الطبيعة القانونية للشركة : رؤية حديثة

The legal nature of society : new vision

بالطيب محمد البشير *
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة قاصدي مرباح – ورقلة (الجزائر)
bettayeb.mouhamed@univ-ouargla.dz

تاريخ الإرسال: 2019/11/30 * **تاريخ القبول:** 2020/01/31 * **تاريخ النشر:** 2020/06/01

ملخص:
جاءت المادة 416 من القانون المدني الجزائري قاصرة على أن تبت في طبيعة الشركة القانونية، حتى و إن وصمت الشركة على أنها عقد فان ذلك دفع الفقه للدخول في جدال عميق حول ماهيتها. فالعقد لا يكفي للإحاطة بكافة جوانب الشركة باعتبارها شخص معنوي تتداخل فيه مصالح فئات مختلفة، و العقد لا يوفر ذلك الحل الموفّق بين كل هذه المصالح وهو ما فسح المجال أمام فكرة النظام القانوني المستمدة من القانون العام. يهدف البحث إلى إبراز أهمية الجدال الفقهي حول الشركة على ضوء ما استجد من نظريات مسّت قانون الشركات، إذ نحاول من خلال التحليل و الوصف لمجمل الأفكار المطروحة إظهار الرؤية الحديثة لطبيعة الشركة. تتمحور الرؤية الحديثة في حتمية منح العقد الدور الجديد وهو أن يغدو وسيلة بيد المساهمين لتنظيم مسائل حياة الشركة، وعدم حصره فقط في قيام الشريك بالتعبير عن إرادته في تأسيس الشركة.
الكلمات المفتاحية: الشركة التجارية – العقد – النظام القانوني – الظاهرة العقدية – فقه المؤسسة.

Abstract:
Article 416 of the Algerian Civil Code does not provide a decisive explanation of the legal nature of the company. Even if it considered the company as a contract, it prompted the doctrine to engage in a thorough debate on its nature. The contract is not sufficient to capture all aspects of the company as a legal entity in which the interests of the different categories interfere. In addition, the contract does not provide a consensual solution between all these interests. This led to opening the door to the concept of legal system inspired by public law. The aim of our research is to highlight the importance of the doctrinal debate on the nature of the company dealt with in companies law. By analyzing and describing the current ideas, we try to show the modern vision of the nature of the company. The new vision is to give the contract a new role which is to become a means for the sake of shareholders to be able to organize the issues of the company's life, and not to limit it to just expressing the partner their will in founding the company.
Key words: *commercial company-contract-institution- phenomenon of contract-company doctrine*

*** المؤلف المرسل**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

إن الاهتمام بالشركات التجارية و دراستها بالغ الأهمية ، لأنها الأشخاص الاعتبارية الوحيدة القادرة على استغلال المشاريع الصناعية و التجارية الكبرى ، كما أنها الإطار القانوني الأمثل الكفيل بتمكين الأفراد من تنفيذ نشاطاتهم في امن قانوني ، فمن بين مظاهر الأمن القانوني أن الشركة تعتبر - من منظور القانون الخاص- وسيلة مثلى للحد من قوة رجوع الدائن على الشركاء ، إذ يلزم دائما أن ينحصر الرجوع في الذمة المالية للشركة قبل التنفيذ على أموال الشركاء (بالطيب محمد البشير،2017،ص289)، يكتسي هذا المظهر أهمية في ظل التشريعات التي تأخذ بنظرية وحدة الذمة المالية ، و الحقيقة أن الشركة لا تقف أهميتها عند هذا الحد فهي من جهة أخرى أفضل الكيانات المؤهلة لتبنّي المشروعات الصناعية و التجارية النوعية ، التي تستلزم رؤوس أموال كبيرة كشركات المساهمة (أحمد محمد محرز،1997 ،ص 3)، إن أهمية الشركات تكاد تكون من الأمور المسلم بها في الواقع ، لذا فالفقه لا يقف كثيرا على إبراز أهميتها بخلاف مسألة طبيعتها القانونية التي نالت من الفقهاء قسطا كبيرا من الاهتمام.

لقد ظل الفقهاء ردحا من الزمن على جدال عميق حول الطبيعة القانونية للشركة التجارية، فيما إذا كانت عقدا أم نظاما قانونيا (فوزي محمد سامي ، 2010، ص246). غير انه ما لبث أن أصاب ذلك الجدال خمولا بدءا من ستينيات القرن الماضي، بل إن الفقه ترك البحث حول طبيعة الشركة (Michel Jeantin, 1994,p20).

إن من أهم خصائص الفكر القانوني هي القابلية للتطور ، إذ يعمل الفقهاء على إنشاء نظريات جديدة ، و قانون الشركات ليس بمنأى عن هذا التحديث . إن أهم التيارات الفقهية التي مست أحكام الشركات هو التيار العقدي ، أي ذلك المذهب الذي يرى بضرورة توسيع مجال العقد في صلب الأحكام الناظمة للشركات ، التي يغلب عليها النظام العام (Yves Guyon, 2003,p10).

لقد كان للأفكار العقدية الفضل في إحياء الخلاف الفقهي حول طبيعة الشركة من جديد و انبعاثه على أسس و أهداف مغايرة ، و لا أدلّ على أهمية هذا الفكر العقدي كونه قد أصبح من أهم الرؤى التي يستند عليها الساعون إلى تطوير أحكام الشركات، حيث أشهرهم السيناتور Marini الذي عمل من خلال تقريره المقدم إلى مجلس الشيوخ الفرنسي على إبراز أهمية المقاربة العقدية حيث جاء في مقدمة تقريره "بدءا من تقنين 1807 ، لقد ظل قانون الشركات الفرنسي مترددا بين المقاربة العقدية ذات المصدر الانجلوسكسوني ، و المقاربة النظامية التي تميّز التشريعات الجرمانية عادة . لكنه غلّب هذه الأخيرة التي جاءت طاغية على جل أحكامه. إن قانون 24 جويلية 1966 يواجه الآن تحديات عظيمة منها ضرورات الانفتاح العالمي ، و كذا حاجة المؤسسات للتطور قصد مواجهة و منافسة الشركات الأخرى في العالم ، و هي تحديات من شأنها أن تطعن في بناء القانون ككل و هو ما يفسح المجال أمام المقاربة العقدية للظهور" (Philippe Marini, 1996,p9). ناهيك عن استقواء الحاجة إلى الحرية التعاقدية في حياة الشركات التجارية ، إذ ظلت هذه الأخيرة حبيسة القواعد الآمرة التي كبّلت الشركاء في تنظيم بعض مسائل الشركة وفقا لاحتياجاتهم بل و حبست أنفاس الشركات - باعتبارها أهم المتعاملين الاقتصاديين داخل الدولة - عن المبادرة و الحرية في تصميم المسائل المرتبطة بحياتها على أسس تعاقدية (Philippe bissara , 1990, p547).

وعلى ضوء سلوك الفقه تجاه مسألة طبيعة الشركة و الذي تميّز بين هجران الخوض فيها تارة و انبعاثها تارة أخرى سنعالج إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للشركة و العمل على إبراز الأرضية الجديدة التي بات الفقه يعوّل عليها في كل مرة تعرض عليه إشكالية تحديد طبيعتها.

ولمعالجة هكذا الإشكالية ارتأينا أن يتّبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي ، المنهج القانوني الذي يتلاءم مع طبيعة الإشكالية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكانت الخطة المعتمدة تساير بشكل كبير مسار الفقه في تعرّضه لمسألة الطبيعة القانونية ، مما يقتضي أن نبرز من خلالها ما يميّز النظريات التي تصدّت لتحديد الطبيعة ، وبما أن الطابع العام لسلوك الفقه كان منحصرا في موقفين رئيسيين هما الهجران والانبعاث، ارتكزت الخطة على محورين هما: هجران الفقه لمسألة طبيعة الشركة وانبعاث جدلية الطبيعة القانونية للشركة.

1. هجران الفقه لمسألة طبيعة الشركة

لقد انشغل الفقه الكلاسيكي كثيرا بمسألة معرفة الطبيعة القانونية للشركة ، لكنه تراجع عنها بعد ثبوت انعدام المنفعة من هكذا جدال ، فلم تعد مسألة عقدية الشركة أو نظاميتها بذلك البريق لدى الفقه الحديث . إلا انه بات ينظر للمسألة من جانب أخر ألا و هو الغاية ، فالبحث عن الغايات من وراء العقد أو النظام أصبح الأساس الرئيسي عند الخوض في موضوع طبيعة الشركة . و رغم ذلك لا ينفي الفقه الحديث تفوّق فكرة النظام على فكرة العقد بهذا الخصوص (Philippe merle,2003, p37).

1.1.موقف الفقه الكلاسيكي من طبيعة الشركة

يعتبر موقف الفقه الكلاسيكي إزاء طبيعة الشركة من المواقف المشهورة في قانون الشركات حيث انقسم الفقه إلى رأيين رئيسيين ، احدهما يذهب إلى اعتبار الشركة عقد ، و يذهب الرأي الأخر إلى القول بأنها نظام.

أ- الشركة عقد

إن وصف الشركة بكونها عقد فكرة قديمة ، من أثار القانون الروماني التي ظلت سائدة لفترة من الزمن ، و التي جسّدها Domat و Pothier في كتاباتهم ، كما أن أهم الفقهاء المعاصرين نادوا بها أشهرهم Hamel، Lagarde ، و jaufret (j-hamel et autres, 1982, p250).

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

حقيقة إن ما يذهب إليه أصحاب الطبيعة العقدية لا يمكن إنكاره جملة و تفصيلا ، فالشركة فعلا تحتاج إلى الإرادة حتى تنشأ ، أي أن رضا الشريك منفردا يعد شرطا أساسيا حتى تقوم الشركة صحيحة ، فالمشاركة في تأسيس شركة ما هو عمل إرادي حتى و إن كان من جانب واحد (Bee Receveur, 2013,p4). فالإرادة من هذا الجانب من شأنها أن تميّز عقد الشركة عن التجمعات الجبرية ، التي يجد أعضاؤها أنفسهم مكرهين على الانضمام فيها دون الحاجة إلى رضاهم ، و هي تجمعات لا تنحصر فقط في القانون العام كالمنظمات المهنية و إنما توجد أيضا في تجمعات القانون الخاص كجماعة أصحاب سندات الاستحقاق (Yves Guyon,2003,p96).

تستمد فكرة الشركة عقد قوتها من مبدأ سلطان الإرادة (g-ripert et autre, 2002,p12)، لذا مُنحت الإرادة الفردية قوةً لتبرير العديد من المراكز القانونية من بينها الشركة ، و عليه جاء نص المادة 416 المذكور ينص صراحة على أن الشركة عقد بل و أن هناك كثير من النصوص المنظّمة للشركات تكرّس تقنية العقد. منها مثلا وجوب مراعاة شروط العقد و أركانه عند تأسيس الشركة كالتراضي و المحل و الأهلية ، و كذا يمكن أيضا تبرير بعض جوانب حياة الشركة بالرجوع إلى مفهوم العقد كما هو الحال في الوكالة الممنوحة لمسيّر الشركة في أعمال التسيير (Philippe merle,2003,p37).

رغم إن أصحاب فكرة عقدية الشركة يقرّون بطبيعة الشركة على هذا الأساس إلا أنهم يحتفظون لهذا العقد بخصوصية تجعله متميّزا عن العقود الأخرى ، فعقد الشركة حسبهم يظل من عقود التنظيم (contrat

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

d'organisation) خلافا للعقود التبادلية كالبيع مثلا أين تتعارض مصالح الأطراف المتعاقدة ، أما الشركاء في عقد الشركة فمصلحتهم واحدة (Paul didier,1995,p74).

لم تسلم نظرية العقد - في تفسير طبيعة الشركة - من النقد ، لأوجه عديدة منها أن تأويل نص المادة 416 المذكورة المكرِّس للطبيعة العقدية للشركة قد تجاوز حدود النص ، فلفظة العقد الوارد بالنص لا يمكن إسقاطها على الشركة بكامل معناها ، فالشركة اقرب إلى أن تكون تصرّفا من جانب واحد لكنه تصرّف جماعي (j-flour et autre,1996,p200). و هو تصرف يتشابه فيه محتوى الإرادات لدى الأطراف و هدف تعاقدهم واحد. و هو ما يصدق على الشركة نفسها ، فالشريك يهدف من مشاركته في تأسيس الشركة إنشاء شخص معنوي جديد بغية اقتسام ما ينشأ من أرباح و تحمّل الخسائر (نسير رفيق، 2014،ص116).

كما أن العقد لا يسمح بمفهومه المعتاد بتفسير جوانب عديدة من الشركة كشخص معنوي ، فالشركة لا تنشأها إرادة الشركاء فقط ، بل إن ظهورها و اكتمالها يتم بعد إتمام إجراءات شكلية و إدارية كالنشر بالسجل التجاري ، فمثل هذا الإجراء هو الكفيل بأن يمنح للشركة وجودها القانوني في مواجهة الكافة . غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فإرادة الشركاء تعجز عن تنظيم كثير من مسائل الشركة نفسها لان المشرع تولى ذلك بنفسه فوضع أحكاما أمرة في اغلبها، يشتد أثرها في أشكال محددة من الشركات كشركات الأموال (kevorkian,1968, p97).

لقد أراد المشرّع من وراء التنظيم المفصّل للشركات التجارية أن يمنح لها استقلالية تامة عن شخوص الشركاء المؤسسين لها ، فأنشأ لها شخصية معنوية تجعلها هي المخاطب من طرف الغير لا الشركاء ، كما أن مصلحتها لا تتقاطع مع مصالح الشركاء و إنما تسمو عليها ، و لم يترك آلية القرار لقاعدة الإجماع و إنما يكفي أن تتخذ الأغلبية قرارا معينا حتى يصير نافذا في مواجهة جميع الشركاء . فالمشرع إذن حدد للشركاء قوالب مفصّلة ما عليهم سوى أن يختاروا الشكل الملائم لنشاطهم التجاري و حجم التمويل المرصود من طرفهم للانطلاق فيه ، و لهذا كانت الشركة عقدا مسمّى لا يمكن للشركاء خلق شكل جديد من طرفهم (Yves guyon,p96).

يبدو انه في ظل أحكام التشريع الناظم للشركات لا يمكن للعقد أن يكون أساسا لتفسير تلك الأحكام و أن يستوعب جميع مسائل الشركة ، لذا أصبح ثابتا أن التفسير العقدي بات قاصرا ، و هو السبب الحقيقي الذي جعل المشرع يجنح إلى مفاهيم النظام العام و القواعد الآمرة في تنظيم الشركات أي إلى فكرة النظام القانوني.

ب- الشركة نظام قانوني

لقد عمل مؤيدو فكرة الشركة نظام على تطبيق نظرية النظام القانوني المستلهمة من مفاهيم القانون العام ، لرائدها و مصممها الفقيه Hauriou ، تذهب فكرة النظام القانوني في اتجاه من شأنه أن يبعد الشركة عن مفهوم العقد تماما (m ch-monsallier,1998,p10) ، يعرّف Hauriou النظام القانوني على انه قبول مجموعة من الأشخاص أو منظمة اجتماعية ما على اتباع مصلحة مشتركة من خلال تطبيق قاعدة الأغلبية ، فمن شأن هذا التنظيم إذن أن يحفظ و بشكل مستمر حالة من السلم الاجتماعي لمصلحة المنظمة أو المجموعة من الأشخاص . و يعد السلم الاجتماعي في هذه الحالة المقابل الذي يتحصل عليه الأعضاء نظير الالتزامات التي يدينون بها تجاه المنظمة ككل (Eric millard, 1995,p381).

يتضح من التعريف المساق لنظرية النظام القانوني على أنها تتجاوز حدود الفرد الواحد و تنتهي إلى جعل إرادات الأعضاء خاضعة ، بل إن هذه النظرية تسمح بتفسير إمكانية تجاوز مصلحة الشريك تحقيقا لمصلحة الشركة و الغير ، كما أن المشرّع جنح لها في الإطار العام عندما نظّم الشركات التجارية ، عندما نجده مثلا يقرّ بسموّ مصلحة الشركة على مصالح الشركاء و كذا تعزيزه لمجال النظام العام و حصر دور العقد ، أو مثلا اعتماد قانون الأغلبية في تسيير الشركة و تجاوز حدود مفاهيم الوكالة عند قيام المسيّر بإدارة الشركة (j-mestre,1996,p20).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رغم أن نظرية النظام القانوني طغت على أحكام الشركات التجارية ، إلا أنها لم تسلم من النقد أيضا ، فهي مثلا تفتقر للدقة و الضبط ليس عند تطبيقها فقط بل من ناحية مفهوميتها من المصدر ذاته (m-jeantin,1996,p10) ، حتى ان Hauriou و من آزره في فكرته قد اختلفت تعريفاتهم لهكذا مفهوم ، كما أن نظرية النظام القانوني لا تستجيب للأوجه التي يثيرها أصحاب النظرية العقدية في تحديد طبيعة الشركة ، كما أن هذه النظرية قد تجلّى ضعفها بصدد الشركات التي يطغى عليها العقد كشركات الأشخاص، خاصة شركة المحاصة (f-derrida, 1968,p43).

حقيقة انه من خلال عرضنا للنظريتين معا العقدية و النظامية يتضح أن كليهما لا تكفيان لبت الأمر حول طبيعة الشركة التجارية من الناحية القانونية ، كما أن الجدال الفقهي حول طبيعتها لا يجرّ بفائدة سوى ما كانت منها أكاديمية يسردها الفقهاء في كتاباتهم ، فكان ذلك سببا لهدوء الفقه و تخليه عن الخوض في طبيعة الشركة . بيد أن الفقه الحديث أراد أن يغيّر من نظرته لمسألة طبيعة الشركة حيث بات يهتم بالغايات في المفاهيم.

2.1. موقف الفقه الحديث

يعد الفقيه Ripert من أوائل الذين أيدوا فكرة كون الشركة ما أنشئت إلا لتحقيق غاية ، غير أن الفضل يرجع لمدرسة rennes في صقل و إتمام تصميم هذه النظرية ، التي يمكن أن نطلق عليها نظرية الغاية (la théorie de la finalité) ، لقد قام الأستاذان champaud و paillusseau بعمل عميق في تطوير ما قدّمه Ripert و إدراج جملة من الأفكار القيّمة في فقه الشركات التجارية (c-champaud ,1962,p20).

في رسالته المعنونة بـ : شركة المساهمة كتقنية لتنظيم المؤسسة ، دافع paillusseau عن فكرة أن الشركة ما هي إلا تقنية أو أداة قانونية صمّمت لخدمة المؤسسة كوحدة اقتصادية مهما كان نشاطها ، ثم أردف رسالته تلك بمقال ذكر فيه " إن مفهوم الشركة التقليدي هو بالأساس ذو بعد تقني لذا يتجاهل - و هو بهذا الوصف – المظهر الوظيفي الذي ينبغي أن يكون بعدا أساسيا في مفهوم الشركة " (j-paillusseau, 1984, p3148).

و يضيف الأستاذ paillusseau أن المؤسسة و الشركة مفهومان أساسيان مختلفان ، فالمؤسسة هي تنظيم اقتصادي و ليست بالمفهوم القانوني و إنما مجرد مفهوم اقتصادي و اجتماعي . أما الشركة فالعكس من ذلك هي مفهوم قانوني بحت يسمح للمؤسسة بالدخول في الحياة القانونية و تنظيمها (j-paillusseau, 1993 ,p1).

من هنا يريد paillusseau إظهار مفهوم الغاية ، فالشركة بهذا المعنى جعلت لتلبّي حاجة معينة من خلال الشخصية المعنوية التي توفرها قانونا ، فهذه الأخيرة هي الطريق الذي يسمح للكيانات الاقتصادية بدخول الحياة القانونية و اكتساب الاستقلالية اللازمة لممارسة نشاط تجاري او اقتصادي ما من طرف مجموعة من الأشخاص.

لقد أصبح المفهوم الوظيفي للشركة مقبولا من طرف تيّار عريض من فقه الشركات التجارية ، و وجد بعضا من الصدى لدى المشرع ، إلا انه في واقع الأمر من شأن فكرة غاية الشركة هذه أن تدخلنا في منطق مغاير تماما ، بحيث أن الاقتصار على ربط مفهوم الشركة الوظيفي بالمؤسسة فقط هو تقييد لمجال النظرية ككل ، لان من المتصور أن تستغل الشركة لتنظيم مراكز قانونية أخرى كالشركة المنشئة بين طبيبين مثلا أو لتسيير ذمة مالية ، فهي بهذا المعنى الموسّع تعتبر من أهم الأدوات المحرّكة أو الدافعة للتطور في وقتنا الحالي ، في ما يعرف بالهندسة القانونية (j-terray , 1984,p3154).

لا شك أن فكرة الغاية التي أتى بها الفكر الحديث تضيف شيئا جديدا في تحديد طبيعة الشركة ، غير أنها في النهاية جاءت معززة لفكرة النظام القانوني ، بل إن أفكار مدرسة rennes التي فعلا أطلق عليها فقه المؤسسة لا تقوم إلا على فكرة النظام ، فالمؤسسة تحتاج فعلا إلى مصلحة خاصة بها تسمو على جميع المصالح الفئوية للأعضاء المكوّنين لها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. انبعاث جدلية الطبيعة القانونية للشركة

لقد عادت من جديد إلى ساحة الفقه إشكالية الشركة و طبيعتها ، ليس لان الفقه ابتكر جديدا في هذا الشأن ، و إنما بسبب استقواء البعد العملي في مفاهيم القانون . حيث ما الفائدة من أن يُجزم في طبيعة الشركة دون أن تكون هناك فائدة عملية ، إذن فانبعاث الخلاف الفقهي حول طبيعة الشركة قد انطلق على أرضية جديدة ، يمكن حصرها في اشتداد الظاهرة العقدية المستلهمة من التشريعات الانجلوسكسونية من جهة ، و في حتمية التعايش بين العقد والنظام القانوني داخل الشركة نفسها من جهة أخرى.

1.2. تجدد الظاهرة العقدية

لقد كان قصب السبق في الدعوة إلى استلهام المبادئ المتطوّرة في الفقه المالي و الاقتصادي ذي المرجعية الأمريكية – فيما يتعلق ببناء مفهوم دقيق للشركة التجارية – هو الأستاذ couret الذي بيّن في مقاله الشهير أن نظرية المؤسسة تلفظ أنفاسها الأخيرة ، و أن مفهوم العقد أصبح مفهوما رئيسيا في دراسة سلوك شركات المساهمة ، ويرى couret - وهو المعروف بأفكاره التقريبية بين الاقتصاد و القانون – ضرورة تبني الأفكار النيوليبيرالية المجددة . غير أن دعوة couret التجديدية الحذرة هذه كان عليها أن تنتظر عديدا من السنوات لكي تجد لها مجالا مقبولا . وذلك بعد أن تمكّنت أفكار الحوكمة من اخذ المكانة اللائقة بها . إذ أن أهم مرتكزاتها الفكرية اعتبار المؤسسة مجرّد جملة من العقود المترابطة . و الحقيقة أن هذه الفكرة نتجت بفعل تأثير قانون العقود في أحكام الشركات التجارية (a-couret , 1995 ,p163).

قد اشتدت الظاهرة العقدية في حياة الشركات أيضا من خلال كثرة اللجوء لاتفاقات المساهمين ، و هي عقود تبرم بين مجموعات من المساهمين بهدف تنظيم مسائل دقيقة في حياة الشركة ، و التي اعترف بها المشرع في عدة نصوص و كذا أصبح القضاء يقبل بصحتها في شروط معينة ، لقد كان فعلا لاتفاقات المساهمين الأثر البليغ في الشركات التجارية خاصة المساهمة (a-alfandari , 1993 , p200).

كما اثبت الأستاذ daigre من جهته أن آثار حوكمة الشركات قد فعّلت من جديد جدلية الشركة و طبيعتها ، فالدلالة العميقة لهذه الأفكار هي تعزيز دور المساهم في الشركة على أسس عقدية تدور مدار ملكية الشركاء ، و أن المسيّر ما هو إلا وكيل عن الشركاء وهذا ما يراه البعض إحياءً لنظرية العقد لكن بتنظيم مغاير (j.j-daigre , 1996 ,p23).

تُعتبر الأستاذة goffaux-callebaut من ابرز الذين نبّهوا إلى أهمية الظاهرة العقدية التي باتت تمس حياة الشركات التجارية (geraldine goffaux-callebaut ,2008,p9) ، بل و تدخل في بناء بعض نصوص التشريع المنظّم لها ، إن التأكيد بوجود مثل هذه الظاهرة يحمل بعضا من التعارض ، فكما هو معروف على أحكام الشركات على أنها قواعد آمرة يغلب عليها النظام العام بل و هناك من يرى أنها لا تتلاءم مع احتياجات الشركات و الشركاء فكيف يمكن من هذه الناحية أن نتوقع من العقد – و هو اشد مظاهر المرونة - أن يلعب دورا في ظل هكذا أحكام . و في الواقع رغم أن التعارض موجود إلا أن الظاهرة العقدية موجودة أيضا بل و مكرّسة من طرف ممارسي قانون الشركات، فهم قد لجأوا إليها كرد فعل من اجل تنظيم أكثر دقة و ملائمة لاحتياجات الشركاء في مسألتي التعاون و وضع الشريك داخل الشركة ، و استغلال المساحات التعاقدية التي تركها المشرع للإرادة من خلال تطوير العقود المبرمة بين الشركاء على هامش القانون الأساسي (Philippe bissara , 1990, p547).

حقيقةً لقد قدّم الفقهاء جهدا كبيرا في تناول كل أبعاد الظاهرة العقدية في الشركات ، و المشرع بدوره حاول اعتمادها في بعض النصوص دون تعريفها ، فكل ما يمت لهذه الظاهرة بصلة يمكن إدراجه في إطار التجديد أو التيار المجدد في فقه الشركات التجارية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كان ينظر في البداية للظاهرة العقدية على أنها مجرد تبنّي لعدد من التقنيات التعاقدية الموجّهة لحماية النواة الأولى من المساهمين الأغلبية إزاء مخاطر عمليات الاستحواذ الخارجية عن الشركة (jacque mestre, 1991, p138) ، يبدو أن هذا التعريف يكشف نوعا ما دور العقد على انه أصبح وسيلة ، إلا انه حصر ذلك الاستعمال في مجال ضيّق فالواقع مثلا يشير إلى أن الأقلية أيضا يمكنها اللجوء إلى العقد من اجل تجميد بعض صلاحيات الأغلبية من خلال إبرام اتفاقات تصويت مثلا، أو أن يستعمل العقد أيضا في تنظيم التعاون بين شريكين يملكان نفس المساهمة في رأسمال شركة مشتركة بينهما ، أو أن يستعمل العقد في المحافظة على توزيع السلطة داخل الشركة (geraldine goffaux-callebaut ,2008,p10).

و يعرّف آخرون الظاهرة العقدية على أنها إعادة تنظيم هياكل الشركة المتعلقة بالتسيير و رأس المال فيها من خلال اتفاقات غير تأسيسية بين المساهمين خارجة عن القانون الأساسي (simonart , 1995,p75) ، و على العموم فان الظاهرة العقدية في قانون الشركات ما هي إلا الرغبة في استعمال العقد أو مجمل التقنيات التعاقدية من طرف الشركاء بقصد تسوية احتياجاتهم و التكيّف مع أحكام الشركات. دون البقاء – في النظر للعقد- على انه مجرد تفسير لطبيعة الشركة ، بل إن العقد أضحى - تحت غطاء الظاهرة المقوّية له - أداةً لتكييف الشركة بما يناسب حاجات الشركاء خاصة ما تعلّق منها بالتعاون فيما بينهم و بانتقال حقوق الشركاء المالية (geraldine goffaux-callebaut ,2008,p11).

لقد أفرزت الظاهرة العقدية العديد من القوالب العقدية ، يلجأ إليها المساهمون في تنظيم شتى مسائل الشركة اتفاقا ، فهم بهذه الطريقة يعتمدون على ما يجلبه واقع الممارسة في الشركات من اتفاقات تمّت هندستها ضمن مجال الحرية التعاقدية و مع اقتضاء شروط الصحة المعروفة كمراعاة للنظام العام و ألا تتعارض تلك الاتفاقات مع مصلحة الشركة نفسها ، إن أهم تلك القوالب العقدية اتفاقات المساهمين و هي اتفاقات غالبا ما تكون سرية تُعقد بين مساهمين في الشركة سواء كانوا أغلبية أم أقلية ، موضوعها تنظيم و رقابة حياة الشركة و حماية حقوق هذه الفئة من المساهمين (عبد الباقي خلفاوي ، 2015 ، ص236).

تتعدد اتفاقات المساهمين بسبب كونها نتاج إرادة المساهمين ، لكن الفقهاء استطاعوا أن يجعلوا لها فئات و مجموعات ، توجّه كل مجموعة منها لتمكين المساهمين من تنظيم مسألة بعينها ،فمثلا نجد حزمة من الاتفاقات تهدف إلى المحافظة على التوازن التأسيسي في رأس المال ، أو تلك التي تقيّد من التصرف حول الأسهم ، أو الاتفاقات التي يهدف من خلالها المساهمون تنظيم تسيير الشركة كاتفاقات التصويت ، والاتفاقات التي تنظم المركز القانوني للمسيّرين داخل الشركة.

على أن حرية الشركاء في اللجوء لتقنية العقد ليست مطلقة و إنما تتقيد بالنظام العام و مراعاة مصلحة الشركة كشخص معنوي يستقل عن شخوص الشركاء.

لقد ذهبت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي إلى ما يعزز من الظاهرة العقدية إذ جاء في قرار لها أن القانون الأساسي في الشركة هو إطار منظّم لعلاقات الشركاء فيما بينهم و لعلاقات الشركاء بالشركة نفسها (CJUE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc c/ Wolfgang Petereit).

2.2. الشركة مزيج بين العقد والنظام

إذا أخذنا بالاعتبار جميع أشكال الشركات المدنية منها و التجارية ، شركات الأشخاص و شركات الأموال، فانه حقيقة يمكن استخلاص عجز كلتا النظريتين - العقدية و النظامية - على تفسير طبيعة الشركة تفسيرا كاملا ، و من هنا كان الأحرى الجمع بينهما أي أن تمنح الشركة طبيعة هجينة ، جامعة بين العقد و النظام . رغم أن فكرة المزج ليست جديدة فهي أيضا لم تلق الصدى الملائم لها خاصة و أن صورتها النهائية لم تتجلى إلا بعد أن تبلورت حقيقة الظاهرة العقدية في شركات المساهمة كما بيّنا، تلك الظاهرة التي جعلت من العقد وسيلة لتسيير حياة الشركة ، و تمكين المساهمين من ضبط جوانب الشركة بحسب احتياجاتهم مع البقاء في حدود القواعد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآمرة و مراعاة مصلحة الشركة نفسها . يتضح إذن أن الغاية من تحديد طبيعة الشركة هو مصادمة العقد بالنظام بقدر ما هي إيجاد حل موفّق بين الفكرتين و لا يتم ذلك إلا بالنظر إلى العقد على انه وسيلة (paul didier , 1970 ,p299).

تشهد كتابات كثير من الفقهاء في قانون الشركات على أهمية التهجين بين العقد و النظام في بناء مفهوم الشركة، أشهرهم jeantin، guyon و mestre، الذين اجمعوا على أن الشركة لا عقد خالص و لا نظام خالص ، إن المقصود بالعقد هنا ليس فقط تعبير الشريك عن إرادته في دخول الشركة و إنما المقصود به تلك الأداة القانونية الموضوعة بيد المساهمين قصد تنظيم حياة الشركة (j.j-bertel , 1996 , p100).

بل و يذهب massart إلى أوضح من ذلك إذ يبيّن مدى تلاقي فكرتي العقد و النظام عندما قال أن الشركة ما هي إلا تجمّع منظّم ، ينظر إليه أصحاب العقد على انه منظم بأحكام عقدية و ينظر إليه أصحاب النظام القانوني على انه منظم بأحكام القانون (thibaut massart , 2006, p20).

إن التأكيد على فكرة المزاوجة بين العقد و النظام في تحديد طبيعة الشركة أمر بات واقعا ، لكن من جهة أخرى لا يمكن نفي غلبة إحداهما على الأخرى في أشكال محددة من الشركات التجارية ، كأن نلاحظ غلبة العقد في شركات الأشخاص خلافا لشركات الأموال أين النظام يشتد و ينحصر العقد . كما انه في الفئة نفسها تتراوح الغلبة بين العقد و النظام كما هو الحال في شركة التوصية بالأسهم أين يتراجع النظام فاسحا المجال أمام حرية الشركاء التعاقدية.و عليه تعتبر الشركة من الناحية القانونية عبارة عن عقد ، إلى جانب كونها منذ ظهورها عبارة عن شخص معنوي يتولد عن ذلك العقد ويكتسب كيانا قانونيا مستقلا عن شخصية الشركاء، وأمام التطور الكبير الذي طرأ على الحياة الاقتصادية والاجتماعية لم يعد مفهوم العقد قادرا على الإحاطة بكل الآثار القانونية التي تترتب على تكوين العقد، وان عوامل خارجية أملتها ضرورات عملية أدت إلى تدخّل المشرع بطريقة آمرة فتم تغليب فكرة التنظيم القانوني مع الاحتفاظ بفكرة العقد في الشركة التجارية (زكريا يمان ، 2017 ، ص2).

لا يخفي Bertel أهمية الانبعاث الجديد لإشكالية طبيعة الشركة ، فهذه المرة قد ظهر متعلقا بظهور مفهوم جديد في قانون الشركات ألا و هو مصلحة الشركة . حيث أن الفقه و هو بصدد تعريف هذا المفهوم احتدم من جديد الجدال حول طبيعة الشركة . نظرا لتراوح المفهوم بين الطبيعتين العقدية و النظامية ، فانقسم الفقه الى فريقين فريق يرى ان المصلحة المقصودة هنا هي مصلحة الشركاء أنفسهم لذا يعتقد هذا الفريق أن الشركة عقد و على رأسهم الأستاذ Schmidt فالشركة من هذه الزاوية ما أنشئت إلا لتحقيق مصلحة الشركاء و يتمثل ذلك أساسا في تمكينهم من الأرباح ، و بخلاف ذلك يرى الفريق الأخر أن المصلحة هنا هي مصلحة الشركة نفسها و ليس الشركاء فقط بل كافة الفئات الموجودة داخلها من دائنين و ممولين و أجراء...(j.j-bertel ,1997 , p131) ، و هي الفكرة التي تستقيم مع نظرية النظام القانوني فمن هذا المنظور تصبح الشركة بمجرد تكوينها و تأسيسها متعاملا اقتصاديا مستقلا ، تتعدى إرادته الإرادات الانفرادية التي شاركت في تكوينه ، و ينشأ معه مصالح أخرى مستقلة عن مصالح الشركاء ، و يتعلق الأمر بمصالح أشخاص تعاقدت معهم الشركة و نشأ على عاتقها التزامات . من بين هؤلاء الأشخاص الأجراء الذين لهم مصلحة في بقاء شركتهم التي يعملون بها لأنها مصدر عيشهم ، و كذلك المستهلكين لهم مصلحة في السير الحسن للشركة ، و كذلك الدائنين لهم مصلحة في الحفاظ على الذمة المالية للشركة لأنها ضمان لديونهم ، و كذلك الدولة لها مصلحة في الحفاظ على الشركة لأنها مصدر جباية لها (شبة سفيان ، 2008، ص4).

خاتمة

يبدو أن طبيعة الشركة قد نالت - كمسألة فقهية - اهتماما كبيرا من طرف الفقه ، فلم تتوقف أقلام الفقهاء بطرح أفكار هدفها بلوغ تكييف قانوني ملائم و بات حول طبيعتها ، إلا أن ذلك لم يتحقق ، فبقيت أطروحاتهم مجرد محاولات تثري الساحة الفقهية كلما جد جديد ، فانطلاقا من الذين رأوا أن الشركة عقد لإرادة الشركاء دور كبير

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيها ، راحوا يسوقون الحجج الداعمة لذلك – و هي حقا حجج جديرة بالاعتبار - جاء أصحاب الفكرة القائلة بان الشركة نظام قانوني يعارضون بها أصحاب فكرة العقد بالقول أن المشرع بتدخله الواسع في تنظيم الشركات قد قضى على مفهوم العقد في هذه الأشخاص الاعتبارية ، فلم يترك المشرع شيئا لإرادة الشركاء ، غير أن هناك من رأى أن لا واحدة من هاتين الفكرتين جزمت في الأمر، فظهر من يقول بان الشركة لا يبحث في طبيعتها بقدر ما يبحث في غايتها ، فهي أنشئت لتحقيق غاية ، فهي اقرب لأن تكون مؤسسة تتضمن مصالح عديدة لفئات متنوعة تندرج تحتها ، و الحقيقة أن فكرة الغاية هذه لم تأتي بجديد بالمعنى التام و إنما عززت من نظرية النظام القانوني. و أمام هذا التنوع الفقهي و الفكري حول الشركة و طبيعتها حاول البعض أن يعطي طابعا جديدا للجدال القائم ، فقالوا أن أهمية البحث لا تكمن في الجزم مطلقا بطبيعة الشركة عقدية كانت أم نظامية بل الأهم هو تحديد دور كل منهما في الشركة ، فإذا أردنا مثلا أن نتكلم عن العقد وجب في الحال هذه أن نحدد مجال العقد ذاته داخل الشركة ، بمعنى ما هي إمكانية المساهمين في استعمال تقنية العقد لتنظيم مسائل الشركة ، و كان من أفضال هذا الرأي انه سلّط الضوء على أهم الظواهر التي مسّت الشركات ألا و هي الظاهرة العقدية ، و إلى جانب هذا الرأي ظهر رأي أخر لا يقل أهمية عنه و هو الرأي الذي يسلّم من البداية بتعايش العقد و النظام في حياة الشركة التجارية فلا يمكن إقصاء احدهما و ترك الأخر.

يقول mercadal أن الشركة ليست عقد بالمطلق و لا نظام قانوني بالمطلق و إنما هي كيان تتعايش فيه أحكام عقدية و أخرى نظامية.

قائمة المراجع:

1- باللغة العربية

ا-الكتب

-أحمد محمد محرز، النظام القانوني لشركات المساهمة، دار النشر الذهبي، للطباعة، القاهرة، 1997

- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، الجزءالخامس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010

ب- المذكرات و الرسائل الجامعية

- بالطيب محمد البشير،الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2017.

- شبة سفيان ، مشاركة العامل الأجير في الشركات التجارية ،مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان ، 2008

- نسير رفيق، محاولة من اجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، رسالة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو ، 2014

ج-المقالات

- عبد الباقي خلفاوي ،الاتفاقيات بين المساهمين في شركة المساهمة، مجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة ، العدد 43، جوان 2015

2- باللغة الفرنسية

- Ouvrages :

-A-ALFANDARI,droit des affaires , Litec, paris 1993

-C-CHAMPAUD ,le pouvoir de concentration de la société par actions , SIREY 1962

-F-DERRIDA, de la nature juridique de la société par intérêt depuis la loi de 24 Juillet 1966, in mélange AUDINET , PUF , 1968

-G -RIPERT , R -ROBLOT,traité de droit commercial , t1, 18ème éd , par M-GERMAIN,LGDJ et DELTA, paris 2002

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-G- GOFFAU CALLEBAUT ,du contrat en droit des sociétés ; essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés , l'harmattan, paris2008
-J-FLOUR ,J-AUBERT,les obligations , t1, l'acte juridique ,7eme ed, paris1996
-J-HEMARD, P-MABILAT, F-TERRE, Sociétés commerciales, t1,paris 1978
-J-MESTRE, S-FAYE, lamy sociétés commerciales ,1991
-j.j-BERTEL ,le debat sur la nature de la société, in etude à alain SAYAG 1997
-Marie – Christine MONSALLIER, l'aménagement contractuelle du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, paris1998 eric millard, 1995,p381
-Michel JEANTIN ,droit des sociétés , Montchrestien, 3eme éd, paris 1994
-Philippe MARINI, modernisation du droit des sociétés, Rapports Officiels, Documentation Francaise, 1996
-philippe merle,droit commercial , sociétés commerciales, 9 eme éd , Dalloz , paris 2003
-P- DIDIER , droit commercial , PUF, THEMIS, 1970
-Yves GUYON, Traité de contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, 3eme éd, LGDJ, paris 1997

- articles :

-A-COURET ,le gouvernement d'entreprise, la corporate governance,D 1995
-J-PAILLUSSEAU, le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ 1993
-J- PAILLUSSEAU, Les fondements de droit moderne des sociétés, JCP, 1984,
-J-TERRAY ,la société une tradition bien vivante, jcp 1984,i 3154
-j.j-DAIGRE , le gouvernement d'entreprise, droit et patrimoine 1996
-j.j-BERTEL , droit des sociétés in lamy droit de l'entreprise 1996
-KEVORKIAN,quelques critiques pragmatiques de la loi de 1966 ,Gaz PAL , 1968
-Philippe BISSARA, L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et l'aléa des solutions, Rev soc 1990,
- P- DIDIER,le consentement sans l'echange ,contrat de société ,RJC 1995
-T-MASSART, Société (Contrat de), in Rép. sociétés, Dalloz, 2006

-Thèses :

-Bee Receveur. La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés. Droit. Université de Cergy Pontoise, 2013

-Arrêts de jurisprudence :

-CJUE, 10 mars 1992, Powell Duffryn plc c/ Wolfgang Petereit.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com