصة المقدمة"[73].

يفهم من هذا النص أن المشرع الفرنسي يجيز للشخص الواحد ليس فقط تأسيس المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، بل حتى شركة المساهمة المبسطة الفردية، وذلك بإرادته المنفردة. لذلك يرى الفقه الحديث أن مفهوم "النظام" غير مناسب وغير كاف لتعريف الشركة[74]. فالتعديل التشريعي الذي أدخله المشرع في القانون رقم 85-697 ثم في القانون رقم 99- 587 قد مسّ النظرية التعاقدية، فالشركة لم تعد عقدا يجب لإبرامه اتفاق شخصين أو أكثر، هذا من جهة، كما أنه يصطدم بنظرية النظام القانوني من ناحية أخرى، إذ لم تعد هناك مصالح مشتركة ناشئة عن تعدد الشركاء، ولا نية مشاركة، ولا يوجد اقتسام للأرباح، واختفت الجمعية العامة، وأعضاء الإدارة، وعليه فإن وصف شركة الشخص الواحد بأنها نظام قانوني حديث خرافة (une

---

(73) : « Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport »
Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche , J.O 13 juillet 1999, p. 10396 et s. , D. 1999, p. 425 et s. , Rev. Soc. , juill.-sept., 1999, p. 669 et s., Bull.Joly., août-sept., 1999, p. 925 et s.

(74) : PAILLUSSEAU Jean, « Les fondements du droit moderne des sociétés », op.cit., n° 30.

(absurdité، مثلها في ذلك مثل زواج شخص من نفسه، يستحيل وقوعه ولا ينشأ عنه نظام قانوني[75].

ويرى الجانب الآخر من الفقه أنه: "مع أن التعبير الذي استعمله المشرع الفرنسي في المادة 1832 في تعريف الشركة بعد تعديلها في 11 جويليه 1985 « instituée »، إلا أن الشركة على هذا النحو لا علاقة لها بمفهوم "النظام"[76].

وخلاصة القول أنه لا نظرية "العقد" ولا نظرية "النظام" تسمح لنا بتفسير مفهوم الشركة[77]. فلا بد من البحث عن مفهوم أكثر دقة وملاءمة لها، لذلك سنرى أن الفقه الحديث يميل إلى أن الشركة "تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة".

ثالثا ــ التعريف الحديث للشركة وفقا للتشريع البلجيكي: تعديل المادة 1832 من التقنين المدني.

على غرار القانون الفرنسي، تعرف الشركة في القانون البلجيكي بأنها عقد. لكن بعد صدور تشريع 14 جويليه 1987 المتعلق بالشركة الفردية ذات المسؤولية المحدودة S.P.R.L، عدلت المادة 1832 من التقنين

---

(75) : SERLOOTEN Patrick, op.cit , n°09, p. 188 .

(76) : «instituée » n'a rien avoir avec « institution ».
Voir : HUGOT (J) et RICHARD (J), op.cit., p.07.

(77) : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit., n°116, p. 84 ; PAILLUSSEAU Jean, « Les fondements du droit moderne des sociétés », op.cit., n° 30.
« La société n'est plus un contrat, elle n'est pas d'avantage une institution ».
Voir : CUTAJAR Chantal, « De l'E.U.R.L à la S.A.S.U ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité », Petites affiches, n° 185, 2000, p. 50.

المدني[78]،.كما أن المادة الأولى من هذا التشريع أكدت تطور مفهوم الشركة، حيث عدل عنوان الفصل التاسع من الكتاب الثالث من التقنين المدني، فقد كان العنوان هو "عقد الشركة" وأصبح العنوان الجديد بعد التعديل هو " الشركات"، وبالتالي حذفت كلمة "العقد".

كما أن المادة 101 من تشريع 1995/04/13 أنهت هذا التطور في مفهوم الشركة، ونصت على أن الشركة تنشأ إما عن طريق العقد أو، في الأحوال المنصوص عليها في القانون، بتصرف قانوني بإرادة منفردة لشخص واحد يخصص لها جزء من أمواله[79].

---

[78] : كانت المادة 1832 من التقنين المدني البلجيكي قبل تعديلها سنة 1987 تنص على الآتي:

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ..... »

وبعد تعديلها، أصبحت تقضي بما يأتي:

« Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui en résulte ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée ».

[79] : Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, M.B 17 juin 1995, p. 17492 et s

عدلت المادة 1832 من التقنين المدني البلجيكي بموجب المادة 101 من هذا التشريع وأصبحت تقضي بما يلي:

« une société est constituée soit par un contrat au terme duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, soit, dans les cas prévue par la loi, par un acte juridique

ويفهم من هذا النص أن هناك طريقين لتأسيس الشركة، وهما العقد والتصرف القانوني بإرادة منفردة، وهذا استثناء فقط متى وجد نص قانوني يسمح بذلك، وذلك ما يؤكده نص المادة 1832 من التقنين المدني. وبالتالي نلاحظ أن المفهوم التعاقدي للشركة لم يختف، ولكن المشرع، مع ذلك، لم يقدم تعريفا دقيقا للشركة[80].

من خلال استقراء حكم المادة 1832 من التقنين المدني البلجيكي الصادرة بموجب تشريع1987، وحتى بعد تعديله بموجب التشريع الصادر في سنة 1995، نلاحظ حياد المشرع في مسألة المفهوم "النظامي" أو "التأسيسي" للشركة، حيث لم يظهر صراحة كلمة "التأسيس" في النص. فعلى خلاف المشرع الفرنسي، فإن المشرع البلجيكي يريد تجنب الجدال الفقهي حول تعريف الشركة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تجنب هذا النص الإحالة إلى مفهوم "المؤسسة"، مما يبين أن المشرع البلجيكي حريص في اختيار المصطلحات[81].

صحيح أن الشركة التي تنشأ عن طريق التصرف القانوني بالإرادة المنفردة هي مجرد استثناء من القاعدة، لأن الأصل أن الشركة تنشأ عن طريق العقد، ولكن بعد أن عدلت النصوص وسمحت بتأسيس شركة

---

d'affectation de biens émanant de la volonté d'une seule personne. Elle a pour but de procurer
aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect, à moins que, dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement ».

(80) : COIPEL Michel, op.cit., p. 24 et s.

(81) : Ibid., pp.29-37 ; EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit., n°117, p. 86.

الشخص الواحد، فهل يبقى ذلك استثناء من القاعدة؟ وكذلك إذا كان المفهوم التعاقدي والنظامي لا يصلح لتعريف الشركة فما هو المفهوم الجديد ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يرى غالبية الفقه البلجيكي أن الشركة هي تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة[82].

المطلب الثاني: مظاهر تطبيق المفهوم الحديث للشركة.

أثبت النقاش الفقهي، سالف الذكر، أن كلا من المفهوم "التعاقدي" والمفهوم "النظامي" لا يقدم تعريفا دقيقا وواضحا للشركة. لذلك ظهر في فرنسا اتجاه جديد على يد الأستاذ RIPERT وأرست دعائمه المدرسة الرينية في قانون الأعمال l'école Rennaise de droit des affaires والذي يؤكد أن الشركة لا تعدو أن تكون آلية أو تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة[83] (الفرع الأول)، كما أن هذا المفهوم الحديث يفسر دور التصرف القانوني بالإرادة المنفردة في إنشاء شركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الشركة ــ تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة.

La société- technique juridique d'organisation de l'entreprise

إن البحث عن طبيعة العلاقة بين الشركة والمؤسسة أمر صعب، لأن الأمر لا يتطلب فقط التعرف على ماهية الشركة، ولكن لا بد أيضا من تعريف المؤسسة، علما أن لهذه الأخيرة مفهوما اقتصاديا وليس قانونيا.

---

(82) : DE PAGE Philippe- MICHEL Hubert et VAN FRAEYENHOVEN Guy, La société d'une personne à responsabilité limitée, Academia, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 19 ; COIPEL Michel, op.cit., p. 216.

(83) : على سيد قاسم، مرجع سابق، ص 149.

أولا ــ مفهوم المؤسسة:

لما كانت فكرة المؤسسة ذات مدلول اقتصادي وليس قانونيا، وكان لا يوجد تعريف فقهي جامع مانع لها، فإننا سنشير إلى العناصر الجوهرية للمؤسسة بعد استعراض أهم التعاريف الفقهية المقدمة لها. وبعدها ندرس تعريف المؤسسة في التشريع الجزائري.

1 ــ التعريف الفقهي للمؤسسة:

الحقيقة أن الدراسات الاقتصادية قد ترددت بين تعريفات موسعة وأخرى ضيقة للمؤسسة، كما انقسم الفقه بصدد تعريفها إلى فريقين: فريق يعرف المؤسسة من جانبها الاقتصادي، وفريق آخر يرتكز على الجانب الاجتماعي لها.

أ ــ المؤسسة خلية اقتصادية:

تعرف المؤسسة من الجانب الاقتصادي بأنها:

" وحدة اقتصادية لها تنظيم مسبق، تستخدم وسائل بشرية ومادية، لإنتاج أو توزيع الثروات"(84)

كما تعرف بأنها "وحدة اقتصادية تجتمع وتتناسق فيها عوامل بشرية ومادية للنشاط الاقتصادي"(85)

---

(84) : « C'est une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préalable »
HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne-Marie, Droit dés affaires, 14ème éd., Sirey, Paris, 2001, p. 114.

(85) :« Une unité économique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique »
DELGA Jacques, Le droit des sociétés, Dalloz, Paris, 1998, p. 03 et s.

وتعرف كذلك بأنها " تنظيم يسعى إلى إنتاج سلعة أو تقديم خدمة للسوق من أجل الربح"[86]

يتضح من خلال هذه التعاريف أن عناصر المؤسسة هي :

عنصر التنظيم، إذ تستند المؤسسة على تنظيم مسبق، وبتوافر هذا العنصر يتم التنسيق بين العوامل البشرية والمادية.

ـ توفير عوامل مادية وبشرية.

ـ هدف المؤسسة، المتمثل في السّعي إلى إنتاج سلعة أو تقديم خدمة للسوق.

ـ موضوع المؤسسة، وهو سعي المؤسسة إلى تحقيق الربح، من وراء طرح سلع وخدمات في السوق" [87].

ب ـ المؤسسة خلية اجتماعية:

تعتبر المؤسسة في قانون العمل خلية اجتماعية، وتعرف بأنها "مجموعة من العمال تخضع لمسير واحد أو لمجموعة مسيرين، في إطار منظم لتشبه مركزا للتنسيق والتنظيم من أجل تحقيق أهدافها"[88].

---

[86] :CHAMPAUD Claude et PAILLUSSEAU Jean, L'entreprise et le droit commercial, Librairie Arnaud Colin, Paris, 1970, p. 76 ; OPPETIT Bruno et SAYAG Alain, Les structures juridiques de l'entreprise, 3ème éd., Librairies techniques, Paris, 1981, p.11 et s.

[87]: على سيد قاسم، مرجع سابق، ص 02 - 06.

[88]: رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2003، ص28.

وبهذا الوصف يتضح أن المؤسسة تتميز بعنصرين رئيسيين فيها وهما:

ـ العنصر البشري الذي يتمثل في مجموع العمال يكوّنون مجتمعا منظما رئيسيا.

ـ العنصر الاقتصادي الذي يتمثل في عنصر النشاط موضوع المؤسسة.

ويعتبر الميدان الاجتماعي أول ميدان اكتسبت فيه المؤسسة صفتها القانونية، وتم فيه الفصل بين المؤسسة ومؤسسها، لذلك تعرف بأنها " كل تنظيم مستقل ماليا في إطار قانوني اجتماعي معين، هدفه دمج عوامل الانتاج بغرض تحقيق نتيجة معينة ضمن شروط ملائمة، فهي تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة واستقلال مالي"[89].

2 ـ تعريف المؤسسة في التشريع الجزائري:

عرفت المادة الخامسة من القانون رقم 88 -01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية السالف الذكر، المؤسسة كما يأتي:

" المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/ أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم و / أو الحصص...".

وتنص المادة السابعة من القانون نفسه على أن:

---

[89]: رشيد واضح، المرجع نفسه، ص 27- 30.

« تتمتع المؤسسة العمومية الاقتصادية بالأهلية القانونية الكاملة، فتشترط وتلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة أجهزتها المؤهلة لهذا الغرض بمقتضى قانونها الأساسي، طبقا لقواعد التجارة والأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية والتجارية»

وتقضي الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون ذاته:

"..وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري، إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية".

وهذا ما تؤكده المادة الثانية من القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين التجاري[90] التي تنص على أن:

" المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري".

يتضح من المواد سالفة الذكر، أن المؤسسات العمومية تتمتع بالشخصية المعنوية، وهذا ما تؤكده المادة 49 من التقنين المدني كذلك[91]. ولكن هذا لا يعني أن المؤسسة الخاصة الفردية كذلك شخص

---

[90]: الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.

[91]: عدّد المشرع الجزائري الأشخاص الاعتبارية بموجب نص المادة 49 من التقنين المدني كما يلي:

" الأشخاص هي: ــ الدولة، الولاية، البلدية ــ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ــ الشركات المدنية والتجارية ــ الجمعيات والمؤسسات ــ الوقف ــ كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

معنوي له ذمة مالية مستقلة عن صاحبها، فالمشرع لم يذكرها ضمن الأشخاص الاعتبارية المذكورة في هذا النص، سواء قبل التعديل أو بعد التعديل بموجب قانون 05-10 سالف الذكر. وقد سبق وأن استعرضنا هذه المسألة، وقلنا إن مسؤولية التاجر أو الحرفي أو الصناعي الذي يؤسس مؤسسة فردية، هي مسؤولية غير محدودة عن ديونه الناتجة عن استغلاله لهذه المؤسسة، ولا يجوز له أن يخصص لها ذمة مالية مستقلة عن ذمته الخاصة، لأن هذا يتنافى مع مبدأ "وحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للتجزئة" الذي يقره المشرع الجزائري في المادة 188 من التقنين المدني[92]. ولتحقيق هذا الهدف كان هذا التاجر أو الحرفي أو الصناعي يلجأ إلى تأسيس شركات صورية. لذلك رأى المشرع، بإلحاح من هؤلاء التجار، أن تأسيس مؤسسة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة أمر واقعي ومفروض، ونتيجة ذلك أقر بها المشرع الجزائري، على غرار غيره من المشرعين، صراحة بإصدار الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 المعدل والمتمم للتقنين التجاري سالف الذكر، وقد نص المشرع صراحة في المادة 564 من التقنين التجاري على أنه:

" تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص.

---

[92]: تنص المادة 1/188 من التقنين المدني على ما يلي: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة، لا تضم إلا شخصا واحدا "كشريك وحيد"، تسمى هذه الشركة " مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة".

يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة لجمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل...".

من خلال ما سبق، يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعرف المؤسسة مستقلة عن الشركة، مؤسسة عمومية كانت، أم مؤسسة فردية. وهذا لا يعني، كقاعدة عامة، أن المؤسسة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إن لم تتخذ شكل شركة، فقد قلنا بأن المؤسسة العمومية شخص اعتباري وفقا للمادة 49 من التقنين المدني سالف الذكر، وبالتالي لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم مؤسسيها، في حين تمتع المؤسسة الفردية بالشخصية المعنوية لا يزال محل جدل فقهي.

ثانيا ـ الطبيعة القانونية للمؤسسة:

إن الهدف من دراسة الطبيعة القانونية للمؤسسة، هو معرفة هل للمؤسسة شخصية قانونية وذمة مالية مستقلتان عن مؤسسها؟

لتحديد الطبيعة القانونية للمؤسسة ظهرت نظريتان هما:

النظرية المادية: ترى بأن المؤسسة هي مجموع من الأموال مخصصة للإنتاج، وهذا رأي أصحاب المذهب الماركسي والرأسمالي، حيث ينظرون إلى المؤسسة من زاوية مالكها، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، فالمؤسسة عندهم هي مجرد مال محل للملكية، وبذلك تُكيف بأنها "موضوع الحق".

النظرية الشخصية: ترى بأن المؤسسة كائن اجتماعي un être collectif له شخصية قانونية مستقلة، وبالتالي تُكيف المؤسسة بأنها صاحبة حق تتمتع باستقلالية في القرار وبذمة مالية مستقلة[93].

يتضح مما سبق أن الفقه متردد في تحديد الطبيعة القانونية للمؤسسة، فهناك من يرى أنها تمثل موضوع الحق Objet de droit وهناك من يرى أنها صاحبة الحق Sujet de droit لها صفة الشخص القانوني تكتسب حقوق وتتحمل بالتزامات[94].

إن القول بأن المؤسسة "صاحبة حق" يعني أنها تتمتع بحقوق (حق ملكية، حق إبرام عقود، التقاضي،..) وتتحمل بالتزامات (دفع ضرائب، ديون...)، ويعني ذلك قانونيا أن لها شخصية قانونية، وإن لم تكن صاحبة حق فإن مالكها هو الذي يقوم بهذا الدور، أو تستعين بالإطار القانوني للشركة لتحقيق ذلك[95].

---

[93]: يميل إلى هذا الرأي الفقيه DESPAX الذي يرى بأن المؤسسة "صاحبة حق حديث النشأة".أنظر:

DESPAX Michel, L'entreprise et le droit, L.G.D.J, Paris, 1957.
Cité par : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit. ,n° 137, p.111.

كما أن المعاهدات المؤسسة للاتحاد الأوروبي تكيّف المؤسسة بأنها صاحبة حق، نذكر من بينها المواد 33 إلى 36 والمواد 60 و65 و 66 من المعاهدة المؤسسة لـ C.E.C.A ، المواد 17 و 24 و40 وغيرها من المواد، المعاهدة المؤسسة لـ Euratom، المواد 52 و 80 و 85 و 86 من المعاهدة المؤسسة لـ C.E.E. أنظر:

EZRAN- CHARRIERE Nadine , Ibid ,p.110, note 1.

[94] : Ibid., n° 136, p.110.

[95] : DE BERCEGOL PHILIPPE et DUQUENNE André et LEMAITRE Patrick, Le droit et l'entreprise, Librairie Vuibert, Paris, 1995, p. 137.

وبذلك توصل الفقه الحديث إلى أن الشركة هي "تقنية قانونية لتنظيم المؤسسة"[96]، حيث أصبحت الشركة مظهرا من مظاهر المؤسسة، ذلك لأنها تسمح بتجميع ووضع رأسمال مناسب لخدمة نشاط المؤسسة ونموها، كما أنها تقنية لتسيير وإدارة الأموال المخصصة لنشاط المؤسسة، وهي وسيلة لتنظيم العلاقات بين مختلف الأعضاء التي تسير وتدير هذه المؤسسة، بحيث تحدد اختصاصات كل عضو[97].

وبعبارة أخرى، يسعى التنظيم القانوني للشركة، بكل أشكالها، إلى إشباع حاجة المؤسسة في الاستقلال القانوني والإداري والمالي، حتى تستطيع أن تحقق المصالح الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بها.

وخلاصة القول هي أن الشركة شكل قانوني مناسب لتنظيم المؤسسة، يسمح لها بالتمتع بمزايا الشخصية القانونية[98].

الفرع الثاني: الشركة والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة.

سبق القول إن التشريعات الحديثة تجيز للشخص الواحد تأسيس شركة الشخص الواحد بإرادته المنفردة، وهذا يؤدي إلى إنشاء شخص معنوي

---

(96) : CHAMPAUD Claude, « Le droit des sociétés à l'aube de XXI siècle », Revue des sociétés., 2000, p. 77 ; PAILLUSSEAU Jean, « L'E.U.R.L ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », op.cit., n°128, p.235 ; « Les fondements du droit moderne des sociétés », op.cit.,n°51 ; « Qu'est- ce que l'entreprise ? », Les petites affiches, n°43, 1986, p. 36. ; LE CANNU Paul, « La notion juridique d'entreprise », Les petites affiches, n°58, 1986, p.p. 22 -23.

(97) :CHAMPAUD Claude et PAILLUSSEAU Jean, L'entreprise et le droit commercial, op.cit., p. 77.

(98) : « La société permet très simplement la personnalisation juridique de l'entreprise »
PAILLUSSEAU Jean, « Les fondements du droit moderne des sociétés », op.cit., n° 51.

بتصرف قانوني منفرد للشريك الوحيد. وهذا يطرح مشكلا يخص ماهية القيمة القانونية لهذا الشخص المعنوي في القانون الوضعي، وما هو تكييفه بالنسبة إلى قانون الشركات؟[99].

أولا ــ التصرف القانوني بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام:

يعرف الفقه التصرف القانوني بالإرادة المنفردة بأنه : " ظاهرة من ظواهر الإرادة من خلالها يقوم الشخص بمفرده بتحديد الآثار القانونية، سواء كانت هذه الآثار عليه أو لصالحه"[100].

لا شك أن الإرادة، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد، تنتج آثارا قانونية. ولا يختلف الفقهاء حول قدرة الإرادة المنفردة على ذلك، حتى ولو لم ترتبط بإرادة أخرى، ومن أمثلة ذلك: إجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا، قبول المنتفع للاشتراط لمصلحة الغير، إقرار الأصيل تصرف النائب الذي تجاوز حدود نيابته، الوعد بجائزة الموجه للجمهور، الإيجاب الملزم، الوصية، عزل الوكيل.... ولكن الخلاف الذي وقع بين الفقهاء كان حول دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات، واعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام كالعقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع[101].

---

(99) : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit. , n°141,p.116.

(100) : CARBONNIER Jean, Droit civil, « Les obligations », 22ème éd, Tome 4, P.U.F, 2000, n°14 , p.47.

(101): خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 181 ؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،

ينظر الفقه التقليدي وغالبية الفقه الحديث في فرنسا إلى الالتزام باعتباره علاقة بين شخصين، وبالتالي لا يتسنى للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما أو تنقله أو تعدله. ولكن هناك نظرية مقابلة في الفقه الألماني، تعترف للإرادة المنفردة بدورها كمصدر من مصادر الالتزام إلى جانب العقد، وقالوا في تبرير رأيهم، إن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن نعترف للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشاء الالتزامات، خاصة وأن تلك الإرادة قادرة على أن تلتزم عند اقترانها بإرادة أخرى، وبالتالي ينبغي أن نعترف لها بأنها تستطيع أن تلتزم بمفردها[102].

وقد كرس هذه النظرية التقنين المدني الألماني في المواد 104 إلى 185 وهذا ما لا نجده في القوانين التقليدية المماثلة. ولقد تأثر الفقهاء الفرنسيون بهذه النظرية، منهم الفقيه Duguit.[103]

الجزائر، 1999، ص 334؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، فقرة 906، ص 1445.

[102]: أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص228 ؛ خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 186.

[103] : EZRAN-CHARRIERE Nadine, op.cit. , n°142, p.118.

تاريخيا أول دراسة علمية قدمت حول موضوع "الالتزام بإرادة منفردة" هي للفقيه النمساوي Siegel ، وكان ذلك سنة 1873 ولكن يعود الفضل في تطوير هذه الفكرة إلى استقلالية الإرادة في إنشاء الالتزامات، إلى الفقيه Alfred Rieg

Alfred RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, Paris, L.G.D.J, 1961, p. 426 et s

وعلى خلاف التشريع الألماني، فإن التشريع الفرنسي خال من أي نص في التقنين المدني، يتضمن التصرف القانوني بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، بل يتضمن فقط بعض التطبيقات ويعتبره مصدرا خاصا للالتزام [104].

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر بالتشريع الألماني في هذه المسألة، ذلك لأنه عدل من الأحكام العامة المتعلقة بالالتزامات والعقود بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للتقنين المدني، سالف الذكر، حيث أضاف إلى الباب الأول منه المتعلق بمصادر الالتزام، فصلا ثانيا مكررا يحمل عنوان: الالتزام بالإرادة المنفردة، وبالتالي أضيف هذا الالتزام الأخير إلى تعداد مصادر الالتزام وهي القانون، العقد، العمل المستحق للتعويض، شبه العقود (الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة)، مما يبين بوضوح أن الالتزام بالإرادة المنفردة مصدر عام من مصادر الالتزام، وليس مصدرا استثنائيا كما كان الأمر قبل التعديل[105].

ثانيا ــ دور الإرادة المنفردة في تأسيس شركة الشخص الواحد:

بمناسبة تعديل المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي سنة 1985، التي تقضي في الفقرة الثانية منها بأنه: "...يمكن تأسيسها (الشركة)، في

---

[104] : EZRAN- CHARRIERE Nadine, Ibid.

[105]:راجع الفصل الثاني مكرر تحت عنوان الالتزام بالإرادة المنفردة، المواد 123 مكرر و 123 مكرر1.

الأحوال المنصوص عليها في القانون، بالتصرف بالإرادة المنفردة"[106]، ثار نقاش فقهي حول دور الإرادة المنفردة في إنشاء شخص معنوي وإلزام صاحبه.

فقد علّق جانب من الفقه الفرنسي، على هذا النص المعدل لتعريف الشركة، بقوله إن هذا التعديل يعني أنه يجوز إنشاء شخص معنوي بإرادة منفردة، وبالتالي يمكن القول أن هذا الشخص المؤسس يفرض على الغير شخصا آخر، إضافة إلى الشخص نفسه، لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. فكيف يمكن ذلك، علما بأن المشرع الفرنسي لا يعتبر التصرف القانوني بالإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام؟[107].

وتساءل جانب آخر من الفقه بأنه، إذا كان المشرع الفرنسي يريد تطبيق نظرية "النظام" عند تعديله لنص المادة 1832 من التقنين المدني، فهل المفهوم "النظامي" للشركة يعطي تفسيرا واضحا لحالة التأسيس المباشر لشركة بإرادة منفردة للشريك الوحيد[108]؟.

إن الاعتراف القانوني لشركة الشخص الواحد يطرح مشكلة مدى استقبال قانون الشركات لنظرية الالتزام بالإرادة المنفردة. يرى جانب من الفقه، أن التصرف بالإرادة المنفردة تعبير عن الالتزام اجتماعيا بهدف

---

(106): تنص الفقرة الثانية من المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي بما يلي:
« ...Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.. ».

(107) : ZENATI Frédéric, op.cit., p. 778.

(108) : HALLOUIN Jean–Claude, « EURL - Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Juris- classeur société, fascicule 2145, 1990, p. 77 ; JEANTIN Michel, op.cit., n°27, p. 20.

المساهمة في حياة المؤسسة. ونتيجة لذلك، فإنه يكون للشركة التي تنشأ عن الالتزام بالإرادة المنفردة، نفس الخصائص ونفس النتائج التي تنشأ عن الالتزام الذي مصدره العقد[109].

خاتمـــــــــــة:

تعرف المادة 416 من التقنين المدني الجزائري الشركة بأنها "عقد"، مما يعني أن التشريع الجزائري، كغيره من التشريعات العربية، يأخذ بالمفهوم التعاقدي للشركة. فالأصل أن الشركة عقد بين شخصين فأكثر، وأن إنشاء شركة الشخص الواحد وفقا للقانون الجزائري هو استثناء من القاعدة.

فالمادة 564 من التقنين التجاري تنص على ما يلي:

" تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص...".

ونخلص مما سبق إلى إبداء الملاحظات الآتية:

1 ــ مع أن المشرع الجزائري قد اعترف رسميا بشركة الشخص الواحد، فإن تعريف الشركة الوارد في نص المادة 416 من التقنين المدني لم يمسه أي تعديل، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي والبلجيكي اللذين عدلا تعريف الشركة في التقنين المدني.

---

(109) : EZRAN- CHARRIERE Nadine, op.cit. , n°143, p. 121.

2 ــ كان على المشرع الجزائري أن يستدرك هذا التناقض في التعديل الأخير للتقنين المدني بموجب القانون رقم 05-10 سالف الذكر، والقانون رقم 07-05 سالف الذكر، ولكنه لم يفعل.

3 ــ قد يفهم من موقف المشرع الجزائري أنه، من جهة، يأخذ بالمفهوم التعاقدي للشركة، وأن إجازته تأسيس المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، كنمط جديد للشركة ذات المسؤولية المحدودة، ليس إلا استثناء من القاعدة، "والاستثناء يحفظ ولا يقاس عليه". غير أنه، من جهة أخرى، أجاز تأسيس شركة الشخص الواحد المدنية بموجب الأمر رقم 06-07 المؤرخ في 15 جويليه 2006 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[110]، الذي تنص الفقرة الثانية من المادة 208 مكرر منه على أنه:

" يمكن استغلال المؤسسات الاستشفائية الخاصة من قبل المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة..."

4 ــ إن المشرع الجزائري لم يساير التطور الحديث للشركات في التشريع الفرنسي الذي يجيز تأسيس شركة مساهمة مبسطة من شريك واحد SASU [111]، والمؤسسة الفلاحية ذات المسؤولية المحدودة

---

[110]: الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 19جويليه 2006 .

[111] : Loi n° 99-587 du 12/07/1999 sur l'innovation et la recherche , J.O du 13 juillet 1999.

EARL [112]، وشركات المهن الحـرة SEL [113]إلى جانب المؤسسـة ذات الشخص الوحيـد وذات المسؤولية المحدودة EURL.

5 ــ لقد رأينا أن التشريعات الحديثة تعرف طريقتين لتأسيس الشركة هما العقد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة، وبالتالي فإن إنشاء شركة الشخص الواحد ليس استثناء.

6 ــ يعترف الفقه الحديث بدور الإرادة المنفردة في تأسيس شركة الشخص الواحد، والحقيقة أن المشرع الجزائري قد اعترف بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام إلى جانب العقد، عند تعديله للتقنين المدني بموجب القانون رقم 05-10 سالف الذكر. وما دام الأمر كذلك فلماذا لا يسمح للشخص الواحد بأن ينشأ ما يريد من أنواع الشركات التجارية والمدنية بإرادته المنفردة؟

إن هذا يستلزم تعديل تعريف الشركة الوارد في المادة 416 من التقنين المدني، ووضع فقرة خاصة تنص على ما يأتي:

" كما قد تنشأ الشركة بالإرادة المنفردة للشخص الواحد، في الأحوال المنصوص عليها في القانون"

---

[112] : Loi n° 85-697 du 11/07/1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée , J.O. du 12/07/1985, p. 7862.

[113] : Loi n° 90-1258 du 31/12/1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales modifié par l'article 31 de la loi n° 99-515 du 23/06/1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JO. Du 24/06/1999. Cités par : CUTAJAR Chantal, op.cit., p.48.