

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق و العلوم السياسية



الموضوع

الحقوق الأساسية للمساهم و مبدأ الحرية التعاقدية في شركة

المساهمة

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراة تخصص قانون خاص

من إعداد الطالبة:

بن غالية سمية فاطمة الزهراء

تحت إشرافه

أ.د بوغزة ديدن

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	- تشوار جيلالي
مشرفا و مقرّرا	جامعة تلمسان	أستاذ	- بوغزة ديدن
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	- بموسات عبد الوهاب
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	- مغربي قويدر

□ السنة الجامعية 2015-2016

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق و العلوم السياسية



الموضوع

الحقوق الأساسية للمساهم و مبدأ الحرية التعاقدية في شركة
المساهمة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة تخصص قانون خاص

من إحداد الطالبة:

بن غالية سمية فاطمة الزهراء

تحت إشرافه

أ.د بوغزة ديدن

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	- تشوار جيلالي
مشرفا و مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	- بوغزة ديدن
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	- بموسات عبد الوهاب
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	- مغربي قويدر

□ السنة الجامعية 2015-2016

تشكرات

من المروءة الوفاء و العرفان بالجميل لكل من قدم لنا يد
المساعدة من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.
نخص بالذكر أستاذنا المشرف الدكتور بوعزة ديدن الذي أكن
له كل الشكر و التقدير و الإمتنان .دون أن أنسى جميع أساتذتي
الأفاضل وعمال كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان و
كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة بالجزائر العاصمة.

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

أهدي ثمرة جهدي ،بحثي المتواضع إلى :
_ أعز و أغلى ما عندي في الوجود ،ينبوع الحنان الذي يرتوي
منه قلبي إلى التي لن أنسى فضلها عليا ما حييت ، أمي الحبيبة.
_ إلى من شجعني و درسني و علمني الحياة بعزة و شموخ،
مثلي الأعلى أبي العزيز.
_ إلى الذي واكب مسيرة هذه الأطروحة وعمل على جعل
الحلم حقيقة زوجي الغالي.
_ إلى أبنائي مصدر قوتي و نبراس دربي .
_ إلى أختاي العزيزتان.
_ إلى كل من جعل العلم غاية له و الصدق قانونا و الحكمة
منهاجا و شريعة.

الحمد لله الذي وفقني لهذا.

بن غالية س.ف.ز.

قائمة المختصرات الأساسية

T: Tome.

L.G.D.J: Librairie Général De Droit et De Jurisprudence.

Cass.Com: Cassation Commercial.

J.C.P: Juris Classeur Périodique.

Rev.Soc : Revue Société.

Rev .Jur.Com: Revue Juridique et Commercial.

P : Page.

Dec: Décembre.

Nov: Novembre.

ص: صفحة.

ج.ر: جريدة رسمية.

المقدمة

تعتبر شركة المساهمة من أهم أعمدة التطور التجاري والصناعي للدول فهي أداة لجلب المستثمرين وإغراء المدخرين على توظيف أموالهم ومدخراتهم؛ وذلك لأن مسؤولية المساهم فيها تكون محدودة تنحصر في حدود ما يقدمه من حصة في رأس مال الشركة التي تشكل سواء النقدية منها أو العينية مجموع رأس المال الذي يعول عليه في إنجاز الإستثمار الذي أسست من أجله الشركة، ومن دون رأس المال هذا لا يمكن أن تتأسس الشركة أصلاً حيث أن وجود رأس المال في الشركات أو على الأقل النسبة التي حددها المشرع فيما يتعلق بشركة المساهمة يعد من المستلزمات الأساسية للشركة⁽¹⁾.

ويبدو هنا واضحاً أن تقديم الحصص من قبل الشركاء هو إلتزام أساسي يقع على عاتقهم بمختلف صفاتهم (مؤسسين، مكتتبين)، والوفاء بأقيام هذه الحصص قد يمتد إلى ما بعد نجاح تأسيس شركة المساهمة في ضوء السماح التشريعي بوفاء جزء من رأس المال عند التأسيس وإلتزامهم هنا هو إلتزام مالي يقابله حق أساسي في توزيع الأرباح، وهو ما يجد تفسيره في المفهوم التعاقدى لشركة المساهمة؛ وهو الرأي السائد لدى الفقه في بداية القرن التاسع عشر؛ فشركة المساهمة عقد وأساس العقد وجوهره الشريعة العامة للمتعاقدين، فلا ينتج هذا التصرف إلا الآثار التي أرادها المتعاقدون، ولا تتحقق الآثار إلا طبقاً لما أرادوا، أو كما أرادوا، والنتيجة هي ثبات الحق بالعقد وعدم المساس به بعيداً عن رضا الأطراف بالإجماع⁽²⁾.

غير أنه في الفترة التالية كانت الحياة الاجتماعية مليئة بالإنقلابات الإقتصادية، وكان لا مفر من تعديل الأنظمة الأساسية للشركات لمواكبة حركة التطور، وخاصة أنها كانت معدة للبقاء مدة طويلة تمتد أحيانا إلى فترات السنين؛ وبالتالي شرط موافقة جميع الشركاء على أي تعديل للنظام الأساسي، معناه الحكم بالإخفاق على كل محاولة للتلائم بين تطورات الأحداث وما ينبغي أن تكون عليه الشركة في الواقع والحكم عليها بالدمار بعبارة أخرى كان من الضروري أن تواكب الأنظمة الأساسية. وبصورة سليمة. الظروف خارج العقد، وأمام المد الذي لا يقاوم

¹ - بشرى خالد تركي المولى، إلتزامات المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 09.

² - غادة أحمد عيسى، إلتفاقيات بين المساهمين في شركة المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص 10.

لمتطلبات الممارسات العملية، إهتم كل من الفقه والقضاء الفرنسيين⁽¹⁾ بإستخلاص الطبيعة الحقيقية لشركة المساهمة، وقد توصل بعضهم إلى إعتبارها نظاما، وتستوجب فكرة النظام التطور والنمو؛ أي أنه لا يمكن تفسير نظام الشركة على أنه عقد، لأن أسلوب التلاؤم والتطور يتعارض مع المفهوم التعاقدى؛ وعلى الأخص أن للشركة طبيعة مركبة فهي في آن واحد عقد وشخص معنوي.

وكانت أولى المساعي التخلص من قانون الإجماع، بحيث ينص النظام الأساسي على أنه يجوز للجمعية غير العادية إدخال بعض التعديلات عليه بموافقة الأغلبية. فإذا لم يجز النظام إتخاذ قرار التعديل، فإنه من غير المستطاع القيام بذلك إلا بالموافقة الإجماعية، أما إذا كان النظام ينص على كل ذلك، فإنه يجوز إصدار قرارات من الجمعية غير العادية في حدود كل ذلك شرط، غير أنه لا يعني ذلك خروجاً عن نظرية العقد، لأن كل شريك في لحظة إنضمامه للشركة أبدى موافقته مقدما، على الخضوع لما تقرره الأغلبية في هذا الشأن، وقد طرح القائلون بهذا الرأي⁽²⁾ جملة قيود لإدخال تلك التعديلات إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، من ذلك مثلا أن يستلزم النص توافر نصاب معين للحضور، وأغلبية خاصة لرأس المال الممثل لإتخاذ القرارات على أن يحدد النظام التعديلات الجائزة على سبيل الحصر، وفي حالة سكوت النظام الأساسي فإن الجمعية العمومية تكون غير مختصة وأي تطبيق يخالف ذلك يقع باطلا، ولا يمكن للأقلية إعطاء الرضا للأغلبية بلا تبصر.

بهذا أصبح لاحالة التسليم بالطبيعة المزدوجة لشركة المساهمة فهي عقد من جهة ونظام من جهة أخرى، لكن قد يؤثر ذلك على الحقوق الأساسية للمساهمين فيها (أي الشركة). هذا ما سنعالجه في الفصل التمهيدي ..

ولا تتسم شركة المساهمة بالطبيعة المزدوجة فقط، بل أنها النمط السائد في شركات الأموال؛ التي تعتمد في تكوينها على الإعتبار المالي بصرف النظر عن الأشخاص المكونين لها؛ وهذا ما يظهر من حرية تداول الأسهم الصادرة عنها، كون أن الثقة نابعة من رأس مالها ولا

¹ - عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في الشركة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص31.

² - محمد عمار تيار، الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 1998، ص23.

تتوقف على صفات المساهمين؛ إذ أن شخصية الشريك لا وزن لها؛ فلا تتأثر الشركة بوفاته أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه، ويكون المساهم في شركة المساهمة مسؤولاً عن ديون الشركة بقدر ما يملكه من أسهم، حيث يمثل السهم فيها نصيب المساهم والسند المثبت لحقوقه؛ وتمنح ملكية حق الشركة، والعضوية للشخص في الشركة⁽¹⁾؛ فيكون له الحق في الحصول على نصيب من الأرباح متى حققتها الشركة - ولا مجال للإتفاق على حرمانه منها وذلك تحت طائلة البطلان- وكذا حضور جمعية المساهمين والتصويت فيها، والمشاركة في ضمان إحترام مصلحة الشركة وإحترام الشروط الأساسية لنظامها فيتحقق له بذلك الإشتراك الفعلي في الإدارة... وإقتسام موجودات الشركة عند تصفيتها... وغيرها من الحقوق الأساسية التي يخولها السهم لصاحبه بصفته شريكاً على الوجه العام وعضواً مساهماً في الشركة والمستمدة من ركن نية المشاركة وما يترتب عنها من مساواة بين الشركاء.

لقد تجسد الحق الأساسي للمساهم بمناسبة تحويل الجمعية العمومية غير العادية سلطات إدخال تعديلات على النظم الأساسية لشركة⁽²⁾، وبالرغم من أن هذه السلطات إستشعرتها مسألة تلاؤم النظم الأساسية مع الظروف الخارجية لمواكبة حركة التطور - خصوصاً وأن شركة المساهمة أكبر كياناً لتنمية إستثمار الأموال لدرجة أنها تضاهي بعض الدول من حيث القوة الإقتصادية في جذب المستثمرين-، غير أن التوسع في هذه السلطات قد أثار مسألة المساس بحقوق المساهم، وكرس مفهوم شركة المساهمة نظاماً.

على أنه إذا كانت مسألة تلاؤم هذه النظم الأساسية مع الظروف الخارجية تقع على عاتق الجمعية العمومية، إلا أن سلطتها في هذا التكيف أو إدخال التعديلات ليست محدودة⁽³⁾، فالقاعدة أن أي نظام يملك سلطات على أعضائه، ولكن خضوع هؤلاء الأعضاء ليس مطلقاً، ومسألة ماهي درجة سيطرة الكل على الجزء تطرح في كل نظام وبالنسبة لشركة المساهمة فإن سلطات الجمعية العمومية غير العادية مقيدة بتحقيق الهدف المشترك، وان شخصية المساهم لا

¹ - عليان شريف وفائق شقير ورياض الحلبي ومحمد الباشا، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة عمان، الأردن، 2000، ص 160.

² - المادة 674 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري.

³ - المادة 674 من القانون التجاري.

تستغرق تماما داخلها، فهو يملك - بالإضافة إلى الحقوق تمنحها له الشركة - حقوقا أساسية محتفظ له بها في عقد الشركة لا يمكن للجمعية العمومية المساس بها.

ويقصد هنا بالحقوق الأساسية⁽¹⁾ في الغالب تلك القيود المعبرة عن مصلحة المساهمين التي ترد على حرية المؤسسين، لأن الشركة ليست أي شكل عادي للتعاون مطلقة من كل قيد، وإنما لها شكل محدد نظمه القانون؛ ومن ثم هناك حقوق بصفته شريكا تفرض إحترامها على المؤسسين عند تكوين الشركة، وكذلك صفة العضوية فيها تستوجب أيضا بعض الحقوق التي لا تمس ولا تنتهك؛ بعبارة أخرى للمؤسسين الحرية في إختيار نوع الشركة، ولكن النموذج الذي يتفقون عليه يتضمن سمات أساسية يتعين إحترامها، أي أن هناك عناصر جوهرية في عقد الشركة ترتدي شكلا خاصا تمكن من إعطاء إسم للشركة المستهدفة، لذلك حرية أصحاب المصلحة في مزج الصفات المتنوعة لأنماط الشركة هي حرية مقيدة، فلا يستطيع المؤسسون إنكار الحقوق اللصيقة بسند المساهم بالرغم من أن جماعة الشركاء لا تساهم في إعداد النظم الأساسية، فهي صنعة المؤسسين ويقتصر دور الشركاء على الإنضمام إليها فقط.

على أن إنضمام المساهم لعقد الشركة لا يعني ممارسته لكل الحقوق المنبثقة على السهم ومرد ذلك الإعتبار المالي ومال للمساهم فيه من تحديد لمسؤوليته عن ديون الشركة بقدر ما يملكه من أسهم، إذ متى قام بالوفاء بالقيمة الإسمية بالكامل للأسهم التي اكتتب بها في رأس المال، إنقطعت صلته بالشركة؛ بل صار له الحق في التصرف في اسهمه بإرادته المنفردة كلما إستدعت الضرورة لذلك بإرادة أحد المساهمين التي لا ترغب في البقاء في الشركة لا ينجم عنها حل هذه الأخيرة⁽²⁾، بل أن ظاهرة تجدد الشركاء بإستمرار - بخروج شريك وحلول آخر محله - تعد السمة البارزة لهذا النوع من الشركات، كما أن الهدف من شراء الأسهم ليس المساهمة في المشروع المالي وتحقيق الربح الذي يعود بالفائدة على جميع الشركاء، إنما الهدف من ذلك له أبعاد إقتصادية محضة أساسها المضاربة على قيمة الأسهم في الأسواق

¹ - إن المقصود بالحقوق الأساسية هو الحقوق الضرورية التي لا يمكن إنتهاكها أو المساس بها من قبل الجمعية العامة غير العادية، وليس المقصود من ذلك التفرقة بين الحقوق بجعلها حقوقا أساسية وأخرى ثانوية.

² - بوعزة ديدن، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة الدراسات القانونية - مخبر القانون الخاص الأساسي - جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، العدد 02، ص 04.

المالية" البورصة" بقصد الحصول على ربح سريع عن طريق بيعها كلما سمحت الفرصة⁽¹⁾ ، لهذا فقد قيل أن نية الإشتراك بإعتبارها أحد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة صارت غير ملحوظة⁽²⁾ خصوصا عند الحديث عن الحق في التصويت؛ فعلى الرغم من عناية المشرع بهذه الطائفة من الحقوق وإقرارها بنصوص صريحة وأمرة؛ إلا أن جانبا من الفقه يثير الشكوك في كون المساهم قادرا على مباشرة هذه الحقوق والدفاع عنها⁽³⁾ ، إذ يكشف الواقع عن وجود ظاهرة إمتناع المساهمين عن مباشرة سلطاتهم في الإدارة، وذلك بتخلفهم عن حضور إجتماعات الجمعية العامة وعدم إشتراكهم في مداولاتها والتصويت على القرارات المتخذة من قبلها؛ ويرجع ذلك لعدة أسباب منها النفسية والمادية؛ وترجع هذه الأخيرة عموما لكثرة عدد المساهمين إذ أن كثرة عدد هؤلاء يجعل من الصعب تصور إجتماعهم في هيئة عامة وعلى فرض حضورهم فإنه من الصعوبة أيضا أن نجد مكانا ملائما لإجتماعهم هذا زيادة عن عدم كفاية نشر الدعوات . عليهم . لإنعقاد الجمعية العامة، كما أن غالبية المساهمين موزعين على مناطق جغرافية متباعدة في البلد الواحد ولما كانت أغلب إجتماعات الهيئة العامة تنعقد في المدن الرئيسية أو في العاصمة، فإن حضور مساهمي الأقاليم البعيدة إلى إجتماع الهيئة العامة قد يكلفهم أحيانا مبلغا يعادل جزءا مهما من مقدار الربح الذي يمكن تحقيقه، أما عن الأسباب النفسية لإمتناع المساهمين فترجع لمقاصد الأخطار؛ إذ يلجأ بعض المساهمين إلى الإكتتاب بأسهم شركات مختلفة بغية تقليل المخاطر الناشئة عن الإستثمار مما يترتب عليه تشتت التوظيفات وهو ما يؤدي إلى إلغاء الطابع الشخصي للتوظيف؛ فالمساهم الذي يمتلك عددا قليلا من الأسهم في شركة معينة لا تمثل سوى جزء ضئيل من رأسماله الشخصي تكون له سوى مصلحة محدودة بهذه الشركة وهو ما يستتبع تراخي العلاقات الشخصية التي تربط المساهمين في الشركة.

¹ - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص142.

² - نظرا لضعف نية الإشتراك لدى الشركاء المساهمين فقد نعتهم بعض الفقهاء دائنون عابرون من ذلك:

Claud.champand,Le pouvoir de concentration de la société par action, paris,1962,p26

³ - فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الأردن، 2008، ص168.

إزاء هذا الواقع حاول المساهمون ومن خلال مبدأ الحرية التعاقدية وماله من دور في إدخال الإعتبار الشخصي على الحقوق الأساسية للمساهمين في شركة المساهمة التغلت من القواعد القانونية الإلزامية وإستكمال النواقص في نظام الشركة بموجب إتفاقيات جانبية⁽¹⁾ لحق التصويت تهدف إلى حماية المساهمين ورعاية العلاقات المالية والإدارية وتنظيم سير عمل الشركة، هذا دون إنكارها للشروط الإتفاقية المتفق عليها مسبقا بالنظام الأساسي لشركة؛ كالشروط الواردة على حق تداول الأسهم وحق البقاء في الشركة. . . . ومالها من دور في إدخال الإعتبار الشخصي على الحقوق الأساسية للمساهمين وترسيخ المفهوم التعاقدي في شركة المساهمة.

وعليه فقد جاءت دراستنا منصبة على بحث الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية الذي يحتل أهمية كبيرة بالنسبة لشركة المساهمة لأنه عن طريق إدخال الإعتبار الشخصي على الحقوق الأساسية للمساهمين في شركة المساهمة تحافظ هذه الأخيرة على كيانها وبنائها وسيرورة أعمالها؛ خصوصا وأنها تعتبر أقوى وأفضل هياكل التنمية وتوظيف رأس المال وإنجاز الإستثمارات والمشاريع الكبرى وخلق فرص لتشغيل القوى العاملة وإستيعاب ومعالجة البطالة، بهذا فللموضوع عدة أبعاد ليست قانونية فحسب بل كذلك تجارية وإقتصادية وإجتماعية للدول.

على هذا الأساس، فيلى أي مدى لمبدأ الحرية التعاقدية دور في إدخال الإعتبار الشخصي على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة؟

ولالإجابة على هذا السؤال وتبسيط الضوء على هذا الموضوع، فقد حصر بحسب طبيعته وبوب في المنهج التحليلي وقليل من الوصف بهدف تحليل وتفسير المعلومات في شكل

¹ - مثل هذه الإتفاقيات أمر مألوف منذ فترة في فرنسا وفي الدول المتأثرة بالقانون المدني الفرنسي، حيث كثيرا ما يبرم المساهمون إتفاقيات تسمبب: (pacte d'actionnaire) يلحقون فيها مختلف الأحكام التي تراعي علاقاتهم في ضوء السماح التشريعي لهم بذلك للمزيد راجع:

Y.Guyon ,Traité des contrats , Les sociétés ,aménagements,statutaires et convention entre associes ,3émé édition,L.G.D.J ,1997,p53.

منظم من أجل الوصول إل الغرض الأساسي وتحصيل النتيجة المبتغاة والمتمثلة في الإجابة على هذه الإشكالية بكل وضوح.

ولأنكر أنني تلقيت صعوبات متعددة في إختياري للموضوع ليس لنقص المراجع الحديثة فحسب، بل لصعوبة الموضوع في حد ذاته، ولنقص البحوث والدراسات والقرارات القضائية في هذا المجال لا سيما بالنسبة للجزائر.

ولالإحاطة بالجوانب التفصيلية لهذا الموضوع قمنا بتقسيمه إلى فصلين رئيسيين يسبقهما فصل تمهيدي والذي خصص للنظرية العقدية والنظامية وأثرها على الحقوق الأساسية للمساهمين ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة، أما الفصل الأول فقد خصص لبحث الحقوق الأساسية للمساهم بصفته شريكا ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة. أما الفصل الثاني فقد تضمن الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره عضوا ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة.

الفصل التمهيدي

الحقوق الأساسية للمساهم

ومبدأ الحرية التعاقدية في

ظل نظرية العقد والتنظيم

لشركة المساهمة

الفصل التمهيدي: الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في ظل نظرية العقد والتنظيم لشركة المساهمة

يعد رأس مال الشركة من المستلزمات الأساسية لتأسيسها لهذا يقع على عاتق المساهمين فيها بمختلف صفاتهم (مؤسسين، مكاتبين) إلزاماً رئيسياً بتقديم الحصص فيها والمساهمة في تحقيق المسعى الجماعي لنجاح المشروع المتفق عليه وتحصيل الأرباح فيها؛ وهو ما يوحي بالطبيعة التعاقدية للشركة وبأهمية دور الشخص فيها الذي يطلق عليه اصطلاح الشريك وإن كان البعض في الفقه (1) قد نبذ استعمال هذا المصطلح عكس كلمة عضو أو المساهم الأكثر انسجاماً مع الطبيعة التنظيمية لشركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال.

ولعل هذا الاختلاف في المصطلحات راجع لاجمال لإختلاف الفقه (2) في تكييف شركة المساهمة في حد ذاتها نظراً إلى الأهمية الاقتصادية التي تكتسبها حيث ذهب فريق من الفقه (3) بأغلبية محافظة إلى التمسك بالنظرية التقليدية التي تؤكد على أن الشركة ذات سند تعاقدي في تكوينها وبالتالي فإن إرادة المساهم الشريك قد إتجهت بالفعل لإحداثها وهو ما يفسر مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد في حين ترى الاقلية بان الشركة نظام وهي عبارة عن هيئة تنبثق عن فكرة مشتركة لها طابع الاستمرار في إطار من التنظيم لها حياتها القانونية الخاصة وعلاقات تقوم بينها وبين الغير. (4)

و قد أفضى فريق ثالث (5) إلى حل وسط يجمع ما بين الرأيين ويقر بالطبيعة المزدوجة لشركة المساهمة. ومهما يكن من أمر هذا الإختلاف والتباين فإن ما يمكن الإشارة إليه عموماً أن وضع المساهم يتحدد بالطبيعة القانونية لشركة المساهمة؛ فما تأثير ذلك على حقوقه؟. بعبارة أخرى إذا كان الأصل في وجود الشركة العقد الذي أحدثته الإرادة الجماعية ما مصير مبدأ سلطان الإرادة بوجود قانون الأغلبية من جهة والتدخل التشريعي بقواعد أمره الذي يبرر الصفة التنظيمية التي تطغى بكثرة على هذا النوع من الشركات من جهة أخرى؟.

نبحث ذلك على التوالي في المبحثين التاليين :

¹ - فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 187.

² - أكرم يا ملكي؛ القانون التجاري؛ الشركات دراسة مقارنة؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ص 135.

³ - Y.Guyon, op.cit, p58.

⁴ - محمدعمار تيار، المرجع السابق، ص 9.

⁵ - E.Escarra et J.Rault, Traité Théorique et pratique de droit commercial , Les sociétés commerciales , T1, paris, 1982, p28.

المبحث الأول

النظرية التعاقدية وأثرها على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة

الشركة بحسب تعريفها التشريعي في القانون المدني⁽¹⁾ هي عقد بين شخصين أو أكثر للإضطلاع بمشروع معين.

على أنه بخلاف العقود عادة التي تقوم على التناقض بين مصالح الأطراف فيها كالبيع أو النقل⁽²⁾ فإنها- الشركة- عقد مسمى من عقود المعاوضة التبادلية يقوم على إتحاد مصالح أطرافه وتعد بذلك من الاتفاقات التي ينشأ عنها مركز قانوني محدد لكل الأشخاص المكونين لها. مستقل عن الشخص المعنوي الذي انشؤه وتكون لهم السلطة العليا في إدارتها، هذا وإن كان إعتبارهم الشخصي في ذلك مغفلاً في مثل هذا النوع من الشركات التي تسمى بالشركة المغفلة⁽³⁾ فتعدد الشركاء وإنشغالهم بمصالحهم الخاصة هذا من جهة وحاجة الشركة إلى مرونة في تعديل نظامها الأساسي لتلائم مع تطور الأحداث ومواجهة متطلبات النمو والتوسع من جهة أخرى أدى بفقهاء هذه النظرية إلى التسليم بقانون الأغلبية بغية تغطية ثغراتها-النقص الوارد بها- معتبرين الأغلبية عملاً جماعياً وهو ما يتنافى مع ما يقره القانون بدليل أن المشرع إستلزم العمل بها بنصوص أمرة وهو ما يطغي عليها الصفة التنظيمية لا العقدية.

لكن عموماً إذا سلمنا بقانون الأغلبية فهل يرر فعلاً قانون الأغلبية الإرادة الجماعية؟ وما تأثيره على حقوق المساهم في الشركة؟.

¹- نص المادة 416 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في (30 / 09 / 1975).

²- محمد فريد العريني؛ هاني محمد دويدار، قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 291.

³- علي نديم الحمصي، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 102.

لذلك نبحث تفصيلا النظرية التعاقدية وعلاقتها بقانون الأغلبية في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنتناول بيان أثر هذه النظرية على الحقوق الأساسية للمساهمين ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول

مضمون النظرية التعاقدية وعلاقتها بقانون الأغلبية

تعتبر النظرية التعاقدية أولى النظريات التي قيل بها في تكييف الطبيعة القانونية لشركة المساهمة. وقد أجمع الفقه والقضاء التقليديان بأنها نتاج عقد وظهرت هذه النظرية في وقت كان المذهب الفردي في أوج مجده وكانت أنظار الفقه والقضاء متجهة للعقد بإعتباره أهم مصادر الإلتزام ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين بإعتباره مقدسا لا يجوز المساس به (1) غير أنها -قد- تعرضت للتشكيك وطرح بشأنها العديد من التساؤلات لإرتباطها بقانون الأغلبية (2).

لهذا وجدنا من الضروري أن نتطرق لمضمونها؛ ثم لعلاقتها بقانون الأغلبية هذا على التوالي:

الفرع الأول

مضمون النظرية العقدية

إن الطبيعة العقدية لشركة المساهمة ترجع في مضمونها إلى ذلك العمل الإرادي المنشئ لها والمتمثل في العقد التأسيسي وعقد الإكتتاب وما أفرغ من بيانات وإشتراطات واردة بها في النظام الأساسي للشركة؛ و ما يؤكد ذلك الأسلوب الذي يتم به إبرام العقد الإبتدائي وما يقتضيه من دخول الأطراف المعنية في مباحثات تمهيدية تنتهي إلى توافق أطراف العلاقة وقبولهم بمضمون العقد لينتج عنه إلتزام أساسي لكل مساهم بتقديم مبلغ مالي مقابل تسليم سند يخوله حقوقا أثناء حياتها لنهايتها فيكون لهم مثلا الحق في إدارة الشركة وجزء

1- محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص 13.

2- أنظر، سابقا، ص 7 .

من أرباحها وقسمة أصولها والحصول على نصيب منها عند تصفيتها. . . . الخ. والأكثر من ذلك ما يؤكد الصفة التعاقدية لشركة المساهمة أن المشرع قد ذكر تحت عنوان الشركات التجارية أربعة أنواع منها⁽¹⁾ وهي شركة التضامن. شركة التوصية وشركة المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة ولم يشير إلى أي تمييز بينها ولما كان من الثابت أن الأساس التعاقدية لشركة التضامن وشركة التوصية لم يكن محل جدال. وكان القانون لم يميز بين أساس هاتين الشركتين وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة؛ فإنه يمكن القول بأن أساس شركة المساهمة قانون تعاقدية وبهذا فإن حقوق المساهمين ناجمة عن العقد لا محالة.

من هنا يبقى الإهتمام منصبا على علاقة قانون الأغلبية بالنظرية التعاقدية وهذا في فرع ثاني.

الفرع الثاني

علاقة النظرية التعاقدية بقانون الأغلبية

إن حزمة إرادات الشركاء هي المكون الحقيقي لسلطة إرادة شركة المساهمة وهي التي تقودها إتجاه تنفيذ الهدف المحدد لها؛ فلا توجد حقوق فردية وإرادات فردية وإنما التعاون الإختياري للشركاء بإتفاق إراداتهم ومساعدتهم هو الذي يحقق أهدافها⁽²⁾ وهو ما يجد تفسيره في نية الإشتراك إحدى الدعامات القوية والأساسية لقيام الشركة التي بدونها لم ولن تكون هناك شركة أو شركاء. يقال ذلك رغم أن تعددهم-الشركاء- قد أثر على مفهوم نية الإشتراك في ظل الإعتماد على قانون الأغلبية الذي بدوره لم يسلم من إختلاف الأراء الفقهية بشأن تفسير علاقته بالنظرية التعاقدية بين من ينكرها ويجعله أحد مظاهر أو علامة من علامات نظرية النظام ومن يبرز العلاقة الوطيدة بين المفهوم التعاقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين

¹ - المادة 544 فقرة 2 من القانون التجاري.

² - Blaise Jean-Bernard, Droit des affaires, librairie generale de droit et de jurisprudence , paris, 1999 ,p58.

مؤكدًا أن هذا المبدأ نظراً لأهميته العملية في إدارة التجمعات جعل من المشرع يقره بنص أمر لا يجوز العمل بخلافه.

و في سبيل تبيان هذه العلاقة نبحت تفصيلاً هذه الإتجاهات على النحو التالي:

أولاً: قانون الأغلبية قانون تعاقدي:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقد الشركة من عقود القانون الخاص الذي يخضع للنظام العادي للعقود والاصل في العقد تراضي الطرفين على إبرامه وأنه لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين الذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة القانونية فقد نصت المادة 108 من القانون المدني على أنه: "لا ينصرف أثرالعقد إلا فيما بين الأطراف المتعاقدة". فالعقد لا يكسب الغيرحقاً ولا يحملة إلتزاماً وهو ما يعبر عنه بمبدأ نسبية الأثر الملزم⁽¹⁾ ويضيف بعض من الفقهاء⁽²⁾ إلى ذلك أنه إذا كانت شركة المساهمة عقداً فإنه يجب التسليم بأن القرارات التي تصدر عن الأغلبية تأخذ حكم العقود ومن ثم لا يعتد بها في مواجهة المساهمين أصحاب الأقلية بحيث تكون هذه القرارات بالنسبة لهم أمراً حاصلًا من الأغيار لا صلة لهم به غير أن هذا التصور يخالف الواقع، فإن قرارات الأغلبية يحتج بها في مواجهة الأقلية التي يتعين عليها الإمتثال لذلك، وبهذا يستنتج أصحاب هذا الرأي بأن شركة المساهمة ليست عقداً.

ويرد بعضهم الآخر⁽³⁾ على ذلك؛ بأن هناك خلط بين الشركة وقرارات هيئاتها، فالشركة تظل دائماً عقداً والقرارات الصادرة عن الجمعية العمومية لا تمثل عقوداً، بالإضافة إلى أنها يمكن ان تسري على المساهمين ممن لم يصوتوا لصالحها ومع ذلك لا تخالف نص المادة المذكورة والنظرية العامة للعقود، لأن هذه المخالفة تتعلق بقرارات الجمعية

¹ - إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مكتبة وهبه، بدون سنة النشر، ص 345.

² - Y. Guyon, op. cit, p58.

³ - Benchaneb Ali, Théorie générale du contrat , L'office des publications universitaires, Algér, 1982, p92.

العمومية وتقف عندها دون أن تستبعد الطبيعة التعاقدية للشركة فهذا المبدأ لا يسري إلا تجاه الغير، ومن غير الممكن إعتبار الأقلية على أنها من الغير لهذا السبب إعتبر جانب من هذا الرأي أن الأقلية من الخلف الخاص وهي نوع منه، إذ تجدد نفسها مرتبطة بالقرار رغم الغياب الكامل لإرادتها، غير أنه لا يمكن تأسيس إرتباطهم بالأغلبية من الخلف الخاص⁽¹⁾ لأن هذا الأخير هو من يتلقى من سلفه مال معيناً. أي حقاً مالياً عينياً أو شخصياً. كان قائماً في ذمة السلف في حين الأقلية تتمتع بحق أصيل لها. وردا على ذلك إعتبر هذا الإرتباط بقرار الأقلية أساس إنابة شرعية⁽²⁾، بمعنى أن القانون ينص في حالات معينة بأن إرادة الأقلية يجب ان تخضع أو تعبر عنها إرادات أصحاب الأغلبية غير أن هذا التبرير يكون مقبول إذا لم يرد التمثيل القانوني بنص صريح.

لهذه الأسباب إنقسم انصار هذه النظرية⁽³⁾ إلى إجتاهين في سبيل تحديد أساس خضوع الأقلية لقرارات الأغلبية، فبالنسبة للإجتاه الأول فإنه يرى بأن إلتزام المساهم أوالأقلية بالخضوع لقرار الأغلبية ما هو إلا نتيجة للطبيعة الخاصة لعقد الشركة فكل متعاقد يسعى وراء تحقيق نفس الأهداف والتي يترجمها نية الإشتراك. أما بالنسبة للإجتاه الثاني؛ فقد فسرها الخضوع على أساس أنواع العقود التي تقسم إلى فئتين، عقود إتحاد في المصالح وعقود معارضة أو تناقض المصالح وأن عقد الشركة عبارة عن تلاقي مصالح وإرادات الشركاء لتحقيق هدف واحد ومع ذلك نازع البعض في تلاقي المصالح لدى أعضاء الشركة المساهمة لأن هناك مساهمين من نفس الفئة وتكون لهم نفس عدد الأسهم ولهم مصالح متلاقية، غير أنه يمكن أن تكون لديهم نوايا معارضة من ذلك مثلاً نية المعارضة، نية التوظيف، كما أنه إذا كانت نية المشاركة وهي المظهر الإيجابي لهذا العقد والمميز عن العقود الأخرى. إلا أن هذا التبرير غير كافي بل ومنازع فيه، فإذا كان للجمعية العمومية أن تعدل في بنود النظام الأساسي بالأغلبية ولا حاجة

¹ - المادة 108 من القانون المدني.

² - و قد إستند أنصار النظرية التعاقدية في الإنابة الشرعية على لائحة التجارة الإيطالية سنة 1882 المادة 139 التي إفترضت أن الغائبين عن إجتماعات الجمعية ممثلون بقوة القانون، للمزيد راجع، محمد عمار تيبار، المرجع السابق، ص26.

³ - Manuel Dominique Vidal, Droit des sociétés, 2^{ème} édition, L.G.D.J , paris, 1998, p72.

لإجماع الشركاء، فكيف يمكن أمام هذه السلطة المفرطة للجمعية العمومية غير العادية الإحتفاظ مع ذلك بالمفهوم التعاقدية وحقوق المساهمين وإراداتهم داخل الشركة؟

كما أن الأصل العام أنه لا يمكن الرجوع في الإتفاقيات إلا بالرضا المتبادل للأطراف في العقد، وهذا يتعارض مع قانون الأغلبية وهي قاعدة مستقرة في القوانين، وهي تعبر عن عقيدة سلطان الإرادة والتي تقتضي بأنه لا يمكن تعديل أي شرط من العقد دون رضا الأطراف المتعاقدة إلا بالإجماع، كما لا يمكن أن يجد المتعاقد نفسه مقيدا بعقد إلتزامات بخلاف تلك التي أرادها.

أمام هذه الإنتقادات الموجهة لهذا الإتجاه ذهب جانب آخر إلى إنكار العلاقة بين القانون التعاقدية وقانون الأغلبية معتبرينها علامة من علامات نظرية النظام.

ثانيا : قانون الأغلبية قانون ذو طبيعة تعاقدية لا نظامية

يؤكد أنصار هذا الإتجاه⁽¹⁾ أن قانون الأغلبية لا رابطة له بالقانون التعاقدية، غير أنهم إختلفوا في طريقة الإستدلال، فبعضهم يرى أن قانون الأغلبية علامة على التصرف الجماعي ويجد أفضل مكان له داخل النظام ويتضح أكثر في تكوين الشخص المعنوي وفي قرارات الجمعية العامة؛ حيث تظهر الحاجة إلى قانون الأغلبية.

أما البعض الآخر؛ فقد استدل في ذلك بتنظيم قانون الأغلبية بصورة آمرة، ولكن تعرض هذا الرأي لنقد؛ لأنه ليس كل ما هو نظامي ان يكون بالضرورة أمرا، فمثلا تنظيم المال العام لدولة يجب ان يتحقق بقانون أمر في حين تنظيم المال العام لمؤسسة معينة يمكن أن يتحقق بطريقة أو بقواعد أخرى⁽²⁾ كما انه ليس صحيحا ان يكون الإجماع صورة من صور الأغلبية بنسبة معينة، وانما على العكس من ذلك؛ فإن الأغلبية تعتبر شكلا من أشكال الإجماع المخفف، فهو جوهر مفهوم الجمعية العمومية؛ كما أن الأغلبية تتحول احيانا إلى إجماع حقيقي بالنسبة لبعض القرارات الخطيرة وعلى أية حال بما أن الإجماع مطلوب في بعض القرارات، إذن ليس من

¹ - Manuel Dominique Vidal,op.cit,p74.

² - محمد فريد العريني وهاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعة للنشر، مصر، 2003 ، ص 181.

الضروري أن يتحقق العمل الجماعي بمبدأ الأغلبية، وأنه لا يمكن تشبيه الأعمال الإجماعية .
بصفة عامة- بقانون الأغلبية .

على ضوء ما سبق يمكن إعتبار قانون الأغلبية ليس إلا قيودا على إرادات الأطراف في
العقد برأي جانب من الفقه فإن مبدأ الأغلبية قد نال من مبدأ سلطان الإرادة قياسا على ما
فعله القانون بوضع قيد على الإرادات الفردية وليس النصوص وإشتراكهما في ذات الصلة
يمكن إلحاق حكمهما بالنتيجة لحكم القانون.

كما لا يخالف قانون الأغلبية النظرية العامة للعقود⁽¹⁾ وإنما يرد كإستثناء عليها⁽²⁾،
ويكون اقرب لتكييفه وعلاقته بالنظرية التعاقدية إعتباره إنابة⁽³⁾ من متعاقد إلى آخر؛ و يجد
تفسيره في التزام التعاون الناشئ عن نية الإشتراك.

زد على ذلك فقد تستهدف القوانين الآمرة تنظيم أعمال ليس لها بالضرورة الطبيعة
النظامية من هنا ليس كل ما هو قانوني هو بالطبيعة نظامي، فمثلا إذا كان المشرع ينظم
بصورة آمرة تكوين عقد الشركة وآثاره لطبيعتها النظامية؛ إلا أن العديد من العقود الأخرى هي
محل قواعد آمرة كعقد النقل، بالتالي ومنه لا يمكن رفض الطبيعة التعاقدية لهذا العقد فبالرغم
من أنه منظم بصورة آمرة فإنه يظل عقدا تترتب عنه حقوق وإلتزامات وينتج آثاره.

المطلب الثاني

أثر النظرية العقدية على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة

إن صفة الشركاء ناتجة عن عمل إرادي لعدد من الأشخاص تتوافق إرادتهم على إبرام
العقد التأسيسي يكسبهم بذلك حقوقا ويرتب عليهم إلتزامات؛ فالعقد هو العمل الأول في

¹ - المادة 106 من القانون المدني.

² - المادة 108 - 109 من القانون المدني.

³ - المادة 73 و74 من القانون المدني.

خلق شركة المساهمة، وهو ما يؤكد الرأي السائد لدى الفقه الحديث لنظرية التعاقدية بهذا فما
آثارها على حقوق المساهمين ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة؟

الفرع الأول

آثارها من حيث أطراف العلاقة

كل عقد ينتج آثاره اتجاه أطرافه هذا ما تقره النظرية العقدية حيث إنقسم الفقهاء إلى
ثلاثة آراء بخصوص تحديد أطراف العلاقة العقدية أي تحديد أصحاب الحقوق والإلتزامات في
العلاقة؛ فما مدى أثر هذه النظرية على حقوق المساهمين أطراف العقد؟

على انه يمكن إيجاز هذه الآراء كما يلي :

أولاً: العقد مبرم بين المكتتبين وحدهم:

يرى جانب من الفقه أن شركة المساهمة تتأسس بموجب عقد مبرم بين المكتتبين⁽¹⁾
وهذا العقد يتكون بمقتضى الإنضمام المتعاقب للنظام الأساسي بين المكتتبين، وينعقد بتعبير
كل مكتتب عن المشاركة في الشركة أي انه يحصل إنفرادياً من كل مكتتب، وأن المكتتبين
يبرموا هذا العقد بينهم، ويلتزم فيه كل منهم اتجاه الآخر دون تعارف سابق بينهم لتبادل الرضا
والذي يتم وفقاً لهذا الرأي بوساطة بين المؤسسين من أجل إتمام تبادل التراضي بين المكتتبين
وبالتالي فإن العقد ينتج آثاره من حقوق وإلتزامات بين المكتتبين فيما بينهم. لكن تعرض هذا
الرأي للإنتقاد؛ فما هو أساس هذه الوساطة؛ هل وكالة أم فضالة؟

- فالبنسبة لأمر الوكالة فإن الشخص المكتتب غير معروف بالنسبة للمؤسسين وبالتالي لا
يمكنهم من تقدير سلوكه ولا قدرته على الوفاء بإلتزاماته مستقبلاً حتى يقبلوا توكيله.

¹ - إلياس ناصيف، الكامل في الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات عويدات لبنان، 1982، ص 184.

- أما بالنسبة للفضالة فهي إدارة لشؤون صاحب مصلحة غير موجود بالتالي فهذا يتنافى مع حقيقة المساهم الموجود في الشركة مما يجعل من الفضولي شخصا غير مؤهل أصلا لحيازة الذمة المالية بوجود صاحب المصلحة. كما ان حلول الفضولي محل صاحب المصلحة يتكلم بإسمه ويكسبه الحق؛ إلا أنه يشترط في ذلك ألا يكون محل هذا الحق يفوق قدرة سلطة صاحب المصلحة بل الأكثر من ذلك أن يكون حق معلوم به ففي الوضع المائل لا المكتتب والتصرف الذي يسعى إلى تحقيقه يعلم بها المؤسس.

أخيرا من الواضح أن هذا الرأي الموحي بموجب العقد بين المكتتبين لا يضمن بتاتا حقوق المساهمين فيها كما انه يظهر تناقضا مع المبادئ التعاقدية لنظرية العقد إذ من غير الممكن مثلا؛ تصور ممارسة المساهم لحقوقه في الشركة إلا بطريق الوكالة أو الفضالة هذا وإن ذهب بعض من الفقه إلى تبرير ذلك عن طريق مبدأ تفويض الأغلبية بالجمعية العامة غير العادية⁽¹⁾ في تعديل النظام الأساسي بصفتها تمثل جميع المتعاقدين، وهو ما لا يناقضه مبدأ التعاقد⁽²⁾.

ثانيا: العقد مبرم بين المكتتبين والمؤسسين:

لقد اتفقت كلمة غالبية الفقه التقليدي على ان عقد الإكتتاب مبرم بين المؤسسين والمكتتبين ينتج آثاره من حقوق وإلتزامات ما بينهم⁽³⁾. ويعتبر هذا العقد مبرما منذ اللحظة التي يكون فيها عرض المكتتب قد واجه قبولا، ويلتزم فيه المكتتب بتقديم قيمة الأسهم التي إكتتب فيها، كما يلتزم المؤسسون بالسعي لتأسيس الشركة، وبتخصيص عدد من الأسهم لكل مكتتب بنسبة ما إكتتب به ليكون شريكا فيها، وإن إخلال أي طرف بإلتزامه يؤدي إلى

¹ - المادة 674 من القانون التجاري حيث نصت على أن: تختص الجمعية العامة غير العادية وحدها بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه...."، كما نصت المادة 675 من ذات القانون: "تتخذ الجمعية العامة العادية كل القرارات غير المذكورة في المادة 674 السابقة...."

² - Mestre Jacques et Pancrazi Marie-eve, Droit commercial ;Droit interne et Aspects de Droit international, 26ème édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 2003, p 420.

³ - Y. Guyon, op.cit, p59.

مسؤوليته في مواجهة الطرف الآخر ويرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن العقد المبرم بين المؤسسين والمكتبيين له شرطية بحيث لا يكون الإكتتاب في كامل رأس المال، ولعل ذلك يرجع إلى الرغبة في تحديد إلتزامات وحقوق أطراف هذا العقد وإتاحة الفرصة أمام ناقص الأهلية ومن وقع رضاًؤهم معيياً ضحية غلط أو تدليس للنظر في مدى إمكانية إبطاله (العقد).

لذلك يرى أنصار هذا الإتجاه التمسك بصفة عامة بالطابع الثنائي للعقد المبرم بين المكتبين والمؤسسين، ويتحملون وحدهم عبء تأسيس شركة المساهمة، بمعنى أن شركة المساهمة لا تكون إلا إمتداداً للشراكة المكونة بينهم، وحقوقهم وإلتزامهم تنتقل إليها بموجب نظرية التنازل الصوري.

ولكن إذا كان صحيحاً أن الشركة تتكون فيما بين المكتبين والمؤسسين؛ لماذا تعود مسؤولية التصرف بالكامل على المؤسسين بالتضامن في حالة فشل تأسيسها اتجاه الغير (المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري)⁽²⁾، بينما يستطيع بقية الشركاء -المكتبين الذين هم المتعاقد الآخر- التخلص من هذه المسؤولية المشددة، بالإضافة إلى ذلك لا يمكن القول أن تكون شركة المساهمة إمتداداً للشراكة المبرمة بين المكتبين والمؤسسين، لأنها لا تتشابه قانوناً مع الشركة التي تكونت إبتداءً لا في الأهداف ولا في الحقوق والإلتزامات، لذلك هناك شك في تأسيس التفسير القانوني لنقل الحقوق والإلتزامات لشركة المساهمة على نظرية التنازل الصوري.⁽³⁾

¹ - Gaston Lagard, Répertoire des sociétés ,T3 ,Encyclopédie, Dalloz, paris, 1987, p53.

² - والتي نصت على انه:

" يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة، الذين أسند إليهم البطلان والقائمون بالإدارة متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة".

³ - أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص143.

ثالثا: التعاقد بين المؤسسين :

يرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن عقد الشركة يتم بإتفاق بين مجموعة من مؤسسيه الذين تعاونوا على تأسيسها وتكوينها منذ بداية الإتفاق على العقد، فإذا قام المؤسسون بما يفرضه القانون من واجبات وإجراءات تأسست الشركة وصارت شخص معنوي، أما إذا تأسست على خلاف ما تقتضي به القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالعقود عامة وأحكام عقد الشركة خاصة فإنها تقع باطلة؛ بذلك يعتبر عقد التأسيس إتفاقا غير مسمى الغرض منه تحديد مسؤولية المؤسسين فيها بينهم أمام المكتتبين والشركة وأن تكون إجراءاتها صحيحة، وقد تعرض هذا الرأي لإنتقادات الرأي السابق.

أخيرا يبدو واضحا أثر النظرية العقدية على حقوق المساهمين وحرية التعاقدية في الشركة، فإذا كان للشخص مطلق الحرية في إبرام عقد الشركة يكون طرفا فيه؛ إلا أن تحديد حقوقه من إلتزاماته اتجاه الطرف الآخر أمر مختلف فيه برأي فقهاء النظرية العقدية ذلك أن العقد أصلا ينتج آثاره اتجاه أطرافه في حين تتعارض هذه الآراء بشأن تحدي (أطراف العقد).

ومع ذلك فإن الأخذ بعين الإعتبار للطبيعة الخاصة لعقد الشركة وخاصة شركة المساهمة نجد أن المشرع⁽²⁾ قد ألقى المسؤولية على مؤسسيها للأضرار التي تلحقها والغير كما أجاز أن تشمل المساهمين فيها حسب الحالة؛ وهو ما يعني أن كل متعاقد أين كانت صفته في الشركة (مؤسس أو مكتتب) هو مساهم فيها وهو طرف في عقد يكسبه حقوقا ويلقي عليه إلتزامات.

على هذا يبقى البحث في مدى أثر النظرية التعاقدية على حقوق المساهمين وحرية التعاقدية في الشركة من حيث أحكامها.

¹ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، مصر، بدون سنة النشر، ص 445 .

² - هو ما يمكن إستنباطه من القسم العاشر من القانون التجاري تحت عنوان المسؤولية المدنية؛ راجع المادة 715 مكرر 21 وما يليها.

الفرع الثاني

أثر النظرية العقدية على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة من حيث أحكامها

تعتبر الرضائية مبدأ تقوم عليه كل العقود، ومع ذلك لا يتأسس العقد إلا بتوافر أحكامه القانونية التي لا ينبغي الخروج عن نطاقها وعقد شركة المساهمة خصوصا لا يخرج هو أيضا عما تقتضيه النظرية العقدية من أحكام عقدية بل يتأثر بها وبالأحكام الخاصة به كعقد خاص؛ حيث تلعب أحكامه دورا كبيرا في حياتها (الشركة) وتتحدد بناءا عليها حقوق المساهمين فيها. بهذا؛ فما هي هذه الأحكام، وكيف أثرت النظرية العقدية على حقوق المساهمين وحرية التعاقدية في شركة المساهمة من حيث أحكامها؟

- يمكن حصر هذه الأحكام على النحو التالي :

أولا : تعدد الشركاء

إن شركة المساهمة بمقتضى النظرية التعاقدية تتأسس على عقد يضم المؤسسين والشركاء؛ و يتعين لشرعية تأسيسها أن يتضمن عقد تأسيسها جميع العناصر الجوهرية لإبرام وشرعية العقد بصفة عامة؛ بالإضافة على الشروط الخاصة بعقد الشركة. وأنه وفقا لنص(المادة 416 من القانون المدني) يمكن تلخيص هذه العناصر الجوهرية في إتفاق الإيرادات على المساهمة في مشروع إقتصادي بغرض إقتسام ما ينشأ من ربح، لذلك يمكن أن نستنتج أن العيوب التي تلحق بقواعد تأسيس الشركة تجرألى بطلانها لهذا يشترط القانون لصحة تأسيس شركة المساهمة أن يكون من بين المؤسسين سبعة مساهمين وهذا يعتبر الحد الأدنى للشركاء بنص المادة 592 من القانون التجاري. أما إذا إجتمعت الحصص في يد شخص واحد أي أن تنشأ شركة المساهمة يمولها وحده اعتبرت الشركة منحلة بحكم المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري⁽¹⁾ إذا لم تبادر خلال ستة أشهر إلى إستكمال هذا النصاب، والأصل أنه إذا قام شخص بإنشاء شركة يساهم

¹ - حيث نصت على أنه: "يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار حل الشركة، بناء على طلب كل معني، إذا كان عدد المساهمين قد خفض إلى أقل من الحد الأدنى القانوني منذ أكثر من عام.....".

فيها وحده تكون باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها مبدأ وحدة الذمة وفقا لما تقره المادة 188 من القانون المدني بأن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، وكذلك طبيعة المشاركة القائمة على التعاون لا يتصور قيامها إلا بتعدد الشركاء. وإن كان يجوز قانونيا إنشاء شركات ذات المسؤولية المحدودة أو المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة⁽¹⁾ ولكن لا يمكن تصورها شركة مساهمة؛ لهذا فقد أثرت فعلا النظرية العقدية على عقد الشركة.

ثانيا: مبدأ المساواة في المعاملة بين المساهمين

يستلزم العقد عموما أن يكون جميع الأطراف على قدم المساواة في المعاملة وهذا المبدأ ينطبق على عقد الشركة أيضا؛ و من ثم يسري على جميع المساهمين سواء فيما بينهم أو في مواجهة الشركة، ما دام هم في ظروف متشابهة فهو يرسى أهم تدبير لحماية الأقلية من تحكم الأغلبية.

و لعل هذا هو الدليل على مدى أثر النظرية على عقد الشركة وحقوق المساهمين فيها. ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أن استخدام مفهوم المساواة بين المساهمين غير ملائم، ويجب أن يفهم المبدأ في معنى المساواة بين الأسهم⁽³⁾ و ليس بين المساهمين، وإذا كانت الأسهم مصنفة إلى مجموعات، فإن المساواة المطلقة لا تسود إلا في داخل كل فئة، بحيث تتساوى أسهم ذات النوع الواحد في الحقوق والإمتيازات والقيود التي ترد عليها، ووفقا لهذا المفهوم الأخير يجعل من هذا المبدأ يستمد أساسه من قانون الشركات، وليس من العقد الذي يعتبر مصدرا للتفاوت، فعلى الرغم من الأثر الذي أحدثته النظرية العقدية بعقد الشركة إلا أنها لم تصل إلى إغفال وإستبعاد الطبيعة الخاصة لهذا العقد القائم بذاته وبأحكامه.

¹ - المادة 564 فقرة 2 من القانون التجاري بنصها على أنه: "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".

² - Claude.Champand,op.cit,p29.

³ - وهو ما يتماشى مع ما تقضي به المادة 715 مكرر 30 قانون تجاري بنصها على أن: "القيم المنقولة..... وتمنح حقوقا مماثلة حسب الصنف.....".

ثالثا: إنعدام الأعباء الإضافية

لا أحد يستطيع أن يلزم المساهم ضد رغبته بتنفيذ أعباء إضافية تزيد عن تلك المثبتة في النظام الأساسي، وبالتالي لا يمكن إلزام المساهم بالإكتتاب في أسهم جديدة، أو زيادة القيمة الإسمية للأسهم ومطالبته بتسديد الفرق للشركة، أو غير ذلك من الأعباء التي لم تكن مقررة من قبل، وهو ما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ فالإرادة المشتركة للمساهمين هي التي تحدد ماهية وحدود الإلتزام الإضافي لموضوع العقد.

بعبارة أخرى يمكن للمساهم أن يوافق على زيادة إلتزاماته في المستقبل متى تعينت، ويكون مسؤولا عنها⁽¹⁾ وهذا بنص في النظام الأساسي لشركة يحدد هذه الأعباء بموافقة أغلبية المساهمين طبقا للإجراءات والأغليات التي يتطلبها⁽²⁾ لصحة هذه الإضافة، قد تأسس ذلك على إعتبار أن جميع المساهمين قد وافقوا مقدما على الزيادة في الأعباء؛ بحيث يفترض في هذه الحالة أن الأقلية التي لا تحضر إجتماع الجمعية العمومية غير العادية أو التي لم تقر قراراتها قد وافقت سلفا على الخضوع لرأي الأغلبية في هذا الموضوع.

رابعا: الجمعية العامة للمساهمين السلطة العليا للشركة

يصبح المساهم عضوا في الشركة بمجرد إكتتابه في عدد من الأسهم، وبهذا الإكتتاب يكون قد شارك المساهم في تكوين شركة المساهمة، وتنازل عن حقه في ملكية بعض الحصص النقدية مقابل إكتسابه حقوقا تعاقدية لا يجوز حرمانه منها أو إنتقاصها إلا برضاه، وتسمى هذه الحقوق بالحقوق الأساسية، وهي تقترب كثيرا من حقوق المواطن في مجتمع سياسي، يستمدّها المساهم من صفته كشريك، ويمارسها في إطار هيئة تدير شؤون الشركة وتمثل السلطة العليا فيها، تتشكل من مجموع المساهمين يطلق عليها بالجمعية العمومية وهي التي توجه سير أعمالها عن طريق مجلس الإدارة، بوصفه وكيل عنها وإن كان من الناحية العملية ليس للجمعية

¹ - علي حسن يونس، الشركات التجارية، بدون دار النشر، مصر، 1996، ص318.

² - راجع، نص المادة 674-675 من القانون التجاري.

العمومية إلا سيادة نظرية وبوجه خاص في شركات المساهمة الكبرى وإجتماعاتها في الغالب شكلية فهي لا تنعقد على بضع ساعات من كل عام، وتترك أغلب الأمور لمجلس الإدارة، بل أصبح يستأثر بإدارة الشركة بالكامل⁽¹⁾ ولكن بموجب القواعد العامة لعقد الشركة يخول كل شريك حق الرقابة⁽²⁾ على تنفيذ العقد والإلتزام بشروطه وبتطبيق ذلك على شركة المساهمة، بهذا يكون لكل مساهم سلطة رقابة إحترام شروط النظام الأساسي للشركة، ولكن يتعين عليه الحصول على كل المعلومات المتعلقة بالشؤون التجارية للشركة ومركزها المالي وأساليب تنفيذها لأنشطتها. وهو ما يبقى على دور الجمعية العامة.

وأخيراً؛ وفي إطار المفهوم التعاقدية لشركة المساهمة فإن إرادات المساهمين هي التي تنشئ إلتزامات فيما بينهم، وتولد قبلهم حقوقاً وواجبات لم تكن معروفة لهم من قبل الرابطة التي أنشأتها بينهم، وهي التي تنقل أو تعدل هذه الحقوق وتلك الواجبات، وقد لا يقتصر أثرها على ذلك بل بإستطاعتها أن تنهي ما أنشأته وما نقلته أو عدلته من هذه الروابط.

غير أن الإرادة الإختيارية لم تعد كافية لخدمة مصالح مساهمي شركة المساهمة التي تبعد بإستمرار عن مفهوم العقد بسبب تضاعف عدد حاملي أسهمها وزيادة أهميتها الإقتصادية، وغلبة فكرة الممول فيها على المساهم وفقدته صفة الشريك؛ بحيث أصبحت ربحية السهم الأولى بالإعتبار لدى المساهم دون الإهتمام بالإستمرار في عضوية الشركة؛ هذا الواقع العملي جعل من ممارسة المساهم لحقه الشخصي يقتصر في الحصول على مقابل حصته بموجب عقد الإكتتاب، ليتنازل عن غيرها من الحقوق لأعضاء الأغلبية لإدارة الشركة⁽³⁾ بمنظور إداري مستوحى من فكرة النظام القانوني.

¹ - فوضيل نادية، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 239 .

² - و هو ما تقره المادة 680 فقرة 1 وما يليها من القانون التجاري بنصها: "يحق لكل مساهم أن يطلع خلال الخمسة عشرة يوماً السابقة لإنعقاد الجمعية العامة العادية على ما يلي :...".

³ - و تبعا لذلك يرى بعض الفقه أن هناك قرينة بوجود تطابق للمصالح بين ما يقره العدد الأكبر وما يجب أن يقابل ما ترغبه الجماعة؛ للمزيد راجع في ذلك، البستاني يوسف سعيد، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 241.

المبحث الثاني

النظرية النظامية وأثرها على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة

يخضع كل شخص معنوي خاص في أداء وظيفته وتسيير إدارتها إلى التسجيل في السجل التجاري وينشر هذا القيد في الجريدة الرسمية؛ و الأمر ذاته في شركة المساهمة إذ لا يمكن نفي الجانب النظامي فيها خصوصاً مع التدخل التشريعي المستمر لمواكبتها لتطورات الأحداث الاقتصادية؛ من تم فالفكر النظامي موجه لمصلحة الشركة.

إذن فهل يعني ذلك إهدار لمصالح الأعضاء وحقوقهم مقابل تحقيق حمايتها ومصالحها؛ أم أن مضمون النظرية النظامية يولي بعين الاعتبار مصلحة الشركة على مصالح أعضائها وحقوقهم التي لا تتحصن أمام التعديلات بالزيادة والنقصان؟ - و هو ما نتناوله في المطلب الأول-.

على أن الأخذ بعين الاعتبار لهذا التدخل التشريعي المستمر بغرض تحقيق أهداف الشركة يؤثر دون شك في حقوق مساهميها.

فما هي الآثار الناجمة عن المفهوم النظامي على حقوق المساهمين؟ - و هو ما نتناوله في المطلب الثاني-.

المطلب الأول

مضمون النظرية النظامية وعناصرها

يتولد عن تأسيس شركة المساهمة شخص قانوني جديد له حياته الخاصة وهو غير قابل للتفسير بمفهوم العقد إذ أن الإنظام المتعاقب للمساهمين للتجمع يعبر عن إلتقاء الإرادات المتفقة ليس فيما بينها⁽¹⁾ ولكن على موضوع مشترك بالنظام الأساسي لشركة تتحدد فيه حقوق مساهميها وتكيف تبعاً للشروط الإقتصادية المتغيرة للشركة ومصالحها التي تتجاوز مصالحهم الخاصة وهو ما يجد تفسيره في النظرية النظامية؛ فما هو مضمونها؟ أو بعبارة أخرى فما المقصود بها وما هي عناصرها؟

الفرع الأول

تحديد المفهوم النظامي

يتأسس المفهوم النظامي على الجانب الإجتماعي للإنسان وحالة الضرورة التي تفرض عليه أن يعيش بين جماعة وهي تبدأ من إثبات إنتمائه لمجتمع يفقد فيه جزءاً من حريته وبالتالي إن قيام أي تجمع يشترط تضحيات من جانب أعضائه بالتنازل عن قدر من حرياتهم وحقوقهم لصالح المصلحة الجماعية؛ غير أن هذه التضحيات لا يمكن الحصول عليها تلقائياً؛ وإنما يجب أن تكون هناك سلطة⁽²⁾ تعبر عنها هيئات مؤهلة متدرجة فيما بينها وتمثل في بنية الشركة سلطاتها؛ وهي ضرورية لإستمرار التجمع والتنسيق بين الجهود الفردية بغرض تحقيق الغاية المشتركة لأعضاء الشركة.

¹ - إذ ينشأ العقد بإتجاه الإرادة إلى تحقيق مصالح متعارضة مثلاً: في عقد البيع يسعى البائع لنقل ملكية الشيء بأعلى الأسعار الممكنة، وعلى العكس من ذلك المشتري يبذل قصارى جهده لإكتساب الشيء بأقل الأسعار في حين تنشأ شركة المساهمة بحزمة متلاقية من الإيرادات المتفقة في تحقيق الغرض من تكوينها.

² - يمكن إعتبار هذه السلطة داخل بنية شركة المساهمة بالجمعية العامة للمساهمين.

على أن المفهوم النظامي كان محورا للعديد من الدراسات وخص بمفاهيم متعددة من
أنصاره يمكن حصرها على التوالي :

أولا : المفهوم النظامي عند الأستاذ " M. Houriou "

النظام هو فكرة عمل أو مشروع التي تتحقق وتدوم قانونا في وسط إجتماعي؛ و تزود
هيئاته بامتياز السلطة من أجل تنفيذ هذه الفكرة التي تقود بوضوح للإشتراك في الإدارة
بموجب هيئات لها سلطة، ومنظمة بإجراءات محددة ويتضح من ذلك أن لمفهوم النظام
خاصيتين :

-السعي المستمر وراء غاية محددة.

-الإعداد أو التكيف الدائم للوسائل الخاصة بتحقيق هذه الغاية.⁽¹⁾

ثانيا: المفهوم النظامي عندالأستاذ " G. Ripert "

إتجه الأستاذ " Ripert " على خلاف الأستاذ " Houriou " إلى تأصيل نظرية
الطبيعة القانونية لشركة المساهمة دون الخوض في إعطاء تعريف مباشر للنظام؛ فقد نبه إلى علم
الآليات القانونية وأن القانون التجاري يجب أن يتضمن دراسة هذه الآليات للعلاقات الناشئة
عن الممارسة العملية والتي كشفت عن الكثير من التعقيدات والتشعب.

ومن ثم أصبح قانون الإرادة عاجزا عن مواجهة كافة العلاقات بالتنظيم وحلت مكانه
الآلية القانونية، وأخذت دوره في الحياة العملية، والدور الوحيد الذي تبقى للإرادة يتمثل في
إدخال الحركة الآلية عند البداية ثم تظل الآلية تعمل وحدها تبعا لحركة غير قابلة للتغيير من
أمثلة ذلك: الكمبيالات (السفحة) وعمليات البنوك، وشركة المساهمة، فهذه النظم تفسر
نفسها بموجب الآلية القانونية.

¹ - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 45.

وقد عرف "Ripert"⁽¹⁾ شركة المساهمة كآلية قانونية على أنها: "أداة أنشأتها الرأسمالية الحديثة لجمع المدخرات بغرض إقامة وإستغلال المشاريع".

وتبرر خصائص الآلية القانونية للشركة المساهمة غايتها وهي تجميع رؤوس الأموال، وتبعاً لذلك يعتبر تكوين الشركة بمثابة البدء في إنشاء الآلية القانونية، وتجد حقوق المساهم مبررها في المساعدة التي تقدمها لخلق أو تكوين الآلية القانونية، ويعتبر الأشخاص المكلفون بالإدارة والرقابة هم أعضاء الآلية القانونية، ومن ثم أصبحت حياة الشركة ذات طابع آلي، تخضع لنسق معين، ومدة محددة بصفة إلزامية، ويفسرغلبة الطابع الأمر للنظام القانوني لشركة المساهمة أن الحياة العملية أفرزت الآلية القانونية ثم تدخل المشرع بظبط وتنسيق هذه الآلية.

ويستنتج من ذلك أن الأستاذ "Ripert" أعطى لنظرية النظام طابعا خاصا بضبط وتنسيق المشروع الذي أحدثته الإرادة الجماعية لشركاء في طابع قانوني موجه بقواعد أمره تحد من مصالحهم الخاصة تحقيقا للمصلحة الجماعية لشركة والهدف المبتغى من إنشائها ومع ذلك فإن تعريفه لمفهوم النظام لا يختلف كثيرا عن النتائج التي توصلت إليها النظرية السابقة للأستاذ "Houriou" و بالتالي يتفقا على تحديد المفهوم النظامي بعنصرين:

الأول: الفكرة التي أنشأت الشركة من خلالها تحقيقا للأهداف الجماعية.

الثاني: دور القانون في تحديد السلطات والحقوق الثابتة للمساهمين حماية لهم ولديمومة الشركة كمصلحة عامة. - وهذا ما نتطرق له في الفرع الثاني -

¹ - Georges Ripert et Reni Roblot, Traité de droit commercial, 14^{ème} édition par Philippe delbecque et michel germain, L.g.d.j, paris,1996,p162.

الفرع الثاني

عناصر المفهوم النظامي

إن الإنسان عندما يستشعر حاجة ما، فإنه يسعى إلى تحقيقها، برأي انصار النظرية النظامية وإذا إعترف المجتمع بها فإنه يعمل على إنشاء سياق قانوني يحيط بالفكرة التي تلي هذه الحاجة من أجل حفظها وإستمرارها، هذا السياق القانوني يسمى بالنظام فهو فكرة تؤسس في إطار من التنظيم وبذلك تتحلل عناصر النظام إلى فكرة وتنظيم قانوني، وإستمرار للفكرة والتنظيم. لذلك نبحث تفصيلا هذه العناصر في الفكرة المشتركة أولا ثم التنظيم القانوني لهذه الفكرة ثانيا على النحو التالي :

أولاً: الفكرة لعمل أو مشروع معين

الفكرة أو الهدف هي محور النظام، وقد تكون لتلبية حاجة إقتصادية تظهر في شكل مشروعات إقتصادية أو تجارية، أو حاجة أمنية بالتكامل في جماعات أو دول، أو أي نوع من الحاجات الأخرى التي يحس الإنسان بضرورتها لحياته، بعبارة أخرى هذه الفكرة تقتضي وجود تجمع أفراد من أجل تحقيق هذا العمل الجماعي، وتتميز الفكرة عن الحقوق الشخصية التي يتمتع بها الإنسان بمقتضى القانون، على أساس أن النظام يستقل عن صاحبه ولا يسيطر عليه، أما الحق فهو يخضع تماما لمطلق تصرفات صاحبه وليس له مظهر خاص يفصله عنه، فالحق ذو طابع فردي شخصي أما النظام فهو موضوعي. يشترط في الفكرة محل النظام ما يلي:

1- الديمومة والإستمرار⁽¹⁾؛ بحيث لا تتناقض بالتنفيذ أو تنفذ أو تستهلك بالمدة أو الوفاء على عكس العقود المتتابعة التي يظهر فيها التناقض والإستهلاك واضحا، فمثلا: العقود هي أوضاع تتعارض فيها -لمدة قصيرة- مصالح ليست عديدة، في حين الأنظمة على عكس

¹ - وهو ما يتفق مع الأحكام العامة للشركات التجارية والتي يشترط فيها الديمومة والإستمرار دون تجاوز 99 سنة وهو ما نصت عليه المادة 546 من القانون التجاري.

من ذلك هي أوضاع تتلاقى فيها ولمدة طويلة مصالح الجماعات. هذه الجماعات تعيش ولها وجود قانوني مستقلا خاصا بها، كما لها قانون جماعي خاص بها غريب عن القانون التعاقدي. وتتوافر هذه السمات سواء في الأنظمة الخاصة بالشركات أو الأنظمة العامة كالهياكل الإدارية ومع ذلك يرى بعض الفقه في بعض هذه العقود التي تزيد مدة تنفيذها عن عمر الإنسان أنه يمكن إدراجها ضمن مفهوم النظام كعقد إيجار العقارات طويلة الأجل.

-2- أن تكون الفكرة متماشية مع العقل مستوحات من الحاجات الإنسانية المعقولة؛ التي لا تخالف القواعد الطبيعية أو ما يسميه أنصار هذه النظرية بالقانون الطبيعي، فالإنسان يتمتع بهيبة العقل الذي يحكم تصرفاته وإحتياجاته، ويعتبر بمثابة القوة المسيطرة التي تمنعه من الإنزلاق وراء دوافع عمياء وغرائز بهيمية تجره إلى الفناء والإنقراض، أو تحرمه من العيش في سلام، فالعقل وحده الذي يحدد للإنسان إختياره للحاجة التي تستلزم التنظيم، وتلك التي تخالف الطبيعة الإنسانية ومن ثم لا تستحق التنظيم.

ثانيا: التنظيم القانوني للفكرة

أما فيما يتعلق بالإطار القانوني أو ما يسمى بتنظيم الفكرة لحمايتها ورعايتها، فإن آثاره تنعكس على مستوى صلته بالغير، فالتصرفات أو الحقوق والإلتزامات التي تقتضيها الفكرة تؤدي إلى إكتسابها الأهلية اللازمة لذلك التي تجعل منها شخصية معنوية وهذه الشخصية ليست ضرورية للنظام فقد يوجد بدونها عندما لا يكون له علاقات خارجية أو غرضه لا يستلزم ذلك كالأسرة أو فرع الشركة التي ليس لها وجود بالنسبة للغير، ولكن ذلك يقتضي أن تكون علاقاته قاصرة على الشركة ذاتها، كما أن أهلية النظام مقيدة بالتخصص⁽¹⁾ الذي يرد في سند إنشائه، أو في تحديد أهداف الفكرة حسبما يراها المؤسس، وأن مبدأ التخصص يستجيب للتطوير في حدود تحقيق الفكرة، بأن يقتصر على تكييف الوسائل اللازمة لتقييدها دون أن يتعداه إلى الفكرة ذاتها حتى لا تتحول إلى فكرة أخرى، وينتهي الأمر

¹ - فإذا كانت أهلية الشخص الطبيعي تتحدد بالتمييز وإكتماله للسن القانونية فإن أهلية الشخص المعنوي الخاص ومنها شركة المساهمة تتحدد بحكم شكلها مهما كان موضوعها بحسب نص المادة 544 من القانون التجاري.

ببطلان النظام باعتبار أن الفكرة مقيدة بالغرض منها، فمثلا مشروع النقل قد يطور وسائله
إستجابة لتقدم المواصلات كخلق مترو الجزائر مثلا لكن لا يتحول إلى مشروع آخر.

وللنظام مميزات يمكن حصرها كما يلي:

أ- للنظام حياة قانونية داخلية تمثل العلاقات بينه وبين أعضائه؛ تقوم على التماسك
والترابط في الداخل بما يساعد على خضوع أعضائه وقبولهم الإمتثال للسلطة، ودرجة التماسك
تختلف قوة وضعفا من نظام إلى آخر، فهي تتقوى بقوة إجتذاب الفكرة للأعضاء وتساعد على
طول مدة بقاء النظام. كما تتطلب الحياة الداخلية وجود سلطة تؤكد على إستمرار التماسك
والترابط في النظام لأجل تنسيق المساعي القوية في الهدف لتحقيق الغاية المشتركة، والسلطة هي
خلق في النظام، توجد فيه بطبيعته وخلقته بمجرد تكوينه دون ما إجراء آخر ولا أثرها في
مواجهة الغير، ولا شأن للغير بصاحب السلطة وإنما علاقته تكون مع صاحب الحق في التمثيل
الذي ليس بالضرورة أن يكون صاحب السلطة الفعلية في النظام، والسلطة ليست حقا
شخصيا بل إختصاصا وظيفيا لمن يمارسها، وتوزع حسب قواعد النظام على الهيئات المكونة له
بما يوافق طبيعتها والأغراض التي يتخصص فيها النظام، فالسلطة بطبيعتها لا توجد إلا بتدرج
الهيئات وتسلسلها داخل النظام بنص قانوني يحددها.

ب- العلاقة الموضوعية للنظام بأعضائه بعيدة عن الصبغة الشخصية لحقوق المساهمين؛

لا ينظر في المفهوم النظامي للعنصر بصفته الشخصية؛ وإنما ينظر إليه كمركز قانوني يحكمه
القانون وينطبق عليه التنظيم⁽¹⁾ و هي قواعد محددة تخاطب الأعضاء بالصفة لا بالذات، وعلى
السلطة الحاكمة أن تعامل جميع الأعضاء معاملة أساسها القانون والمساواة، وليس العلاقة بين

¹- ويظهر ذلك من خلال تنظيم المشرع بأحكام خاصة في القانون التجاري لحقوق المساهمين حيث جعل من السهم
كقيمة منقولة مصدرا لإكتساب حقوق مماثلة لكل مساهم له سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة بدليل نص المادة
715 مكرر 30 قانون تجاري.

الفصل التمهيدي: الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في ظل نظرية العقد والتنظيم
لشركة المساهمة

أعضاء النظام؛ فهي لا تقوم أساساً وليس لهم من علاقات سوى تلك التي يتجهون بها نحو النظام أو التجمع والفكرة المشتركة.

وبعد التطرق لمضمون المفهوم النظامي يبقى علينا بحث مدى أثره على الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة.

المطلب الثاني

أثر المفهوم النظامي على الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة

إن تكريس المفهوم النظامي في شركة المساهمة؛ يجعل من مصلحة الشركة الأولى بالإعتبار بل أنها تطفئ أحيانا على مصالح أعضائها- برأي أنصارها - . من ثم حقوق المساهم لا تتحصن ضد الإلغاء، وإدخال التعديلات عليها سواء بالزيادة أو بالنقصان مما يؤثر في تصنيفها، كما تتراجع حرته التعاقدية بفعل التدخل المتزايد للمشرع بمجموعة من قواعد قانونية خاصة من شأنها ضمان تنفيذ الفكرة المشتركة التي أنشأت الشركة من أجلها مما يؤثر في بنية الشركة.

بهذا نتطرق لأثر المفهوم النظامي على حقوق المساهمين وحرية التعاقدية في الفرعين

الآتين:

الفرع الأول

أثر النظرية النظامية على الحقوق الأساسية للمساهمين في الشركة من حيث تصنيف حقوقهم. (أثرها من حيث تصنيف حقوقهم)

يرتبط مركز المساهم في شركة المساهمة بتنفيذ الفكرة المشتركة لها، ويعترف له بحقوق تتأثر بمقتضيات مصلحتها دون التمسك بالحق المكتسب الذي يخضع مقدما لقرارات الأغلبية، هذا المفهوم النظامي جعل من المساهم عضوا في الشركة أكثر منه شريكا؛ ذلك أن العلاقة التنظيمية داخلها تجعل من حقوقه وإلتزاماته المقررة بالنظام الأساسي مصدرها إنتماءه إلى الشركة كعضو فيها بحيث تدخل في تركيبة بنائها وتصير جزءا منها. وبالتالي لا تعتبر ملكية السهم فقط أساسا لإكتساب الحق وحرية التصرف فيه. وإنما الإرادة الفردية تضحل أمام إرادة ومصلحة الشركة كشخص معنوي مخاطب بأحكام القانون؛ من هنا إختلفت الآراء الفقهية⁽¹⁾ لأنصار هذه

¹ - George Ripert et René Roblot ,op.cit,p258.

النظرية في تحديد قائمة للحقوق الأساسية للمساهمين فقد حددها بعضهم في أربعة حقوق منها:

- أن يكون للمساهم حق التعامل مع شركة قانونية، وبالتالي حق المقاضاة ببطان الشركة حق مانع.

- حق في ألا يستبعد من الشركة دون تعويض منها.

- حق في تحديد مخاطره بالقيمة الإسمية لسهمه.

- حق الاحتفاظ بسنده أو بيعه.

في حين إقترح غيرهم من الفقهاء⁽¹⁾ أن تصنيف هذه الحقوق بطريقة أخرى بحيث تشمل الحق في الحصول على حصة من الأصول، وحق التنازل عن سهمه، وحق تحديد أعبائه، وحق التصويت فإذا تم الإعتداء على هذا الحق، فلا يستطيع رفع دعوى لعدم تنفيذ إلتزام تعاقدية، وإنما يحق له ذلك بناء على المفهوم النظامي الطعن ببطان قرارات الجمعية العمومية. زد على ذلك الحق في المساواة في المعاملة فلا يمكن إنتهاكه فهو حق وإلتزام في آن واحد يفرض على أعضاء شركة المساهمة إلتزام حقوق بعضهم البعض، فهو واجب مستمد من إلتزام عام⁽²⁾ يلتزم فيه كل فرد بإحترام حقوق غيره.

أخيراً، من الواضح أن هذه الآراء لم تتمكن حصر قائمة لحقوق المساهمين بحيث لا يمكن المساس بها حتى ولو إقتضى الأمر ترجيح الكفة لمصلحة الشركة لذلك فإن تدخل المشرع بمنطق نظامي وبنصوص آمرة لتعيين سلطات الجمعية غير العادية بشأن تعديل نظام الشركة؛ وإن كان تحديد النصاب بالأغلبية إلا أنه قدراعى بهدامصلحة الأغلبية في الشركة⁽³⁾ وهو

¹ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 142.

² - و الجدير ذكره أنه ليس للمساهم إلا إلتزام وحيد إتجاه الشركة وهو سداد أقساط سنداته في مواعيدها.

³ - عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين، مكتبة الجلاء، مصر، بدون سنة النشر، ص 145.

ما يضمن فعلا الحماية لحقوق المساهمين بصفة عامة. ولم يقتصر المفهوم النظامي على تصنيف الحقوق فقط، وإنما شمل أحكام خاصة بالشركة تتصل بينها الداخلي ومنه بحقوق والتزامات المساهم فيها وهو ما نتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

أثر المفهوم النظامي على الحقوق الأساسية للمساهمين في شركة المساهمة من حيث أحكامها (أثره من حيث الأحكام الخاصة بالشركة)

إن جميع الشركات التجارية ما عدا شركة المحاصة، تتمتع بالشخصية المعنوية وهو حال شركة المساهمة؛ إذ بمجرد تكوينها بشكل صحيح وقيدتها بالسجل التجاري⁽¹⁾ أمكن إعتبرها شخصا قانونيا مستقلا عن الأشخاص المكونين لها، هذا الأخير يعتبر الأثر الأول والمباشر للمفهوم النظامي؛ فما هي إذن الآثار الأخرى التي تحكم بناء الشركة وتؤثر على حقوق مساهميها؟

يمكن حصر هذه الأحكام فيما يلي:

أولا: نسبة المساواة في المعاملة مع عدم زيادة أعباء المساهمين

الأصل ان المساواة في المعاملة بين المساهمين مبدأ استقر لأجل حماية المساهم من القرارات التعسفية الصادرة عن أغلبية المساهمين، وهو ما تقضي به النظرية النظامية على أن المساواة النسبية شرعت قانونا من أجل تعايش فئات مختلفة من الأسهم داخل الشركة، أما المساواة المطلقة لا تسود إلا في داخل كل فئة؛ لذلك عدم المساواة في المعاملة تبرره مصلحة الشركة ولا يمكن إدخال أي تعديل على فئة أو عدة فئات من الأسهم، دون أن يكون هذا الإجراء قابلا للطعن فيه أمام القضاء لعدم منافاته لمبدأ المساواة في المعاملة؛ ومنه فإن التمايز في

¹ - المادة 549 من القانون التجاري والتي نصت على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها بالسجل التجاري".

المعاملة كأثر نظامي يمس الأسهم لا المساهمين بإختلاف الفئات المحددة بنص القانون⁽¹⁾ سواء لحظة الإكتتاب عند تأسيس الشركة أو أثناء حياتها، كذلك أصبح هيكل وآلية شركة المساهمة لا يتعارض مع توزيع رأس المال على فئات مختلفة، وبالتالي صارت فكرة تصنيف الأسهم إلى فئات عامل حماية لمساهمي الفئة الواحدة، كحماية أصحاب الحصص العينية من تعسف أصحاب الحصص النقدية عند تقدير الحصص العينية كما أن حسن معاملة المساهمين يرتبط لا محالة بعدم زيادة أعبائهم، إذ لا يمكن لشركة أن تلزم أعضائها بتنفيذ التزامات تتجاوز تلك المنصوص عليها في النظام الأساسي؛ فإذا وفي المساهم بقيمة أقساط الأسهم للشركة، فلا يكون لها أن تطالبه بمبالغ أخرى حتى إذا منيت بخسارة؛ وقد إستند أصحاب هذا الرأي على مبادئ العدالة والحرية الفردية في حظر زيادة الإلتزام وأيضا لم يغفل القانون التجاري هذا الحظر بنصه في المادة 592 على أن: ". . . . وتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم". وهو ما يستفاد منه ضمنا عدم زيادة أعباء المساهمين.

ثانيا: مبدأ الفصل ما بين السلطات وحماية الأقلية في الشركة

يقر أنصار نظرية النظام بمبدأ فصل السلطات بين هيئات الشركة، وأن الجمعية العمومية للمساهمين لم تتسلط على الهيئات الأخرى، لكونهم أعضاء في جسم الشركة ومن تم يمارسون وظائفهم فيها بصفة أصلية، فإذا كان للجمعية أن تختار أعضاء مجلس الإدارة ومجلس المراقبة ولها أن تعزلهم في حالة الخروج عن واجباتهم الوظيفية⁽²⁾ ولها حق تعديل النظام الأساسي وإتخاذ قرارات على مسائل رئيسية تمس حياة ومركز الشركة مباشرة⁽³⁾، فإن نطاقها يتحدد بشروط النظام الأساسي للشركة والنصوص القانونية الآمرة ذات العلاقة، ومن تم سلطتها الإدارية المقيدة بتفاصيل العمل فيها وفي حدود صلاحياتها تتأكد لها حرية التصرف في إتخاذ القرار فهي العضو القانوني الأكثر سلطة في شركة المساهمة.

¹ - راجع، نص المادة 715 مكرر 41 و 715 مكرر 42 من القانون التجاري.

² - المادة 611 و 613 قانون تجاري.

³ - المادة 600 فقرة 2 قانون تجاري.

غير أن هذه السلطات الواسعة لا تمارسها تقديريا وإنما في حدود القانون ولا يجوز لها التعدي على إختصاصات مجلس الإدارة أو سلب منها الصلاحيات المقررة بموجب القانون على أنه في إطار مبدأ الفصل ما بين السلطات ومنعا لتعسف الأغلبية في إستعمال سلطاتها- كما تقتضيه النظرية- ظهرت الحاجة إلى حماية أقلية المساهمين من خلال اللجوء إلى بعض الوسائل القانونية والتي تتحقق بموجب النظام الأساسي لشركة والنصوص القانونية ذات العلاقة وكذلك بمقتضى المبادئ العامة للقانون فمثلا: يجوز أن ينص النظام الأساسي على بعض القرارات المهمة والتي يجب أن تؤخذ بالإجماع أو يشترط لها الحصول على أغلبية⁽¹⁾ معينة كأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الحاضرين للإجتماع.

أخيرا؛ يمكن القول أن بنية الشركة كعقد تستلزم عدم إمكانية إدخال أي تعديل عليها (على العقد) ؛طبقا للقاعدة الأساسية :العقد شريعة المتعاقدين؛ و لا يمكن نقضه إلا بإجماع رضا الأطراف، وتبعا لذلك فلا يجوز أن تمنح أغلبية المساهمين حق تعديل النظام الأساسي خلافا لرأي الأقلية فالقاعدة أن "نقض العقد يفترض رضا جميع المساهمين"⁽²⁾.

غير أن هذه الصرامة للمفهوم التعاقدى للشركة لا يمكنها أن تنفي الطابع النظامي لها ومتطلبات الحياة الإقتصادية التي تقر لا محالة قانون الأغلبية والذي يجيز للجمعية العمومية غيرالعادية الحق في تعديل القانون الأساسي (طبقا لنص المادة 674 قانون تجاري). إذن لا تتمتع الجمعية العمومية بمطلق الحرية في تعديل نظام الشركة وإنما سلطتها مقيدة في هذا الشأن، وتستخلص هذه القيود من فكرتين؛ هما أن تبقى الشركة هي ذاتها وأن تحترم الحقوق الأساسية للمساهمين، فلا تستطيع الجمعية العمومية أن تدخل تعديلات التي من شأنها القضاء على الشخص المعنوي أو إيجاد شخص جديد، لأن لكل شركة شخصيتها المستقلة وأنها أنشأت في سبيل إنجاز هدف معين للشركاء فلا وجود لها خارج هذا الهدف و بالتالي يجب ألا يصل التعديل إلى درجة أن تستبدل شركة بشركة أخرى بتغيير شكلها أو تعديل في غرضها الأصلي كذلك لا تستطيع الجمعية العمومية أن تضر بحقوق المساهمين الأساسية، لأن وجود الشخص المعنوي

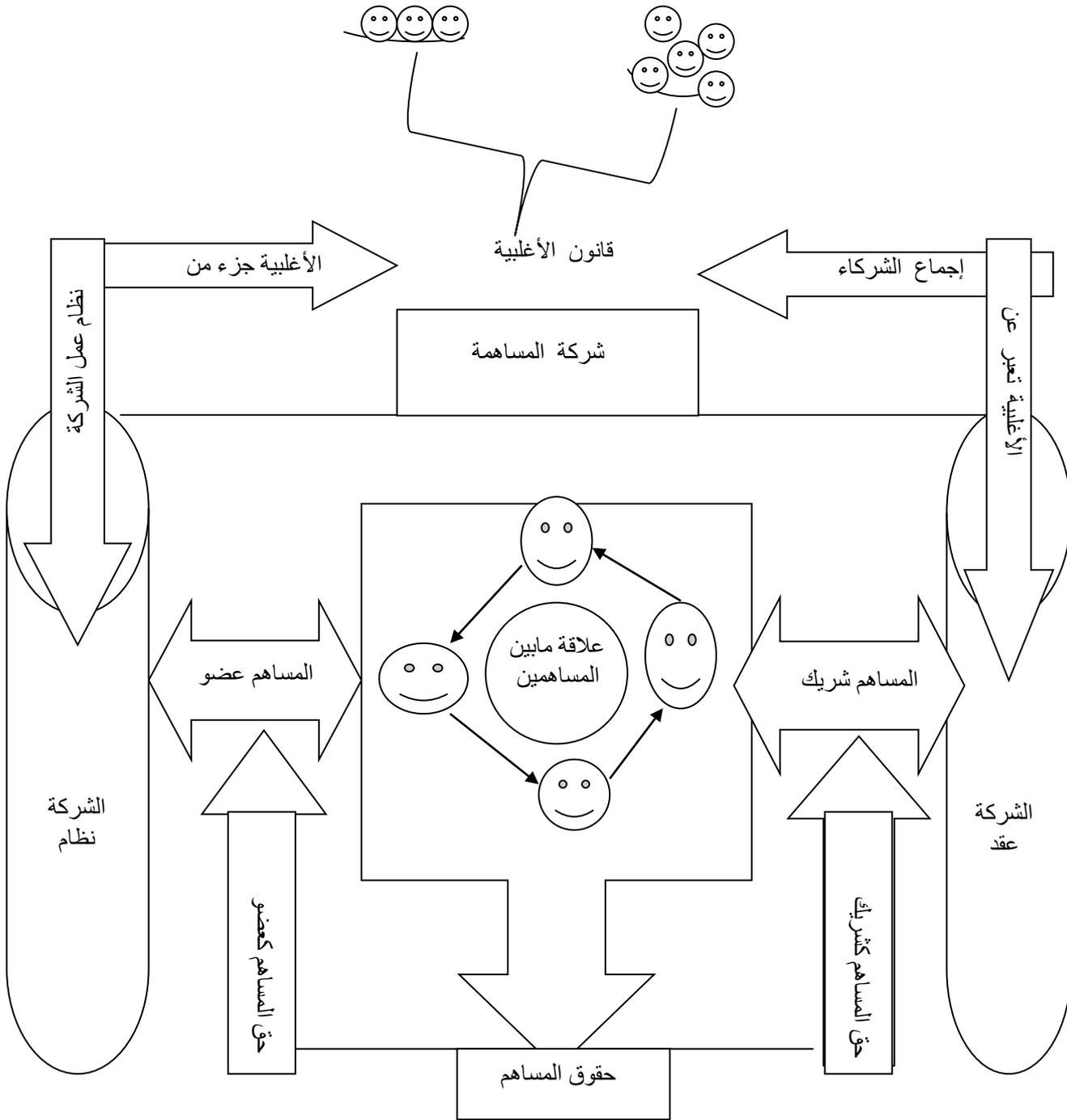
¹-أنظر، سابقا، ص 8.

² - Bencheneb Ali,op.cit ,p25.

الفصل التمهيدي: الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في ظل نظرية العقد والتنظيم لشركة المساهمة

لا يقتضي أن تدوب شخصية الشريك كلية فيه، وإنما يتنازل عن قدر من حقوقه أمام سلطات الشركة بقدر تحقيق الهدف المشترك وهذا بناء على القاعدة التي تقول أن جميع الحقوق لها هدف محدد تمنح لأصحابها لتحقيق هذا الهدف.

بإختصار تتضمن الشركة دائما عنصرا تعاقديا غير قابل للمساس به . هذا وإن إعتبر بعض أنصار النظرية العقدية أن الأغلبية تعبر عن إجماع الشركاء، أما الشروط النظامية فإنها تعتبر شروطا إحتياطية يمكن تعديلها . بنص القانون-؛ لأن الشخص المعنوي قادر على تنظيم سيرته بنفسه، ومن ثم فإن عقد الإكتتاب المبرم بين المساهم والشركة تنبثق عنه إلتزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين دون إهدار لحقوق المساهم الأساسية للشركة وإن كانت بنية هذه الأخيرة كعقد وتنظيم يؤثر لا محال في طبيعة حق المساهم في الشركة فيجعله شريكا من جهة وعضوا من جهة أخرى وهو ما نتطرق له في الفصلين التاليين:



مخطط نظام عمل شركة المساهمة في ظل النظرية العقدية والنظامية

الفصل الأول

الحقوق الأساسية للمساهم
باعتباره شريكا ومبدأ الحرية
التعاقدية في شركة المساهمة

الفصل الأول: الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره شريكا ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة

تبدأ علاقة المساهم بالشركة سواء عند بداية تأسيسها بالإكتتاب فيها أو أثناء حياتها بشراء أسهمها أو التنازل من أحد المساهمين إليه بعوض كالبيع أو بدون عوض بطريق الميراث أو الهبة؛ ولا يتصور ذلك إلا في شركات المساهمة خاصة التي تطرح أسهمها في إكتتاب عام⁽¹⁾.

ويقصد بالإكتتاب أن يعلن المكتب رغبتة في الإشتراك في مشروع الشركة مع تعهده بتقديم حصة في رأس المال اللازم، والمكتب بهذا المعنى هو المساهم الأول في الشركة لأنه يقدم حصته في رأسمالها وهي في مرحلة التأسيس ويتمتع فيها بكافة الحقوق المقررة لجميع الأسهم من نفس النوع.⁽²⁾

بهذا يبدو واضحا أنه لا يلزم أحد على الدخول في شركة ما؛ فلا إرادة المساهم مطلق الحرية في الإتجاه نحو الإشتراك في مشروع الشركة ولا ينعز أحد أن لها دورا ظاهرا في إنشائها.⁽³⁾ وهو ما يعترف به المشرع أثناء تأسيسها. على أنه إذا كانت الإرادة التشريعية قد طغت على تسيير وإدارة الشركة خلال حياتها بقواعد أمرة؛ كما تغلب النظام على الطابع العقدي لها؛ إلا أن هذا لا يعني إنكارا منه للصبغة العقدية للشركة إذ عادة ما يلجأ المشرع في حكمه للعقد التأسيسي لها يبرز ذلك من خلال مثلا؛ حق المساهم في تداول أسهمه والخروج منها (الشركة)؛⁽⁴⁾ إذ أنه مكن المساهم من حقه دون حرمان منه غير أنه قد سعى إلى إشتراط الإحالة للغير بموجب القانون الأساسي؛ وهو ما يعني أن الشركاء وهم أصحاب الأسهم أحرار في تداول الأسهم أو التنازل عنها لما يمليه القانون أو ما تم الإتفاق عليه بموجب القانون الأساسي بحيث يتغيرون باستمرار بسبب الثقل المالي الذي تقوم

¹ - عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 26 .

² - Paul le Cannu, Societes par action, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique, Edition par Dalloz, Paris, 2007, n° 1, p165.

³ - يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007، العدد 04، ص 131.

⁴ - المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري.

عليه هذه الشركة، فهو يشكل أساسا متينا في تكوينها وفي نشاطها بخلاف الإعتبار الشخصي فلا أهمية له في وجودها غير أنه إذا كانت مبررات حرية تداول الأسهم في شركات الأموال وشركة المساهمة بصفة خاصة وجود الإعتبار المالي؛ فما هو أساس هذا التداول؟.

بإعتبار أن الأسهم في شركات المساهمة هي قيم منقولة، فإنها تتميز بقابليتها للتداول، فإن فقدت هذه الأسهم طابع التداول فقدت الشركة صفة المساهمة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ بأنه إذا نص نظام شركة المساهمة بأن أسهم الشركاء لا يجوز التنازل عنها فلن يكون للشركة طابع شركة المساهمة، أما إذا نص نظام شركة الأشخاص بأن حصص الشركاء تتكون من سندات قابلة للتداول فستكون شركة مساهمة ولكن تأسست بصورة غير قانونية، فمبدأ تداول الأسهم هو أساس شركة المساهمة وهو الذي يسمح بتسعرتها والتعامل تجاريا في الأسهم وهو المعيار الذي يميز السهم عن الحصة في شركات الأشخاص⁽²⁾. فسهولة تعامل المساهمين في أسهمهم بحرية ما لم يقيد ذلك بقيود نظامية أو قانونية يجعل من السهم يختلف عن الحصة والتي تستدعي إحالتها موافقة كل الشركاء. وفي ذات الوقت فإنه يجد أساسه في السهم، بإعتباره صفة مرتبطة به أي بالسند التجاري⁽³⁾. هذا إلى جانب كونه حقا مصدره السهم ذاته، ما دام أن الوفاء بالقيمة الإسمية بالكامل للأسهم التي أكتتبت بها في رأس المال يمنح صاحبها (المساهم) حق التصرف فيها بطريق تداولها على أنه إذا كان السهم سندا ومصدرا لحق التداول وعليه يقوم هذا المبدأ، وهو لا يعد بمنأى عن بقية الأوراق المالية والتجارية بصفة عامة؛ إذ يتأسس عليها وتتأسس عليه في نفس الوقت.

لهذا فإن قيامه (المبدأ) يستدعي توافر جميع شروط وخصائص السهم في أن يكون السهم سندا تجاريا يسهل التعامل فيه بالطرق التجارية وهو ما يستتبع ضرورة أن يكون مالا منقولاً يمكن نقله أو تداوله بتلك الطرق وبحسب الشكل المحرر به، إما على إعتباره سهما إسميا

¹ - Cass.com, 22oct, 1969 cité par Philippe Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p837.

² - بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 04.

³ - المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري.

بطريق قيده في دفاتر الشركة أو على إعتباره سهما محررا لحامله بطريق تسليمه أو تظهيره إذا كان لأمر، ضف إلى ذلك عدم قابلية السهم للتجزئة في مواجهة الشركة بإعتبار أن السهم الواحد لا يتجزء ويمنح حقوقا ويرتب الإلتزامات لشخص واحد وهو صاحب السند⁽¹⁾؛ وهو ما يوجب معه التساوي في القيمة الإسمية للسهم والتي يتبعها المساواة بين المساهمين ضمانا لممارسة حقوقهم بالبقاء في الشركة مع إمكانية الإنسحاب منها. ومرد ذلك الطبيعة التعاقدية للعلاقات التي تربط المساهم بالشركة والتي تفسر عدم جواز إبعاد المساهم بإرادة منفردة. يقال هذا أمام غياب نص صريح يجيز أو يحظر هذا الفصل؛ وهو ما فتح باب الإجتهد للفقهاء والقضاء كل يبرر وجهة نظره بين التأييد والرفض للفكرة؛ غير أنه إذا كان الإجتهد يستبعد في حضور النص الصريح ويستحب في غيابه إلا أن التبرير السديد للفكرة إجازا أو رفضا يستقيم بالإستدلال بما يمليه المشرع من قوانين أساسية كمصدر لإرادة المساهمين في تقرير عزل المساهم وإدخال نوع من الإعتبار الشخصي في شركات الأموال بتوافر الحالة وشروطها؛ كإلغاء قيد إسم المساهم من سجلات الشركة والذي لم يفي فيها بقيمة السند؛ وإن كان المشرع لم يقدم على تنظيم هذه الحالة إلا أنه في حالة الإمتناع تباع الأسهم لحساب وتحت مسؤولية المساهم الممتنع عن الوفاء دون تدخل القضاء؛ وإن كان لهذا الأخير أن يأمر بإحالة أسهم القائمين بإدارة الشركة في حالة الحكم عليهم بالإفلاس أو المنع من مزاوله نشاط التسييرو الإدارة والمراقبة.⁽²⁾

عموما إن بقاء المساهم في الشركة حق بديهي ومسألة حتمية للمشاركة في تحقيق المسعى الجماعي لها، لذلك يؤخذ فيها بالإعتبار الشخصي للمساهم ولو أنها شركة مساهمة وبصفته كشريك لوجوده ثقل في نشاطها وإدارتها وتسييرها، ومع ذلك له أن يلجأ للإنسحاب منها بإرادة منفردة تبرز حرته في التعاقد وإنهاء أثر هذا العقد بالتصرف في أسهمه⁽³⁾، لكن إلى أي مدى يبقى للمساهم مطلق الحرية في التصرف في أسهمه؟.

¹ - فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 200.

² - بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 21.

³ - وهذا دون أن يؤثر ذلك على حياة الشركة؛ ففي شركة المساهمة إرادة أحد المساهمين التي لا ترغب في البقاء في الشركة لا تؤدي إلا حلها بخلاف شركات الأشخاص.

علاوة على ذلك فللمساهم حقوقا أخرى- مالية وإدارية- ملازمة لصفته كشريك مالك للأسهم له مطلق الحرية في ممارستها بيد أن هذا لا ينفي ما عبر عنه الفقه⁽¹⁾ حينما ميز بين حقوق المساهم على إدارة الشركة ومشاركة المساهم في إدارتها؛ لاسيما وأن الواقع العملي لشركات المساهمة قد أثبت ذلك فعلا؛ خصوصا حينما يتعلق الأمر بظاهرة غياب المساهمين عن حضور جلسات الجمعيات العمومية وممارسة حقهم في التصويت؛ فقد تتوافر لديهم من الأسباب المتاحة لحضور الاجتماع، ومع ذلك يمتنعون عن المساهمة في إدارة الشركة يطلق عليهم الفقه تسمية "المساهم السلبي"⁽²⁾ لغلبة سيكولوجية الحصول على الأرباح أكثر من إهتمامهم بالأمر الإداري بالشركة وكل إهتمامهم وتفكيرهم في أسعار الأسهم في سوق الأوراق المالية.

على أي حال يبقى التصويت حقا مقدسا ذو أهمية كبرى؛ لا يتأثر بالواقع بفعل تدخل المشرع وسعيه الدائم لضمان مشاركة المساهم في هذه العملية بوضع حلول لتضييق تلك الفجوة بين دور المساهم قانونا وفي الواقع كإجازة التصويت بوكالة أو بالمراسلة الإتفاق بين المساهمين بذات الشركة لإتحاد المصلحة للحصول على قرارات ذات فعالية في مصلحة الشركة وتجنب الإتفاقيات . الباطلة أصلا- التي تقضي بالإمتناع عنه أو بالتصويت حسب رأي الآخرين⁽³⁾ وإن كان يصح الإتفاق على التصويت في اتجاه واحد وعلى قرار واحد مع بقاء حرية الإختيار ما دام أنه لا يمنع من ممارسة هذا الحق ولا يؤثر في مبدأ أساسي من بين المبادئ التي يقوم عليها وهو " حرية التصويت".

أضف إلى ذلك فقد منح المشرع-لذات الهدف- بعض الأسهم مزايا سواء في التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية كأسهم التمتع. ...، أخذا بعين الإعتبار لشعور المساهم بأن أسهمه

¹ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 154.

² - Marcel Onnainty, Guide pratique de la constitution des sociétés ,Sarl,Sa, Sas, Snc, Eurl, Edition d'organisation,Paris, 2003,p,54.

³ - إذ تعتبر هذه الإتفاقيات عملا غير قانوني من شأنه تقييد حرية المساهم في التصويت داخل الجمعيات العمومية وهي بذلك تشكل وفقا لحق التصويت بصورة غير مباشرة؛وهو ما عبر عنه الفقيه:

Philippe Merle,op.cit, n°314, p313 : «sont considérées comme nulles les conventions par les quelles un actionnaires s'engage par avance a voté dans tel ou tel sens ».

تحصل على الأرباح وتأتي بالأولوية عن غيرها من الأسهم العادية مما يؤدي به إلى الدفاع عن هذه الميزة بالمشاركة في إدارة الشركة ولعل هذا ما يبرز مبدأ تناسب الأصوات مع رأس المال في التصويت في الجمعيات العمومية⁽¹⁾. كما يوحي بطبيعته كحق شخصي له قيمة مالية مرتبط بالمفهوم الذاتي وبالمصلحة الشخصية بعكس المنطق الوظيفي له كسلطة تمنح للمساهم عن طريق القانون أو القوانين الأساسية، بمنظور يخدم مصلحة أسمى من المصلحة الشخصية لكل مساهم؛ وإن كان هذا لا يمنع من الجمع بين نظريتا حق التصويت بحيث يكون فيها للمساهم ممارسته لما يخدم مصالحه الخاصة ما دامت يراعى فيها مصالح الشركة.

إن ما يزيد حق التصويت أهمية إقرار المشرع الجزائري نوعا من الأسهم بدون حق التصويت، يطلق عليها إصطلاحا الأسهم الممتازة أو ذات الأولوية في الإكتتاب لأسهم جديدة يقابلها إصطلاح الأسهم ذات الأفضلية في الأرباح في القانون الفرنسي؛ وهي التي يمارس صاحبها كافة الحقوق المرتبطة بالأسهم العادية ما عدا الحق في التصويت⁽²⁾، وذلك إدراكا منه لوجود طائفة من المساهمين - خاصة الذين دخلوا الشركة أثناء حياتها - لا يرغبون في تحمل عبء التصويت وأن إهتمامهم الأول هو الحصول فقط على الربح بغية دفع المساهم إلى تحويلها إلى أسهم تعطي الحق في التصويت بإعتباره أهم الحقوق الإدارية، ولعل هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن أمور شتى لها إرتباطا وثيقا بهذا الحق ذلك أن حدة تدخل المشرع في الحماية التي يوليها لهذا الحق لما له من أهمية تستدعي ضوابط قانونية لذلك؛ فما هي إذن؟.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد؛ إذ أن الحماية التي كفلها المشرع الجزائري لهذا الحق ليست على إعتباره أهم الحقوق الإدارية فحسب بل أن هذه الحقوق إنما سخرت لخدمة هذا الحق والذي يمثل في النهاية حماية لحق المساهم على الأرباح. والذي يعد ضمانا أكيدة لشركات المساهمة بإعتبارها ظاهرة مالية وإجتماعية في نظام الإقتصاد الحر، من شأنها توفير إمكانيات هائلة للتنمية الإقتصادية؛ تمثل الأسهم فيها مصدرا لثروة المساهمين وسلطاتهم الإدارية والمالية، ذلك ماجعل رجال الأعمال والإستثمار يقبلون على توظيف أموالهم عن طريق شراء الأسهم لما

¹ -Yves Guyon, L'assemblées D'actionnaires , Rev,Soc,Dalloz,Sept,2002,p27.

² - المادة 715 مكرر 44 فقرة 02 من القانون التجاري.

تحققه من أرباح⁽¹⁾، غير أنها ليست ثابتة يقينية بل هي متغيرة وإحتمالية لأنها تعتمد على واقعة إحتتمالية هي ما يكشف عنه الجرد السنوي الذي قد يسفر عن تحقيق أرباح أو خسائر. فليس من المؤكد أن تحقق الشركة أرباحا بل على العكس، قد يتمخض نشاط الشركة عن تحقيق خسائر، ذلك أنه إذا إتضح من الجرد السنوي زيادة الأصول عن الخصوم كان معنى ذلك أن الشركة حققت ربحا، أما إذا زادت الخصوم عن الأصول فمعنى ذلك أن الشركة منيت بخسارة؛ بل تعد مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر كونا جوهريا في تكوين عقد الشركة، حيث لا تقوم بدونه⁽²⁾ وهذا أمر منطقي تقتضيه فكرة الشركة ذاتها بما تفرضه من إتحد في المصالح بين الشركاء⁽³⁾ بهدف إقتسام الربح وتحمل الخسائر ذلك ما أقره المشرع صراحة في المادة 416 من القانون المدني ولهذا عمدنا إلى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث كالتالي:

المبحث الأول: حق المساهم في الحصول على الربح وحقه في إقتسام موجودات الشركة.

المبحث الثاني: حق المساهم في تداول أسهمه.

المبحث الثالث: حق المساهم في الإعلام والتصويت في الجمعية العمومية.

المبحث الأول : حق المساهم في الحصول على الربح وحقه في إقتسام موجودات الشركة

الأصل أن تنشأ شركة المساهمة من تجميع رؤوس الأموال بغرض القيام بمشروع جديد، إلا أنها لا تكفي بالإستخدام الطبيعي للأموال المقدمة في رأس المال؛ فهي خلاقة للثروات وإستغلالها الإقتصادي للأموال المقدمة في رأس مالها يجعلها تستطيع القيام بأعمال تفوق إمكانيات الأموال والأشخاص المكونين لها؛ فهي تشكل شخصا جديدا مستقلا لا يتشابه معهم، وتأخذ مساهمات الأموال المقدمة في إطار الشركة قيمة جديدة بهذا يتعرض حق ملكية

¹ - محمد زلاحي، الحماية الجبائية للمتعاملين في البورصة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007، العدد 07، ص 07.

² - يعتبر تحقيق الأرباح العنصر الجوهري الذي يميز الشركة عن بعض النظم القانونية التي تشبه بالشركة وبصفة خاصة الجمعية التي تمثل تجمعا لأشخاص يشتركون في تقديم أموالهم وأعمالهم دون السعي إلى تحقيق الربح، راجع في هذا الشأن، فتات فوزي، قواعد توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006، العدد 4، ص 99.

³ - فتات فوزي، المرجع السابق، ص 98.

المساهم لتحول مماثل للذي تعرض له موضوعه ليصير حقا جديدا يكتسبه على مجموع أموال الشركة وهو حق دائنية.

بحسب الرأي السائد لدى الفقه المصري والفرنسي⁽¹⁾، والذي يجد مبرره في تمتع شركة المساهمة بالشخصية المعنوية، فلا يكون للمساهمين إلا حقوق ضد الشركة وإلتزامات قبلها، غير أنه لا يتشابه كلية مع حق الدائنية الذي يعطي تناقضا مصلحيا بين أطرافه، بخلاف الرابطة التي تجمع الشريك بالشركة فهي تقوم على التعاضد والتآزر، لذلك يرى غالبية الفقه⁽²⁾ أن الحقوق المالية للمساهم؛ هي بمثابة حق دائنية من طبيعة خاصة، وهو حق شخصي يكون دائما ذا طبيعة منقولة، لا يتأثر بطبيعة الأموال التي تتكون منها الذمة المالية للشركة ولو كانت جميعها تتكون من عقارات، ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن الحق الذي يخوله السهم هو حق دائنية إلى أن تنقضي الشركة، لأن هذا الحق يمارس حقيقة على الأرباح وليس على الأموال المقدمة وبفضل ديناميكية شركة المساهمة فإن الأموال المقدمة كحخص لن تظهر إلا بعد مضي مدة زمنية في صورة أرباح منتجة سواء كانت مدخرة أو مستثمرة، وأن سبب إلتزام مقدم المال هو إستغلال الشركة لأمواله، لأنه لا يرغب أن تظل راكدة بل لابد أن تستخدم بحسب ما أعدت إليه من أجل إنتاج الأرباح، لذلك فإن حق المساهم في الربح حق دائنية بدون شك.

وتتوقف قيمته على نتائج إستغلال الشركة وحمائته أي برقابة هذا الإستغلال، لهذا يمكن القول أن رأس مال الشركة مخصص أصلا لتحقيق أغراضها وضمنان دائنيها، وإنها تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة؛ ومن تم هناك إنفصال بين ذمم الشركاء وذمتها المالية؛ إلا أن هذه الإستقلالية بين الذمتين ليست مطلقة، ويظهر ذلك واضحا إذا حققت الشركة أرباحا، فهي لا تستأثر بها بل يتعين عليها توزيعها سنويا على المساهمين كلما كان ذلك ممكنا، فلا يجوز للنظم الأساسية أن تحد من ذلك. ويقع باطلا كل شرط يحظر أي توزيع للأرباح، -لأنه يخالف وظيفة الشركة ذاتها-. لكن متى يستحق المساهم نصيبه من الأرباح حتى يصير دائنا بها للشركة؟.

¹ - أنظر؛ فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 176. Et G. Ripert et R. Roblot, op.cit, p158.

² - أحمد الورفلي، توزيع أرباح الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص 62.

³ - Frédéric Masquelier et Nicolas Simon de KERGUNIC, Société par actions simplifiée. (Création, gestion, Evolution), 2ème éditions, Delmas, Paris, 2001, p79.

لقد أثار هذا التساؤل فعلا إختلاف وجهات النظر لدى الفقه (1)؛ حيث ذهب رأي للقول بأن المساهم يصير دائئا للشركة بأرباحه منذ تاريخ معرفة صافي ناتج الربح ومنذ لحظة إثباته بموجب القواعد المحاسبية؛ وأن تدخل الجمعية العمومية للتصديق على حسابات السنة المالية للشركة لا يمثل إلا دورا ثانويا في تقدير حق المساهم في الربح. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن الميزانية المعروضة على الجمعية العمومية ليست نهائية وأنه إذا كانت هذه النتائج أظهرت أرباحا، فلا يترتب بناء عليها إلزامها بتوزيعها بل هي صاحبة الكلمة العليا في تقديرها سياسة الذمة المالية للشركة، ومن ثم تستطيع رفض توزيع الأرباح وتحويلها إلى إحتياجات لمواجهة إحتياجات الشركة المالية، وأن حق المساهم قبل إنعقاد الجمعية العامة يقتصر على المطالبة بذلك وفقا للمواعيد المنصوص عليها بالنظم الأساسية.

في حين يرى إتجاه آخر (2) - على نقيض الرأي السابق- أن تاريخ نشوء حق المساهم في الأرباح هو التاريخ المعين للصرف، أما قرار توزيع الأرباح فلا يعطي المساهم إلا حق الشريك. غير أن هذا الرأي مردود عليه، ذلك أن ربط نشوء الحق في الأرباح بتاريخ الصرف، يجعل حق المساهم في العائد رهينا لمطلق تقدير مجلس الإدارة الذي يستطيع تأجيل تاريخ الصرف إلى ما لا نهاية بحجج واهية، بالإضافة إلى أن عدم الإعتراف للمساهم بحق دائنية إلا بعد تاريخ الصرف من شأنه أن يحث هؤلاء الأعضاء على إرتكاب حيل تدليسية لإثارة مثلا رفع أسعارها بغرض الترويج لأسهم الشركة وتشجيع أرباب رؤوس الأموال لإقتناءها فيصدر قراره بتوزيع عائد أعلى من العائد المناسب صرفه.

وكنتيحة لما سبق ذهب غالبية الفقه-وهو الرأي الذي ننظم إليه- (3) إلى القول بأن المساهم لا يصير دائئا للشركة بحصته في الربح إلا من تاريخ إعتماد الميزانية من الجمعية

¹- Frédéric Masquelier et Nicolas Simon de Kergunic,op.cit,p69.

²- فتات فوزي، المرجع السابق، ص 97.

³- والذي نصت عليه المادة 723 فقرة 1 من القانون التجاري.

العمومية، وتقدير مقدار العائد الذي يوزع على المساهمين⁽¹⁾، وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تفرق بين تقرير الحق وأجل إستحقاقه.

عموما يبدو واضحا أننا إنجذبنا نحو البحث عن تحصيل المساهم لحقه في الربح . أهم حقوقه الأساسية- دون معرفة معناه أي المصطلح ؛فما هو الربح إذن؟.

الأرباح بشكل عام هي عبارة عن المبالغ التي تضاف إلى ذمة الشركة وتكون المحصلة الإيجابية للعمليات التي تباشرها، ويكون تحقيقها محاسبيا عن طريق المقارنة بين التكاليف التي تبذلها الشركة وبين العائد الإجمالي ومن مجموع هذه العائدات يتكون الربح الإجمالي للشركة في سنتها المالية⁽²⁾و الذي يمثل كل زيادة في أصولها على خصومها ولا يعد هذا-الربح الإجمالي- ربحا حقيقيا طالما أن بيع هذه الموجودات لم يتم ولم يكتسب الزيادة على وجه نهائي لذا فلا يجوز توزيعها على المساهمين إلا إذا صارت أرباحا محققة ومكتسبة بصورة قطعية أي ربحا صافيا وهو الربح الناتج عن العمليات التي باشرتها الشركة بعد خصم المصاريف وحساب نفقات الإستهلاك المترتبة على مباشرة تلك العمليات.

باختصار إن حق المساهم في حصة الأرباح الموزعة تمثل المضمون الأساسي لحقوقه قبل الشركة بل أن تقرير الحقوق الأخرى⁽³⁾ لم تكن إلا بهدف الحصول عليه، لذلك كان إهتمام المشرع الأول هو حماية وضمنان هذا الحق بعدة نصوص، منها نصوص جنائية تستبعد صورية الأرباح مثلا ضمانا لوصول هذا الحق إلى المساهم وإن كان المشرع قد أورد عليه عدة قيود كما سنرى لاحقا-إنما هي قيود تنظيمية كتقرير الإحتياطات النظامية والقانونية لأوضاع تقتضيها مصلحة الشركة لكن دون أن تصل إلى حد منع المساهم من الحصول على حصة صافية من الأرباح والتي تمثل الهدف الأساسي الذي يسعى إليه من دخوله فيها، فحق المساهم

¹ - محمد كامل أمين ملش، موسوعة الشركات، بدون دار النشر، مصر، 1985، ص 422.

² - يميز بعض الفقه بين المعنى الضيق للربح والذي هو الحصيلة النقدية التي توزع على الشركاء في فترات دورية، وبين المعنى الواسع الذي هو كل مزية تعود على الشركة وتقدر بالمال؛ للمزيد أكتف الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص 08.

³ - عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 191-192.

على موجودات الشركة لا يتأكد إلا بعد المساهم من الحصول على حصة صافية من الأرباح والتي تمثل الهدف الأساسي الذي يسعى إليه من دخوله فيها، فحق المساهم على موجودات الشركة لا يتأكد إلا بعد تصفيتها وسداد ديونها، وإذا ما تحققت أحد أسباب إنقضائها. لينشأ منه حقا للمساهم في صافي أصول الشركة المنحلة كنتيجة طبيعية لحقه في الأرباح السنوية، فإذا كان قد حرم من الحصول على نصيبه السنوي كاملا منها أثناء حياة الشركة واحتجزت مبالغ كبيرة منها، وتراكت عبر السنوات في تكوين أموال إحتياطية، فإن هذا الحرمان كان مؤقتا ويزول عند إنقضاء الشركة، وبالتالي إذا بقيت كل أو بعض تلك الأموال قائمة بعد تصفيتها كان للمساهم أن ينال نصيبه منها؛ بإسترجاع القيمة الإسمية لسهمه - إلا إذا كان القانون أو القانون النظامي لا يكفل له ذلك - وإذا تحققت فائض في التصفية. فله ذلك - بالإضافة إلى ذلك فإن للمساهمين وأصحاب الحقوق الأخرى أن يقتسموا هذه الأموال حسب التوزيع المنصوص عليه في النظام الأساسي.

ولا يثار أي إشكال هنا ما دامت الأنصبة مفرزة، بخلاف فترة أو حالة إستغلال المال الشائع والتي أثارَت صعوبة تكييف حق الشريك في الشيوع⁽¹⁾، وهذا نظرا إلى أن محل حقوق المساهمين جميعا واحد وهو الأعيان الشائعة؛ والسلطات الممنوحة لكل مساهم على هذا المال هي من نفس طبيعة السلطات التي يتمتع بها غيره من الشركاء، وهي سلطات الإستعمال، الإستغلال والتصرف، وأن حق كل شريك في الملكية الشائعة يرد على المال كله، وإن كان لا يجوز إلا نسبة من منافعه، فإن هذا التشابك بين السلطات من شأنه أن يجعل إستغلال المال الشائع أكثر تقييدا مما لو إنفرد بالملكية شخص واحد، لأن مباشرة المساهم وحده لشيء من هذه السلطات يترتب عليه - في الغالب - المساس بحقوق غيره من الشركاء؛ و من هذا المنطلق فقد

¹ - لم يتعرض القانون التجاري لأحكام قسمة الشركات التجارية، وقد وردت بعض الأحكام على وجه العموم في القانون المدني، ثم أحالت المادة 448 منه على أحكام قسمة المال الشائع بعبارة أخرى أن تسري أحكام المال الشائع على قسمة الأعيان المتبقية من أصول الشركات التجارية فيما لم يرد في نصوص قسمة صافي موجودات الشركات المدنية من أحكام وهذا تطبيقا لما تقضي به المادة 449 من القانون المدني؛ بحيث لا تطبق أحكام هذا الفصل على الشركات التجارية فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري.

يتركز الإشكال هنا في تحديد متى يتقرر إستحقاق المساهم لصافي موجودات الشركة؛ بعبارة أخرى متى ينشأ حق المساهم في نصيبه من أصول الشركة وما هي الأساليب لتحصيلها؟.

غير أنه قد لا تثير هذه الفترة أي إشكال إذا ما طبقت الأحكام العامة في إستغلال المال الشائع؛ ذلك أن مآل -المال الشائع- القسمة لا محالة؛ إلا في فرض نادر الحدوث تحول فيه عدة إعتبارات وعوامل دون قيام المصفي ببيع هذه الأموال، وقسمة ثمنها وتوزيعه على المساهمين، فتصير مملوكة لهم على الشيوع⁽¹⁾.

و في الأخير؛ يمكن إعتبار حق المساهم في الأرباح حق يفرضه واقع عمل شركة المساهمة وأصل وجودها كمصدر لتجميع رؤوس الأموال وإستثمارها تحقيقا لذات الهدف وهو الربح، وإن حقه في إقتسام موجودات الشركة أمر بديهي يقره واقع مشاركته في تكوينها وسير عملها هذا إذا ما تحققت أحد أسباب إنقضائها؛ لكن كيف يتم تحصيلها؟.

هذا ما سنتطرق إليه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حق المساهم في الحصول على الربح

يقر البعض بأن الحق في الأرباح بمثابة سبب إلتزام المساهم⁽²⁾، وأنه إذا كان هناك حق يجب إعتباره أساسيا للمساهم في الشركة؛ فبالإكيد أنه هذا الحق، ومع ذلك رغم اللمعان الذي يحيط به والآمال المعقودة عليه إلا أنه قد تسفر الميزانية السنوية للشركة عن وجود خسائر لا أرباح -و هما وجهان لعملة واحدة وركنا عقد الشركة- يقع عبء تحملها على المساهم في حدود مسؤوليته⁽³⁾ و بقدر حصته فيها في حين يبقى على الشركة ضمان ديونها قبل دائيتها؛ فالقاعدة تقر أن أموال المدين كلها ضامنة لديونه⁽⁴⁾ و لعل هذا ما يبرز الصفة التنظيمية لا

¹ - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 73.

² - Dominique Légéais, Droit commercial et Des affaires ,14^{ème} édition, Armand colin, Paris, 2004, p 117.

³ - المادة 592 فقرة 1 من القانون التجاري.

⁴ - المادة 188 من القانون المدني.

التضامنية في طبيعة علاقة المساهم بشركة المساهمة والتي تبتعد تماما عن نظرية العقد، فتجميع الأموال وإستثمارها هو نمط عمل هذا النوع من الشركات والسعي الرئيسي للمساهم فيها هو تحقيق الأرباح بالدرجة الأولى.

غير أن سياسة الإشتراك التي تنتهجها معظم الشركات تبدي مدى مشاركة المساهم فيها- يجعله شريكا فيها لا مستثمرا لأمواله . وذلك بإستخدام ناتج إستثمارات حصصهم في تغطية إحتياجاتها وتدعيم مركزها المالي للصدوم في وجه المنافسين، لكن الممارسة العملية المتزايدة لمجالس الإدارة كشفت عن أن هذه السياسية قد حفظت إلى حد كبير من حقوق المساهمين فيها فلم يكتفي بتقنية الإستقطاع المباشر من مالية الشركة في صورة مصاريف لتشغيل دون علم المساهمين، أي حجب النتائج الحقيقية للسنة المالية دون رضا المساهمين؛ بل أنه حتى إذا تبين أن هناك أرباح صافية قابلة للتوزيع، فإنها تستطيع أن تقرر إعادة إستثمارها إستنادا على مقتضيات مصلحة الشركة.

ولعل هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن ما هي شروط وقواعد توزيع الأرباح؟.

- في الفرع الأول-

عموما من الواضح أنه لم يعد الحق في الأرباح يظهر من بين إمتيازات المساهم؛ إلا أنه إذا كانت مصلحة الشركة الأولى في الإعتبار فمن أولوياتها الحفاظ على مصلحة المساهم وحقوقه فيها بناء على سيكولوجية المضاربة التي يقرها نظام شركة المساهمة بصفة خاصة، والجدير ذكره إذا كان ليس من حق المساهم أن يستولي في كل عام على جزء من الأرباح إلا أنه يجب ألا يجرم بلا وجه حق من حقه في الأرباح المحققة والمال الإحتياطي القابل للتوزيع. لكن ما هي طرق تحصيله لهذه الأرباح؟.

- في الفرع الثاني-

الفرع الأول: شروط وقواعد توزيع الأرباح

ترتبط شروط وقواعد توزيع الأرباح على المساهمين؛ بالسلطة المختصة في ذلك وتعتبر الجمعية العامة العادية صاحبة القرار بتوزيعها؛ و لكن لا تتمتع بسلطة مطلقة في هذا الموضوع؛ فهي مقيدة بإحترام أحكام القانون فيما يتعلق بالمحافظة على بقاء رأس المال سليما، وبما ورد بمشروع الميزانية المقدمة من مجلس الإدارة وما تقتضيه مصلحة الشركة، وبالرغم من أنه يجوز لها - بإعتبارها السلطة العليا في الشركة - إدخال بعض التعديلات على مشروع الميزانية؛ فإنها لا تستطيع أن تقرر توزيع أرباح غير محققة أو صورية؛ وإن كان يجوز لها تخصيصها كلها أو جزء منها إلى إحتياجات الشركة أو تأجيل توزيعها كلها أو بعضها إلى السنة المالية التالية لشطب الخسائر السابقة مثلا وإعادة رأس المال إلى أصله والذي للشريك المساهم فيها حصته في تكوينها وحق في إستخلاص أرباحها يستوجب إتباع قواعد لتوزيع الأرباح بينهم بحسب طبيعة الحصص المقدمة. وبشروط عدم وجود نص مخالف في نظام الشركة، أو ألا يكون القرار صادر ببواعث تعسفية في إستعمال الحق ولا يقتصر التوزيع على مبالغ الربح القابلة للتوزيع ذلك أنها ملزمة بتوزيع الأرباح متى تحققت خلال تسعة أشهر من إقفال السنة المالية⁽¹⁾، ولكن تشمل أيضا مبالغ الإحتياجات التي للجمعية العمومية حق التصرف فيها، بإختصار فهي لا تتمتع إلا بحق نسبي في تقرير توزيع الأرباح، وسلطتها مقيدة في هذا المجال. بشروط وقواعد نذكرها كالآتي:

أولا: شروط توزيع الأرباح

متى تحققت الأرباح صار للمساهم حق فيها؛ لكن لا يحصل توزيعها إلا إذا كانت أرباحا صافية قابلة للتوزيع؛ وإلا أعتبرت ربحا صوريا بمفهوم المخالفة؛ وقد لا تتحقق هذه الأرباح خلال السنة المالية للشركة ومع ذلك يكون لديها إحتياجات قابلة للتوزيع في صورة أرباح على المساهمين تخصص لهذا الغرض في إحدى السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحا. على أن لا يكون

¹ - تنص المادة 724 فقرة 2 من القانون التجاري على أنه:

"غير أن دفع الأرباح يجب أن يقع في أجل أقصاه تسعة أشهر بعد إقفال السنة المالية، ويسوغ مد هذا الأجل بقرار قضائي".

إحتياطي قانوني الذي يتم دمجها في رأسها ويصبح جزءا منه ويكتسب صفته إذ يشملها مبدأ ثبات رأس المال وعدم جواز المساس به.

بإختصار لا يتحقق توزيع الأرباح إلا إذا كانت الأرباح صافية أو إحتياطيا بأنواعه المختلفة - لإنشاء الإحتياطي القانوني- وهذا كالاتي:

1- تحقق الربح الصافي القابل للتوزيع :

يتكون الربح القابل للتوزيع من صافي ربح السنة المالية المنتهية مطروحا منه الخسائر السابقة، وإستقطاعات الإحتياطي القانوني⁽¹⁾ وهي شروط تحققه نذكرها على التفصيل التالي:

أ- خصم خسائر السنوات المالية السابقة:

كأصل عام تقتصر الأرباح القابلة للتوزيع على المبالغ التي لا يؤدي توزيعها إلى المساس برأس المال، ولا يجوز الإنتقاص منه أو توزيعه بإعتباره الحد الأدنى لضمان دائني الشركة، وهو ما يعني أنه إذا تعرضت هذه الأخيرة لخسارة فلن تكون هناك أرباحا قابلة للتوزيع، وإذا لم يتحسن مركز الشركة المالي، وترتب عليها نزول صافي الأصول تحت حد معين، فإن الشركة تكون مضطرة إلى تخفيض رأس مالها⁽²⁾ كذلك قد تلجأ إلى تخفيض رأس المال دون التقيد بخسارة نسبة معينة منه إذا كان جبرالخسارة يستغرق أرباح سنوات عدة يجرم خلالها المساهمون من ثمرات المشروع، فالتخفيض لا يتعارض مع إحترام مبدأ ثبات رأس المال إذا كان ذلك من مصلحة الشركة ولا يترتب عليه إلحاق الضرر بالحقوق المكتسبة للغير، على أنه كثيرا ما يترتب على هذا التخفيض في المستقبل وجود فائض من الربح يمكن توزيعه؛ لأن القاعدة لا تكون هناك أرباح محققة يمكن توزيعها، إلا إذا كانت أصول الشركة أكبر من خصومها وتؤكد ذلك في الحسابات الختامية. وإن كان لا يشترط من الناحية العملية توزيع الأرباح بتحققها في السنة المالية المنصرفة فقد تزيد أصولها نتيجة لبيع أصل من أصولها الثابتة، أو التعويض عنه بثمان يزيد عن قيمتها المرصودة في

¹ - المادة 720 من القانون التجاري.

² - المادة 712 - 713 من القانون التجاري.

دفاترها مما يسمح بتوزيع الأرباح بشرط ألا يترتب على ذلك عدم تمكين الشركة من إعادة أصولها إلى ما كانت عليه أو شراء أصول ثابتة جديدة⁽¹⁾.

عموماً، يكفي مبدأ ثبات رأس المال لإستبعاد الخسائر والذي يحول دون توزيع الأرباح الصورية على المساهمين.

ب- إقتطاع نسبة الإحتياطي القانوني:

حتى تضمن الشركة حسن سيرها يجب ألا تقوم بتوزيع الأرباح كلها وإنما عليها أن تقتطع نسبة معينة في نهاية السنة، وذلك لتكوين إحتياطي تستطيع به مواجهة ما يصادفها من أزمات أو خسائر أثناء حياتها أو في المستقبل، ويعد الإحتياطي جزء من خصوم الشركة لذا يجب إقتطاعه من الأرباح قبل توزيعها كما تختلف أنواعه لكن ما يلزم الشركة قانوناً هو الإحتياط القانوني (La Réserve Légale) وهو يأخذ حكم رأسمال الشركة ويدخل في الضمان العام للدائنين فلا يحق للجمعية العامة أن تقوم بتوزيعه كما لا يحق لأي شخص المطالبة به أثناء حياة الشركة ويحق للدائنين الإعتماد عليه في إستيفاء حقوقهم⁽²⁾، و عليه فقد نصت المادة 721 من القانون التجاري على ما يلي :

"في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة يقتطع من الأرباح سندات نصف العشر على الأقل وتطرح منها عند إقتضاء الخسائر السابقة، ويخصص هذا الإقتطاع لتكوين مال إحتياطي يدعى " إحتياطي قانوني " وذلك تحت طائلة بطلان كل مداولة مخالفة.

ويصبح إقتطاع هذا الجزء غير إلزامي إذا بلغ الإحتياطي عشر رأس المال.... "

إذن في حالة إذا ما حصلت الشركة على أرباح ألزم المشرع الشركاء بعدم توزيعها كلها على أنفسهم، بل أجبرهم على إقتطاع جزء من هذه الأرباح يساوي نصف العشر على الأقل منها

¹- أحمد محمد محرز، النظام القانوني لشركات المساهمة، النشر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل، مصر، 1996، ص 302.

²- أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 721.

لتكوين إحتياطي يقي الشركة من الأزمات التي قد تعترض طريقها وإلا كان تصرف الشركة باطلا، وهذا الإحتياطي الذي نص عليه القانون إذا وصل إلى عشر رأسمال الشركة فيعد من غير الضروري إقتطاعه⁽¹⁾؛ من هنا وإعمالا بنص المادة فإن المشرع وضع حدا أعلى يقف عنده إقتطاع النسبة المقررة من صافي الأرباح على ذمة تكوين إحتياطي قانوني، ولم تترك هذه المسألة لتقدير الجمعية العمومية وإنما قيد سلطتها وإختصاصها في هذا المجال بوضع حد أعلى وأدنى يلزمها بتكوينه أي نسبة نصف العشر على الأقل دون أدناه أو بوقف تجنيب هذا الإحتياطي إذا بلغ أعلى هذا الحد وهو عشر رأسمال الشركة.

زد على ذلك فلا تقف إلزامية تكوين الإحتياطي إلى هذا الحد إنما يجوز للشركاء أن يتفقوا في العقد التأسيسي للشركة على تكوين أموال إحتياطية أخرى؛ وهي التي يطلق عليها الإحتياطي النظامي (La Réserve Statutaire) وقد تلتزم الشركة في عقد تأسيسها على ألا يقل هذا الإحتياطي عن حد أدنى تستمر في إقتطاع هذا الإحتياطي من الأرباح كلما نقص عن الحد الأدنى⁽²⁾.

أخيرا، إن الإعتراف بهذا الإحتياطي هو لضمان القدرة على الوفاء بالديون، كما أن له وظيفة وقائية، فهو يهدف إلى محاربة المبالغة أو الميل إلى توزيع الأرباح دون مراعاة عواقب الأمور، لهذا فلا تستطيع الجمعية العمومية التصرف فيه لفائدة المساهمين في السنوات التي لا تسفر عن أرباح - بإعتباره ملحقا لرأس المال ويأخذ حكمه - وإذا كان من المسلم أن الربح الذي يقتطع من رأس المال هو ربح صوري، فإن الربح المقتطع من الإحتياطي القانوني يعتبر ربحا صوريا كذلك⁽³⁾. بهذا فعدم إحترام الشروط القانونية لتوزيع الربح والإحتياطي القانوني يعاقب عليها مدنيا ببطالان القرارو بمسؤولية المشرفين على إدارة الشركة وجنائيا بالعقوبة المقررة لتوزيع الأرباح الصورية إذن، فما هو الربح الصوري ومتى يتحقق؟.

¹ - المادة 721فقرة 2من القانون التجاري.

² - جلال وفاء البدرى محمددين، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1995، ص 269.

³ - محمد سميرالصبان عبد الله العظيم، المحاسبة المالية في شركات الأموال الدار الجامعية، مصر، 2000، ص144.

ج- أن يكون الربح حقيقيا غير صوري:

يقصد بالربح الحقيقي القابل للتوزيع في صورة عائد، الربح الناشئ عن عمليات الإستغلال المتبقي من أرباح السنة المالية بعد إستقطاع أعباء الشركة والإستهلاكات والإحتياطات المقررة، أما الربح الذي لا يستجيب لهذا المفهوم فإنه يعتبر ربحا خياليا أو وهميا، والأرباح الموزعة في هذه الحالة تكون أرباحا صورية⁽¹⁾ بهذا يمكن تعريف الربح الصوري على أنه كل مغالاة في تقدير الأصول حتى تربو على الخصوم وتفرزها الميزانية⁽²⁾.

والأرباح الصورية تقتطع من رأس مال الشركة ومن ثم فهي تشكل تخفيضا لرأس المال دون إتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون الأمر الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بدائني الشركة حيث يعد رأس المال الضمانة الوحيدة لديونهم، ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن الأرباح تكون صورية أيضا في حالة إقتطاعها من الإحتياطي القانوني لأن هذا الأخير يمثل إمتدادا لرأس المال ويأخذ حكمه.

وعلى أية حال يترتب على توزيع هذه الأرباح جملة من الآثار بعضها يتعلق بالمساهمين وبعضها يتعلق بمجلس الإدارة ومراقبي الحسابات وسوف نبحث هذه الآثار تباعا وكما يلي:

1- الآثار المترتبة على توزيع أرباح صورية بالنسبة للمساهمين:

إن التساؤل الأساسي الذي يتعين الإجابة عنه فيما يتعلق بهذه الآثار هو هل من الجائز إسترداد هذه الأرباح من المساهمين أم أن هذا الإسترداد غير جائز؟.

إختلف الفقه بشأن إسترداد هذه الأرباح، حيث يذهب البعض إلى أنه يجب التمييز بين حسن نية المساهم وسوء نيته ومن ثم الحكم بجواز إسترداد هذه الأرباح إذا كان المساهم سييء النية وبالعكس إذا كان حسن النية فإنه لا يلزم بالرد لأنها تعتبر عندئذ من قبيل الثمار التي تملك

1- المادة 723 من القانون التجاري.

2- محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 179.

3 - Michael de Juglart et Benjamin Ippolito, Traité de Droit Commercial, 2^{ème} édition volume les sociétés, 3^{ème} édition montchrestien, Paris, p107.

بالقبض ولأنها حقا مكتسبا للمساهم⁽¹⁾ بينما يذهب الإتجاه الراجح في الفقه إلى جواز الإسترداد دائما دون تمييز كون المساهم حسن النية أو سيء النية، لأن هذه الأرباح لا تعد من قبيل الثمار فضلا عن ذلك فإن من حق المساهم الإطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها والوقوف على حقيقة المركز المالي للشركة بالشكل الذي يمكنه من معرفة حقيقة هذه الأرباح⁽²⁾ و أمام هذه الآراء نجد موقف المشرع يتضمن حكما صريحا لهذا الصدد ولا إجتهد مع صراحة نص المادة 726 من القانون التجاري والذي أقر فيه عدم جواز طلب إسترداد أي ربح من المساهمين أو حاملي الأسهم ماعدا حالة التوزيع الجاري خلافا لأحكام المادتين 724 و 725 منه.

مما يعني بمفهوم المخالفة أن الإسترداد يتم في الحالة التي يكون فيها دفع هذه الأرباح محقق بطرق غير قانونية أو لإنعدام الربح وهو ربح صوري في هذه الحالة.

2- آثار توزيع أرباح صورية بالنسبة لمجلس الإدارة ومراقبي الحسابات:

وتتجسد هذه الآثار بقيام المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة إذا ثبت قيامهم بتوزيع أرباح صورية-باعتبار أن التوزيع يشكل خطأ يوجب مساءلتهم وفق القواعد العامة المقررة في القانون المدني في باب الفعل الضار-، ويلزمون بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا الفعل، ويكون مراقب الحسابات مسؤولا أيضا وذلك لأنه يعد وكيلا عن الشركة في مراقبة وتدقيق حساباتها⁽³⁾ إذا ثبت علمه بصورية هذه الأرباح وهو ما أقرته المادة 715 مكرر 29 من القانون التجاري على ما يلي:

"يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وکالتهم، ولا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير و نتائجها.

¹- لهذا يطلق الفقه الفرنسي على المساهم "تسمية النسر التي لا تبحث إلا على فريسة وهي الربح فقط"؛ للمزيد، بوعزة ديدن، دروس نظرية في مقياس القيم المنقولة التي تصدرها شركات المساهمة، ألقيت على طلبة ماجيستر، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان 2005 - 2006.

²- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 81.

³- أحمد حلمي جمعة، دراسات وبحوث في المحاسبة المالية، أساسيات المحاسبة في الشركات المساهمة، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 75.

ويمكن إعتبارهم مسؤولين مدنيا عن الجرح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين في حالة درايتهم بها وعدم إخبار الجمعية العامة بذلك.

تطبق أحكام المادتين 715 مكرر 25 و715 مكرر 26 المذكورين أعلاه".

إذن، يسأل أعضاء المراقبة مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء أدائهم لوظائفهم المتمثلة في الرقابة دون أن يلقي عليهم عبء مسؤولية التسيير وما ينجم عنه ذلك أن الإدارة والتسيير يخرج من دائرة إختصاصهم، غير أنهم يسألون مدنيا عن الجرح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين إذا كانوا على علم بها ولم يبلغونها إلى الجمعية العامة، كما يخضعون لشروط المسؤولية المدنية التي ذكرتها المادتين 715 مكرر 25 و715 مكرر 26 والتي سبق الإشارة إليهما أنفا.

فضلا عما تقدم فإن القانون التجاري يقرر عقوبات جزائية تفرض بحق كل من رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها ومديروها العامون والتي تصل إلى الحبس سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط؛ المسيرين الذين تعمدوا توزيع أرباح صورية بين الشركاء دون تقديم قائمة للجرد أو بتقديم قوائم جرد مغشوشة.⁽¹⁾

والملاحظ من خلال هذه المادة أن الجريمة قد تكونت بجميع أركانها لتفسر عقوبة جريمة توزيع الأرباح الصورية إذ أنها إشملت على عنصر مفترض وهو عدم وجود جرد أو إستخدام جرد تدليسي ووجود أرباح صورية وتوزيعها، وسوء النية المتمثلة في الفعل الإرادي العمدي نحو إحداثها وأخيرا العنصر القانوني بنصه في المادة السابقة الذكر على العقوبة الناجمة عن هذا التصرف إذ لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص.

- عموما؛ يشترط لتوزيع الأرباح على المساهمين أن تكون صافية محققة غير صورية بعد أن يستخلص منها الخسائر ويستقطع منها الإحتياطي القانوني؛ لكن هل يشترط لتوزيعها أن

¹ - المادة 800 فقرة 2 من القانون التجاري.

تكون الشركة قد حققتها خلال السنة المالية، ألا يمكن توزيع إحتياطيات حرة في صورة أرباح على المساهمين في إحدى السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحا؟.

3- وجود إحتياطيات في صورة أرباح قابلة للتوزيع (قابلة للصرف):

لا تستطيع الجمعية العمومية -بصفة عامة - توزيع جميع أموال الإحتياطيات على المساهمين، لأن هذه الإحتياطيات تعتبر مكملة لرأس المال وتقتصر مهمتها على تأمين المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الشركة في المستقبل وعلى تأمين الحقوق المكتسبة لدائني الشركة فهي غير قابلة للتوزيع على المساهمين.

ولكن الحكم على النقيض في ذلك بخصوص الإحتياطيات القابلة للصرف ويقصد بها في التعريف اللغوي على أنها مجموعة من الوسائل التي يحتفظ بها في السر لإستخدامها في حالة الضرورة⁽¹⁾ أي تلك المبالغ المقتطعة من الأرباح الصافية، التي تنتجها الشركة خلال السنة المالية لمواجهة مخاطر الخسائر والنفقات المنظورة أو غير المنظورة في المستقبل، ويمكن أن يشمل أي زيادة في الأصول الصافية تحتفظ بها الشركة أو تكون تحت تصرفها⁽²⁾ و لا تظهر هذه الإحتياطيات إلا عند تصفية الشركة بعد سداد ما عليها من ديون وإسترداد حصص الشركاء في رأس المال، وهكذا يمكن أن تنشأ الإحتياطيات من الزيادة في صافي الأصول وليس من المحتم أن تكون من قبيل الأرباح.⁽³⁾

والجدير بالذكر أن هناك قصور تشريعي في معالجة هذه المسألة حيث لم يجري تنظيمها على نحو متكامل، بما يزيل اللبس والغموض حول شرعيتها إذا تكررت لسنوات متتالية، والقدر الذي يجب ألا تتجاوزه وأهمية العمل بها لأن الأصل العام في الشركات توزيع الأرباح وليس تجميدها - وهذا بخلاف التنظيم القائم بشأن الإحتياطي القانوني -.

¹ - محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مصر، 1958، ص 216.

² - J.lacomb, les Réserves Dans les Sociétés par actions, Thèse Nancy, 1962, p50 cité par M'coziass et A'viander, Droit des Sociétés, 9^{ème} édition, paris, 1996, p320, N870.

³ - Alfred jauffret, Manuel Droit commercial, 22^{ème} éditions, Delta, paris, 1996, p233.

على أنه إذا كان من الجائز تكوين إحتياطي نظامي يتفق عليه في العقد التأسيسي فمن الجائز أيضا- قياسا- تكوين إحتياطيات أخرى وقد جرى العمل بنوعين هما:

أ- الإحتياطي الحر أو الإختياري: (La Réserve Libre)

هذا الإحتياطي لا يلحق برأسمال الشركة وتقرره الجمعية العامة للشركاء ويختلف عن الإحتياطي القانوني والنظامي، وإذا لم تكن الشركة بحاجة إليه يحق للجمعية العامة توزيعه على الشركاء فهي حرة في التصرف فيه ولا يحق للدائنين الإعتراض عليه.

وقد يدرج في العقد التأسيسي لشركة أن تقوم الجمعية العامة بتكوين هذا الإحتياطي ولكن إذا لم يدرج ذلك في عقدها التأسيسي فقد إنقسم الرأي إلى فريقين؛⁽¹⁾ فريق يرى أنه لا يجوز للجمعية العامة تكوين هذا الإحتياطي وفريق آخر يرى أنه يجوز لها أن تنشئ هذا الإحتياطي شريطة أن يكون هناك نص لا يمنع ذلك في العقد التأسيسي لشركة وأن تقتضي الضرورة تكوين مثل هذا الإحتياطي في حدود ما يفرضه الحرص العادي وحسن التبصر لمواجهة نفقات ليست في الحسبان ذلك أن إقتطاع مثل هذا الإحتياطي الذي لا يفرضه القانون ولا نظام الشركة هو جزء من الأرباح ومن ثم فلا يمكن خصمه إلا إذا كان هناك مبرر جدي.⁽²⁾

وهذا الإحتياطي يتقدم على الإحتياطيات الأخرى لتعويض الخسارة التي تلحق برأسمال الشركة، وتلتزم الشركة بإعادته كما كان من قبل تعويض الخسارة في الرأسمال من الأرباح المستقبلية، ذلك لأن هذا النوع من الإحتياطيات لا يتعلق به حق الدائنين وليس له صفة الدوام.⁽³⁾

ويختلف الإحتياطي الحر أو الإختياري عن كل من الإحتياطي القانوني أو النظامي لأنه يمكن توزيعه وإلغاءه من طرف الجمعية العادية، أما الإحتياطي النظامي فلا يجوز إلغاءه وتوزيعه إلا من طرف الجمعية العامة غير العادية ذلك لأن إلغاءه يتضمن تعديلا للنظام وهذا يخرج عن

¹ - علي الزيني، أصول القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة العربية، مصر، 1994، ص 356.

² - علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، مصر، 1974، ص 452.

³ - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 77.

إختصاص الجمعية العامة العادية أما الإحتياطي القانوني فلا يجوز توزيعه لأنه مقرر لحياة دائني الشركة ومن ثم فلا يجوز المساس به.

ب- الإحتياطي السري أو المستتر:

هذا النوع من الإحتياطي يكون خفيا غير ظاهر⁽¹⁾ وينشأ من طرف إدارة الشركة عن تقسيم أصولها وخصومها وينقسم إلى نوعين، فقد يكون إراديا من طرف إدارة الشركة أو غير إرادي وتعتمد فيه تكوين إحتياطي مستتر إراديا ويتم تكوينه؛ إما عن طريق المغالاة في إظهار قيم بعض الخصوم ومنحها قيما أكثر من الحقيقة أو المغالاة في تخفيض قيم بعض الأصول.

أما بالنسبة للإحتياطي المستتر الغير إرادي، فالإرادة لا تعتمد ولا تسعى لإنشائه ذلك على أساس تقويم ميزانية الإستغلال هي فكرة الإستمرار في العمل والإنتاج.

والملاحظ أن هناك تقلبات في أسعار العملة إنخفاضا أو إرتفاعا في قيم بعض أصول الشركة، والميزانية لا تقوم بتسجيلها في دفاتر الشركة يؤدي إلى وجود إحتياطي سري معتمد والإحتياطي المستتر الإرادي يتضمن خرقا لمبدأ صدق الميزانية ومن ثم فهو يآثر في مشروعيته ويحق لكل ذي مصلحة أن يثبت وجود هذا النوع ويتقدم للقضاء بطلب توزيعه لأنه عبارة عن أرباح محبوسة عن أصحابها.⁽²⁾

أما بالنسبة للإحتياطي المستتر الإلإرادي، فهو عكس الأول لأنه مشروع ويبنى على صدق الميزانية.

وكل هذه الإحتياطات تدخل في باب القواعد العملية لحياة الشركة التجارية وشركة المساهمة بصفة خاصة- لأن الميدان التجاري مليء بالمفاجآت ولا يمكن إشتراط فائدة ثانية أو إضافية لصالح الشركاء إلا إذا كانت الدولة قد منحت للحصص ضمنا لربح أدنى ، هذا ما جاء في نص المادة 725 من القانون التجاري التي قضت بما يلي: " يحظر إشتراط فائدة ثانية أو

¹ - جلال وفا البدري محمددين، المرجع السابق، ص 270 .

² - محمد توفيق سعودي، القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار الأمين للطباعة، مصر، 1997، ص

إضافية لصالح الشركاء، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن. ولا تطبق أحكام الفقرة المتقدمة، متى منحت الدولة للأسهم ضمان ربح أدنى".

يبدو أن نص هذه المادة يتطابق مع المبدأ العام الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 425 من القانون المدني والذي يحرم على الأفراد تقاضي فوائد لأنه بمثابة ربي، وإنما على الشركاء أن يحصلوا على أرباح حقيقية وفعلية ترتبت عن نجاح المشروع التجاري الذي يقومون بإستثماره وإستغلاله بأجمع السبل.

أخيرا، بعدما تطرقنا لشروط توزيع الأرباح يتبقى لنا التعرف عن قواعدها؛ فما هي؟ وما هي الجهة المكلفة بتطبيقها لإمكان حصول المساهم على حقه؟.

ثانيا: قواعد توزيع الأرباح:

بعد الإنتهاء من إعداد الميزانية تحدد الجمعية العامة بعد الموافقة على الحسابات والتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع الحصة الممنوحة للشركاء تحت شكل أرباح، وكل ربح يوزع خلافا لهذه القواعد يعد ربحا صوريا. (1)

وتختلف قواعد توزيع الأرباح بين الشركاء بحسب طبيعة الحصة التي يقدمها الشريك بين كونها حصة مالية (نقدية أو عينية) أو حصة من عمل (2).

1- قواعد توزيع الأرباح على الشريك بالحصة النقدية والعينية:

الغالب أن يتفق الشركاء فيما بينهم على قواعد توزيع الأرباح، فطريقة إقتسام الأرباح مرهونة بإتفاقهم؛ و هي متروكة لإرادتهم في تنظيمها؛ من هنا فقد يعين عقد الشركة عادة نصيب كل شريك في الأرباح وعندئذ توزع الأرباح على الشركاء طبقا لما تم تعيينه في عقد الشركة أي في النظام الأساسي لها، من ذلك كأن يتم الإتفاق على تجزئة الأرباح بين المساهمين حتى ولو لم تتم

1- وهو ما أقرته المادة 723 من القانون التجاري.

2- فتات فوزي، المقال السابق، ص 99.

هذه التجزئة بنسبة مساهمة كل فريق، وكذلك الإتفاق الذي يمنح أحد الشركاء الحق في الحصول على نسبة معينة من الأرباح ثم يشترك بعد ذلك مع غيره من الشركاء في إقتسام الباقي وذلك لأن الأرباح توزع على كل الشركاء كما لو تم الإتفاق على تخصيص جزء من الأرباح لأسهم الأفضلية؛ وبعد ذلك يوزع الباقي على كل الأسهم بما فيها أسهم الأفضلية، أما إذا لم يبين العقد نصيب كل منهم في الأرباح كان ذلك بحسب نسبة حصة كل منهم في رأس المال وفق إفتراض تساوي القيم في القواعد العامة⁽¹⁾ وهو ما يتفق ومبدأ المساواة في الحقوق ما بين المساهمين في تحصيل الأرباح بحسب الصنف الثابت لكل سهم⁽²⁾ ما دنا بصدد شركة المساهمة.

2-قواعد توزيع الأرباح على الشريك بالعمل:

يلتزم الشريك بالعمل ببذل جهده طوال حياة الشركة ولصالحها مقابل أجر محدد وثابت وبذلك فليس له إلا هذا الربح المنتظر؛ ويتحدد نصيبه بالعمل في أرباح الشركة حسب ما هو متفق عليه في النظام الأساسي لها؛ أما إذا سكت عقد الشركة عن ذكره قدر القاضي نصيب هذه الحصة بمقدار ما يعود على الشركة من فائدة منها وهو ما أقرته المادة 425 من القانون المدني، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع المعيار الموضوعي في تقدير نصيب هذه الحصص من الأرباح، فالفائدة التي تعود على الشركة من حصص العمل هي الفيصل في تقدير نصيب هذه الحصص من الأرباح. فمعيار الفائدة تقوم به الحصة بالعمل أولا ثم يحدد به مقدار هذه الحصة من الربح. وتتمثل الفائدة التي تحصل عليها الشركة في أولا العمل الذي يقدمه الشريك مضافا إليه الأعباء المالية التي على الشركة أن تتحملها في العمل الذي يقدمه الشريك مضافا إليه الأعباء المالية التي كان على الشركة أن تتحملها في مقابل حصولها على هذا العمل والمتمثلة في الأجور أو المرتبات، أما إذا قدم الشريك بالعمل حصة أخرى فوق عمله نقودا أو أي شيء آخر فيكون له نصيب في الربح عن عمله، ونصيب آخر في الربح عما قدمه فوق عمله من نقود أو شيء آخر.

¹ - تنص المادة 419 من القانون المدني على أنه : "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وأنها تخص ملكية المال لا مجرد الإنتفاع به، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يخالف ذلك".

² - المادة 715 مكرر 30 من القانون التجاري.

أخيرا؛ يمكن القول أنه لا يوجد فرق بين المال والعمل، فالأرباح التي تحققها الشركة هي نتاج العنصرين معا. من ثم فلا يسوغ الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسارتها وإلا كان عقد الشركة باطلا؛ وإن كان يجوز الإتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله.⁽¹⁾

وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز المدنية الفرنسية⁽²⁾ عند إبطالهالعقد الشركة الذي يمنح حق المساهمة في كامل الأرباح لفريق من المساهمين دون فريق آخر بناء على شرط الأسد . (La Clause Léonine) .

على أنه إذا كان يجوز قانونا الإتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله أي حصة من عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله⁽³⁾، إلا أن الشرط الأسدي القاضي بالإتفاق على أن لا يسهم أحد الشركاء في أرباح الشركاء أو في خسائرها يعد باطلا ولا ينصرف البطلان هنا لعقد الشركة؛ إذ لا ينجم البطلان في شركة المساهمة بنص المادة 733 من القانون التجاري من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني وهو ما يعني معه أن عدم المساهمة في تحمل الخسائر وإقتسام الأرباح يعد شرطا باطلا؛ في حين لا يؤدي ذلك إلى بطلان شركة المساهمة.

على أنه متى تحققت الأرباح بعد تسعة أشهر من إقفال السنة المالية نشأ حق المساهم في تحصيلها- وفقا ما سنتطرق له في الفرع الثاني-؛ ما لم تمدد هذه المدة إستنادا إلى قرار قضائي

¹ - المادة 426 من القانون المدني.

² - cass.civ. 2mars1931 : « Le partage du bénéfice réalisé au moyen des apports mis en commun étant de La naissance de la société , un contrat est nul ou tout au moins n'est pas comme contrat de société si La totalité de bénéfice est attribuée par L'acte a certaines des parties a L'exclusion des autres..... ».

للمزيد راجع في ذلك، غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 34 .
³ - المادة 426 فقرة 2 من القانون المدني.

هذا ما قضت به المادة 724 فقرة 2 من القانون التجاري بنصها: " غير أن دفع الأرباح يجب أن يقع في أجل أقصاه تسعة أشهر بعد إقفال السنة المالية، ويسوغ مد هذا الأجل بقرار قضائي".

الفرع الثاني: طرق تحصيل الأرباح

بعد الإنتهاء من إعداد الميزانية وحساب الأرباح والخسائر يمكن لشركة ان تستخلص مقدار الأرباح التي توزعها على الشركة؛ وتضع الجمعية العامة طريقة لتوزيع صافي أرباح السنة المالية المنتهية وعند غياب الجمعية العامة يقوم مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة أي المكلفون بتسييرها بتوزيع الأرباح.⁽¹⁾ وهذا جاء في نص المادة 724 من القانون التجاري والتي نصت على ما يلي:

"إن كفيات دفع الأرباح المصادق عليها من طرف الجمعية العامة تحدها هذه الجمعية أو عند عدمها مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة".

ويترك في الغالب لمجلس الإدارة تحديد تاريخ صرف العائد⁽²⁾ غير أنه يجب أن يتم في الميعاد المحدد سنويا في القانون النظامي وبما لا يجاوز المهلة التي ينص عليها القانون وهي تسعة أشهر.

وطريقة تحصيل الأرباح في شركة المساهمة تتوقف على شكل الأسهم، كما يمكن أن تتم بمقابل عيني، أو عن طريق توزيعه تحت الحساب.

1- تحصيل الأرباح بحسب شكلها :

يتم تحصيل الأرباح بحسب شكلها إسمية أو لحاملها؛ لذلك يجب أن يقدم السند لتحصيلها، وأن يتم الصرف تبعا للطريقة والإجراءات التي يحتاجها الصرف فمثلا الأسهم الإسمية تحتاج إلى طابع أو ختم وإثبات تاريخ الصرف، أما بالنسبة للأسهم لحامله فيكفي لصرف الأرباح تقديم الكوبون أو تقديم السند نفسه.

¹ - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 79.

² - محمد عمار تيببار، المرجع السابق، ص 159.

2- تحصيل الأرباح بمقابل عيني:

إذا كان صرف الأرباح عادة يتم نقداً؛ فليس هناك ما يمنع أن يكون الوفاء بمقابل عيني و هو جائز قانوناً بشرط أن يقبل الدائن الشريك ذلك، فقد إعتترف القضاء الفرنسي بمشروعية تسليم منسوجات⁽¹⁾ بمقدار يعادل قيمة الأرباح بخصوص شركة ذات مسؤولية محدودة ولكن بالنسبة لشركة المساهمة، فإن كثرة عدد المساهمين، وضئالة قيمة الربح الذي يؤول لكل سهم تجعل . كل منها- الوفاء العيني غير عملي، ومع ذلك تستطيع شركات المساهمة إصدار سندات أو توزيع أسهم في حافظتها كأرباح أي عن طريق الإكتتاب في أسهم جديدة، وميزة هذا النظام بأنه يمكن الشركة من زيادة رأس مالها بإجراءات مبسطة وهو ما يجد حكمه في نص المادة 687 من القانون التجاري.⁽²⁾

3- تحصيل الربح تحت الحساب:

قد يقضي نظام الشركة بتوزيع قسط من الربح خلال السنة المالية، بحيث يعطي للمساهم مقدماً وقبل إتمام الحساب الختامي على أن يخصم من نصيبه عند توزيع الأرباح في ميعادها الطبيعي وذلك بغرض التعجيل بصرف الأرباح وتجنيب المساهمين مشقة الإنتظار حتى نهاية العام غير أن لهذه الطريقة مخاطر إذ التوزيع في هذه الحالة يقوم على إحتتمالات غير مؤكدة، فقد تشهد الشركة في بداية السنة المالية إزدهارا ثم لا تلبث أن تتبدل الأموال إلى خسارة، وإذا أسفرت الميزانية عن خسارة عندما وزع على ربحاً صورياً⁽³⁾ غير أنه لا تعد أرباحاً صورية الدفعات المسبقة تحت الحساب من أرباح السنة المالية المقفلة أو الجارية، والتي يقرر مجلس الإدارة توزيعها قبل الموافقة على حسابات السنتين المذكورتين؛ وهذا إذا كانت للشركة قبل التوزيع المقرر بعنوان السنة المالية السابقة، إحتياط من غير الإحتياطيات التي نصت عليها المادة 721 وزائد على مبلغ الدفعات أو متى كانت الميزانية الموضوعة خلال السنة المالية أو في آخرها ومصادق عليها من طرف مندوب الحسابات، تثبت أن الشركة حصلت خلال السنة المالية، بعد تكوين

¹ - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 160.

² - والتي أقرت أنه : " يزداد رأسمال الشركة إما بإصدار أسهم جديدة أو بإضافة قيمة إسمية للأسهم الموجودة".

³ - وهذا بحسب ما أقرته المادة 723 فقرة 1 من القانون التجاري.

الإستهلاكات والمؤونات الضرورية أرباحا صافية زائدة على مبلغ الدفعات، وذلك عند الإقتضاء، بعد طرح الخسائر السابقة والإقتطاع المنصوص عليه في المادة 311 من القانون التجاري⁽¹⁾.

إذن إن الحظر الخاص بتجزئة صرف الأرباح لا ينصب إلا على الوضع الخاص بسنة مالية محددة قبل إقفال حساباتها، في حين يظل جائزا قانونا صرف عدة دفعات خلال نفس السنة لأرباح تتعلق بسنوات تالية سابقة أو يتم توزيع الربح بعد اعتماد الميزانية السنوية في تواريخ مختلفة، أو كان هذا التوزيع مخصصا من الإحتياطي النظامي⁽²⁾.

نخلص في الأخير، إلى أن الحق في الأرباح من الحقوق الأساسية التي يحق للمساهم التمتع بها؛ بل الأكثر من ذلك قد ينجر عن تحقيقها دفع مكافآت لأعضاء مجلس الإدارة فيما لا يتجاوز مبلغها عشرين أرباح القابلة للتوزيع⁽³⁾. وهذا نظير جهدهم في الإسهام لتحسين سير أعمال الشركة؛ ولعلمهم المقابل الفعلي لمسؤوليتهم المقررة بإمتلاك عدد من الأسهم تمثل 20 بالمائة والمخصصة لذات الهدف أي لضمان جميع أعمال التسيير والأخطاء الناجمة عنها⁽⁴⁾. في حين يحظر إشتراط فائدة ثانية أو إضافية لصالح الشركاء⁽⁵⁾ إلا إذا كانت الدولة قد منحت للحصص ضمانا لربح أدنى وهو ما يتطابق مع المبدأ العام الذي تبناه المشرع في المادة 425 من القانون المدني والذي يمنع على الأفراد تقاضي فوائد لأنها بمثابة ربي وإنما على الشركاء أن يحصلوا على أرباح حقيقية وفعالية ترتبت عن نجاح المشروع التجاري.

والواضح أن تدخل المشرع في تنظيمه لحق المساهم على أرباح الشركة لا يهدف بنظرنا لتضييق دائرة العقد والحد من إرادة المساهم في تحصيلها بدليل أنه قد ترك لإتفاق الشركاء الأولوية في تحديد قواعد توزيعها بما يتماشى ومبدأ الحرية التعاقدية للمساهمين في الشركة وما

¹ - المادة 723 فقرة 2 من القانون التجاري.

² - جبار محفوظ، الأوراق المالية المتداولة في البورصات والأسواق المالية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 17.

³ - المادة 717 و728 من القانون التجاري.

⁴ - المادة 619 من القانون التجاري.

⁵ - المادة 725 من القانون التجاري.

يسفر عنه من إدخال الإعتبار الشخصي على حق المساهم في تحصيل الأرباح؛ في حين أن تنظيمه لبعض الأمور هو بغية منه الحفاظ على نمط هذا النوع من الشركات أي مبررها مصلحة الشركة من جهة وحماية منه لأعظم حق للمساهم تأسست عليه الشركة وهو الحق في الأرباح من جهة أخرى.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد؛ فإذا كان للمساهم الحصول على أرباح الشركة أثناء حياتها فله أن يحصل على موجوداتها بإنقضائها كحق مالي ثابت له. - وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني -.

المطلب الثاني: حق المساهم في الحصول على صافي موجودات الشركة

الملكية بحسب تعريف المشرع هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة⁽¹⁾؛ وهي بذلك تخول لصاحبه كل السلطات التي تمكنه من الحصول على كل مزايا الشيء محل الحق وعناصره الجوهرية والتي لا يمكن فصلها عنه إلا بهلاكه أو تغييره. كما من خصائصه أنها جامعة مانعة تخضع لمبدأ عدم قابلية الحق للتجزئة؛ فلا يتصور أن يوجد أكثر من حق ملكية واحد على شيء ما في نفس الوقت وأن التسليم بذلك يؤدي إلى نهوض تعارض ظاهري على الأقل بين مفهوم الملكية وتكييف حق الشريك على المال الشائع بأنه حق ملكية؛ و مرد ذلك أن المقصود بالملكية الشائعة أن يمتلك جميع المساهمون أصول وأرباح الشركة المتبقية بعد التصفية بحيث يصير كل مساهم صاحب حصة في الشئوع ترد على جميع الأموال الشائعة وفي كل جزئياتها، ولا يتركز على جانب معين بالذات وذلك ما لم ينص نظام الشركة على خلافه⁽²⁾، في حين أن الملكية المفزة لا يشارك فيها المالك آخريين ويرد فيها حق المالك على الشيء كله كذلك الشيء المملوك في الشئوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل مساهم حصة فيه، وهذا ما يميزها عن الملكية المشتركة ويحتفظ

¹ - المادة 674 من القانون المدني.

² - المادة 713 من القانون المدني بنصها: "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشئوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك".

حق المساهم في المال الشائع بطبيعة المال الذي يرد عليه فيعتبر عقارا أو منقولا بحسب المال المتعلق بهذا الحق.⁽¹⁾

عموما؛ تبدو المفاهيم واضحة لا يشبها أي لبس ومع ذلك تشعبت الآراء الفقهية⁽²⁾ وتعارضت في تحديدها لطبيعة حق الشريك على حصته في المال الشائع ويمكن جمعها وتصنيفها في إتجاهين رئيسيين؛ حيث ذهب الإتجاه الأول إلى أن حق الشريك المشتاع لا يمكن أن يكون حق ملكية، ولكن إنقسم أنصار هذا الرأي حول التصور البديل لطبيعة هذا الحق إلى رأيين:

فمنهم من ذهب إلى إعتباره حقا شخصي⁽³⁾ يتأسس على أن الأموال الشائعة تعتبر مملوكة للشركاء بإعتبارهم وحدة قائمة بذاتها والمالك هنا هو جماعة المشتاعين بإعتباره شخصا مستقلا عن الشركاء المكونين لها، أما حق الشريك فإنه يقتصر على إستغلال محل الملكية والحصول على نصيب من الأرباح دون أن يكون مالكا للمال ولا مالكا لحصه فيه.

غير أن هذا الرأي يتعارض مع الأحكام العامة للقانون والذي لا يقر بالشخصية القانونية للمجموع الذي يتألف منه الشركاء المشتاعون بالرغم من إعترافه لهذه الجماعة بتقرير حق القيام بأعمال الإدارة والتصرف⁽⁴⁾. وهكذا إذا تعذر الإعتراف بالشخصية القانونية لجماعة الشركاء على أنها وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن الأشخاص، فإنه يصعب إعتبار حق الشريك حقا شخصيا بل على العكس من ذلك حول المشرع الشريك سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع⁽⁵⁾؛ مما يؤكد على إعتباره حقا عينيا.

¹ - يعقوب يوسف صرحوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، 1982، ص 89.

² - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 212. و منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة سيد وهبة، مصر، 1975، ص 10.

³ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - أنظر، لاحقا، ص 76.

⁵ - أنظر، لاحقا، ص 78.

وما دام أن حق الشريك المشتاع لا يعتبر حقا شخصيا؛ ذهب جانب من الفقه إلى إعتباره حقا عينيا من نوع خاص لا يندرج ضمن الحقوق العينية التقليدية ولا يمكن إعتباره حق ملكية أصلا؛ و لكن هذا الرأي محل نظر لأن مضمون الحقوق العينية محصور في ثلاث سلطات هي الإستعمال والإستغلال والتصرف⁽¹⁾، والقول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يخرج عن أحد الأمرين، إما أنه يخول هذه السلطات كاملة للشريك المشتاع و في هذه الحالة يعتبر حق ملكية وهو ما يتنافى مع وصفه حقا عينيا من نوع خاص، وإما أنه يخول الشريك جزءا من هذه السلطات، ومن ثم تثار مسألة تعيين صاحب الحق الذي تثبت له ملكية الشيء الشائع وهو ما لا يستقيم مع أحكام القانون- كما سلف البيان- كما أنه من غير المعقول أن يبقى المال الشائع دون مالك طوال فترة الشيوع.

من هنا ذهب الإتجاه الثاني؛ إلى إعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية وهو ما يؤكده المشرع صراحة بنص المادة 713 و714 فقرة 1 من القانون المدني⁽²⁾ غير أن بعضهم يرى أنه حق ملكية متميز في مضمونه ونشأته؛ فبينما يتمتع صاحب الملكية المفرزة بكافة المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء وبسلطات كاملة فإن سلطات المالك على الشيوع محدودة لا في مباشرتها فقط ولكن بأصل وضعها لأنها لم تثبت للشريك إلا ليحصل على قدر محدد أو نسبة من مزايا الشيء.

و لكن إنتقد البعض هذا الرأي⁽³⁾ لوصف حق الشريك المشاع حق ملكية من نوع خاص وهو وصف ليس له معنى مقبول إلا إذا إقتصر على التمييز بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة من حيث تعدد أصحابها وما يستتبع ذلك من نتائج تفرض إختلافا بينهما في الأحكام ومع ذلك هذا الإختلاف لا يغير من طبيعتها الواحدة كحق ملكية، لهذا إرتأى البعض⁽⁴⁾ أن

¹-على الوجه الذي أقره المشرع بنص المادة 674 من القانون المدني. ورأي الفقيه منصورمصطفى منصور، المرجع السابق، ص24.

²- يعقوب يوسف صرحوه، المرجع السابق، ص90.

³- إسماعيل غانم، الحقوق الأصلية، بدون دار النشر، مصر، 1971، ص190-196.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص442.

حق الشريك على المال الشائع حق ملكية تام من حيث المبدأ- وهو الرأي الراجح - لأن الملكية الشائعة لا تمس طبيعته ولا تحد من سلطاته، فهي تشمل على ذات السلطات التي يخولها حق الملكية المفترزة لصاحبه، ويستوي في التمتع بهذه السلطات أن يكون المالك شخصا واحدا أو أشخاصا متعددين، لأن التعدد لا يلحق محل الملكية ويظل الشيء الشائع وحدة واحدة لا تنجزاً على الشركاء وإنما ينصب التعدد على صاحب الملكية وحده بحيث يوجد أكثر من مالك لنفس الشيء.

أخيرا نرى أنه ليس هناك ما يمنع من تعدد حق الملكية على الشيء الواحد⁽¹⁾ ولا يحول ذلك دون إعتبار حق الملكية الشائعة جامعا مانعا، يثبت لها تكييف حق الملكية التام، ودون إستئثار الشريك بما يخوله هذا الحق من سلطات ومزايا، وأن حق كل شريك لا يختلف عن الملكية المفترزة إلا من حيث أن يتعطل في مباشرته بسبب وجود حقوق أخرى من نفس الطبيعة لبقية الشركاء؛ بمعنى للشريك في الشيوخ أن يستعمل حصته وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بالشركاء الآخرين وهو ما عبر عنه المشرع صراحة بنص المادة 714 فقرة 1 من القانون المدني: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

زد على ذلك وتأكيدا على هذه الطبيعة فقد إعتبر التصرف الصادر عن الشريك صحيحا صادر عن مالك مع إعتباره غير نافذ في حق باقي الشركاء، فإذا تصرف أحد الشركاء في جزء من المال الشائع ثم وقع في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف بعد القسمة، فإنه يمكن الإستعانة بفكرة الحلول العيني بتغيير محله إلى الجزء الذي آل للشريك المتصرف بموجب القسمة، بإختصار ومادام التصرف قد آل بالقسمة إلى غير الشريك المتصرف فإنه يعتبر غير نافذ في حقه؛ و يظهر ذلك جليا بنص المادة 714 فقرة 2 من القانون المدني:

¹ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996، ص 369.

"وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن التصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

أخيرا، يبدو واضحا أن حق المساهم في تملكه لحصته الشائعة ملكية تامة من دون منازع؛ غير أن تعدد الملاك من شأنه أن يثير صعوبة أكثر تعقيدا من الناحية العملية في إستغلال المال الشائع والحصول على منافعه مما لو إنفرد بملكته شخص واحد.

من هنا فما هي حدود سلطاته في إدارته وتصرفه في المال الشائع منذ تاريخ نشوء الحق في إستحقاقه؟ وما هي أساليب تحصيله لصافي موجودات الشركة؟.

الفرع الأول: تحديد مدى حق المساهم في ناتج التصفية وسلطاته فيها

إن إنقضاء الشركة يستتبعه حتما تصفية أموالها وإعطاء المصفي حق بيع أصولها، وسداد ديونها ومصروفاتها، ثم توزيع ما تبقى من ثمنها على المساهمين كل حسب نصيبه المنصوص عليه في الشركة⁽¹⁾، ولعل هذا ما يجرنا إلى التساؤل عن ما هو تاريخ إستحقاق صافي موجودات الشركة ونشوء حق المساهم فيها؟.

زد على ذلك وفي خضم مرحلة الشروع فإن حق المساهم وإن كان حق ملكية تام؛ إلا أن تعدد ملاك الأعيان الشائعة من شأنه أن يجعل إستغلالها أكثر تعقيدا مما لو إنفرد بملكيتها شخص واحد، لذلك يجب أن يتفق الشركاء على إدارة هذه الأموال حتى يتمكنوا من الحصول على مزاياها.

¹ - المادة 788 فقرة 1 و2 من القانون التجاري.

والصورة المثلى لهذا التعاون - ما أدلى به المشرع المدني - (1) وهو أن يتفق الشركاء جميعا على إدارة المال الشائع وأسلوب الإنفعا به، وإذا لم يتحقق ذلك فقد أعطى للأغلبية حق إدارة المال الشائع وأن تفرض إرادتها على الأقلية في إختيار السياسة الملائمة لذلك؛ لكن إذا تعذر تحقيق ذلك من الناحية العملية فقد أجاز المشرع للشريك منفردا القيام ببعض أعمال الإدارة بصفته وكيلًا على الشركاء (2)، أو القيام بأعمال الحفظ والصيانة والترميم (3)، كما يجوز له ترتيب بعض التصرفات على حصته الشائعة؛ و ما دام أن تصرفات الشريك المنفردة على المال الشائع هي ما يهمنا في هذا البحث كما سلف الذكر؛ فما هي إذن سلطاته فيها؟.

وهو ما سنتطرق إليه في النقطتين التاليتين:

أولا : تاريخ إستحقاق المساهم لحقه في صافي موجودات الشركة :

يسري حق المساهم على المال الشائع - كمبدأ عام - منذ لحظة التصديق على الحساب الختامي وإقفال التصفية بين الشركاء، غير أنه لا يجوز الإحتجاج على الغير بحالة الملكية الشائعة إلا من تاريخ شهر إقفال التصفية بالسجل التجاري (4).

ومع ذلك لا يمكن التسليم بربط إنتقال الملكية الشائعة للمساهمين بتاريخ شطب الشركة من السجل التجاري، لأن هذا الإجراء قد يستغرق وقتا طويلا، وقد يهمل المصفي في أداء هذا الواجب والصحيح أن تؤول الملكية للمساهمين بتاريخ إثبات الجمعية العمومية لإقفال التصفية أو بتاريخ قرار المحكمة بالخصوص عند البت في هذه المسألة وهو ما تداركه المشرع التجاري في المادة 787 من القانون التجاري بنصها: " يستدعى المصفي في ظرف ستة أشهر من تسميته جمعية

1- المادة 715 من القانون المدني بنصها: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك."

2- المادة 716 فقرة 2 من القانون المدني.

3- المادة 718 من القانون المدني.

4- المادة 766 من القانون التجاري بنصها: " تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب. ويتبع عنوان أو إسم الشركة بالبيان التالي "شركة في حالة تصفية". وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لإحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها. و لا ينتج حل الشركة آثاره على الغير إلا ابتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري."

الشركاء التي يقدم لها تقريراً عن أصول وخصوم الشركة وعن متابعة عمليات التصفية وعن الجلب الضروري لإتمامها. وفي حالة إنعدام ذلك تستدعي الجمعية سواء من طرف هيئة المراقبة إن كانت أو من طرف وكيل معين بقرار قضائي بناء على طلب كل من يهمله الأمر. إذا تعذر إنعقاد الجمعية أو لم يتخذ قرار، فإن المصفي يطلب من القضاء الإذن اللازم للوصول إلى التصفية. "كما أقر على ذات الأمر بالمادة 774 من القانون التجاري وهذا بنصه على أن :

" إذا لم تتمكن الجمعية المكلفة بإقفال التصفية المنصوص عليها في المادة السابقة أو رفضت التصديق على حسابات المصفي فإنه يحكم بقرار قضائي بطلب من المصفي أو كل من يهمله الأمر. "

ولهذا الغرض يضع المصفي حساباته بكتابة المحكمة حيث يتمكن كل معني بالأمر من أن يطلع عليها ويحصل على نسخة منها على نفقته. وتتولى المحكمة النظر في هذه الحسابات وعند الإقتضاء في إقفال التصفية حالة بذلك محل جمعية المشتركين أو المساهمين.

لهذا من المسلم أن تقدير إقفال التصفية وما يترتب عليها من زوال للشخصية القانونية لشركة يكون لمصلحة الشركاء والدائنين في آن واحد، ولم يفرق القانون بينهما في هذا الخصوص، لذلك لن يكون هناك إقفال للتصفية إلا إذا كانت . هذه التصفية- قد إنتهت حقيقة وتم تسوية الديون جميعها، فمثلا لا يجوز للشركاء حرية تحديد تاريخ إقفال التصفية تعسفا على حساب الدائنين.

ولكن إذا تبين - على سبيل الإستثناء - أن هناك عناصر من الأصول لم تدخل في الميزانية الختامية لتصفية، أو أن هناك ديونا غير مدفوعة، فقد إختلف الفقه في تأسيس إسترداد الشركاء والدائنين لحقوقهم في ظل زوال الشخصية القانونية لشركة، فيرى بعضهم أن الإقفال الذي أثبت عن خطأ يجب إعتباره كأن لم يكن وتفتح التصفية من جديد. في حين يرى جانب

آخر من الفقه⁽¹⁾ أن القانون أحاط إقفال التصفية بقدر من الشكليات بقصد حظر إدخالها في الخوصصة من جديد.

وتبعاً لذلك يتعذر إعادة النظر فيها لأن الشركة لم تعد قائمة، ولا يمكن أن تبعث من جديد والأموال التي كانت تملكها ولم تبع أو تقسم بمقتضى التصفية أصبحت مملوكة على الشيوع للشركاء، ومع ذلك يرى أنصار هذا الإتجاه أنه يجوز للدائنين المطالبة قانونياً بديونهم ما دامت حقوقهم لم تسقط بالتقادم لأن زوال الشخصية المعنوية لا يرتب خطراً عليهم بشأن ملاحقة الشركاء بخصوص أموال الشركة التي إستولوا عليها إضراراً بهم لذلك يجوز للدائنين مطالبة الشركاء بقدر العائد الذي تم توزيعه عليهم ويستوي أن يكون كل شريك تلقى نصيبه نقداً أو عيناً، بل ويجوز لهم المطالبة حتى إذا كانت الأموال المعنية تم التصرف فيها أو ليست قابلة للتجزئة غير أنه لا يستطيع الرجوع على المساهمين بأكثر مما هم مدينون به إذا تبين أن قيمة الدين أكثر من ذلك إعمالاً لمبدأ تحديد المسؤولية الذي يظل قائماً حتى بعد التصفية، ولكن يجوز للدائنين الرجوع بالمسؤولية على المصفي الذي إقترح على الشركاء أو على المحكمة إثبات إقفال تصفية لم تنته أعمالها بعد وأن عدم إستيفاء الدين كان بسبب خطئه⁽²⁾ وهو ما أقره المشرع في المادة 776 فقرة 1 من القانون التجاري بنصها :

" يكون المصفي مسؤولاً تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة الحاصلة عن الأخطاء التي إرتكبها أثناء ممارسته لمهامه. "

وهذا الموقف ينسجم مع المبدأ العام الذي يقضي بعدم إقتسام أموال الشركة، إلا بعد سداد كافة الديون والنفقات.

والجدير بالذكر أنه إذا تأكد أن التصفية لم تنته بالفعل، وأن إنتهاءها كان ظاهرياً فقط وأن هناك حقوقاً وإلتزامات ترتبط بالتصفية اكتشفت بعد إقفالها؛ وهو ما يعني عدم تحصن

¹ - P.Didier, La compétence législative du droit commercial, Revue trimestrielle de droit commercial, Paris, 1965, p54 .

² - علي شخا نبة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، بدون دار النشر، مصر، 1993، ص 517.

حقوق المساهمين في ملكية المال الشائع من السحب⁽¹⁾ وأن إعتبار الشركة مستمرة في الحياة رغم شطب قيدها بالسجل التجاري؛ لأن إنتهاء الشخصية القانونية وتحصن حقوق المساهمين مرتبط بتصفية جميع الحقوق والإلتزامات الخاصة بالشركة، وأن التصفية يجب أن تكون مطابقة للحقيقة شاملة لجميع جوانب الأصول والخصوم، بمعنى آخر لا يصير المساهم مالكا على الشيوع لحصته في موجودات الشركة إلا بعد سداد كافة ديونها ما لم تسقط بالتقادم، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة التقادم الخمسي لكافة الدعاوي المقامة على الشركاء غير المصنفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم إعتبارا من نشر إنحلال الشركة بالسجل التجاري⁽²⁾.

عموما، لا يتقيد حق المساهم في موجودات الشركة بتاريخ إقفال التصفية وزوال الشخصية المعنوية، كما لا يقتصر على الأموال التي آلت للمساهمين على الشيوع بمقتضى التصفية فقط، وإنما يمتد هذا الحق ليشمل الحقوق والمطالبات الأخرى للشركة التي تكتشف بعد التصفية بأنها لم تسوى، لذلك يجوز للمساهم في هذه الحالة أن يقاضي المدين بإسم الشركة ولحساب جمعية المساهمين لأن المصفي لم يعد يمثلها، ومن ثم لا يحق له المطالبة بسداد الديون بإسمها وأن الشركاء وحدهم المتضررون من ذلك حيث سلمت لهم حقوق أقل مما لهم في الشركة التي جرت تصفيته بدعوى غير مباشرة وطبقا لما تقضي به القواعد العامة في ذلك تمثيلا لها (الشركة) و نيابة عن غيره من المساهمين⁽³⁾؛ وهو أمر منطقي مرجعه أن لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك يغير موافقة باقي الشركاء؛ ومن ثم فمن الأولى أن له أن يطالب بحقوقهم في الشركة التي جرت تصفيته وهو بذلك أمر مفروغ منه لكن السؤال الذي يطرح بهذا الخصوص؛ ما هي حدود سلطات المساهم في الشيوع؟.

¹ -Cass.Com.15 juin 1993,note y-Chartier,rev, soc,Aix -enprovence, Paris, 1993,p797.

جاء قرار المحكمة بإحتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية في مواجهة الدائن نتيجة لما ثبت لديها أن حل الشركة وتصفيته وإقفال هذه التصفية كان عبارة عن غش أو حيل تدليسية؛ بغرض إسقاط حقوق الدائن بحيث لا يمكن التمسك بحل الشركة وتصفيته ضده.

² - المادة 777 من القانون التجاري.

³ - المادة 189 من القانون المدني.

ثانيا- سلطات المساهم في الشيوخ:

من المسلم أن حقوق الشركاء جميعا في الشيوخ ترد على محل واحد وهو المال الشائع، وأن حق كل شريك في الشيوخ يخول صاحب السلطات التي تمكنه من الحصول على نسبة معينة من كل منافعه، وأن السلطات التي يتمتع بها أحد الشركاء على محل الحق من إستعمال أو إستغلال أو تصرف هي من نفس طبيعة السلطات الممنوحة لباقي الشركاء، وبالنظر إلى التشابك بين تلك الحقوق، فإنه غالبا ما يترتب على مباشرة الشريك لسلطاته المساس بحقوق غيره، والقاعدة أنه لا يجوز لأي شريك أن يمارس حقوقه أو يباشر سلطاته على نحو يضر بحقوق باقي الشركاء⁽¹⁾، لذلك نبحت تفصيلا سلطات المساهم المشتاع سواء بالنسبة لأعمال الإدارة أو سلطات التصرف على النحو التالي:

1- أعمال الإدارة:

يجوز للمساهم أن يقوم بأعمال لازمة لحماية المال الشائع سواء كانت هذه الأعمال مادية، كأعمال الترميم وجني الثمار في موعدها قبل أن تتلف، أو تصرفات قانونية كرفع الدعاوى وسداد الضرائب وقطع التقادم لمصلحة الشركاء، وإذا قام أحد الشركاء بعمل إداري من أعمال الإدارة المعتادة دون إعتراض بقية الشركاء فإنه يعتبر وكيلا عنهم، أما إذا إعتراض البعض وكانت حصص من لم يعترضوا بالإضافة إلى حصته تمثل الأغلبية، كان العمل الذي قام به الشريك نافذا في مواجهة الجميع بإعتباره صادرا من الأغلبية، كذلك الأمر إذا كان الشريك نفسه يجوز على نصاب الأغلبية بمفرده⁽²⁾. وإذا كان للشريك أن يشترك في مزايا المال الشائع حسب نصيبه في نسبته إلى مجموع المال، فإن من الطبيعي أن يشترك في تحمل ما ينفق على المال الشائع وسواء لإدارته أو للمحافظة عليه.⁽³⁾

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 442.

² - المادة 716 من القانون المدني.

³ - المادة 719 من القانون المدني.

2- سلطة التصرف :

الأصل أن كل شريك على الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما لهذا يجوز له أن يتصرف فيها كلها أو بعضها⁽¹⁾ سواء بنقلها إلى غيره أو بترتيب حق عيني أصلي أو تباعي عليها، وسواء كان التصرف معاوضة كالبيع أو تبعا كالهبة ويستوي أن يكون المتصرف إليه أحد الشركاء أو أجنبيا، كما يترتب على التصرف كافة آثاره ويكون صحيحا وناظدا في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم، إلا إذا كانت الحصة الشائعة عقارا في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالتدخل.

وإذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فإن هذا التصرف يكون معلقا على شرط واقف وهو وقوع المال المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب المتصرف، ولا يترتب بين الطرفين قبل القسمة إلا آثارا شخصية ولا ينتقل الحق العيني إلا بموافقة بقية الشركاء⁽²⁾، أما بعد القسمة فإذا وقع المال المتصرف فيه في نصيب المتصرف إستقر وجود هذا التصرف، وإذا وقع في نصيب شريك آخر يقضي المشرع بإنتقاله إلى الجزء الذي آل للمتصرف.

أما آثار التصرف بالنسبة لبقية الشركاء، فإنه يكون غير نافذ بإعتباره تصرفا من الشريك فيما لا يملك وكذلك إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله يرى غالبية الفقه أنه فيما زاد عن حصته يعتبر تصرفا في ملك الغير.⁽³⁾

¹ - المادة 713 و714 فقرة 1 من القانون المدني.

² - وذلك الأمر يقع إذا كان الأمر يتعلق برهن ملك شائع أي بترتيب حق عيني تباعي على ملك شائع وذلك بمقتضى نص المادة 890 فقرة 1 من القانون المدني: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".

³ - وهو ما ينطبق مع نص المادة 397 من القانون المدني بنصها: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أولم يعلن بيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري". للمزيد راجع:

أخيرا ، إذا كان المشرع قد أحاط حق المساهم المشتاع بأحكام قانونية تحدد سلطاته؛ كما بين تاريخ إستحقاقه لصافي موجودات الشركة ونشوء حقه فيها؛ فما هي الضوابط القانونية الكفيلة لتحصيله لهذا الحق؛ أي لتحصيل صافي موجودات الشركة؟.

الفرع الثاني: أساليب تحصيل المساهم لحقه في صافي موجودات الشركة

يقضي عقد الشركة أن يساهم كل شريك بحصته في رأس المال، وتستلزم الشخصية القانونية للشركة أن تخرج ملكية هذه الحصص من أصحابها وتوضع تحت تصرفها، بحيث تصير مملوكة لها بما فيها ثمار هذه الحصص إعتبارا من تمام العقد ولا يكون للشركاء بعد ذلك إلا مجرد حق في نسبة معينة من الأرباح السنوية إذا حققت الشركة أرباحا أو إقتسام خسائرها إن تحققت، كما يكون للشركاء نصيب في موجودات الشركة عند تصفيتها والتي تشمل رأس مالها، وأموال الأرباح المرحلة إذا ظلت قائمة كلها أو بعضها عند إنقضائها.

على أنه جرى العمل على إطلاق لفظ القسمة بخصوص إعادة الحصص المقدمة من الشركاء لتكوين رأس المال وهو خطأ شائع يتعين إتلافه لذلك يجب ألا تشمل⁽¹⁾ إعادة حصص الشركاء، لأنها بمثابة دين على الشركة، ولكن سدادها يكون تال قانونيا وزمينا لديون دائني الشركة، ومع ذلك يمكن الإبقاء على إسترداد القيمة الإسمية للأسهم ضمن عمليات القسمة بالمفهوم الواسع أخذا في الحسبان أن مفهوم القسمة يستوعب كل ما من شأنه تسوية الحقوق وتخصيص حصص الشركاء.

وتبعاً لذلك نبحت تفصيلا أساليب تحصيل المساهم لصافي موجودات الشركة في النقاط

التالية:

¹ - علي شخانة، المرجع السابق، ص 536.

أولا : إسترداد القيمة الإسمية للأسهم وإقتسام الخسائر

إن الغرض النهائي من تصفية الشركة الوصول إلى توزيع المبالغ المتبقية من أصولها بعد دفع ما عليها من ديون، فإنه إذا تبين أن هناك فائضا من أموالها بعد التصفية يساوي رأس مالها أو يزيد في هذه الحالة يتعين رد القيمة الإسمية للأسهم وهي قاعدة مستقرة. كما لو تبين وجود خسائر بعد التصفية وجب إقتسامها وتستحق القيمة الإسمية فور إنتهاء التصفية وبعد سداد ديون الدائنين، فهي تأتي في المرتبة الثانية قانونيا وزمينا بعد ديون دائني الشركة التي لها حق الأفضلية عليها. أما فيما يتعلق بأصحاب حصص التأسيس⁽¹⁾؛ فليس لهم نصيب في عملية الإسترداد لأن حقهم قاصر على نصيب في أرباح الشركة الجائزة للتوزيع في أثناء حياتها هذا في بعض التشريعات التي تجيزها على غرار القانون الجزائري.

والأصل العام أن يتم إسترداد المساهمات عادة نقدا، غير أنه يمكن أن يتم الإسترداد عينيا، وذلك بشرطين⁽²⁾ أن يكون منصوصا على ذلك بالنظام الأساسي، وأن تظل تلك الأعيان قائمة لدى الشركة؛ بعبارة أخرى تنقسم الأسهم بحسب طبيعة الحصة التي يشترك بها المساهم في رأس المال إلى أسهم نقدية وحصص عينية، ونظرا لإختلاف طبيعة كل واحدة منهم عن الأخرى تختلف بشأنها الأحكام المنظمة لتسوية حقوق أصحابها⁽³⁾.

ففي الحصة النقدية⁽⁴⁾ يتم إستعادتها قبل إجراء القسمة لفائض التصفية أي بمجرد تحقق فائض في موجودات الشركة وبعد سداد كافة الديون والنفقات وتسترد القيمة الإسمية للأسهم بالكامل للمساهمين ولا تتقيد بنسب توزيع الأرباح في عقد الشركة؛ فهي تمثل رأس مال وليس

¹- تصدر حصص التأسيس في شكل صكوك ليس لها قيمة إسمية، لأن أصحابها لا يساهمون بشيء في رأس مالها، لذلك تقتصر حقوق أصحاب الحصص على نصيب من الأرباح التي تحققها الشركة أثناء حياتها، ولا يشتركون في الخسارة وهي صكوك يمنع إصدارها في القانون الجزائري المادة 715 مكرر 31 من القانون التجاري.

²- علي الزيني، المرجع السابق، ص 315.

³- المادة 793 من القانون التجاري بنصها: "تتم قسمة المال الصافي المتبقى بعد سداد الأسهم الإسمية أو حصص الشركة بين الشركاء بنفس نسبة مساهمتهم في رأس مال الشركة وذلك بإستثناء الشروط المخالفة للقانون الأساسي".

⁴- وهي التي دفعت قيمتها بالنقود نظير إنضمامه كمساهم فيها لهذا تكون الشركة مدينة للشريك بهذا المبلغ، ويتعين عليها رده عند التصفية.

أرباحا. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان للشركة ديون على المساهم لم يتم إستفاؤها حتى إنتهاء عمليات التصفية، فإن حصته النقدية تُخفض بقدر الدين المطلوب منه ويحدث هذا التخفيض في الحالات التي لم تسدد فيها الأقساط المتبقية من قيمة الحصة النقدية التي إلتم بالمساهمة بها في رأس المال، وكذلك يحدث هذا الخضم إذا قامت الشركة بإستهلاكها كلياً تعطى للمساهم أسهم تتمتع عوضاً عنها، ولكن لا يجوز إستعادة قيمة هذه الحصص مجدداً، ولا يستحق المساهم نصيبه في فائض التصفية إلا بعد الوفاء بجميع حصص الشركاء غير المستهلكة.

أما الحصص العينية⁽¹⁾ فإما أن تكون على سبيل التمليك، أو أن يتقدم بها المساهم على سبيل الإنتفاع والتمتع مع بقاء رقبته على ملك صاحبها وذلك بغرض إستعمالها مدة معينة تكون عادة مدة بقاء الشركة؛ بهذا فإذا قدمت الحصة العينية على سبيل التمليك وإنقضت الشركة فلا تعود نفس الحصة عينا للمساهم لأنه فقد ملكيته لها بتقديمها لها أصبحت ضمن ممتلكاتها ولكن تعود إليه قيمتها حسبما ورد في دفاترها، أو بقيمتها وقت تقديمها للشركة إذا سكت نظامها الأساسي على ذلك، غير أنه إذا نص عقدها على إعادة هذه الحصة بعينها للشريك وكانت موجودة عند إنتهاء التصفية فإنه يحق للشريك إستعادتها، فإذا زادت قيمة هذه الحصة في الفترة ما بين تقديمها للشركة ووقت تصفيتها، فإن المساهم يكون ملزماً بدفع فرق الزيادة لشركة، وإضافة هذا الفرق إلى فائض التصفية الذي يوزع على جميع الشركاء، أما إذا أنقصت قيمتها عن لحظة تقديمها أو أصيبت بتلف جزئي، فيسترد الشريك حصته مع إلزام الشركة بدفع فرق النقص في القيمة المالية⁽²⁾، وكذلك إذا هلك الحصة كلياً أثناء حياة الشركة فإن حقه يظل قائماً في قبض ثمن حصته عند إنتهاء التصفية كما لو كانت الحصة سليمة.

أما إذا قدمت الحصة العينية على سبيل الإنتفاع أو على سبيل التمتع، فيحق للشريك إستردادها بعد إنتهاء عمليات التصفية وإذا كانت الحصة مما لا يهلك بالإستعمال كالسيارة

¹ - قد تكون الحصة التي تقدم بها المساهم في رأس المال عينا من الأعيان، بمعنى أن تكون هذه الحصة شيئاً آخر غير النقود، يستوي أن تكون قطعة أرض أو مبنى أو منقولاً مادياً كالآلات أو الماكينات، أو منقولاً معنوياً كبراءة الإختراع أو علامة تجارية، ويجب الوفاء بالحصص العينية كاملة، ولا يمنح لها إسمها قبل أن يتم تقديرها على نحو صحيح.

² - بشرى خالد تركي المولى، المرجع السابق، ص 72

مثلا، وذلك طبقا للأصل العام بأن يلتزم المنتفع بإعادة الشيء الذي سلم إليه لينتفع به⁽¹⁾ غير أنه إذا هلك نتيجة خطأ الشركة فإنه يحق للشريك أن يستعيد قيمتها قبل توزيع التصفية⁽²⁾، أما إذا كانت العين مما يهلك بالإستعمال⁽³⁾، فإن الشركة تتحمل تبعة الهلاك حتى إذا كان بقوة قاهرة لأن هذه الحصة قدمت للشركة لأجل إستعمالها وليس للإحتفاظ بها.

وبخصوص الحصة من العمل⁽⁴⁾؛ فهي لا تدخل في تركيب رأس المال لهذا بعد إنتهاء عمليات التصفية فإن الشريك لا يشترك في إسترداد حصص رأس المال بإعتباره ليس دائنا للشركة فهو لم يقدم مالا يدخل في تكوين رأس المال لهذا السبب فإذا تم تعويضه بمبلغ مالي تكون الشركة في هذه الحالة وكأنها لم تستفد من عمله وإنما أعادت له الخدمات التي قدمها لها.

على أنه إذا كان للمساهم أن يسترد القيمة الإسمية لمساهماته فمن باب أولى أن يشترك مع غيره من الشركاء في إقتسام الخسارة إعمالا لمبدأ الربح يقابل الخسارة؛ وهذا التساوي في جميع الأسهم المقدمة في رأس مال الشركة سواء كانت حصصا نقدية أو حصصا عينية أو حصص عمل إلا أنه يجوز إعفاء الشريك بحصة العمل من أية خسائر⁽⁵⁾.

و في الأخير، إذا أظهر الحساب الختامي للتصفية أن صافي موجودات الشركة لا تكفي لسداد ديونها أو على الأقل لا يكفي لإعادة القيمة الإسمية للأسهم، فإن إستغلال الشركة يكون قد حقق خسارة يتعين توزيعها عليهم بحسب النسب المتفق عليها في توزيع الخسائر، وتكون القسمة بينهم قسمة غرماء⁽⁶⁾ بحيث تكون الخسارة نسبة واحدة لجميع الأسهم، أما إذا كان ناتج صافي موجودات الشركة لا يكفي حتى لسداد بعض ديون الشركة المنقضية فإن الخسارة تكون نهائية وتضيق بقية حقوق الدائنين والقيمة الإسمية لكافة الأسهم بإعتبار أن الضامن الوحيد للوفاء بديونها هو رأس مالها فقط، وأن مسؤولية المساهمين تكون محدودة بقدر القيمة الإسمية

¹ - محمد صالح، شرح القانون التجاري، ج 1، بدون دار النشر، مصر، 1989، ص 57.

² - عيد شخانة، المرجع السابق، ص 541.

³ - يعقوب صرخوه، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - أنظر، سابقا، ص 62.

⁵ - المادة 426 فقرة 2 من القانون المدني.

⁶ - علي العريف، شرح الشركات في مصر، مطبعة أطلس، مصر، 1995، ص 235.

للأسهم التي إشتراكوا بها، ولا يجوز لدائني الشركة الرجوع عليهم إلا بسداد باقي أقساط قيمة الأسهم إذا كانت غير كاملة الوفاء. بهذا يبدو واضحا إشتراك الشركاء في إسترداد القيمة الإسمية وإقتسام الخسائر إن تحققت بعد التصفية غير أنه هل يجوز توزيع الأموال على الشركاء أثناء التصفية وقبل تمام السداد الكلي للديون؟ هذا ما سنعالجه في النقطة التالية:

ثانيا: إشتراك المساهمين في الأموال الموزعة أثناء التصفية وفي الفائض بعد التصفية:

الأصل أنه لا يجوز توزيع الأموال على الشركاء أثناء التصفية وقبل تمام السداد الكلي للديون، لأن ذلك يلحق الضرر بضمان الدائنين وبحقهم في الأفضلية على أموال الشركة ضد الدائنين، ويجوز لهم مقاضاة الشركاء ورد ما آل إليهم من أموال مع عدم الإخلال بمسؤولية المصفي⁽¹⁾، لكن هذا لا يمنع من توزيع الأرباح أثناء التصفية ودون أن يلحق هذا التوزيع المسبق للشركاء الضرر بالدائنين الذين لم يحصلوا بعد على ما لهم من حقوق مالية، لأن الأصل أن هؤلاء الشركاء هم في المرتبة الثانية قانونيا وزمنيا بعد دائني الشركة في عمليات التصفية، لذلك يجب أن يتأكد المصفي وبمجرد شديد بأن توزيع الأرباح على الشركاء لا يضر بحقوق دائني الشركة؛ ولعل أن عبارة توزيع الأرباح قد تبدي نوعا ما من التناقض إذا ما جمعت الأرباح مع إصطلاح التصفية؛ أي بعبارة أخرى توزيع الأرباح أثناء التصفية وقد يطرح التساؤل هنا عن إمكانية وجود تصفية مع تحقيق الأرباح؛ لكن الأمر هنا يتعلق بالأرباح الإحتياطية لا القانونية وإنما النظامية والإختيارية في السنتين السابقتين للتصفية وهو ما يمكن إستخلاصه من المضمون العام بنص المادة 723 من القانون التجاري⁽²⁾. وكل ما خالف ذلك يعتبر ربحا صوريا بمفهوم المخالفة أي أن الشركة حتما بصدد تصفية أموالها دون وجود لأرباح محققة في السنتين السابقتين للحساب الختامي مثلما قضت المادة السابقة وما أقرته المادة 794 بصريح نصها: "يقرر المصفي إذا كان ينبغي توزيع الأموال التي أصبحت قابلة للتصرف فيها أثناء التصفية وذلك دون الإخلال بحقوق الدائنين.

¹ - المادة 776 من القانون التجاري.

² - بهذا يمكن إعتبار أن المشرع التجاري قد أخذ بنظام توزيع الأرباح أثناء التصفية شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي في قانون 1966.

يجوز لكل معني بالأمر أن يطلب من القضاء الحكم في وجوب التوزيع أثناء التصفية، وذلك بعد إنذار من المصفي وبقا بدون جدوى.

ينشركل قرار توزيع يتعلق بالأصول في جريدة الإعلانات القانونية التي تم فيها النشر المنصوص عليه في المادة 767.

ويبلغ قرار التوزيع إلى الشركاء على إنفراد. "

ومنه فلا وجود لتوزيع للأموال أثناء التصفية بإستثناء هذه الحالة. وعليه فلا يعتد بالقسمة ونتائجها إلا إذا أجريت بعد إقفال التصفية كأصل عام وارد بالقانون التجاري تخضع فيه تصفية الشركات للأحكام التي يشتمل عليها القانون الأساسي مع مراعاة الأحكام العامة بخصوص تصفية الشركات التجارية. تقع على المصفي مسؤولية الإطلاع على حسابات الشركة بحرص تام قبل التصديق عليها من قبل الجمعية المكلفة بإقفال التصفية والتي تقع إما بتوافر الشروط المدرجة في القانون الأساسي أو الإتفاق الصريح بين الأطراف وفي حالة إنعدامها تقع تصفية الشركة المنحلة طبقا للأحكام المطبقة بقرار قضائي يقضي بذلك أو بأمر مستعجل بطلب من الشركاء الممثلين لعشر رأس المال على الأقل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات المساهمة؛ وتعتبر في هذه الحالة أحكام القانون الأساسي المخالف لهذا القسم كأنها لم تكن⁽¹⁾؛ وبهذا بعد إتمام هذه الإجراءات يبقى على المصفي نشر هذه التصفية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو في جريدة معتمدة للإعلانات القانونية⁽²⁾.

ومن خلاصة ما سبق ذكره بهذا المبحث، يمكن إعتبار حق المساهم في الأرباح وفي موجودات الشركة حقا ثابتا مانعا بحكم القانون، مادام أن طرق توزيع الأرباح مرجعه إرادة الأطراف وحرية إختيار الطريق الأنسب لإستحقاقها والذي يضمه مبدأ الحرية التعاقدية عبر إتفاقات بين المساهمين في الأنظمة الأساسية للشركة والتي من شأنها إدخال جو التعامل الشخصي بينهم في تحقيق الأهداف من هذا المشروع والهدف الرئيسي في تحصيل الأرباح، وكذا

¹ - المادة 778 فقرة 4 و5 من القانون التجاري.

² - المادة 775 من القانون التجاري.

الأمر بشأن موجودات الشركة فقد جعل المشرع لإرادة الأطراف الجزء الأوسع والمرتبة الأولى في تحديد أساليب تحقيقها بطريق القسمة أي القسمة الإتفاقية دون التخلي عن الجانب التنظيمي الخاص بطابع شركات المساهمة لما تتطلبه من ضرورة تدخل المشرع في تنظيمها بتقرير أحكام عامة للتصفية وبأحكام خاصة مطبقة بقرار قضائي أي قسمة قضائية في حالة إنعدام الشروط المدرجة في القانون الأساسي أو الإتفاق الصريح بين الأطراف في شركات المساهمة.

وهكذا يمكن القول أن المساهم لا يزال يمارس دوره كشريك في الشركة لإرادته دور في تحقيق حقه في تحصيل الأرباح وصافي موجودات الشركة هذا بإنقضائها، وله أن يتصرف في حقه كمالك للأسهم بخروجه منها - بأن يتنازل عنها بعوض أو بدون عوض - لكن إلى أي مدى يبقى للمساهم مطلق الحرية في التنازل عن الأسهم؟ وهو ما سنعالجه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: حق المساهم في التصرف في أسهمه:

يعتبر السهم من الناحية المادية صكا وهو بذلك أداة معدة لإثبات حقوق وإلتزامات تعاقدية للمساهمين، فالأسهم مستقلة تماما عن عقد الشركة وإذا كان العقد هو الذي ينشئ كائنا جماعيا له رأس ماله وله نظامه الخاص به والمساهمون هم الذين يكونون رأس المال، فإن الأسهم عبارة عن وثائق فردية تسلم للشركاء مثبتة لما قدموه أو إلتزموا بتقديمه من حصص في رأس المال وكذلك لحقوقهم قبل الشركة.

ولما كان للمساهم حق ملكية على أسهمه في الشركة، فيجوز له أن يتصرف فيها بعوض أو بغير عوض، ولكن يجب أن يتم التنازل تبعا للشكل والإجراءات التي حددها القانون لإتمام نقل الملكية، أي أن التداول بالطرق التي حددها القانون التجاري هو الشكل الذي يتم به التنازل عن السهم⁽¹⁾.

ويعتبر حق المساهم في تداول أسهمه أحد حقوقه الأساسية التي لا يجوز حرمانه منها، لذلك يجب أن تكون لدى المساهم سلطة التخلي عن أسهمه في أي وقت حتى لا يكون حبيسا

¹ - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 217.

لها. ويبدأ سريان هذا الحق - كأصل عام - إعتبارا من تاريخ قيد شركة المساهمة بالسجل التجاري وهو تاريخ إكتسابها الشخصية المعنوية، وتظل قابلية السهم للتداول قائمة حتى بعد صدور قرار إنقضاء الشركة، وإلى أن تزول شخصيتها القانونية بإنهاء عملية التصفية وإفقالها⁽¹⁾. إلا أن هذه المزايا لا تخلو من الآثار السلبية ذلك أن إنخفاض قيمة السهم وقابليته للتداول يؤدي إلى إرتفاع عدد الساهمين⁽²⁾، وهو ما يؤدي إلى ضعف إهتمامهم بحضور إجتماعات الهيئة العامة للمساهمين وبالتالي الرقابة على هيئات الإدارة؛ إذ ينحصر إهتمامهم على مجرد الحصول على الأرباح أو بيع الأسهم بعد إرتفاع أسعارها، وهو ما يتيح في النهاية لأقلية من المساهمين السيطرة على الشركة وتوجيهها بما يخدم مصالحهم. لذلك حرص المشرع على تنظيم هذا الحق بوضع قيود بعضها بنفسه لصلتها ببعض الأساسيات المالية والتجارية وتوطيد عوامل الثقة والإطمئنان في التعامل بها بحيث لا يجوز العمل بخلافها، بينما ترك إختيار البعض الآخر لحرية الشركاء وفقا لما يحقق مصالحهم الخاصة بصورة أفضل وذلك بالنص عليها في نظام الشركة على أن تكون تلك الإختيارات في إطار إعتبرات تنظيم التداول بعيدا عن التعسف وإساءة الإستعمال.

ونظرا لأهمية التداول كخاصية يتميز بها السهم، وأن السهم يمثل جزءا من ذمة المساهم المالية، وأمام جميع هذه الإعتبرات نبحت حق المساهم في التصرف في أسهمه على النحو التالي:

- المطلب الأول: مبدأ تداول الأسهم وإجراءاته.

- المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المساهم في التصرف في أسهمه.

المطلب الأول: مبدأ تداول الأسهم وإجراءاته:

يجوز لكل مساهم . مالك للسهم . أن ينقل ملكيته أو جزءا منها للغير أو لأحد المساهمين وهو ما تقتضي به خاصية قابلية السهم للتداول فهي الصفة الجوهرية له والتي تميزه عن

¹ - المادة 715 مكرر 53 من القانون التجاري.

² - عزيز العكيلي، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 261.

حصة الشريك في شركات الأشخاص، لأن هذه الأخيرة غير قابلة للتنازل إلا إذا نص عقد الشركة على ذلك وعادة ما يكون بإجماع الشركاء⁽¹⁾. كما يعتبر مبدءا من النظام العام لا يجوز مخالفته وإن كان من الممكن قانونا أن ترد عليه بعض القيود القانونية والإتفاقية وحينئذ فالحظر الممنوع على تداول الأسهم هو الحظر المطلق. كما سنرى لاحقا. وأيا كانت تلك القيود، يبقى للمبدأ أهمية ومدى واسع لدرجة أن إبطال الشركة لا يؤدي إلى بطلان تداول السهم الذي تم قبل الإبطال طالما أن هذه الأسهم صحيحة من حيث الشكل⁽²⁾، بل الأكثر من ذلك، فإن قابلية الأسهم للتداول تبقى قائمة حتى بعد حل الشركة وإلى أن تزول شخصيتها المعنوية بإنهاء عملية التصفية وقفلها⁽³⁾، كما أنه يعتبر الصفة المشتركة بين سائر القيم المنقولة سواء أكانت مسعرة في البورصة أو من الممكن أن تسعر فيها⁽⁴⁾ ومع ذلك يظل الخاصية الملازمة للسهم⁽⁵⁾ بإعتباره سندا قابلا للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها.

وإذا كان السهم بهذا المفهوم القانوني سندا قابلا للتداول، فما هو مفهوم التداول؟.

وعلى إعتبار أن السهم مالا منقولاً ينقل الحق الثابت فيه بمجرد التصرف فيه فإن ذلك يطرح مسألة التفرقة أو التمييز بين التداول والأنظمة المشابهة له كالتصرفات الناقلة للملكية مثل حوالة الحق وإحالة الحصص؛ على أن حرية المساهم في نقل أسهمه وسهولة إجراءات النقل في شركة المساهمة، وإن كانت من أهم الخصائص التي يتميز بها السهم عن الحصة في شركة الأشخاص، إلا أن هذا الإنتقال لا يتم بحرية مطلقة وإنما يستدعي طرقا وأحكاما خاصة تنظمه في حالات معينة وستعرض لذلك كالأتي:

الفرع الأول: تعريف مبدأ تداول الأسهم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

¹ - وهو ما أقرته المادة 560 قانون تجاري.

² - هذا ما جاءت به المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري والتي تقابلها المادة 273 من القانون التجاري الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1966.

³ - المادة 715 مكرر 53 من القانون التجاري.

⁴ - المادة 715 مكرر 50 من القانون التجاري.

⁵ - Michel Germain, Traité de Droit commercial cité par G Ripert, R. Roblot, Tom1, Vol2, Les sociétés commerciales, 18ème édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002, P316.

يجب لكل مساهم نقل حقه الذي خوله له السهم لشخص آخر بكل حرية ما لم يقيد ذلك بقيود إتفاقية عبر عملية قانونية يصطلح عنها بالتداول، هذا الأخير على إعتباره خاصة ملازمة للسهم يستدعي تحديد تعريفه اللغوي والإصطلاحي وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له وهذا كما يلي:

أولا : التعريف اللغوي والإصطلاحي لمبدأ تداول الأسهم

1. التعريف اللغوي:

التداول لغة من الفعل، يتداول، تداولاً تداولت الأيدي الشيء : تعاقبته أي أخذته هذه مرة وهذه مرة أخرى، والشيء المتداول عليه عمليا وحركيا هو اليوم في حوزة هذا واليوم الآخر في حوزة الآخر ويطلق التداول عادة على نقل المال والمركز والسلطة وعلى الغلبة أيضا إذ يقال "الأيام دول" و "المال دول" (1).

ويطلق عليه باللغة الفرنسية إصطلاح *La négociabilité* وهي صفة لسند يمثل حقا أو مالا قابلا للنقل والتحويل تجاريا إلى الغير (2).

وفي القرآن الكريم قوله عز وجل:

"..وتلك الأيام نداؤها بين الناس... " (3)، " .. كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم.. " (4)

2. التعريف الإصطلاحي (5):

¹ - علي بن هادية، بلحسن البليش والجيلالي بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب . معجم عربي مدرسي ألفبائي ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1991، ص179.

² - Danial Reig,Le petit Larousse,Dictionnaire Encyclopédique,Paris,1995,p693.

³ - الآية 140، سورة آل عمران.

⁴ - الآية 7، سورة الحشر.

⁵ - لم يضع المشرع تعريفا قانونيا للتداول بل إقتصر على إعتباره خاصة مرتبطة بالسهم، هذا خلافا لتعريفه للسهم في المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري.

يشكل التداول إحدى الخصائص الأساسية للسهم، فمن دونه لا تأخذ الشركة شكل شركة مساهمة على حد تعبير الفقه:

(MICHEL DE JUGLART BEN JAMIN IPPOLITO)

¹ (EMMANUEL DU PORTAVICE ET JACQUES DU PICHOT)

كما عرفه الفقيه (Denis le franc et Blanche sousi- roubi) على أنه: صفة مرتبطة بسند قابل للإنتقال بحسب الطريقة المحددة في القانون التجاري⁽²⁾.

كما عرفه كل من الفقيه (Ripert et Roblot) من خلال التفرقة بين السهم والحصة على أنه :

للسهم حرية الإنتقال وهذا هو معنى التداول، بخلاف الحصة في شركات الأشخاص والتي لا تتمتع بهذه الحرية في إحالتها⁽³⁾.

في حين عرفه البعض الآخر (Thaller et perconon, Lyon caen et Renault) على أنه صفة مرتبطة بالسهم ذاته.

ومن الملاحظ أن معظم هذه التعاريف الفقهية تجتمع في كونها تربط التداول بالسهم في تحديد معناه، وهو ما يتفق مع طبيعة السهم بإعتباره سندا تجاريا قابلا للتداول وهي إحدى خصائصه، إلا أنها يشوبها نقص ما دام أن السندات التجارية لا تقتصر على السهم وحده وإنما تشمل السندات وحصص التأسيس أو الأرباح وغيرها من الأوراق التجارية....

على هذا الأساس، جانب من الفقه⁽⁴⁾ (Micheal Juglard et Benjamine ippolito)

1- traite de droit commercial, 3ème édition, édition Montchrestien, Paris, 1982, p 162.

2 - lexique banque et bourse, 4ème édition, Dalloz, 1997, P159

3 -Xavier delpech, les actions, Encyclopédie juridique de droit commercial T1, Dalloz, 1995, P6.

4 - xavier delpech,op.cit,P6.

إلى جعل تعريف التداول شاملا لا قاصرا على السهم وحده هذا على النحو التالي :

"التداول أساس تكوين القيم المنقولة والسندات التجارية بصفة عامة".

من الواضح أن هذا التعريف هو الأرجح، ذلك أن التداول في ذاته صفة لا مرتبطة بالسهم وحده وإنما ببقية السندات التجارية عموما .

وعلى العموم، فإن التداول هو عملية شراء وبيع الأسهم في السوق المالية (البورصة) ولفترة وجيزة، وبصيغة أخرى فهو يعني التعامل في الأوراق المالية بيعا وشراء في السوق وبسرعة كبيرة مقارنة بالعمليات التجارية الأخرى، وهذا ما يستدعي تمييز التداول عن الأنظمة المشابهة له.

ثانيا: تمييز التداول عن الأنظمة المشابهة له

من شأن التداول إنتقال الحقوق الثابتة على متن السند من شخص لآخر، هذا مما يستتبع بالضرورة تمييزه عن المفاهيم أو الأنظمة الأخرى الناقلة للحقوق أو الملكية، كإحالة الحصص وحوالة الحق، وإصدار الأسهم.

1- تداول الأسهم وإحالة الحصص:

المبدأ أن التنازل عن السهم حق للمساهم لا يجوز بحال تجريده منه، لتعلق ذلك بالنظام العام، ولكن ذلك لا يمنع من وضع قيود على مباشرة هذا الحق لإعتبارات خاصة؛ وشريطة ألا تصل هذه القيود إلى المصادرة الكلية له⁽¹⁾، فكل مساهم في شركات الأموال وشركة المساهمة بصفة خاصة حرية التصرف في سهمه . بتداوله . بإرادته المنفردة دون إشتراط رضا جميع المساهمين، كما هو شأن شركات الأشخاص والتي يحظر فيها تداول الحصص كمبدأ عام مع إمكانية إحالتها برضا الشركاء وفي حالة إستثنائية معينة. على أنه إذا كان إنتقال الحق هو نقطة

¹ - محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 187.

الإشتراك بين التداول والإحالة⁽¹⁾ فإن نقاط الاختلاف تظهر في جوانب متعددة نحصرها فيما يلي:

. من حيث التنظيم:

يعتبر مبدأ تداول الأسهم مبدءا عام يسود شركات الأموال وشركة المساهمة بصفة خاصة، زد على ذلك شركة التوصية بالأسهم⁽²⁾ على إعتبار رأسمالها مقسم إلى أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية⁽³⁾ - ويسري هذا المبدأ على الشركاء الموصون دون المتضامنون-. وعملية تداول الأسهم مقررة لمصلحة المساهم حماية لحقه في التصرف في أسهمه. هذا خلافا لإحالة الحصص في شركات الأشخاص، إذ أن الإعتبار الشخصي فيها يجعل من مصلحة الشركة تغطي على مصلحة الشركاء.

الملاحظ أن عملية إحالتها لا تتم إلا بنص قانوني وعلى شرط بلوغ نصاب معين يختلف باختلاف نوع الشركة؛ ففي شركات التضامن لا مجال لتداول الحصص وذلك تحت طائلة الحظر، مع إمكانية إحالتها برضا جميع الشركاء⁽⁴⁾ وذات الحكم ينطبق على الشركاء المتضامين في شركات التوصية البسيطة⁽⁵⁾ كما أن حصة الشريك في شركة ذات المسؤولية المحدودة إذا كانت ذات طبيعة مختلطة أي هي في مركز وسط بين حصة الشريك في شركات الأشخاص وسهم في شركات الأموال على إعتبار الشريك يتحمل الخسائر في حدود ما قدمه من حصص⁽⁶⁾ ، فإنها تبقى حصص إسمية غير قابلة للتداول⁽⁷⁾ شأنها شأن شركات الأشخاص، ولكن بفارق قابلية

¹ - إذا كان المشرع يخلط في الكثير من الأحيان بين الإصطلاحين التداول والإحالة خصوصا إذا أخذنا بعين الإعتبار لنص المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري، فإن التمييز بينهما يظهر بشكل واضح في الإصطلاح الفرنسي، فيطلق على التداول بLa négociation في حين يطلق على الإحالة بLa cession.

² - المادة 715 مكرر 51 قانون تجاري.

³ - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - المادة 560 قانون تجاري.

⁵ - المادة 563 مكرر والمادة 563 مكرر 1 والمادة 563 مكرر 7 فقرة 1 قانون تجاري.

⁶ - مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1994 ص 528.

⁷ - المادة 569 قانون تجاري.

إنتقالها عن طريق الإرث وإمكانية إحالتها بكل حرية بين الأزواج والأصول والفروع⁽¹⁾ لحماية للنظام العام. هذا مع بقاء المبدأ قائما في حالة إحالتها لأشخاص أجنب عن الشركة أي قابلية الإحالة بشرط توفر النصاب القانوني وهو وجوب موافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاثة أرباع رأس مال الشركة⁽²⁾.

على هذا فإذا كان من شأن عملية التداول والإحالة نقل الحق الثابت على متن السند وهي نقطة الإشتراك بينهما، فإن وجوب نص قانوني لإمكانية نفاذ الإحالة هو نقطة التفرقة بينهما.

ب . من حيث النظام الأساسي للشركة:

يعتبر مبدأ تداول السهم الصفة الجوهرية له (أي السهم) والتي تميزه عن حصة الشريك في شركات الأشخاص، وهو ما ينطبق على شركة التوصية البسيطة إذ لا مجال لإحالة (التنازل) حصص الشركاء إلا بموافقتهم، لكن هذا لا يمنع من إمكانية اشتراط إحالتها ضمن شرط في القانون الأساسي لها، إذ على هذا الأساس يمكن إحالة حصص الشركاء الموصين بكل حرية بين الشركاء كما يمكن إحالتها إلى شخص أجنبي عن الشركة. إلا أن هذا لا يكون نافذا إلا بموافقة كل الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين الممثلين أغلبية رأس المال، وذات الحكم ينطبق على إحالة جزء من حصة شريك متضامن لشريك موص أو لشخص أجنبي عن الشركة⁽³⁾.

إذا كانت للحصص قابلية للإنتقال بطريق الإرث في شركات المسؤولية المحدودة يمكن إحالتها بكل حرية بين الأزواج والأصول والفروع، فإنه يمكن تضمين القانون الأساسي ببند يمنع دخول أحد هؤلاء إلى الشركة إلا بشرط قبوله بنصاب يحدده القانون وهو موافقة أغلبية الشركاء

¹ - المادة 570 فقرة 1 قانون تجاري.

² - المادة 571 قانون تجاري.

³ - المادة 563 مكرر 7 فقرة 2 قانون تجاري.

التي تمثل ثلاثة أرباع رأسمال الشركة على الأقل⁽¹⁾. هذا حفاظا على مبدأ عدم قابلية تداول الحصص.

أخيرا؛ فإذا كان من أثر عمليتي التداول والإحالة نقل الحق الثابت على مثن السند سواء أكان سهم أو حصة، وهذه نقطة الإشتراك بينهما، فإن نقاط الاختلاف بين العمليتين أو المفهومين تظهر من خلال أن الأول نظام إتفاقي في حين أن الإحالة نظام قانوني إذ لا وجود له إلا بنص قانوني أو ببند يتضمنه القانون الأساسي للشركة. ولا تقتصر التصرفات الناقلة للملكية على إحالة الحصص فحسب بل تمتد لتشمل حوالة الحق كذلك، وهذا ما يستتبع ضرورة تمييزها عن تداول الأسهم.

2- التداول وحوالة الحق:

الأسهم في شركات المساهمة قابلة للتداول بالطرق التجارية وهي القيد في سجلات الشركة والتسليم والتظهير بحسب ما إذا كان السهم إسميا أو لحامله أو لأمر فالتصرف في هذه الأسهم إلى إنتقالها وتداولها بسهولة مما يتفق وطبيعتها الإقتصادية بعيدا عن الإجراءات المقررة في القانون المدني لحوالة الحق. من وجوب قبول المدين لها وإعلانه بها وثبوت التاريخ لنفاذها في حق الغير.. على أنه إذا كان من شأن إنتقال الحقوق من شخص إلى آخر أن يجمع بين عمليتي التداول والحوالة، فإن وجود الإجراءات المعقدة في حوالة الحق يعتبر نقطة الفصل بينهما وهذا على التوالي:

أ. من حيث الإنعقاد:

في الحوالة يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه⁽²⁾ من دون حاجة لرضا المدين

1- المادة 571 فقرة 2 قانون تجاري.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص442.

(1)، إذ يستوي لدى المدين أن يوفي لدائن الأصلي في الإلتزام أو لمن حل محله بإعتباره مدينا بحق قابل للحجز (2) وهو ما ينطبق على التداول، إذ أن إنتقال السهم لأحد المساهمين أو لشخص أجنبي يتم من دون وجوب رضا المساهمين عليها، وهذا كنتيجة للإعتبار المالي الذي يسود شركات المساهمة. غير أنه بالرغم من ذلك، فيبقى السبب المباشر من تداول السهم هو المضاربة قصد تحقيق الربح على إعتبار السهم عملية لإستثمار الأموال، في حين أن سبب الحوالة وهو في أغلب الأحيان المديونية أو بالأحرى تخليص الدين الذي على ذمة الدائن أي المحال في حوالة الحق حيال الدائن الجديد وهو المحال له (3).

ب- من حيث النفاذ:

تتعقد الحوالة بالتراضي بين المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين، فهي بذلك عقد رضائي لا يحتاج في إنعقاده إتباع شكل معين، لكن هذا لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين وفي حق الغير وإنما لابد من إعلانه بها وقبوله لها بعقد غير قضائي مع وجود ثبوت القبول بتاريخ معين حتى تسري في حق جميع أطرافها (4). هذا بخلاف التداول حيث أن إنتقال الأسهم وتداولها يكون نافذا دون ما حاجة لرضا هؤلاء (المساهمين) حتى إن الأصل في شركات الأموال وشركة المساهمة بصفة خاصة قابلية أسهمها للتداول . حتما. هذا ما لم يقيد هذا المبدأ (إستثناء) بقيود خاصة في النظام الأساسي (5).

3- تداول الأسهم وإصدارها:

تقوم الشركة بعد تأسيسها بإصدار الأسهم التي اكتتب بها المكتتبون والمؤسسون، وبحصولهم على الأسهم يعتبرون أعضاء في الشركة، ويطلق عليهم كلمة "المساهمون وهذه الكلمة

1- المادة 239 قانون مدني.

2- المادة 240 قانون مدني.

3- يمكن أن يكون سبب الحوالة التبرع، إلا أن هذا أمر شاذ، راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص471.

4 - المادة 241 قانون مدني.

5 - المادة 715 مكرر 55 قانون تجاري.

تشمل كل من يملك أسهما مهما كان عددها سواء أكان من المؤسسين أو من المكتتبين حين الإكتتاب العام أو عند زيادة رأس المال أو من الأشخاص الذين اكتسبوا ملكية الأسهم بأي سبب مشروع كالشراء أو الهبة أو الإرث.

ومن حقوق المساهم حق حصوله على الأسهم التي إكتتب بها والتي خصصت له نتيجة الإكتتاب؛ ولهذا لا بد للشركة بعد تأسيسها أن تقوم بإصدار الأسهم وتسلمها إلى المساهمين⁽¹⁾.

وقد يستغرق طبع شهادات الأسهم وإعدادها بشكل نهائي وقتا طويلا، لهذا تقوم الشركة بإصدار وثائق مؤقتة للمساهمين أو ما يطلق عليه بالوعود بالأسهم لحين إصدار الشهادات النهائية أي "الأسهم".

ومهما يكن فإن عملية إصدار الأسهم تعتبر حقا للمساهم للحصول على الأسهم وتداولها إلا أن هذه الأخيرة تبقى تختلف عنها في عدة جوانب:

أ- من حيث الغاية:

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، إذ تتمتع بالقدرة على تجميع رؤوس الأموال الضخمة لما تتميز به من خصائص أهمها سهولة تحديد قيمة الأسهم، بحيث يكون في متناول صغار المدخرين⁽²⁾ مما يجعلهم يقدمون على الإكتتاب بأسهمها. بتقديم حصص نقدية وعينية يتأسس من خلالها رأس مال الشركة. هذا مقابل حصولهم على أسهم بمجرد إصدارها أي من خلال عملية إصدار الأسهم، لذا فإن الغاية من عرض الأسهم للإكتتاب هي لتغطية رأس مال الشركة لإستثماره حسب غاياتها والتي تختلف بحسب موضوع كل شركة وهو ما يفسر السبب والغاية من وجود عملية إصدار الأسهم بإعتبارها أساس تأسيس وتجميع رأس مال الشركة هذا بخلاف تداول السهم في جانب كونه حقا للمساهم لا يجوز حرمانه منه لأنه يتعلق بالنظام العام ويفقد الشركة شكلها كشركة مساهمة، فإن غايته تتماشى ومصصلحة الشركة ذلك

¹ - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الرابع، دار مكتبة التريبة، بيروت، لبنان، 1997، ص 135.

² - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 142.

بتعزيز إنتمائها وإزدهارها⁽¹⁾ مادام التنازل عن السهم يرتب حلول مساهم محل الآخر دون أن يسترد هذا الأخير القدر الذي ساهم به في تكوين رأس مال الشركة مما يستتبع بقاء رأس مالها لضمان حقوق الدائنين.

ب- من حيث الصلاحية:

إذا كان الحق سلطة مباشرة للشخص على شيء معين، فإن الواجب مقابل لهذا الحق وهما بذلك يشكلان عملة واحدة على حد تعبير (عبد الرزاق السنهوري)⁽²⁾ وهذا ما يجمع بين العملتين. التداول وإصدار الأسهم. إذ يعتبر التداول حقا للمساهم لا يجوز حرمانه منه هذا تحت طائلة البطلان، في حين تعتبر عملية إصدار الأسهم واجبا أو إلتزاما على الشركة. فهو مقابل للحصص النقدية والعينية التي إلتزم بتقديمها للمساهم والتي تشكل حقا له.

غير أن هذا لا يمنع وجود نقطة الإختلاف بين العمليتين، والتي تظهر من خلال تحديد أصحاب الصلاحية. فصلاحية تداول الأسهم مقصورة على صاحب السهم كنتيجة لما يخوله سهمه من صلاحية التنازل عنه بكل حرية، في حين تبقى عملية إصدار الأسهم قاصرة على الشركة بإعتبارها ملتزمة بأداء مقابل إلتزام المساهم بالمساهمة في تكوين رأس مال الشركة.

الفرع الثاني: إجراءات تداول الأسهم

إن تداول الحقوق التي يمثلها السهم يتوقف على شكل تحريره والذي يأخذ في العمل أحد الأشكال الثلاثة، فهو إما أن يصدر إسميا أو لحامله أو لأمر في حالات نادرة.

فإذا صدر السهم إسميا، أي بإسم شخص معين، فإن تداوله يتم عن طريق قيده في السجلات التي تعد لهذا الغرض في مركز الشركة ويصطلح عن هذه العملية بالتحويل.

أما إذا صدر السهم لأمر، أي لأمر شخص معين، فإن تداوله يتم عن طريق التظهير، أي

¹ - جلال وفا محمدين، المرجع السابق، ص10.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص444.

بكتابة على ظهر السند تفيد التصرف فيه إلى المظهر إليه ولكن ينذر عملا أن تصدر الشركات أسهما لأمر⁽¹⁾.

أما إذا صدر السهم لحامله، ويكون كذلك عندما لا يصدر بإسم أو لأمر شخص معين وإنما يتضمن عبارة لحامله، فإن تداوله يتم بالمناولة من يد إلى أخرى، إذ يعتبر بمثابة منقول تنطبق عليه قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية ويصطلح عن هذه الطريقة بالتسليم.

و إلى جانب هاتين الطريقتين المتبعتين عمليا توجد طريقة حديثة آلية تتبع في تداول أسهم شركات المساهمة حيث يسهل بها تداول الأسهم سواء أكانت إسمية لحامله من حساب لآخر، ويصطلح عنها بطريقة التسجيل في الحساب الجاري، وكلها طرق تساهم في تداول أسهم المساهمين في شركات المساهمة.

على أن حرية المساهم في نقل أسهمه وسهولة إجراءات النقل في شركات المساهمة، وإن كانت من أهم الخصائص التي يتميز بها السهم عن الحصة في شركات الأشخاص، إلا أن هذا الإنتقال لا يتم بحرية مطلقة وإنما قد تطرأ إلى جانب طرق تداوله، أحكاما خاصة تنظمه في حالات معينة كرهن أوضاع السهم وهي كذلك تختلف باختلاف شكل صدور السهم من سهم إسمي، لحامله أو لأمر⁽²⁾.

أولا: طرق تداول الأسهم

تنحصر طرق تداول الأسهم في طرق متبعة في تداولها وطريقة حديثة لتداولها؛ نتطرق إليها كالتالي:

¹ - نادية فوضيل، المرجع السابق، ص198.

² - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص148.

1- الطرق المتبعة في تداول الأسهم :

تعد قابلية الأسهم للتداول بالطرق التجارية من أهم وأبرز خصائص شركة المساهمة، فعادة ما يكون عدد المساهمين كبيرا، وكثيرا ما تكون شخصياتهم مجهولة، في هذه الحالة فإن مصلحة الشركة تبدوا في إمكانية تداول الأسهم حتى يقبل الناس على شرائها وفي ذلك تعريزا لإئتمان الشركة وإزدهارها⁽¹⁾، هذا الأخير تدعمه وسائل تجارية متبعة تسهل عملية تداول وانتقال الأسهم كالتسليم في حالة السهم لحامله والتحويل في حالة السهم الإسمي. وهذا على التوالي:

أ-التداول بطريق التسليم :

تسمح هذه العملية بتداول الأسهم التي لا تصدر بإسم شخص معين، إنما تصدر لحاملها فيعتبر حامل السهم مالكا لها وتنتقل ملكية هذه الأسهم بمجرد التسليم⁽²⁾. إذ يتضمن رقما مسلسلا لتمييزه عن بقية الأسهم فالحق الثابت في السهم يندمج في الصك نفسه فتصبح حيازته دليلا على الملكية، ولهذا السبب يعتبر السهم لحامله من قبيل المنقولات المادية التي يسري في شأنها قاعدة: "الحيازة في المنقول سند الملكية متى كان الحائز حسن النية" على هذا فإن لهذه الطريقة إيجابيات مادام أنها تسهل عملية نقل القيم المنقولة الثابتة على متن السهم بصفة سريعة، بحيث تكتفي فيها الحيازة بحسن النية لمواجهة الشركة والغير ما دام أنها تتوافر على عنصر الرضا⁽³⁾، غير أنها تشكل في ذات الوقت تهديدا أو خطرا بسبب السرقة لأن قرينة الحيازة . أي حيازة السهم لحاصله . بإعتباره منقولا قد تنتفي فيه قرينة الرضا وحسن النية مما يحول دون إمكانية الإحتجاج بهذا السهم في هذه الحالة قبل الشركة والغير. لهذا وجدت طريقة أخرى لتداول الأسهم وهي طريقة التحويل ..

¹ - محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص294.

² - المادة 715 مكرر 38 فقرة 1 قانون تجاري.

³ - جلال وفا محمدين، المرجع السابق، ص55.

ب . طريقة التحويل :

تسمح هذه العملية بتداول الأسهم التي تصدر باسم شخص معين - أي الأسهم الإسمية - والتي تثبت ملكيتها بغير اسم المساهم في دفاتر الشركة¹ وعند تداولها فإن ملكيتها تنتقل بإصدار سند جديد يحمل اسم المحال إليه وتسجيله في سجل التحويلات، وهو ما أقرته المادة 715 مكرر 38 من القانون التجاري بنصها: "ويحول السند الإسمي إزاء الغير وإزاء الشخص المعنوي المصدر عن طريق نقله في السجلات التي تمسكها الشركة لهذا الغرض، وتحدد الشروط التي تمسك وفقها هذه السجلات عن طريق التنظيم". وقد نظم فعلا المشرع كيفية تداول الأسهم الإسمية عن طريق إمساك الشركة في مقرها سجلات أو دفاتر تعدها لهذا الغرض وهذا في المرسوم التنفيذي رقم 95 . 438 المؤرخ في أول شعبان عام 1416 الموافق 23 ديسمبر 1995، والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلق بشركات المساهمة والتجمعات. هذا في الفصل الخامس المعنون القيم المنقولة الصادرة عن شركات المساهمة وفي القسم الأول منه والمعنون بشروط مسك السجلات في المادة 15 منه بنصها:

"أية شركة تصدر سجلات السندات الإسمية المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 38 من القانون التجاري هي نفسها التي تعد هذه السجلات يمكن تكوينها حسب الترتيب الزمني لتاريخ إعدادها بجمع أوراق متشابهة تستعمل في وجه واحد. وتخصص كل ورقة منها لصاحب سند واحد بسبب ملكيته أو لعدة مالكين بسبب ملكيتهم المشتركة أو ملكيتهم الرقبة أو حقهم في الإنتفاع بالسندات المذكورة. وعلاوة على ذلك، يمكن مسك بطاقات تتضمن حسب الترتيب الأبجدي أسماء أصحاب السندات وعناوينهم والعدد والصنف وأرقام سندات كل مالك من ملاكها عند الإقتضاء ولا يمكن أن تشكل بيانات هذه البطاقات دليلا يناقض البيانات التي تتضمنها السجلات".

إذن، فالشركة التي تصدر أسهما عليها إمساك سجلات حسب الترتيب الزمني وتستعمل أوراق هذه السجلات على وجه واحد أي Recto وتخصص كل ورقة لمساهم واحد

¹ -Dominique Legeais, op.cit, P213.

أو لعدة مساهمين يشتركون في ملكية الرقبة أو يشتركون في حق الإنتفاع وفضلا عن ذلك تستطيع الشركة أن تمسك بطاقات حسب الترتيب الأجنبي للمساهمين مع ذكر جميع البيانات المتعلقة بهم، أما البيانات التي تتضمنها هذه البطاقات فيجب أن تكون مطابقة لتلك التي تتضمنها السجلات. لقد تعرضت المادة 16 من المرسوم التنفيذي المذكور للبيانات التي يجب أن تتضمنها السجلات فأوردتها كالتالي:

"تتضمن السجلات المذكورة في المادة السابعة البيانات المتعلقة بعمليات تحويل السندات وتغييرها لاسيما ما يأتي:

1- تاريخ العملية.

2- إسم صاحب السندات القديم والجديد ولقبه وموطنه في حالة التحويل.

3- أسماء أصحاب السندات وألقابهم ومواطنهم في حالة تحويل السندات إلى حاملها في شكل سندات إسمية .

4- القيمة الإسمية وعدد السندات المحمولة أو المغيرة.

5- إذا أصدرت الشركة أسهما من أصناف مختلفة أو إذا لم يمسك سوى سجل واحد من الأسهم الإسمية، تتضمن تلك السجلات صنف الأسهم المحولة أو المغيرة وخصائصها عند الإقتضاء.

6- تخصيص رقم ترتيبي للعملية. وفي حالة التحويل يمكن تعويض إسم صاحب السندات القديم برقم ترتيبي يسمح بإيجاد الإسم في السجلات".

وهذا النوع من طرق التداول يمتاز بمزايا تتلخص في أنه يضمن للمساهم تأمينه من خطر ضياع السهم أو سرقة حيث يظل حقه مثبتا في دفاتر الشركة كما يسمح للمسيرين من مراقبة تداول الأسهم حتى يتمكنوا من تطبيق شرط المرافقة خصوصا إذا إشتراط في القانون الأساسي

الشكل الإسمي⁽¹⁾. لقد طرح تساؤل فقهي بخصوص هذه الطريقة، والذي كان يدور حول ما يلي:

كيف يمكن أن ينتقل الحق من محيل إلى محال إليه دون أن يكون هناك عقد بينهما؟.

لقد تضاربت الآراء الفقهية بهذا الشأن؛ فمنهم من إعتبره إشتراط لمصلحة الغير، في حين فسره آخرون على أنه عبارة عن تفويض، أما ما ذهب إليه الفقيه " Ripert " فالنسبة إليه هذا الحق لا ينتقل ولا يحول ولكن يستند في ذلك إلى سند جديد له نفس الحق كما للسند القديم والمحال إليه لا يمسك هذا الحق من المحيل، وإنما من خلق السند لصالحه، إذ يستمد حقه من هذا السند الجديد وهذا الأخير يمنحه الحق كما هو الحال بالنسبة للسند القديم⁽²⁾.

لما كانت الطرق التجارية المتبعة . التسليم والتحويل . في تداول الأسهم طرقا تنفرد بشكل معين من الأسهم، فإن عالم التجارة بما يتطلبه من السرعة في المعاملات والسهولة في إجراءات تداول الأسهم صار يتطلب توافر وسيلة حديثة تسائر هذه الميزة وتسري على كل الأسهم بإختلاف أشكال صدورها، هذه الأخيرة إصطلح عنها بطريقة التسجيل في الحساب الجاري.

2- الطريقة الحديثة في تداول الأسهم:

(طريقة التسجيل في الحساب الجاري)

تنقسم حصص الشركاء في شركات المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة، هذه الأسهم تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية، فإلى جانب طرق التداول المتبعة في معظم التشريعات -

¹ - المادة 715 مكرر 34 فقرة 2 قانون تجاري.

² - George Ripert et René Roblot, op.cit, P27.

التسليم والتحويل - قد أجاز المشرع⁽¹⁾ طريقة مستحدثة تستعمل كوسيلة في التداول والنقل الآلي للأسهم من حساب لآخر والتي يصطلح عنها بطريقة التسجيل في الحساب الجاري⁽²⁾.

فما المقصود بطريقة التسجيل في الحساب الجاري؟ وما هي إجراءات التداول بطريقة التسجيل في الحساب الجاري؟

1- المقصود بطريقة التسجيل في الحساب الجاري:

الحساب الجاري هو عقد بمقتضاه يلتزم شخصان بتحويل الحقوق والديون الناشئة عن العمليات الأصلية التي تتم بينها إلى قيود في الحساب تتقاضى فيما بينها بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده ديناً مستحقاً الأداء⁽³⁾. وللحساب الجاري مزايا عديدة، فهو يسمح بالإقتصاد في إستعمال النقود، إذ لا محل فيه للوفاء قبل إقفال الحساب. وهو أداة للإئتمان والضمان بفضل المقاصة الإجمالية عند قفل الحساب وما تؤدي إليه من إعفاء كل طرف من الوفاء بديونه في الحدود التي يكون دائناً فيها، فيدراً بذلك خطر إفلاس الطرف الآخر⁽⁴⁾.

2- إجراءات التداول بطريق التسجيل في الحساب الجاري:

عقد الحساب الجاري عقد تابع، بمعنى أنه يفترض وجود عمليات أصلية متتابعة بين طرفيه لا تستوي كل عملية منها على حدى بل تستوي جميعها دفعة واحدة بطريق المقاصة على ذلك فإن محل هذه العمليات الأصلية يمكن أن تكون أسهما بحيث يختلف تداولها بهذه الطريقة باختلاف شكل صدورها إما إسمياً أو لحامله. فإذا صدر السهم لحامله ففي هذه الحالة تسجل

¹ - المرسوم التشريعي رقم 93 - 08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري القسم الحادي عشر المعنون بالقيم المنقولة المصدرة من شركات المساهمة.

² - لعل أن غاية المشرع في إيجاد موضوع التداول بطريق التسجيل في الحساب الجاري هو تسهيل نقلها والتصرف فيها، كما أن القصد من وراء ذلك هو تجنب المخاطر المترتبة عن تداول الأسهم بالطرق المتبعة وما يترتب عنها من إمكانية ضياع وهلاك السهم.

³ - محفوظ لعشب، القانون المصرفي، النظرية العامة للقانون المصرفي الجزائري، العقود والمسؤولية المصرفية، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص 61.

⁴ - خالد امين عبد الله، إسماعيل إبراهيم الطراد، إدارة العمليات المصرفية، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 125.

الفصل الأول: الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره شريكا ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة

في حسابات ممسوكة من قبل وكيل معتمد والذي يقوم بتسيير ونقل هذه الحسابات بإسم وحساب هذا الشخص صاحب السهم.

وعندما يتعلق الأمر بحسابات إسمية فطريقة تسييرها وتداولها تكمن في تقييد هذه الحسابات فهنا تمسكها الشركة بدلا عن الوكيل المعتمد وهذه الشركة تلجأ إلى الوكيل المعتمد على مستوى أجهزة الإدارة، وهو يتولى نقل وتسيير هذه الأسهم⁽¹⁾.

إذا كانت طرق التداول تكمن في التحويل والتسليم إلى جانب وسيلة التحويل في الحساب الجاري قصد نقل ملكية السهم من مساهم لآخر وذلك من حساب لآخر. فإن نقل أو تداول الأسهم في الشركات العمومية لا يتم عمليا إلا بإتباع التداول المعمول به في البورصة أي عن طريق نقل أو بيع الأسهم في السوق المالية ومن الأمثلة التطبيقية لذلك:

تداول الأسهم من قبل أهم المؤسسات الإقتصادية العامة في الجزائر⁽²⁾

تداول الأسهم في البورصة			
الرياض سطيف	صيدال	الأوراسي	
98- 11- 02	99 -02 - 15	99 -06 -15	تاريخ فتح الإكتتاب
4.000.000	10.000.000	6.000.000	العدد الإجمالي للأسهم
1.000.000	2.000.000	1.200.000	عدد الأسهم المتداولة في البورصة

¹ - المادة 715 مكرر 37 فقرة 2 قانون تجاري.

² - Nacer-Eddine Sadi, La privatisation des Entreprises Publiques en Algerie, Office des publications universitaires, Alger, 2005, P189.

ثانيا: الأحكام الخاصة بتداول الأسهم

تمثل الأسهم جزءا من ذمة المساهمة المالية، لهذا فإن المساهم كثيرا ما يلجأ إلى تقرير رهون عليها، أو يمكن أن تكون محلا للحجز كإجراء تحفظي أو تتعرض للسرقة أو الضياع، وعلى الأخص أن حيازة الأسهم لحاملها في ذاتها تكون دليلا كافيا على الملكية، وأن التداول يتم بمجرد المناولة اليدوية بل أحيانا يستغل بعض المساهمين ميزة التداول للإفلات من سداد أقساطها المتأخرة⁽¹⁾.

وأمام جميع هذه الإعتبارات نبحت الأحكام الخاصة بتداول الأسهم على النحو التالي:

1- تداول الأسهم المرهونة والمحجوزة.

2- تداول الأسهم المسروقة والضائعة.

1- تداول الأسهم المرهونة والمحجوزة:

لم تعد ظاهرة رهن الأسهم من التصرفات النادرة بل إنتشرت على نطاق واسع، ولعل السبب في ذلك أن قيمة الأسهم وما تحققه من عائد يدخل ضمن عناصر الذمة المالية للمساهم. ويمكنه تقديمها كضمان لدين عليه، وأن شركات المساهمة تعتبر من الضمانات المؤكدة التي تشجع الدائن المرتهن على التعامل برهن الأسهم⁽²⁾.

كذلك يعتبر الحجز على الأسهم ضمانا أخرى لتحصيل الدين، وتمكين الدائن من الحصول على حقوقه، فالحجز يستهدف منع المدين من التعدي على الأموال المحجوزة حتى يتم سداد الدين. كيف يمكن تداول الأسهم في حالة رهنها أو حجزها؟.

¹ - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 324.

² - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 353.

أ- تداول الأسهم المرهونة :

يشمل رهن المال المنقول كل من المنقولات المادية والمعنوية ويجوز أن تكون هذه الأموال المنقولة أسهما إسمية أو لأمر أو لحامله، وتخضع علاقة المساهم الراهن بالدائن للقواعد العامة، في حالة عدم وجود نص خاص بالتشريعات والأعراف التجارية، وخلو إتفاق الطرفين من شرط تنظيم ذلك. كما يجب أن يراعى أن الأسهم المرهونة هي جزء من الذمة المالية للشركة، وأن إنتقالها مشروط بالأ يتعارض مع مصلحة الشركة. ومن ثم يكون لشروط النظام الأساسي دور كبير في تنظيم العلاقة بين الدائن والمدين وممارسة بعض الحقوق التي تتصل بخاصية تداول الأسهم وصفة المساهم كشريك، فمثلا التنفيذ على الأسهم والتنازل عنها لصالح الدائن، يخضع أحيانا للحصول على موافقات سلطات الشركة على شخصه واختياره كمساهم حتى لا يكون من منافسي الشركة أوالساعين إلى هدمها⁽¹⁾.

وأن الأسهم محل الرهن أحيانا تكون ذات أهمية في حسن إدارة الشركة أو حمايتها ضد المضاربات المعرضة مما يتحتم عند التنفيذ عليها أو ممارسة بعض الحقوق مراعاة الحكمة منها، أو التقيد بأجال معينة أو مراعاة أولوية حقوق الشركة والشركاء. لهذا لابد من تنظيم العلاقة بين المساهم الراهن والدائن المرتهن بتحديد حقوق وإلتزامات الطرفين وفق مايلي:

بالنسبة للمدين الراهن "المساهم" يشترط أن يكون أهلا للتصرف، ولا يكفي أن يكون أهلا للإدارة، ويجب أن يكون مالكا للأسهم محل الرهن، ويجوز أن يكون هو ذات المدين، أوأن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين، وإذا كان الراهن غير مالك للأسهم، فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي أما إذا لم يصدر هذا القرار فإن حق الرهن لا يترتب على الأسهم إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا الشيء مملوكا للراهن.

و يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه وليس له أن يأتي عملا يحول دون إستعمال المرتهن لحقوقه المستمدة من الرهن⁽²⁾، فلا يجوز له أن يتوصل إلى تعطيل التنفيذ على الأسهم عند

1- عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص269.

2- المادة 953 من القانون المدني.

تخلفه عن الوفاء من خلال قيد الحصول على موافقة الشركة على المتنازل إليه الدائن المرتهن⁽¹⁾، ومن المسلم أنه إذا وافقت الشركة على الرهن ابتداءً، فإن هذه الموافقة تعني قبول المتنازل إليه في حالة التنفيذ بالبيع الجبري للأسهم المرهونة طبقاً لأحكام المادة 981 من القانون المدني، إلا إذا فضلت الشركة بعد الإحالة إسترجاع الأسهم بالشراء من دون تأخير قصد خفض رأس مالها⁽²⁾. كما لا يجوز له ان يتنقل الأسهم المرهونة برهن آخر يكون نافذاً في مواجهة المرتهن الأول حيث لا مانع قانوناً أن تكون الأسهم محل الرهن ضامنة لعدة ديون، كذلك يضمن الراهن تلف الأسهم المرهونة إذا كان ذلك راجعاً لخطئه أو لقوة قاهرة⁽³⁾. ويظل المدين طوال فترة الرهن شريكاً يتمتع بالمزايا المادية والسياسية اللصيقة بهذه الصفة، ويظل مالكا للأسهم المرهونة ويستطيع التنازل عنها إلا أنه لا ينفذ في مواجهة الدائن⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للدائن المرتهن، يجب ان تستمر الأسهم المرهونة في حيازة الدائن ولا يحق للمساهم الراهن تداولها طوال مدة الرهن، وعلى الدائن أن يمتنع عن تسليمها لأي شخص آخر حتى يستوفي دينه كاملاً من أصل وفوائد وإذا بقي شيء من ذلك ولو قليلاً بقي له الحق في الحبس، فيكون من حق المرتهن عندئذ أن يرفض الرد وإذا رجعت تلك الأسهم على حيازة المساهم الراهن يستفاد من ذلك إنقضاء الرهن حيث يعتبر رجوع الحيازة بمثابة قرينة قانونية على إستيفاء المرتهن لحقوقه.

وبالرغم أن الأسهم على إختلاف أنواعها تقع تحت مظلة الأموال المنقولة فإنها تخضع لأحكام مختلفة في الرهن تبعاً للشكل الذي تتخذه هذه الأسهم، فإذا كانت الأسهم محل الرهن لحامله، فإنها تخضع للأحكام التي تسري على رهن المنقولات المادية في حين تخضع الأسهم الإسمية ولأمر لأحكام رهن المنقولات المعنوية. بمعنى آخر يكون رهن الأسهم الإسمية بمقتضى تنازل كتابي يذكر فيه بما يفيد أن القيمة للضمان أو الرهن وليست على سبيل التمليك، ويقيد في

1- محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 257.

2- المادة 715 مكرر 58 من القانون التجاري.

3- المادة 954 من القانون المدني.

4- محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 627.

سجل الشركة المصدرة ويؤشر بذلك على الأسهم محل الرهن وتحدد مرتبة الدائن إعتبارا من ذلك القيد، وبذلك فإن تداول هذا السهم يكون على سبيل الضمان دون التمليك⁽¹⁾. والتأشير بذلك على الأسهم فضلا عن ضرورة حيازة الدائن المرتهن لهذه الأسهم إعمالا للقواعد العامة في حيازة المنقول.

أما رهن الأسهم لأمر، فإنه يتم عن طريق التظهير التأميني بحيث يذكر فيه إسم المظهر إليه مقرونا بشرط لأمر وتاريخ التظهير وتوقيع المظهر، كما يذكر على ظهر السهم ما يفيد أن القيمة للضمان أو للرهن لهذا فإن تداوله يكون على سبيل الضمان، ويجوز أيضا رهن الأسهم لحاملها حيث يندمج الحق في الصك الثابت فيه لهذا فإن الحق ينتقل للمرتهن بالتسليم.

وعليه، فما دام أن تداول الأسهم المرهونة يختلف بحسب شكل صدورها، فما حكم تداول السهم المحجوز عليها؟.

ب- تداول الأسهم المحجوز عليها :

تختلف إجراءات تداول الأسهم المحجوزة بإختلاف شكل صدورها، فبالنسبة للأسهم لحاملها وما في حكمها فإنه يجوز حجزها بالأوضاع المقررة لحجز المنقول المادي لدى المدين ومرد ذلك أن السهم لحامله يعتبر منقولا يندمج فيه الحق الذي يمثله، وينتقل الحق من يد إلى يد بإنتقال السند أي بطريق التسليم لذلك لا تتحقق الحكمة من الحجز إلا بحجز السند نفسه حتى لا يستطيع المدين التصرف فيه والمخاطرة بجرمان الدائن من إقتضاء دينه فلا يصح إيقاع الحجز لدى الشركة إنطلاقا من رقم السهم مثلا، لأن المدين قد يستغل عدم إمكانية تعرف الشركة على السهم لحامله في أي يد يكون ويعمد إلى التنازل عنه للغير الذي يصبح مالكا له في الحال وبمجرد المناولة اليدوية وبالتالي إذا تم تنفيذ الحجز فإنه يرد على مال الغير لا علاقة له بالدين.

¹ - المادة 31 فقرة 3 من القانون التجاري.

أما بالنسبة للأسهم الإسمية فإنها تخضع إلى القواعد المقررة لحجزها للمدين لدى الغير⁽¹⁾ بعبارة أخرى يجب إيقاع الحجز لدى الشركة المصدرة أحتذا في الحسبان أن التصرف في هذه الأسهم بتداولها لا يرتب أثره إلا بعد إثباته بسجلات الشركة، فضلا عن أنه يمكن للدائن منع المدين من إقتضاء نصيبه من الربح.

لقد ثار النقاش حول إمكانية الحجز على أسهم الضمان، وهي الأسهم التي أودعها عضو مجلس الإدارة ضمانا لحسن إدارته خلال مدة عضويته في مجلس الإدارة. وقد إستقر الفقه والقضاء في فرنسا على القول بجواز الحجز على مثل هذه الأسهم، لأن الحجز لا يعرقل قيام المدير بأداء أعماله. ولا يبيع هذه الأسهم بالمزاد العلني سوف يلحق ضررا بالشركة وهي تستطيع أن تجبر عضو مجلس الإدارة الذي حجزت أسهمه بأن يقدم أسهم ضمان جديدة أو يتخلى عن عمله كمدير للشركة أو عضو في مجلس إدارته.

أما بالنسبة للأسهم العينية التي تمنح للمؤسسين لقاء ما قدموه من مقدمات لشركة، فقد إستقر القضاء في فرنسا على جواز الحجز عليها وإن كان تداولها ممنوعا إلا بعد فترة زمنية محددة⁽²⁾. لكن الفقه الفرنسي ذهب إلى أنه لا يتم بيع هذه الأسهم إلا بعد إنقضاء الفترة التي يحضرها القانون فيها تداولها⁽³⁾.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حجز أسهم الضمان أو حجز الأسهم العينية خلال فترة منع تداولها. ولكن نجد أن ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا يمكن الأخذ به في القانون التجاري ما دام أنه لا يتعارض معه.

وإذا كان الغرض من الحجز منع المدين من التعدي على الأموال المحجوز عليها، سواء بالإتيان بأعمال مادية كالإتلاف أو بإجراء تصرفات قانونية كالبيع أو الهبة، إلا أن ذلك لا يفقد المدين ملكيته لأمواله المحجوز عليها، بل يضل المساهم بعد الحجز صاحب الحقوق التي

1- المادة 355 من قانون رقم 08. 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص173.

3- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص177.

تحولها الأسهم في مواجهة الشركة، لذلك يستطيع المساهم المدين ممارسة حق التصويت على الرأي الراجح رغم إنعدام النص وكذلك الأمر بالنسبة لحق الأفضلية في الإكتتاب بالأسهم الجديدة التي تصدرها الشركة عند زيادة رأس مالها لأنها لا تأثر على مصلحة الدائن، بل يرى بعض الفقه أن الدائن يستطيع الإستعانة بها في حالة عدم تغطية الإصدارات السابقة لسداد ديونه⁽¹⁾، وكذا الحق في حضور الإجتماعات الخاصة بالشركة وحق الرقابة على أعمالها وسائر الحقوق المنفردة عن عضويته كشريك في الشركة. كما أن جميع قراراتها تسري على المساهم الذي تم حجز اسهمه.

ولما كان المال المنقول "الأسهم" المملوك للمدين يوجد في حيازة الغير "الشركة" فإن القانون إستوجب أن يكون لدى الدائن سند تنفيذي يلزم بالحجز لأن الشركة لا تأبه إلى طلبه في غياب السند بل قد يحدث تواطؤ مع المدين إضرارا بالدائن، هذا ويطرأ على حجز الأسهم تحت يد الشركة حجز الأرباح والفوائد وما إستحق منها وما يستحق إلى يوم البيع⁽²⁾.

بعد التعرض لحكم تداول الأسهم المرهونة والمحجوز عليها، يبقى حكم تداول الأسهم المسروقة والضائعة يطرح الإشكال بهذا الشأن وهو ما سنبينه في النقطة التالية:

2- تداول الأسهم المسروقة والضائعة :

تختلف الخطورة التي يتعرض لها المساهم إذا ضاعت صكوكه أو سرت حسبما إذا كان السهم إسميا أو لحامله، فإذا كان السهم إسميا فإن حق ملكية المساهم يحضى بضمانات فعالة فهو لا تثبت ملكيته إلا بقيد في سجل الشركة، على عكس الحال في السهم لحامله فلا يشير إلى مالكه وتكفي حيازته لإثبات ملكيته ومن ثم يكون المساهم أمام خطر حقيقي إذ فقد سنده⁽³⁾، وبسبب هذا الفارق في المركز القانوني لكل منهما تتباين الحلول لمواجهة حوادث الضياع

¹ - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 671.

² - لقد نازع بعض الفقه في صحة الحجز على الأسهم تحت يد الشركة إستنادا إلى أنه ليس للمساهم صفة الدائن للشركة، وإنما هو مجرد مساهم في ملكية على الشيوخ، وبالتالي تكون الشركة من الغيرالمدين للمساهم، للمزيد، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 369.

³ - عمورة عمار، المرجع السابق، ص 272.

والسرقة تبعا لما إذا كان السهم إسميا أو لحامله خصوصا إذا أخذنا بعين الإعتبار لحالة تداول هذه الأسهم.

على هذا فستتطرق لحكم تداول الأسهم المسروقة والضائعة والذي يتحدد بإختلاف شكل صدورهما؛ في النقطتين التاليتين:

أ- تداول الأسهم الإسمية المسروقة والضائعة:

إذا كان السهم إسميا فإنه ليس هناك خطورة على المساهم من واقعة السرقة أو الضياع في حالة تداوله، لأن إسم المساهم مقيد في دفاتر الشركة وإثبات إنتقال الحيازة يتم بإدراج ذلك في سجل ملكية الأسهم المعد لهذا الغرض. ومن ثم فإن زوال حيازة المالك على السهم لا تأثير لها على المالك الحقيقي.

ولا يجوز لشركة أن تدفع مبالغ الأرباح والفوائد المتعلقة بالسهم أو قيمته في حالتي الإستهلاك والتصفية إلا لآخر مالك مقيد في سجلاتها، ولعل إنعدام الخطر الذي يتعرض له المالك نتيجة لحوادث السرقة أو الضياع كان أحد أسباب إنتشار التعامل بهذا النوع من السهم على نطاق واسع، ومع ذلك تفضل هناك مصلحة ممالك السهم الإسمي أن يبادر بإخطار الشركة عن واقعة الضياع أو السرقة حتى تمتنع عن دفع المبالغ المستحقة للأسهم المسروقة أو الضائعة كإجراء إحتياطي فقد تقوم الشركة أحيانا بدفع المبالغ المستحقة لمقدم السهم عند ميعاد الإستحقاق دون أن تثبت من شخصيته وفقا لما هو وارد في بيانات إسمه في سجلاتها⁽¹⁾.

1- ويجدر القول إلى أنه إذا تقدم حائز السهم المسروق أو الضائع للشركة لقبض المبالغ المستحقة للسهم، وجب عليها أن تمتنع عن الدفع، ولا تثريب عليها في ذلك ولو كان حسن النية ما دام لم يرد إسمه كأخر مالك للسهم مقيدا في سجلاتها. ولا تسأل الشركة أيضا بشأن مطالبة الحائز لإثبات شخصيته وصحة حيازته، فإن عجز عن ذلك يحق للشركة أن تسترد منه الصك، ويعاد للمالك الحقيقي الذي لا يزال مقيدا إسمه في سجل الشركة.

- تداول الأسهم لحاملها المسروقة والضائعة:

يتعرض مالك السهم لحامله إلى خطر ضياع حقوقه كالحق في تداولها، إذا ضاع أو سرق منه صكه لأن هذا النوع من الصكوك لا تتوافر فيه الضمانات الكافية الواردة بشأن إنتقال ملكية السهم الإسمي، فهو لا يشير إلى مالكة، وتنتقل ملكيته بمجرد التسليم من يد إلى أخرى وبغير تدخل من الشركة ويندمج الحق في الصك ذاته وبهذا يعتبر الحق بمثابة منقول مادي تنطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن ثم يشهد الصك على نفسه بأن الحائز له هو صاحبه وأن حيازة الصك قرينة على الملكية تعفي الحامل من تقديم أي دليل آخر، فالخطر يكمن أساسا في أن من يفقد الحيازة يفقد معها الملكية وأن تلتزم الشركة بالوفاء لحائز الصك بغير بحث في مصدر ملكيته لأن قرينة الملكية قائمة من جانبه وإذا قامت الشركة بالوفاء للحائز كان الوفاء صحيحا ومبرئا لدمتها، يستتبع ذلك أن حائز السهم يكتسب كل الضمانات والحقوق التي يمنحها السهم لحائزه بإعتباره مالكا ومن بين هذه الحقوق حق تداوله وهذا بخلاف الحال بالنسبة للمالك الحقيقي والذي يفقد هذه الضمانات متى تمت حيازة هذا السهم.

وأمام هذا الوضع فقد أجاز المشرع الجزائري نظام إدارة السندات المالية وغلبه على النظام القانوني المتبع بشأن المنقولات المادية وبالتالي أصبحت حقوق صاحب السهم تترتب على قيد في الحساب ولم يعد للأوراق المالية سند مادي تتجسد فيه، وإنما يرد الحق على القيمة وصار نظام إنتقال ملكية السهم لحامله ينتقل بالقيد من حساب لآخر وليس بالمناوبة اليدوية ومن ثم نجد أن نظام الأوراق المالية المفقودة أو المسروقة لم يعد قابلا للتطبيق.

أخيرا، يعتبر تداول الأسهم خاصة لصيقة بشركة المساهمة، إذ أنها تختلف عن شركات الأشخاص في عدم الإعتداد بالإعتبار الشخصي للشركاء، وبالتالي فإن تداول الأسهم لا يؤثر على بقاء شركة المساهمة، بل على العكس فهو يدل على إزدهارها ورواج مشروعها⁽¹⁾.

وتكون الأسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية إما بالطرق المتبعة في تداولها، ويكون ذلك بقيدها في دفاتر وسجلات الشركة بما يفيد إنتقال السهم من المتنازل بطريق التحويل، أو

¹ - محمد فريد العريني وهاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، المرجع السابق، ص 181.

بطريق التسليم بشأن الأسهم لحاملها، وإما الطريقة المستحدثة في تداول الأسهم وهي طريقة التسجيل في الحساب الجاري.

وإذا ترتب رهنا أو حجزاً على السهم فلا يؤثر ذلك على تداوله، فهذه العملية ممكنة ويسهل تحقيقها بتطبيق الأحكام الخاصة بهذين النظامين. كما أن ضياع أو سرقة الأسهم الإسمية لا يعرقل تداولها كونها مقيدة في سجل الشركة؛ ولم يعد يطرح الإشكال بشأن الأسهم لحاملها المسروقة والضائعة ما دام أنها صارت خاضعة لنظام إدارة السندات المالية ففكرة المناولة اليدوية زالت نهائياً بحلول القيد في الحساب والذي ينتقل بواسطة السهم.

كما نستطيع القول على مستوى حق المساهم في تداول أسهمه، أنه بقدر ما يحقق له مزية الإنضمام والخروج من الشركة بحرية، فإنه قد ينقلب إلى وبال عليه يلتهم منه كافة حقوقه الإدارية والمالية في الشركة، فمثلاً أصبح التداول أداة لنقل وتبادل السلطة داخل الشركة بين الأغلبية المتعاقبة وهذا يضعف دور المساهم إلى حد كبير في متابعة وتوجيه أعمالها كذلك قد يشجع حق التداول على المضاربة والسبب في هبوط حاد لأسعار الأسهم يخسر معه المساهم ما عول عليه من نصيب في أرصدة الشركة.

لقد أورد القانون بعض الإستثناءات على مبدأ حرية الأسهم يمكن أن تقيد من حرية تداولها وذلك بالنص عليها في القانون الأساسي للشركة، وهو ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المساهم في التصرف في أسهمه

تعتبر مسألة تداول الأسهم حقاً أساسياً للمساهم لا يجوز حرمانه منه⁽¹⁾؛ إلا أنه يجوز تنظيمه عن طريق وضع قيود التي تتعدد كما تتباين في أهميتها، لذلك حرص المشرع على تنظيم

¹ - والرأي المستقر في الفقه على صحة هذه القيود طالما أنها لا تصل إلى حد حرمان المساهم من حقه في تداول أسهمه عملاً، بحيث تجعل المساهم أسيراً بسهمه لا يستطيع الخلاص منه. وللمزيد

بعضها بنفسه لصلتها ببعض الأساسيات المالية والتجارية وتوطيد عوامل الثقة والإطمئنان في التعامل بها بحيث لا يجوز العمل بخلافها وذلك بالنص عليها في نظام الشركة، على أن تكون تلك الإختيارات في إطار إعتبارات تنظيم التداول بعيدا عن التعسف وإساءة الإستعمال.

وعلى ضوء ما سبق يتضح لنا أن قيود حرية التداول تنقسم في مجموعها إلى قسمين رئيسيين، بعضها يصدر عن القانون ذاته وتكتسب إسمه منه بحيث يصطلح عليها بالقيود القانونية، ويصدر بعضها الآخر عن إتفاق الشركاء ويطلق عليها القيود الإتفاقية أو القيود النظامية.

ونبحث ذلك تفصيلا في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القيود القانونية الواردة على تداول الأسهم

إن المستهدف من تقرير القيود القانونية على حرية تداول الأسهم تحقيق مصالح عليا تعود في مجموعها إلى حماية حقوق الشركة والمساهمين وفي سبيل تحقيق هذه الغايات؛ فقد حرص المشرع على تتبع مواطن القصور الناتجة عن حرية تداول الأسهم التي تضر بالمصالح المعنية ومعالجتها بين الحين والآخر لذلك فرض بعض القيود بما يتضمن تحقيق تلك المصالح، وبإختصار لقد تكرر هذا التدخل وتوالى تبعا لما حدث من ظروف وتغيرات في الحياة التجارية، مما نتج عنه تنوع وتعدد لتلك القيود ومع ذلك يمكن حصرها إجمالا في الحظر المؤبد والحضر المؤقت و هذا في النقطتين الآتيتين:

أولا: الحظر المؤبد على تداول الأسهم

يقصد بالحظر المؤبد على الأسهم تقرير ظوابط مؤبدة لتنظيم هذا الحق وفق ما تتطلبه دواعي الإقتصاد الوطني وحماية المساهمين والغير المتعاملين مع الشركة؛ وهي تسري في حالات قانونية معينة نذكرها على التوالي:

1- حظر تداول الشركة غير المقيدة في السجل التجاري

الأصل أن تكتسب الشركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد إستيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون، وهو ما يجد أساسه في نص المادة 549 قانون تجاري بنصها:

"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا بالشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم..."

ومفاد ذلك حماية المتعاملين مع الشركة؛ هذه الحماية تبرز من خلال وجوب قيد الشركة في السجل التجاري إستبعادا للشركات الوهمية و الواقعية⁽¹⁾ والتي ينكشف فيها سبب البطلان قبل أن ينفذ العقد وتترتب عليه آثاره. ولكنها تبدو عندما يظهر سبب البطلان بعد ذلك، أي بعد أن يكون العقد قد تم تنفيذه ونشأ عنه من الناحية الواقعية الشخص المعنوي الجديد عن عقد باطل وهو ما يترتب عنه إمكانية تحرب مؤسسيها من إلتزاماتهم وإهدار حقوق الغير الذي يتعامل مع الشركة ولا يعلم بالعيوب التي تنجر في عقد تأسيسها لهذا ألقى المشرع إلى جانب الإلتزام بالعقد في السجل التجاري المسؤولية الكاملة والتضامنية على المؤسسين تجاه الغير المتعاملين مع الشركة قبل إتمام إجراءات القيد في السجل التجاري⁽²⁾؛ وهذا حماية لظاهر الأشياء لأن الغير قد إطمأن إلى وجودها وتعامل معها بوصفها شخصا معنويا فمن غير المقبول بعد ذلك مباغتته بمحو حياة هذا الشخص وإنكار وجوده بأثر رجعي وإنما تقتصر آثارالبطلان

¹ - لا يصح الخلط بين شركة الواقع أو الشركة الفعلية Société de fait والشركة التي أوجدها الواقع Société créée de fait هذه الأخيرة تعني الوضع الذي يوجد فيه عدة أشخاص يتصرفون في الواقع كما لو كانوا شركاء في شركة دون أن يكون هناك أي تعبير عن إرادة تكوين شركة؛ فهي حالة واقعية ويستنتج منها القضاء وجود شركة شريطة أن تجتمع فيها الأركان الموضوعية الخاصة للشركة؛ فهي بهذا التعريف تتميز عن الشركة الواقع من حيث أنها لا تستند في وجودها إلى عقد كما هو الشأن بالنسبة إلى هذه الأخيرة هذا فضلا عن أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية على عكس شركة الواقع التي يعترف لها بهذه الشخصية لتسهيل عملية تصفية الشركة الباطلة التي أنشأت على إنقضائها. للمزيد راجع، محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 144.

² - عزت عبد القادر، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسن إسماعيل، مصر، 2000، ص 39. و حمز العين عبد القادر، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2013، ص 36.

على المستقبل فقط⁽¹⁾ وفرض ضرورة قيد الشركة في السجل التجاري كقيد لإمكانية تداول أسهم المساهمين.

إضافة إلى هذا الحظر، يوجد حظر مؤبد على تداول أسهم الضمان.

2- حظر تداول أسهم الضمان:

ليس في التشريعات ما يسمى "بأسهم الضمان"، إنما هو مصطلح يطلق على الأسهم التي يجب أن يودعها من يرشح نفسه ويصبح عضوا في مجلس الإدارة- شركة المساهمة-، حيث تبقى هذه الأسهم محجوزة طيلة مدة عضويته وقد يستمر الحجز إلى بعد إنتهاء العضوية في مجلس الإدارة لفترة محددة، كل ذلك ضمانا لحسن إدارة العضو للشركة⁽²⁾ والتي تمثل على الأقل 20 من رأس مال الشركة⁽³⁾ ويستوي أن تكون هذه الأسهم عينية أو نقدية. كما يصح أن تكون أسهم الضمان ولو لم يتم الوفاء بها بالكامل ما دام نظام الشركة يجيز ذلك-ولكن لا يجوز أن تقدم حصص التأسيس ولا أسهم التمتع على الرأي الراجح-⁽⁴⁾.

ولا يجوز تداول أسهم أعضاء مجلس الإدارة⁽⁵⁾ وتبقى هذه الأسهم إسمية ويلصق بها طابع يشير إلى عدم جواز التفرغ منها⁽¹⁾، وتودع في صندوق الشركة⁽²⁾ وتخصص لضمان مسؤولية مودعيها عن أخطاء التسيير والإدارة، سواء كانت المسؤولية شخصية فردية أو مشتركة تضامنية.

¹ - تلك هي نظرية الشركة الفعلية التي أوجدها القضاء وجودا فعليا واقعا لا وجودا شرعيا قانونيا.

² - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 168.

³ - وهو ما أقرته المادة 619 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري في حين يشترط القانون المصري أن يكون عضو مجلس إدارة شركة المساهمة مالكا لعدد من أسهم الشركة تكون على سبيل الضمان ضد مخاطر إدارته والمحددة بنص المادة 241 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري على ألا تقل قيمتها الإسمية عن خمسة آلاف جنيه أو القيمة التي يحددها نظام الشركة أيهما أكبر، للمزيد محمد عمار تيباز، المرجع السابق، ص 421.

⁴ - علي العريف، المرجع السابق، ص 178. خصوصا وأن حصص التأسيس يمنع إصدارها في القانون الجزائري.

⁵ - يرى بعض الفقه بأنه لا يجوز التصرف في أسهم الضمان بوجه عام بما في ذلك الرهن والحوالة في حين يرى جانب آخر من الفقه بأنه لا يمنع حظر تداول هذه الأسهم من ترتيب حقوق للغير عليها طوال مدة العضوية، مع وقف أثرها إلى حين إنتهاء مدة الحظر وإسترداد حرية التصرف فيها، فمثلا يجوز تقرير رهن أو حجز على أسهم الضمان مع عدم إمكانية إتمام إجراءات البيع إلا بعد إسترداد حرية التصرف فيها. ولعل الراجح ما ذهب إليه الرأي الأول إذ لا إجتهد مع صراحة

على هذا فالحكمة من حظر تداول هذه الأسهم تعود إلى حماية المساهمين من تصرفات أعضاء مجلس الإدارة الضارة بمركز الشركة وبسمعتها فقد يستعملون عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى حماية للغير؛ من دائني الشركة في حالة رجوعهم بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية الشخصية (المدنية) على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة التصرفات الخاطئة التي يقترفونها في إدارة الشركة⁽³⁾.

بخلاف القانون الجزائري، كثيرا ما تقر القوانين المقارنة قيودا قانونية أخرى بحظر مؤبد وارد على تداول الأسهم، من ذلك قانون الشركات المصري⁽⁴⁾، إذ يحظر فيه تداول أسهم العمل المخصصة للعمال في شركة المساهمة، وهذا بغية تكثيف مشاركتهم في إدارة المشروع والحرص دائما على أن تكون مملوكة للعاملين بالشركة دون غيرهم حتى يمكنهم أداء الوظيفة التي أنشأت من أجلها وخصصت هذه الأسهم لها؛ وهي مشاركة العاملين في إدارة المشروع⁽⁵⁾. أضف إلى ذلك قيود ملكية الأسهم وهي قيد جديد على كل من يرغب في عقد عملية شراء أسهم، يترتب عليها تجاوز ما يملكه عن 10 من الأسهم الإسمية في رأس مال إحدى الشركات التي طرحت أسهما لها في إكتتاب عام ويتمثل هذا القيد في إخطار الشركة قبل عقد العملية بأسبوعين على الأقل لكي تقوم خلال أسبوع من تاريخ إخطارها بتبليغ كل مساهم يملك 1 على الأقل من رأس المال، ويستهدف المشرع من هذا القيد الحفاظ على توسيع قاعدة ملكية السهم لتشمل أكبر

النص كما وأن التصرف في أسهم الضمان قد ينجر عنه خطر عدم كفايتها لجبر الضرر مما يحول دون تحقيق الغاية من حظر تداولها. للمزيد راجع، علي العريف، المرجع السابق، ص 179.

¹ -نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 196.

² - في حين إستوجب القانون المصري لإثبات قيد حظر تداولها إيداعها في أحد البنوك المعتمدة لهذا الغرض في خلال شهر من تعيين العضو بمجلس الإدارة ويستمر الإيداع وعدم قابليتها للتداول طوال مدة العضوية، ولا تسترد حرية التصرف فيها إلا بعد تصديق الجمعية العامة على ميزانية آخر سنة مالية قام فيها العضو بأعماله.

³ - علي البارودي، محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 409.

⁵ - سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 294.

⁵ - ويطلق عليها باللغة الفرنسية Les actions des salaries والجدير بالذكر أن تشريع الشركات الفرنسي لعام 1966 قد نظم أسهم العمال بالباب السادس منه.

عدد من المساهمين والسيطرة على توازن توزيع الأسهم فيما بينهم، وعدم تركيز أسهم الشركة في يد قلة من المساهمين حتى لا يصل الأمر إلى إنفرادها بسلطة الأغلبية داخل الجمعية العامة.

بهذا يبقى التطرق إلى الحظر المؤقت على تداول الأسهم وهذا في النقطة الثانية:

ثانيا: الحظر المؤقت على تداول الأسهم

يقصد بالحظر المؤقت وضع ضوابط قانونية مؤقتة لحق تداول الأسهم، وهي تختلف باختلاف الحالات المستثنية لهذا الحق، نوجزها كما يلي:

1 :حظر تداول الوعود بالأسهم:

بالعود بالأسهم الشهادات التي تمنحها الشركة للمكتتبين بعد الإنتهاء من عملية الإكتتاب عند تأسيس الشركة، ويكون للمكتتبين بمقتضاها الحق في تسلم الأسهم الأصلية عند إصدار الشركة لها.

وما دام الأمر هنا يتعلق بتداول الأسهم؛ فإن السؤال يطرح بشأن الوعود بالأسهم فهل يجوز تداولها؟ أم أن ذلك يرتب جزاء قانونيا؟

يحظر قانونا التداول في الوعود بالأسهم، ما عدا إذا كانت أسهما تنشأ بمناسبة زيادة في رأس مال الشركة كانت أسهمها القديمة قد سجلت في تسعيرة بورصة القيم، وفي هذه الحالة لا يصح التداول؛ إلا إذا تم تحت شرط موقف لتحقيق الزيادة في رأس المال - بحيث متى تحققت الزيادة في رأس المال أمكن تداول الأسهم - ويكون هذا الشرط مفترضا في غياب أي نص صريح⁽¹⁾، ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 2000 دج إلى 200 000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المؤسسون لشركة المساهمة ورئيس مجلس إدارتها والقائمون بإدارتها ومدراءها العامون وكذلك أصحاب الأسهم أو حاملوها الذين تعاملوا عمدا في الوعود بالأسهم⁽²⁾.

¹ - المادة 715 مكرر 51 فقرة 3 من القانون التجاري.

² - المادة 808 فقرة 3 من القانون التجاري.

والظاهر أن الحكمة من وراء هذا الحظر، هي أن تأسيس شركات المساهمة بما فيها مرحلة الإكتتاب غالبا ما يصاحبها حملات دعائية صاحبة وأحيانا كاذبة يعمد فيها المكتتبون إلى المبالغة في أهمية المشروع، ويلجئون أحيانا إلى المضاربة الوهمية وذلك بقصد إستقطاب ثقة المستثمرين حول أسهم الشركة ومن تم يقومون بذلك ببيع الوعود بالأسهم بأسعار من الممكن أن تكون مرتفعة قصد تحقيق أرباح إستثمارية⁽¹⁾ مما يلحق الضرر بسمعة الشركة التي تحت التكوين؛ بل قد يصل الأمر إلى عدم إتمام إجراءات تأسيسها وأحيانا تستغل هذه الدعاية لتمرير شهادات شركة وهمية بغرض التخلص منها، وبالتالي تتعرض حقوق المكتتبين للضياع، وإفلات المتسببين في ذلك من المسؤولية عن فشل المشروع.

الملاحظ أن قيد تداول الوعود بالأسهم لا محل له إذا كان التنازل بطريق القانون المدني، وإنما يقتصر تطبيقه على طرق التداول التجارية، لأن الخطورة تكمن في التداول وما قد يحصل من مضاربات تتحكم في أسعار الأسهم والوعود بها بالبورصة لذلك يجوز التنازل عن هذه الشهادات المؤقتة بسعر السوق بطريقة الحوالة المدنية وتكون صحيحة ومنتجة لآثارها بمجرد الإتفاق بين المتنازل والمتنازل إليه؛ وبخاصة أن هذا الأخير يتعامل مع المتنازل دون اللجوء إلى سمسار ومن تم يكون على بينة من أمره بالنسبة لوضع الشركة المالي وحقيقة السهم أو الشهادة موضوع التنازل، كما أن الحوالة لا تبرئ ذمة المكتتب قبل المؤسسين إلا إذا أوفى المتنازل إليه إلتزاماته، وإنما لا تنفذ أصلا في مواجهة الشركة إلا برضاها أو إعلانها بها.

وإذا كان الحظر المؤقت يشمل الوعود بالأسهم؛ فهل يسري ذلك على الأسهم العينية والأسهم في حالة زيادة رأس المال؟ هذا ما سنعالجه في النقطة التالية:

¹ - أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، شركة المساهمة، دار الفكر العربي، مصر، بدون تاريخ النشر، ص 172.

2. حظر تداول الأسهم العينية والأسهم في حالة زيادة رأس المال:

يمكن إيجاز الحظر على تداول الأسهم العينية والأسهم في حالة زيادة رأس المال في النقطتين التاليتين:

أ- حظر تداول الأسهم العينية:

الأسهم العينية هي الأسهم التي تعطيها الشركة في مقابل الحصص العينية التي تعد جزءاً من رأس المال؛ و تتميز بأنها مدفوعة القيمة بالكامل بطبيعته⁽¹⁾ لأن الأعيان التي تعطى للشركة في مقابلها تقدم كاملة عند التأسيس، حيث تقوم الجمعية التأسيسية بتقديرها بأسهم ثمنها لها تعطى لأصحابها بدلا منها. ولا تكون الأسهم العينية قابلة للتداول إلا من تاريخ قيد الشركة بالسجل التجاري أو قيد التأشير المعدل إثر زيادة رأس المال⁽²⁾.

وقد قصد المشرع من وضع هذا القيد الزمني ضمان جدية مشروع الشركة وحماية المكتتبين؛ إذ يلجأ المؤسسون إلى تكوين شركات وهمية أو المبالغة في تقدير نجاح الشركة بدعاية كاذبة ويبادرون إلى بيع أسهمهم فور تأسيس الشركة وإتمام إجراءات التأسيس بمبالغ تفوق قيمتها الحقيقية⁽³⁾ ثم سرعان ما تنخفض هذه القيمة بعد معرفة مركز الشركة المالي وحقيقتها ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20 000 دج إلى 20 000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المؤسسون لشركة المساهمة ورئيس مجلس إدارتها والقائمون بإدارتها ومدراؤها العامون وكذلك أصحاب الأسهم أو حاملوها الذين تعاملوا عمدا في أسهم عينية لا يجوز التداول فيها قبل إنقضاء الأجل⁽⁴⁾.

غير أن الفقه الفرنسي يرى أن حظر التنازل عن هذا النوع من الأسهم يقتصر فقط على الطرق التجارية، في حين التنازل عن هذه الأسهم بالحالة المدنية جائز وصحيح قانونيا، ويسري

¹ - المادة 596 من القانون التجاري.

² - المادة 715 مكرر 51 فقرة 1 و 2 من القانون التجاري.

³ - عباس حلمي المنزلاوي، المرجع السابق، ص 96.

⁴ - المادة 808 فقرة 2 من القانون التجاري.

من تاريخ إعلان الشركة به، ولكن إختلف الفقه بالنسبة للآثار التي ترتبها الحوالة، فالبعض يرى أنها تخول المتنازل إليه كافة الحقوق الإدارية والمالية الناشئة عن السهم⁽¹⁾، بينما يرى البعض الآخر أنه لا يجوز للمتنازل إليه حضور إجتماعات الجمعيات العمومية بصفته الشخصية ولا يحق له التصويت وإذا شارك في المداولات لا يكون إلا بإسم المتنازل وليس بإسمه الخاص وإلا وقع تصويته باطلا⁽²⁾.

ولكن يعترض على هذا الرأي أنه لا يصح منطقيا أن يعطى لشخص أصبح أجنبيا عن الشركة بتنازله عن أسهمه كافة الحقوق بدل المتنازل إليه الذي إرتبطت مصالحه بالشركة، فليس من العدل في شيء أن يكون للمتنازل حق التصويت ومناقشة المسائل المستقبلية ذات التأثير المباشر على مصالح المتنازل إليه، كتكوين الإحتياطي أو زيادة رأس المال وفي الوقت ذاته يستبعد صاحب المصلحة من الحضور ومناقشة القضايا التي تهم الشركة، لذلك لا يمكن الأخذ بهذا الرأي، كما لا يمكن قبول الرأي القائل: بإمكانية التنازل عن الأسهم العينية أثناء فترة الحظر بالطرق المدنية، حتى لا يصير البيع العادي وسيلة للتحايل على تداول الأسهم أثناء فترة الحظر؛ كما وأن مبررات الحظر ذات أهمية واضحة ومتمينة بقوة القانون لهذا لشركة أن تمتنع عن التأشير بهذا التصرف في سجل نقل ملكية الأسهم، وما يترتب على ذلك من عدم سريان هذا التصرف سواء في مواجهة الشركة أو الغير.

ب- حظر تداول الأسهم في حالة زيادة رأس المال:

هناك أسباب عديدة تدفع شركة المساهمة إلى زيادة رأس مالها، فقد تدعو إلى ذلك حاجتها للحصول على أموال جديدة لتمويل مشاريعها التي تلتزم الشركة بتنفيذها أو لتنفيذ خططها الإستثمارية المقبلة أو أن الشركة تستعمل الأموال الإضافية لتحديد وسائل الإنتاج أو

¹ - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 427.

² - محمد صالح، المرجع السابق، ص 262.

التوسع في الحصول على الآلات وأجهزة جديدة لتحسين وتطوير إنتاجها، كي تتمكن من منافسة منتجاتها الشركات الأخرى. وقد تلجأ الشركة لزيادة رأسمالها لكي تقوم بسداد ديونها⁽¹⁾.

مهما كانت حالات زيادة رأس المال فإنه يحظر تداول الأسهم متى تحققت هذه الزيادة ولعل الحكمة من هذا الحظر؛ هي حماية الغير المستثمرين المتعاملين مع الشركة؛ فقد يعمد أحد المساهمين إلى بيع سهمه قبل تحقق الزيادة وفي ذلك ضرر لهذا المستثمر؛ إذ أنه قد يشتري سهمًا مقابله أمر مستقبلي فالزيادة في رأس المال لم تتحقق بعد وقد يحدث ذلك أثناء تدهور الوضع المالي للشركة فقد تسوء أحوالها لعدم نجاح مشروعها أو لمديونيتها للغير، مما يستتبع محاولة المساهمين التخلص من أسهمها ببيعها للغير المتعامل مع الشركة قبل تحديد الزيادة بسعر يفوق قيمتها الحقيقية هذا بدعاية كاذبة وفي هذا مساس بالثقل والسمعة التي تتمتع بها شركة المساهمة وزعزعة لقيمة السهم بإعتباره وسيلة للتعامل تقوم على الثقة والإئتمان في تداولها والتعامل بها تجارياً.

يمكن أن ينص القانون على حظر تداول أسهم شركات المساهمة هذا بين مساهم مواطن وأجنبي كما هو شأن شركة تايوانية "TSM" تسمي كوندوكتز والتي صارت تداول أسهمها في البورصة الأمريكية لأن قانونها يمنع تداولها لمستثمر أجنبي⁽²⁾، أو بين شركات مساهمة عامة وشركات مساهمة خاصة هذا في التشريعات المقارنة⁽³⁾، أما في القانون الجزائري فلا يتضمن أي قيد أو شرط من هذا النوع إلا ما كان سارياً به العمل في سنة 1988 حيث كان يمنع نتيجة النظام السياسي السائد آنذاك أي النظام الإشتراكي والذي كانت السلطة في يد الحزب الواحد تفرض سيطرتها على القطاعات العامة للبلاد تحقيقاً للمصلحة العامة؛ لهذا لم يكن يحق للشركات العمومية أن تتداول أسهمها مع شركات خاصة. إلا أنه بتغيير النظام السياسي لم يعد يوجد أي نص يمنع تداول الأسهم بين الشركات سواء أكانت عامة أم

¹ - بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن الأسهم، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007 - 2008، ص 69.

² - www.the Gulfbiz.com

³ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 166

خاصة،⁽¹⁾ فالنظام الرأسمالي قد وسع دائرة حرية الإتجار والمبادلات والتعامل في القيم المنقولة بما في ذلك مسألة تداولها.

على العموم، لا تقتصر ضوابط حق المساهم في التصرف في أسهمه على القيود القانونية، بل يضاف إليها قيودا إتفاقية يقررها المؤسسون ويوافق عليها المكتتبون لتنظيم هذا الحق دون الوصول إلى حد إلغائه؛نتطرق لها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: القيود الإتفاقية الواردة على تداول الأسهم:

إذا لم يكن لشخص المساهم أي إعتبار في شركات الأموال بحيث يمكنه ترك الشركة متى شاء؛إلا أن هذه الحرية غير مطلقة بل ترد عليها قيود إتفاقية ينص عليها النظام الأساسي للشركة، مثل هذه الشروط أو القيود الإتفاقية تؤدي في الحقيقة إلى إدخال نوع من الإعتبار الشخصي في شركات الأموال المتعارف عليها في شركات الأشخاص⁽²⁾، فهي على هذا الأساس تعمل على التقريب بين النوعين من الشركات، بحيث يصير الطابع التعاقدية يلعب دورا كبيرا في هذا النوع من الشركات وتصير القيود الواردة بالنظام الأساسي شروطا إتفاقية لها دور إلزامي في تحديد إرادة المساهم عند الخروج من الشركة.

وقد جرى العمل على إدراج شرطين في نظام الشركة بغرض حصر نطاق الأشخاص الذين لهم حق التقدم لشراء أسهمها من ذلك شرط الموافقة⁽³⁾ على المتنازل عليه؛غير أنه يجب أن يتضمن إلزام الهيئة المختصة بالبث في طلب التنازل خلال مدة معينة، وإذا جاء ردها بالرفض يجب أن يتقدم بمشتري بديل.

¹ -Boussouah Mohamed,L' entreprise publique socialiste, Revue Algérienne des sciences Juridiques Economiques et Politiques, Alger,1989,n :4,p742.

² -J.h.Beaufort,Le droit d'agrément dans les sociétés de presse, Rev.Soc.1994.

³ - و يطلق عليها باللغة الفرنسية إصطلاح: La clause d'agrément

أما بالنسبة لشرط الشفعة⁽¹⁾ فقد تقرر لمصلحة المساهم المتنازل؛ بمعنى آخريجب أن يبادرالمساهم بإخطار الجهة أو الهيئة المختصة برغبته في ترك الشركة حتى يتسنى له إسترداد حقوقه بسعر عادل.

ونظرا للأهمية العملية لكلا الشرطين، نبحتهما تفصيلا على النحو التالي:

أولا: شرط الموافقة.

ثانيا: شرط الشفعة.

أولا: شرط الموافقة:

غالبا ما يكون الهدف من وراء قيد الموافقة تحقيق إعتبارات معينة كضمان عدم تسرب الأسهم إلى أشخاص يقتضي نشاط الشركة إستبعادهم منها؛ كالأجانب، أو ذوي الإتجاهات السياسية المعينة إذا كانت الشركة قائمة على جريدة ذات لون سياسي مختلف...إلخ.

لذا، فما هي الشروط الواجب إحترامها لصحة شرط الموافقة وما مجال تطبيقه؟ و ما هي إجراءاته؟.

1: شروط صحة شرط الموافقة ومجال تطبيقه:

تبقى فكرة التداول قائمة في شركة المساهمة حتى إنحلالها وزوال شخصيتها المعنوية بإنتهاء عملية التصفية وفضلها، لذا فإن تقييدها بشرط الموافقة مطلوب لصحته توافر شروط ومجال لتطبيقه؛ نورد ذلك كما يلي :

أ- أن يكون منصوصا على شرط الموافقة في نظام الشركة:

لا شك في أن إخضاع تداول الأسهم لموافقة إحدى هيئات الشركة يشكل مساسا جسيما بمبدأ حرية التداول مع المخاطرة بأن يظل المساهم حبيس أسهمه رغم العثور على مشتري له بثمن مناسب، لذلك حرص المشرع أن يكون هذا الشرط منصوص عليه في النظام

¹- و يطلق عليها باللغة الفرنسية: Le droit ou La clause de préemption

الأساسي للشركة⁽¹⁾، ولما كان العمل بهذا الشرط يترتب عليه المساس بحق المساهم في تداول أسهمه؛ فإن إضافته لنظام الشركة قد أثار جدلا حادا بين الفقه؛ فبعضهم⁽²⁾ أجاز للجمعية العمومية أن تفرض هذا الشرط رغم عدم النص عليه، ولكن إستلزم ألا يتضمن زيادة في أعباء المساهمين.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه⁽³⁾؛ إلى أنه لا يجوز للجمعية العمومية تقرير هذا القيد ما لم يكن منصوفا على هذا الإختصاص في النظام الأساسي.

وقد إستقر القضاء الفرنسي⁽⁴⁾ على إمكانية إدخال قيد شرط الموافقة في نظام الشركة أثناء حياتها، وأن هذا القيد لا يعتبر زيادة في أعباء المساهمين و إنما يعتبر إنقاصا لحقوقهم في الشركة، ومع ذلك قد يتعرض قرار الجمعية العامة للبطلان إذا شابه تعسف في إستعمال الحق، أي إتخذ بغرض إلغاء حق التداول لمساهمي الأقلية بغية الإحتفاظ بالأسهم المتنازل عنها بثمن بخس للشركة أو لأحد الشركاء على سبيل المثال.

ب- أن تكون الأسهم إسمية:

يستلزم شرط الموافقة أن تكون الأسهم المقترنة به إسمية⁽⁵⁾، ويعتبر ذلك ضروريا لإجراء الرقابة على عمليات التنازل على هوية المتنازل إليهم.

وقد يثير شرط الموافقة إشكالا بالنسبة للأسهم التي تصدرها الشركات التي تكون أسهمها مسعرة في بورصة القيم المنقولة، ذلك أن المشرع قد سمح بأن تكتسي القيم المنقولة التي تصدرها هذه الشركات شكل سندات لحاملها أو سندات إسمية⁽⁶⁾ وأن وجود مثل هذه الشروط قد يعرقل عملية البورصة من جهة، وقد يحرم مثل هذه الشركات من وسيلة الدفاع ضد ما يعرف بالعرض العلني للشراء أو التبادل

1- المادة 715 مكرر 55 فقرة 1 من القانون التجاري.

2 - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 175.

3- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 295.

4 - J.Hémard, f.Terré et P.Mabilat, Les sociétés commerciales, TIII Dalloz, Paris, 1978, P385.

5- المادة 715 مكرر 55 فقرة 2 من القانون التجاري

6- المادة 715 مكرر 34 من القانون التجاري.

(Les offres publiques d'achat ou d'échange opa/ope)

ومعناها، تلك العملية التي يتم بواسطتها إعلام مساهمي شركة من قبل شركة أخرى تنوي شراء أسهمهم بسعر معين غالبا ما يفوق سعر البورصة يدفع نقدا (OPA) أو عن طريق تسليم أسهم أو سندات إستحقاق (OPE).⁽¹⁾

لقد حسم الأمر بشأن هذه الشروط من قبل المشرع الفرنسي (المادة 276 من قانون الشركات التجارية)، وقد جاء ذلك تكريسا لإنشغالات لجنة عمليات البورصة التي أظهرت معارضتها لمثل هذه الشروط الخاصة بالشركات الموضوعة تحت رقابتها⁽²⁾.

ج: مجال تطبيق شرط الموافقة:

يسري شرط الموافقة على كل تنازل يعرض للغير في ما عدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو لأصل أو فرع⁽³⁾.

وقد طرحت مشكلة مجال تطبيق شرط الموافقة في الفقه والقضاء؛ و مرجع ذلك الصياغة غير السليمة لنص المادة 274 من القانون الفرنسي والتي تقابلها المادة 715 مكرر 55 فقرة 1 قانون تجاري والتي تنص على أنه ما عدا الحالات المبينة: ". . . يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي. . .".

لذلك لا بد من الوقوف عند المعنى الذي يريده المشرع من كلمة "الغير" فمنهم الغير؟ وهل يشمل هذا الإصلاح المساهمين؟.

خلافًا لرأي الفقه الذي تمسك بعدم مشروعية شرط الموافقة بين المساهمين؛ خرج القضاء المقارن⁽⁴⁾ في البداية بموقف مغاير مفاده؛ أن مفهوم الغير يشمل المساهمين معللا ذلك أن نص

1- بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 7.

2- بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 6.

3- المادة 715 مكرر 55 فقرة 1 من القانون التجاري.

4- P.A.Mareau et G.Delmotte, Les actions, in : encyclopédie, Dalloz, les sociétés anonymes, 1995, n 9366.

المادة 274 من قانون 1966 المذكورة أعلاه. لا يحرم شرط الموافقة إلا بين الأشخاص الذين بينهم النص القانوني. فاستنادا إلى ظاهر النص يعد أجنبيا كل من ليس وارثا أو زوجا أو فرعا فالمعنى الذي يريده المشرع هو أن الشرط يقصد به أي شخص غير الذي ورد ذكره بالنص.

وقد يوصف هذا الحكم بالغريب، ذلك أن كلمة "الغير" تقابل الشخص الذي يعد أجنبيا بالنسبة للشركة وأن المساهم الذي تتكون منه الشركة بصفته كشريك لا يمكن معاملته كالغير في علاقاته مع الشركة. إضافة إلى أن المساهم لا يعتبر شخصا خارجا عن عقد الشركة (pacte sociale).

وفي محاولة للتغلب عن هذه الصعوبة، ذهبت محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ إلى أن المساهم في شركة الأموال حر في التنازل عن سنداته لمساهم آخر، بدون أن يكون هذا التنازل خاضعا لشرط موافقة الشركة بموجب شرط وارد في القانون الأساسي. فيكون القضاء بذلك قد أزال الإلتباس الوارد بالمادة 274 حين يؤكد على أن الشرط لا يعتد به في حالة التنازل بين المساهمين، فالهدف الذي يريد أن يتوخاه المشرع هو منع دخول الشركة أشخاصا غير مرغوب فيهم. وقد حكم في نفس الإتجاه الذي رسمته محكمة النقض، إلا أنه قضى بأنه يمكن إجازة العمل بشرط الموافقة إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الأسهم من قبل المساهمين لصالح شركة أخرى.

وإذا كان لشرط الموافقة شروط ومجال لا بد من توافرها حتى يتم تطبيق هذا الشرط؛ فإنه في مقابل ذلك يتطلب توافر إجراءات معينة تسهل عملية تطبيقه وهذا في النقطة الثانية.

2: إجراءات شرط الموافقة:

يمكن حصر إجراءات تداول الأسهم في النقاط التالية :

¹-Cass.Com.10 mars 1976, Rev.Soc. 1976, p332, Cité par, J.hémard, Dalloz, 1977, p455.

أ- طلب الموافقة:

يتعين على المساهم الذي يريد أن يتنازل عن أسهمه في حالة إشتراط الموافقة، أن يبلغ الشركة بطلب الإعتماد عن طريق رسالة موصى عليها⁽¹⁾، مع وصل الإستلام يرسلها المساهم، ويجب أن يتضمن الطلب البيانات التالية :

- إسم المحال إليه ولقبه وعنوانه.

- عدد الأسهم المقرر إحالتها.

- الثمن المعروض⁽²⁾.

وتنتج الموافقة آثارها سواء من تبليغ طلب الإعتماد أو من عدم الجواب في أجل شهرين إعتبارا من تاريخ الطلب⁽³⁾، لكن إذا لم يوجد الشخص المحال إليه، فلا يعتد بشرط الموافقة، وبالتالي لا يمكن إلزام أو إخبار المساهمين الآخرين أو الشركة على شراء الأسهم. وفي هذه الحالة يغدو المساهم أسيرا بأسهمه.

ب- الجهاز المختص بإعطاء الموافقة:

لقد ذكرت المادة 715 مكرر 57 الفقرة الأولى من القانون التجاري الهيئات المؤهلة في الشركة، دون أن تحدد ما هو الجهاز المختص؟

إن المعمول به هو الجهاز الذي يحدد في القانون الأساسي للشركة، وهو إما الجمعية العامة العادية أو غير العادية - إذا كان شرط الموافقة وارد كإجراء بعد التأسيس-. لكن غالبا ما يكون مجلس الإدارة أو مجلس المديرية.

¹ - هذا ويجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي قد أوجد طريقة أخرى لتبليغ الطلب بطريق العقد الغير القضائي.

² - المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري.

³ - على أن القانون الفرنسي قد حدد أجل الرد على الطلب بثلاثة أشهر إعتبارا من تاريخ الطلب، للمزيد راجع،

ففي حالة ما إذا كان مجلس الإدارة مؤهلا للبت في الموافقة، يمكن لأحد أعضاء هذا المجلس أن يشارك في التصويت الخاص بالموافقة على إحالة أسهمه، فقد عللت محكمة النقض الفرنسية موقفها في هذا الصدد⁽¹⁾، بأنه لا يوجد أي مانع قانوني في هذا الشأن، زيادة على أن المصلحة الشخصية للمحيل لا تتعارض مع مصلحة الشركة أما عن الأجل، فلشركة مهلة شهرين إبتداء من طلب الإعتماد ". وتنتج الموافقة سواء من تبليغ طلب الإعتماد أو من عدم الجواب في أجل شهرين إعتبارا من تاريخ الطلب"⁽²⁾.

ويستفاد من ذلك أنه قد تمت موافقة الشركة صراحة، أو تعتبر كأنها صادرة منها في

الحالات التالية:

. الموافقة الصريحة من قبل الشركة في أجل الشهرين.

. عدم الجواب في نفس الأجل، أو عدم تحقق الشراء عند إنقضاء أجل الشهرين

إبتداء من تاريخ إبلاغ الرفض.

على أن إجراءات موافقة الجهاز المختص تظهر من خلال النقطتين التاليتين :

1- في حالة القبول:

في هذه الحالة؛ ليس بشرط أن تقع الموافقة صراحة كون أن المشرع لم يبين لنا ما هو الشكل الذي تتطلبه الموافقة لذلك، وقد حكم القضاء بأن إمكانية الموافقة قد تكون بصفة حتمية كما هو في حالة تعيين المحيل إليه كعضو في مجلس الإدارة، إذ أن هذا التعيين ما هو إلا موافقة على الإحالة.

وتجدر الإشارة، أنه يجب أن تقع الموافقة على جميع الأسهم المعروضة دون أن يقتصر ذلك على عدد معين منها ودليل ذلك أن المشرع يتحدث عن قبول الشركة المحال إليه المقترح وليس عن قبول الأسهم.

¹ -Cass.Com.26 avril 1994,Rev.Soc.1994,p48, cité par, Yves Guyon ,op.cit,p78.

² - المادة 715 مكرر 56 من القانون التجاري.

2- في حالة الرفض:

في هذه الحالة يتعين على الشركة في حالة عدم قبول المحال إليه المقترح، أن تبلغ إلى المحيل رفضها في أجل شهرين، وإلا تعتبر الموافقة كأنها صادرة في غياب النص على الإجراء الواجب التقيد به يمكن الإعتقاد بأنه نفس الإجراء الواجب إتباعه كما هو الشأن بالنسبة لطلب الإعتماد أي إبلاغ الرفض إلى المحيل عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الإستيلاء، ولا يشترط أي تسبب بخصوص رفض الإعتماد.

ويجب على الشركة في حالة الرفض وفي أجل الشهرين إبتداء من تاريخ الرفض، إما العمل على أن يشتري أحد المساهمين الأسهم أو أن يشتريها الغير، وإما أن تشتري الشركة بموافقة المحيل قصد تخفيض رأس المال⁽¹⁾ على أنه يمكن تمديد أجل الشهرين بقرار من رئيس المحكمة، بناء على طلب الشركة في حالة عدم تحقق الشراء عند إنقضاء أجل الشهرين وفي حالة عدم قبول الشركة المحال إليه المقترح وإقتراحها مرشح لشراء الأسهم ولم يقع الإتفاق على الأسهم بينها وبين المحيل فيتم تحديد السعر من قبل خبير مختص تعينه الجهة القضائية المختصة⁽²⁾.

وإذا تمت الموافقة على إحالة الأسهم من طرف الشركة وأعطت هذه الأخيرة أيضا موافقتها على رهن حيازي للأسهم، فإنه يترتب على هذه الموافقة قبول المحال عليه في حالة البيع الجبري للأسهم المرهونة طبقا لأحكام المادة 981 من القانون المدني، إلا إذا فضلت الشركة إسترجاع الأسهم عن طريق الشراء ودون تأخير على أن تخفض رأسمالها بعد الشراء⁽³⁾.

إن شرط الموافقة لا ينطبق مع حرية التعامل في البورصة التي يجب أن تميز السندات داخلها، لأن الشركات المقيدة فيها تعتبر مفتوحة وعمليات البورصة يجب ألا تعاق بشرط الموافقة، فالأوراق المالية المقبولة في البورصة يجب أن يجري التعامل فيها بكل حرية وبيعها ينبغي ألا يعلق على أي شرط. فشرط الموافقة يخاطر بأن يقتضي مشتري مميز أو أن يكون إختياره

¹ - المادة 715 مكرر 57 فقرة 2 من القانون التجاري.

² - المادة 715 مكرر 57 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري.

³ - المادة 715 مكرر 58 من القانون التجاري.

قاصرا على الهيئة المختصة في الشركة، بذلك لم يعد للشرط دعامة لمبدأ التداول وإنما أصبح يشكل عائقا له مما جعل الشركات تستعمل وسائل أخرى للتمويل تعتمد فيه على ذاتها غير زيادة رأس المال، وهذا بالإستعانة بقروض إيجارية يتم إستردادها بالتقسيط من أرباحها السنوية مما يفقد فكرة التداول بريق إجتذاب رؤوس الأموال والأرباح التي يحققها المساهمين. وعليه فهل لشرط الشفعة أن يدعم المبدأ بتقييده دون القضاء عليه؟.

ثانيا : حق الشفعة

ومقتضى هذا الشرط أنه يتعين على المساهم الذي يرغب في بيع أسهمه إلى شخص أجنبي أن يخطر الشركة بذلك حتى يتسنى لأي مساهم أو مجلس إدارة الشركة، على حسب الأحوال إسترداد هذه الأسهم خلال مدة معينة والحلول محل المشتري نظير ثمن عادل يتم تحديده من قبل خبير مختص تعيينه الجهة القضائية المختصة⁽¹⁾.

لكن ما هو الحل لو أن الخيل لم يفصح عن نيته بخصوص قبول هذا السعر، فهل يضل حرا في إختيار البقاء كمساهم وبالتالي العدول عن إيجابه دون تطبيق شرط الشفعة؛ أم على العكس يكون هذا التقييم ملزما له فيسري هذا الشرط لمصلحة المساهمين أو الشركة؟.

فإذا سلمنا بالحل الثاني؛ فهذا معناه أن الهدف من شرط الشفعة هو حرمان المساهم الخيل من حرية التصرف في أسهمه أو إرغامه على تحمل التنازل عن أسهمه بثمن منخفض عن القيمة الحقيقية؛ ذلك أن النصوص القانونية التي وضعها المشرع ما هي إلا لحماية حقوق المساهمين، ولا يجب أن يغيب على الدهن بأن الثمن هو عنصر جوهري في عرض البيع؛ فينبغي على ذلك أن للمساهم الحق في عدم مغادرة الشركة ولا يمكن إلزامه على ذلك بإقتراح سعر منخفض.

¹ - المادة 715 مكرر فقرة الأخيرة من القانون التجاري.

لقد تبنى مجلس قضاء باريس هذا الحل في قراره الصادر في 26 أكتوبر 1981 الذي أيد حكم محكمة باريس⁽¹⁾ المؤرخ في 25 ماي 1970 بقوله:

"إن المساهم غير ملزم بالتخلي عن أسهمه بالسعر المحدد من قبل الخبير ويستجيب حتما للبيع الذي كان ينوي القيام به".

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في نفس الإتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 10 ماي 1976 مؤكدة على أنه في حالة ما إذا رفضت الشركة المحال إليه المقترح وإلزام المسيرين بشراء الأسهم موضوع الإحالة، فلا يمنع لهؤلاء الحق في إستبعاد المساهم إذا كان هذا الأخير قد عدل عن بيع أسهمه⁽²⁾.

ويستخلص من هذا القرار، أنه لا يمكن أن يرد أي شرط في القانون الأساسي يقضي بإلغاء حق العدول. ومما إستقر عليه الرأي في الفقه والقضاء هو أن شرط الشفعة تقرر لمصلحة المساهمين المتنازلين على أسهمهم ولا يمكن أن يعمل ضدهم، بحيث يمنعهم من الإحتفاظ بالأسهم إذا إعتبروا أن بقاءهم في الشركة أفضل من خروجهم منها عن طريق بيع هذه الأسهم بثمن محدد من قبل الخبير يظنون بأنه غير كاف، والتأكيد على أن الثمن عنصر جوهري في عقد البيع، وقبول المساهم ثمن للتنازل عن أسهمه ليس معناه قبول ذلك بثمن أقل⁽³⁾.

للإشارة إن الاعتراض على إلزام المساهم بيع أسهمه وتقدير حقه في العدول، مبدأ إتبعه القضاء وأيده الفقه في ذلك، إلا أن المشرع لم ينص على شروط ممارسة هذا الحق وبخاصة الفترة التي يجب فيها إستعماله وتحمل نفقات الخبرة عند اللزوم. وسرعان ما غير هذا القضاء من موقفه، وقد جاء ذلك صراحة بأن التقييم الذي توصل إليه الخبير يكون ملزما للأطراف، إلا إذا

¹-Y.Reinhard,Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession entre actionnaires.Rev.Jur.com.nov,1990,p31.

²- بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 14.

³ - Jacque Mestre et Gilles Flores,Lamy sociétés,Paris,1985, p528.

كان فيه خطأ فادح من قبل الخبير ويتحقق على إثر ذلك الشراء أو التنازل ولا يمكن العدول عن الإيجاب وكل شرط يقضي بخلاف ذلك يعتبر باطلا⁽¹⁾.

أخيرا؛ تعتبر خاصية التداول سر إزدهار شركة المساهمة وإنتشارها؛ غير أن التنازل عن حق الرقابة جعل المساهم في وضع يخشى منه على مستقبل الشركة ومصير سنداته من نوايا الأغلبية الجديدة، كما يفقده دوره كشريك فعال لذا وجدت قيود نظامية لحركة التداول والتي تستهدف في الغالب تحقيق غايات مشروعة كالرقابة على مدى التقيد بتوسيع قاعدة الملكية، وتوزيع الأسهم بين أكبر عدد من الأشخاص أو الحد من سيطرة النفوذ الأجنبي على الإقتصاد الوطني أو الحرص على أن تكون الأسهم الممنوحة للعاملين في صورة مكافآت قد حققت غاية منها حثهم على البقاء في الشركة والإرتباط بها وبذل المزيد من الجهد، وهذه القيود الإتفاقية هي سبيل الإعتبار الشخصي الغائب في شركة المساهمة كما تعبر عن الجانب التعاقدى للمساهمين في الحد من حق تداول الأسهم وما قد ينجم عنه من جوانب سلبية بحسب قول البعض أن نية الإشتراك في المشروع . بإعتبارها أحد الخصائص الموضوعية الخاصة أصبحت غير ملحوظة في مثل هذا النوع من الشركات.

لكن هذا لا يعني مصادرة الحق في التداول إذ يبقى الخاصية الأولى في إجتذاب المساهمين ورؤوس الأموال بما يتماشى مع نمط هذه الشركة على أنها شركة أموال.

ومع ذلك لازالت حركة التداول عمليا في الجزائر تشهد نموا بطيئا فيما عدا ست مؤسسات إقتصادية تداول أسهمها في البورصة وهي:

(2). Hotel El Aurassi, Eriad Sétif, Soidal, Sider El- Hadjar, Enad, cévital

في المقابل تسعى معظم الدول العربية ومن بينها المملكة العربية السعودية متجاوزة فكرة التداول لضخامة حجم الأسهم المتداول عليها للبحث في ضرورة الإحتياج من مصدر السهم إن كان حاللا أم حراما والإهتمام بهذا الجانب أشد من معايير الربح والخسارة في الأسهم⁽³⁾,

¹- Ph Merle, op.cit, p324

² - Nacer-eddine Sadi, op.cit, p190.

³ - www.moltqaa. com.

تحريا للكسب الطيب وإستبعادا للمال الخبيث ومن أخطره الربا؛ مصداقا لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين...." (1).

لكن هذا لا يمنع من توقع تطورات إقتصادية في سوق المال الجزائري تصاحبها إتساع في دائرة المبادلات وتداول القيم المنقولة بصفة خاصة الأسهم؛ لا في سوق الأوراق المالية الوطنية، بل عالمية في ظل توقعات تفرها العولمة بحكم إيديولوجية جعل العالم قرية صغيرة.

المبحث الثالث: حق المساهم في الإعلام والتصويت في الجمعية العامة:

الأصل أن السهم يخول صاحبه حقين أساسين هما، حق مالي، وحق المشاركة في إدارة الشركة، وحق الإدارة بصفة خاصة يتمثل في حق التصويت في الجمعية العامة، وتكون النتيجة الطبيعية للحق المالي، وإمتداده الضروي لضمانه والدفاع عنه، وضمان الحصول عليه في موعده ولا يمكن فصله عنه دون أن يفقد السهم طابعه القانوني المميز (2).

ومع ذلك عرفت بعض الأنظمة القانونية ومنها القانون الجزائري نظام تجزئة الإمتيازات التي يخولها السهم لصاحبه وذلك بتوزيعها على سنيين مختلفين، من ذلك مثلا شهادات الإستثمار (3) وهي تمثل الحقوق المالية للسهم، وشهادة الحق في التصويت (4) أو حق الإدارة، ويجوز أن تكون كل منهما في يد مستقلة بمعزل عن الأخرى بالرغم من إنبثاقها من سهم واحد، ذلك أن الغاية من هذا الإستثناء هو تشجيع الإستثمار على نطاق واسع إرضاء لرغبات بعض المستثمرين في الحصول على عائد أفضل نظير التنازل عن حق التصويت من خلال شهادات الإستثمار؛ في حين يبقى حق الإدارة لأصحاب شهادات الحق في التصويت. ولعل مبرر هذه التجزئة في السهم هو حتما نمط شركة المساهمة التي يطغى عليها الجانب المالي لا الشخصي وهو التفسير المنطقي لهذا التنظيم القانوني في مثل هذا النوع من الشركات، ومع ذلك يظل حق

1- الآية 279، سورة البقرة.

2- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركات التجارية، شركات الأشخاص وشركات الأموال، دار المطبوعات، مصر، 2000، ص 205.

3- المادة 715 مكرر 62 من القانون التجاري.

4- المادة 715 مكرر 63 من القانون التجاري.

التصويت محتفظا بمكانته في تقرير مصير الشركة يحكمه مبدأ تناسب الأصوات -بحسب ماسنرى في الفرع الأول- وأن الإستغناء عنه يظل محدودا بقدر الحاجة إلى التمويل.

وقد جاء في أحد الأحكام الصادرة عن محكمة نقض باريس⁽¹⁾ :

"إنه إذا كان صحيحا أن حرية ممارسة التصويت تعتبر مبدأ أساسيا حتى ولو لم يرد هذا صراحة في قانون الشركات أو في أنظمتها، فإن المساهم لا يستطيع التصرف فيه، فهو حق المتصرف القانوني به لمصلحة المساهم دون سواه، لكن ليس ما يمنع المساهم التخلي عن حرية مساهمته، من خلال التخلي عن صفته كمساهم". لكن هل نفهم من هذا القرار أنه لا يجوز للمساهم إبرام إتفاقيات ترتبط بحقه في التصويت ؟ هذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني. ويستلزم الحق في التصويت الحق في الإعلام بل هو نتيجة حتمية ومنطقية عنه، فالتنظيم القانوني لشركة المساهمة بما لها من هيئات خاصة في الإدارة والرقابة لاثول دون إمكانية إعطاء فرصة للمساهمين في حق الإدارة وإبداء الرأي وإتخاذ القرارات داخل الجمعيات العمومية وفتح الباب أمامهم للتعرف على أوضاع الشركة ومركزها المالي، ومدى إلتزام المشرفين على الإدارة بواجباتهم الوظيفية، وفي هذا فقد حرص المشرع على تنظيم حق المساهم في إدارة الشركة، والنص على تزويده بالمعلومات اللازمة حتى يتمكن من ممارسة دوره بفعالية بما في ذلك إتخاذ القرارات التي تمس كيان الشركة مع إمكانية عزل القائمين على الإدارة إذا ثبتت إدانتهم بالتقصير أو تحقيق مآرب شخصية.⁽²⁾

وبمعنى آخر، إن حق التصويت لا يقتصر فقط على أن يشترك المساهم في عملية الإقتراع، ولكن يتضمن أيضا حق الإشتراك في المناقشات التي تسبق التصويت؛ من طرح أسئلة، أو إبداء مقترحات مضادة، أو مقترحات جديدة وهذه المناقشات لا تكون مجدية إلا بتوفير المعلومات اللازمة لتنوير المساهم، غير أنه أمام التطور تم الفصل حاليا بين حق التصويت وحق الإعلام، لأن المساهمين حاملي الأسهم بدون حق التصويت وحاملي شهادات الإستثمار لا

¹ - Cass.com.10Juin1960,Rev,Soc,1961,P34 :

للمزيد راجع، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 93

² - أنظر، لاحقا، ص 140.

يملكون نفس الحق في المعلومة الذي يملكه الآخرون في الحصول على المعلومة للدفاع عن مصالحهم المالية.

وتبعا لذلك قسمنا هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: الحق في الإعلام

المطلب الثاني: الحق في التصويت

المطلب الأول : الحق في الإعلام :

يستهدف حق الإعلام توفير آخر المعلومات الضرورية للمساهم على المسائل المرتبطة بنشاط الشركة وهيئاتها الإدارية. ولقد تطور حق الإعلام ولكن في الإتجاه المعاكس مع تطور دور صاحبه، فعندما كانت النصوص القانونية التي تنظم هذا الحق شبه معدومة في الماضي كان دور المساهم في تلك الفترة أساسيا وهو سيد الشركة ولما توارى الدور التقليدي للمساهم وأصبحت مهمته أقرب إلى مقرض للمال بدلا من شريك تهمه مصلحة الشركة، إشتد الإهتمام بحق الإعلام وتأصلت قيمته في أغلب التشريعات، وذلك في إطار الجهود المبذولة لمعالجة عزوف المساهمين عن الحضور لإجتماعات الجمعيات العمومية وكوسيلة لمكافحة اللامبالاة المتفشية بينهم بغرض بث روح الحماس في الشركة⁽¹⁾ وحثهم على ممارسة دورهم الرقابي من جديد على نطاق أوسع مما كان في السابق.

ولقد أدركت أغلب تشريعات الشركات هذه الأهمية⁽²⁾ فوضعت على عاتق مجلس الإدارة مجموعة من الإلتزامات التي تكفل تزويد المساهمين بالوثائق والمعلومات، حتى تكون إجتماعات الجمعيات العمومية مجدية ونافعة للشركة.

بهذا، فما هي أساليب إعلام المساهم بإجتماعات الجمعيات العمومية؟. وما دام لحق الإعلام أهمية كبرى للمساهم في إدارة الشركة؛ فهل هناك جزاء للإخلال بهذا الحق؟.

¹ - A.Tunc,Le role de L'actionnaire dans la société anonyme et les renseignements du droit Américain,Rev.Soc,1959,P119.

² - محمد عمار تيباز، المرجع السابق، ص 599.

الفرع الأول : أساليب إعلام المساهم:

لقد حرص المشرع على تنوع أساليب إعلام المساهم بغرض الوصول وبشتى الطرق إلى تنويره بما يجري داخل الشركة، لأن في ذلك تدعيم لدوره كشريك في المتابعة والتوصل إلى قرارات مستنيرة فعالة. لذلك نبحت تفصيلا أساليب الإعلام على النحو التالي:

أولاً: الإعلام الدائم:

لقد ألزم المشرع إدارة الشركة بتمكين المساهم من الإطلاع على نحو دائم، وكلما إستشعر بحاجة الإطلاع على بعض المعلومات؛ أو أن له مصلحة جدية في الإهتمام ببعض البيانات دون التقييد بمواعيد إجتماعات الجمعيات العمومية، وهو ما أقرته المادة 678 من القانون التجاري بنصها:

" يجب على الشركة أن تبلغ المساهمين أو تضع تحت تصرفهم كل المعلومات التالية والمضمنة في وثيقة أو أكثر :

- 1- أسماء القائمين بالإدارة والمديرين العامين وألقابهم وأوطانهم، أو عند الإقتضاء بيان الشركات الأخرى التي يمارس فيها هؤلاء الأشخاص أعمال تسيير أو مديرية أو إدارة.
- 2- نص مشاريع القرارات التي قدمها مجلس الإدارة أو مجلس المديرين.
- 3- عند الإقتضاء، نص مشروع القرارات التي قدمها المساهمون وبيان أسبابها.
- 4- تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يقدم إلى الجمعية.
- 5- وإذا تضمن جدول العمال تسمية القائمين بالإدارة أو أعضاء مجلس المراقبة أو أعضاء مجلس المديرين، أو عزلهم.

أ) إسم ولقب المرشحين والمراجع المتعلقة بمهنتهم ونشاطاتهم المهنية طيلة السنوات الخمسة الأخيرة، ولا سيما منها الوظائف التي يمارسونها أو مارسوها في شركات أخرى.

ب) مناصب العمل أو الوظائف التي قام بها المرشحون في الشركة وعدد الأسهم التي يملكونها أو يحملونها فيها.

6- أما إذا كان الأمر يتعلق بالجمعية العامة العادية، فيجب أن يذكر جدول حسابات النتائج والوثائق التخليصية والحصيلة والتقرير الخاص بمندوبي الحسابات المبين لنتائج الشركة خلال كل سنة مالية من السنوات الخمسة الأخيرة أو كل سنة مالية مقلقة منذ إنشاء الشركة أو دمج شركة أخرى في هذه الشركة، إذا كان عددها يقل عن خمسة.

7- إذا كان الأمر يتعلق بجمعية عامة غير عادية، تقرير مندوبي الحسابات الذي يقدم إلى الجمعية عند الإقتضاء. "

وتتضح أهمية الإطلاع الدائم بأنه يساعد المساهم الجديد في الحصول على صورة كاملة عن ماضي الشركة، وتقدير حسن سير الإدارة والإستثمار بها، كما يستطيع المساهم القديم الذي لم يكن قد أظهر حتى هذه اللحظة أي إهتمام بأمر الشركة في الإلمام بما كان عليه الوضع في السابق، بالإضافة إلى ذلك فإن الإطلاع الدائم يعزز من قدرة المساهم . بصفة عامة- في المستقبل من التوصل إلى قرارات مستنيرة قد تضع حجر الأساس لمعالجة بعض الأخطاء وسد بعض الثغرات التي توهن من قدرة الشركة سواء في إنجاز أنشطتها أو تطوير وسائل الإستغلال أو الإنتاج بها.

ويتم الإعلام الدائم عن طريق الإطلاع على وثائق الشركة بمقرها أو خارج مقرها بمجرد التبليغ وهو ما يستتبع من نص المادة 678 فقرة 1 من القانون التجاري⁽¹⁾ حيث تقوم الشركة إما بتبليغ المساهمين أو أن تضع تحت تصرفهم كل المعلومات المضمنة في وثيقة أو أكثر.

على أن للمساهم الحق في الإطلاع على مستندات الشركة عن طريق وكيل هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في ظل قانون 24 / 07 / 1867؛ حيث أقر للمساهم الحق المطلق في إختيار وكيله لممارسة حقه في الإطلاع الدائم وفقا لنص المادة 35 من القانون السالف

¹ - وجاء النص كما يلي: "يجب على الشركة أن تبلغ المساهمين أو تضع تحت تصرفهم كل المعلومات التالية والمضمنة في وثيقة أو أكثر.....".

الذكر؛ فنظام الشركة لا يمكنه أن ينال من حق المساهم في هذا الصدد وأن يفرض عليه أن يكون الوكيل مساهما إلا أنه بصدور المرسوم الفرنسي في 23 / 03 / 1967 أصبح الإستعانة بوكيل بحرية مصرحا به قانونا⁽¹⁾، هذا بخلاف المشرع الجزائري حيث لم يوسع من دائرة الإطلاع وجعل حق المساهم في الإطلاع محدودا وهو ما يؤدي إلى تراجع مشاركته في تقرير مصير الشركة. كما أدرك المشرع الفرنسي مدى أهمية الإستعانة بخبير -عكس المشرع الجزائري- من قبل المساهم عند الرغبة في الإطلاع على المستندات التي توضع تحت تصرفه قبل إنعقاد الجمعية العامة، حيث نصت المادة 144 من المرسوم 23 / 03 / 1967 على أن لكل مساهم الحق في أن يستعين بأحد الخبراء المسجلين في القوائم أمام المحاكم عند إستخدامه لحقه في الإطلاع على المعلومات أو المستندات لدى الشركة.

ثانيا: الإعلام الدوري:

- تقضي معظم الأنظمة القانونية أن ينتقل المساهم شخصيا أو من يمثله إلى مقر الشركة قبل بضعة أيام من إنعقاد الجمعية العمومية . وهذا هو المقصود بالإعلام الدوري- ليحصل على نبذة موجزة عن بنود جدول الأعمال، ولكن هذا الشرط يكون محل إنتقاد إذا تعلق الأمر بشركة كبرى، فلا يصح أن تكون وثائقها منتشرة بصورة عريضة لدى الجمهور لذلك فإن نظام الإعتداد بالانتقال إلى مقر الشركة لا يناسب⁽²⁾ إلا الشركات الصغيرة التي لا تضم إلا أعدادا محدودة من المساهمين.

وكذلك تجيز بعض الأنظمة القانونية إرسال نسخة من هذه الوثائق والمستندات إلى كل مساهم بطريق البريد قبل إنعقاد الجمعية العمومية، وذلك في إطار محاولات جذب إهتمامه للمشاركة في إيجاد الحلول للصعوبات التي تواجه الشركة وتفادي ما ينسب عادة إلى إدارتها من تقصير في هذا المجال.

¹ - حلوش فاطمة أمال، المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2001-2002، ص 145

² - محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 613.

ويعتبر هذا الأسلوب أقل إنتشارا بسبب التكلفة المالية التي يحتاجها لتغطية أعمال النسخ والبريد، لهذا جعل المشرع إلتزام مجلس الإدارة أو مجلس المديرين إما بتبليغ المساهمين أو وضع تحت تصرفهم مدة ثلاثين يوما قبل إنعقاد الجمعية العامة⁽¹⁾؛ كما منح المساهم الحق في الإطلاع بمقر الشركة خلال خمسة عشر يوما السابقة لإنعقاد الجمعية العامة⁽²⁾.

أخيرا؛ فإن طرق إطلاع المساهم وممارسة حقه ثابت بحرص المشرع على تعدد أساليبها؛ بل أكثر من ذلك فإن حق الإطلاع على الوثائق المنصوص عليها في المواد 677 و678 و680 من القانون التجاري يتسع حتى للمالكين الشركاء للأسهم المشاعة وإلى مالك الرقبة والمنتفع بالأسهم⁽³⁾.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بحق الإعلام:

إنطلاقا من نص المادة 416 من القانون المدني فإنه يمكن القول بأن الشركة عقد يهدف إلى تحقيق الصالح العام من خلال نية التعاون أو الإشتراك والتي تستوجب إلتزاما آخر وهو حسن النية في التعامل أي تقديم المعلومات وعدم إخفائها عن الطرف الآخر⁽⁴⁾. غير أن هذا الإخلال بالإلتزام لا يقابله جزاء سوى الإكراه المالي لشركة التي ترفض تبليغ الوثائق كليا أو جزئيا لصاحب الحق الذي له أن يطلب ذلك من الجهة القضائية المختصة.

وبهذا فليس من حقه طلب إبطال المداولة لإخفاء المعلومة؛ فلم ينص المشرع عليها ضمن حالات البطلان الواردة في المادة 733 فقرة 2 من القانون التجاري⁽⁵⁾؛ يقال هذا رغم أن طبيعة هذه المعلومة يمكن أن تؤثر إيجابيا أو سلبيا على سير هذه المداولات أو المناقشات داخل

1- المادة 677 من القانون التجاري.

2- المادة 680 فقرة 1 من القانون التجاري.

3- و هذا بنص المادة 682 من القانون التجاري على أنه: "يرجع كذلك حق الإطلاع على الوثائق المنصوص عليها في المواد 677 و678 و680، إلى كل واحد من المالكين الشركاء للأسهم المشاعة وإلى مالك الرقبة والمنتفع بالأسهم".

4- بوعزة ديدن، دروس نظرية لمقياس القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، دروس القيت على طلبية ماجستير سنة أولى، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2005 - 2006، غير منشورة.

5- والتي نصت على أنه: "لا يحصل بطلان العقود أو المداولات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود".

الشركة؛ ومع ذلك فلا إجتهد مع صراحة النص؛ ومنه يبقى للأكراه المالي دور في ترتيب الجزاء على الإخلال بحق إعلام المساهم لتمكينه من الإطلاع على وثائق الشركة؛ ومن ثم ممارسة حقه في التصويت - وفقا لما سنتطرق إليه في المطلب الثاني-.

المطلب الثاني :حق المساهم في التصويت :

يكون للمساهم في شركة المساهمة إما المشاركة الفعلية في إدارة الشركة عن طريق إنتخابه عضوا في مجلس الإدارة، أو عن طريق مباشرة الرقابة على إدارة الشركة من خلال المشاركة في إجتماعات الهيئة العامة والتصويت على القرارات المتخذة⁽¹⁾. ولما كانت طبيعة إشتراك المساهم في أعمال مجلس الإدارة تختلف عن طبيعة إشتراكه في أعمال الهيئة العامة؛ وذلك لأن طبيعة عمله في مجلس الإدارة أقرب إلى الواجب أو الإلتزام منه إلى الحق ويترتب على عمله في المجلس مجموعة من الواجبات والمسؤوليات بينما ينشأ للمساهم طائفة من الحقوق المتميزة جراء إشتراكه في أعمال الهيئة العامة؛ بهذا كان حق الحضور من مستلزمات حق التصويت والعكس غير صحيح بدليل أن هناك بعض الفئات لها حق الحضور دون حق التصويت من ذلك مثلا أعضاء مجلس الإدارة غير المساهمين وممثلي حملة السندات وأصحاب الأسهم لحاملها، ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أن المساهم المحروم من حق التصويت بسبب تعارض المصالح لا يحق له حضور إجتماعات الجمعيات العمومية، بقصد تجنيب إشتراكه في المناقشات وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على الصياغة النهائية للقرار.

ولكن الرأي الراجح أن الحرمان من حق التصويت لا علاقة له بالحضور وأن للحضور قيمته المستقلة، بمعنى أن للمساهم الذي يحضره أن يسأل ويستوضح ويناقش وله أن يطرح الأفكار والحلول وهذا مفيد للجمعية العمومية، فضلا عن أن المشرع لم ينص على ذلك الحظر والأصل الإباحة في غياب النص فهو وحده المناط به تقدير المصلحة العامة⁽³⁾، وأنه لن يتردد في

¹ - فاروق إبراهيم الجاسم، المرجع السابق، ص 188.

² - J.Hémar, F.terrè et P.mabilat, OP.CIT, P162.N.181.

³ - وفي هذا الخصوص فقد نص المشرع على حالات قانونية للحرمان من حق التصويت منها الحرمان كجزاء لعدم سداد الأقساط المستحقة للأسهم وهو ما ورد بنص المادة 715 مكرر 49 من القانون التجاري.

إعلان الحظر إذا رأى أن احتمال الخطورة قائم، ولو بنسبة ضئيلة ومع ذلك كان تدخله بطريق عقوبات وقائية في حالة تضارب المصالح⁽¹⁾ منعا للتصويت لا للحضور.

وعلى العموم؛ يبقى حق المساهم في التصويت الوسيلة الأساسية التي تضمن له المشاركة الفعالة في تقرير شؤون الشركة وإتخاذ القرارات المتعلقة بها، إلا أن أحكام هذا الحق لم تكن محل إتفاق في التشريعات والفقهاء كالمسائل المتعلقة بالوكالة في التصويت مثلا أو بصدد الإتفاقيات المتعلقة بالتصويت أو كيفية مباشرته.

وإذا كانت القاعدة العامة في التصويت هي أن لكل سهم صوت واحد، بيد أنه تجوز مع ذلك إصدار أسهم ذات صوت مزدوج أو إصدار أسهم متعددة الأصوات. وعليه سوف نعالج في هذا المبحث وفي فرعين ما يلي:

الفرع الأول : قاعدة تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم والإستثناءات التي ترد عليها.

الفرع الثاني: أساليب ممارسة حق التصويت والإتفاقيات المرتبة عليه.

¹ - المادة 811 فقرة 4 من القانون التجاري والتي نصت على أن: "رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديريها العامون الذين يستعملون عن سوء نية وبهذه الصفة مالهم من السلطة أو حق في التصرف في الأصوات استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة".

الفرع الأول: قاعدة تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم والإستثناءات الواردة عليها:

حق التصويت هو منح صوت تداولي للمساهم في الجمعيات العامة للمساهمين، لكن كيف يسند هذا الحق للمساهمين؟ وما هو المعيار الذي يقاس به حق التصويت؟ وهل يتمتع جميع المساهمين بنفس عدد الأصوات؟.

الإجابة الأولية عن هذه الأسئلة هي أن معيار إسناد حق التصويت هو "مبدأتناسب الأصوات".

وحسب الفقيه الفرنسي Patrice ledoux؛ فإن مبدأتناسب الأصوات هو المبدأ الأساسي لإسناد حق التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين، ما هو المقصود بهذا المبدأ؟ وكيف يحقق هذا التناسب العدل داخل الشركة بين المساهمين الكبار والصغار؟ وما هي الإستثناءات الواردة عليه؟⁽¹⁾ وهو ما سنتطرق إليه في النقطتين التاليتين :

أولاً: مبدأ تناسب الأصوات مع عدد الأسهم:

الأصل العام أن لكل سهم صوت، فالتناسب هو تناسب حق تصويت المساهم مع حصته في رأس مال الشركة، أي مع عدد أسهمه الممثلة لحصته في رأس المال، ولا يقصد بالتناسب المساواة التامة بين المساهمين وإنما هي المساواة بين أسهم من نفس الفئة؛ إذ يمارس المساهم حقه في التصويت داخل الجمعيات العامة أي بالمساهمة في إدارة الشركة والتأثير على القرارات المتخذة حسب قيمة وعدد الأسهم التي يملكها.

فكلما حاز المساهم على عدد أكبر من الأصوات كلما كان تأثيره على القرارات المتخذة في الجمعيات العامة أكبر، بينما المساهم الذي له عدد قليل من الأصوات فلا يكون له

¹ - بلقايد كميلية، حق التصويت في الجمعيات العامة في شركات المساهمة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق تلمسان، 2008 - 2009، ص 12.

وزن ثقيل في الجمعيات العامة، ويفسر الفقه⁽¹⁾ هذه القاعدة على أن شركة المساهمة هي شركة أموال، فرأسمالها أهم من الأشخاص المساهمين فيها، لذا ليس لكل المساهمين نفس الحقوق؛ بل تقاس حقوقهم خاصة حق التصويت بمقدار مساهمتهم في تكوين رأس المال وهو ما يجد تفسيره بحكم المادة 603 من القانون التجاري⁽²⁾. والتي تقضي بإمتلاك كل مساهم عدد من الأصوات تعادل الأسهم التي يمتلكها دون تجاوز نسبة (5%) من العدد الإجمالي للأسهم، ولوكيل المكتتب عدد الأصوات التي يملكها موكله حسب نفس الشروط والحد.

أخيرا، يمكن إعتبار مبدأ تناسب الأصوات تمكين المساهم من التأثير على قرارات الشركة يتناسب مع أهمية المساهمة في رأس المال، ولكن إلى أي حد يحقق هذا المبدأ التوازن بين المساهمين الكبار والصغار؟. ألا يؤدي مبدأ النسبية إلى إستبعاد رأي صغار المساهمين؟. لهذا السبب قد نعتبر الإستثناءات التي ترد على المبدأ ليست حتما ضارة بالشركة وبسيرها، وإنما قد تكون مفيدة للتخفيف من حدته وذلك بخلق نوع من العدل بين صنفين من المساهمين، صنف يهتم بمصير الشركة؛ وصنف يهتم بالأرباح الوفيرة. كما قد يهدف المشرع لوضع قيود على مبدأ النسبية إلى حماية الشركات الوطنية ورؤوس الأموال الداخلية من الهيمنة الأجنبية؛ لذا سنبحث الإستثناءات الواردة على مبدأ تناسب الأصوات في النقطة التالية:

ثانيا: الإستثناءات الواردة على المبدأ:

إن الإستثناءات الواردة على مبدأ تناسب الأصوات، تكون إما بزيادة عدد الأصوات أو بإنقاصها وتحديدها وهذا على التوالي:

¹ - J.Hémard, F.Terré et P.Mabilat, Op.cit, P166.

² - والتي نصت على أنه: "لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي إكتتب بها، دون أن يتجاوز نسبة (5%) من العدد الإجمالي للأسهم. ولوكيل المكتتب عدد الأصوات التي يملكها موكله حسب نفس الشروط ونفس الحد. وعندما تتداول الجمعية حول الموافقة على حصة عينية، فلا تؤخذ في حساب الأغلبية أسهم مقدم الحصة".

1- الإستثناءات بزيادة عدد الأصوات :

من المسلم به أن كل سهم يعطي الحق في صوت واحد على الأقل، إلا أنه لأسباب متعددة تلجأ الشركات إلى إصدار أسهم تسمى أحيانا بالأسهم ذات الأولوية في التصويت وأحيانا بالأسهم ذات الصوت الممتاز⁽¹⁾ وهي في الحقيقة أسهم تمنح لحامليها عدة أصوات⁽²⁾ وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بصريح نص المادة 684 من القانون التجاري على أنه " لكل سهم صوت واحد على الأقل وكل شرط مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن. "

والواضح أنه يكاد يظهر هذا الإستثناء وكأنه القاعدة العامة. ⁽³⁾ لكن ألا يؤدي هذا الإستثناء إلى إعتبار أن مبدأ تناسب الأصوات لا يزال يعاني من عدة عوارض؟.

2- الإستثناءات با لحد من عدد الأصوات:

أعطى المشرع الجزائري طبقا للمادة 685 من القانون التجاري كامل الحرية لشركة في تحديد الأصوات التي يملكها كل مساهم بموجب قانونها الأساسي لكن بشرط أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى.

كما يظهر الحد من عدد الأصوات عندما جعل المشرع لكل سهم صوت واحد على الأقل وهي قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها وهو ما ورد بنص المادة 684 من القانون التجاري بنصها: " لكل سهم صوت واحد على الأقل، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن". بمعنى آخر أجاز تحديد عدد الأصوات لكن دون أن يصل الحد إلى إزالتها. وبالرجوع

¹- محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص 684.

²- إذ أوجد المشرع فئة من الأسهم العادية الإسمية تتمتع بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها وهو ما ورد بنص المادة 715 مكرر 44 قانون تجاري.

³- إن المشرع الفرنسي قد لجأ إلى تطبيق نظام الأسهم ذات الأصوات المتعددة على إثر خلق أسهم الإمتياز بفعل قانون 16 نوفمبر 1966 ولكنه بفعل سيطرة مؤسسوا الشركات ومسيريتها بضمانيهم أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة إذ ساهم بفاشية المساهمين ليترك للقوانين الأساسية لبحق في إصدار أسهم ذات الصوتين بفعل قانون 24 جويلية 1966 للمزيد راجع:

Yves Guyon, Droit des affaires, op.cit, P308.

لنص المادة 603 من القانون التجاري والتي نصت على أنه: "مكتتب عدد الأصوات يعادل عدد الحصص التي أكتتب بها دون أن يتجاوز ذلك نسبة (5%) من العدد الإجمالي للأسهم". فقد قصد المشرع من ذلك -بحسب رأي- تحديد العدد الأقصى للأصوات التي قد يملكها مساهم ما بل والأكثر من ذلك؛ فقد أراد أن يضمني شكلا من العدل بين المساهمين خاصة وأن القانون لم يمنع الأسهم ذات الأصوات المتعددة بفعل نص المادة 684 و715 مكرر 44 من القانون التجاري ومنه حماية المساهمين الصغار الذين يملكون عدد قليل من الأسهم وكذا فئة المساهمين الذين يتمتعون بالأولوية في الإكتتاب بالأسهم، فلو لم يحدد المشرع عدد الأصوات التي قد يملكها مساهم ما ب (5) من العدد الإجمالي للأسهم، لما تمكن أصحاب هذه الفئة من الحصول على أسهم جديدة عن طريق الإكتتاب لأن نية وفائدة المساهمين المتمتعين بالأغلبية في التصويت ستتحده حتما لإقتسام الأرباح، زد على ذلك كي لا يتحاييل البعض بإكتتاب أسهم تتمتع بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها تمكنهم من السيطرة على الشركة، وذلك بمساهمة ضئيلة في رأس المال.

وأخيرا، يمكن إعتبار المشرع الجزائري قد قام بحماية حق المساهم في التصويت بفعل الإستثناءات الواردة على المبدأ حيث غطى جميع الثغرات التي يمكن أن تؤثر في ممارسة المساهم لحقه في التصويت، وبهذا يبقى لنا التطرق لأساليب ممارسة هذا الحق والإتفاقيات الواردة عليه هذا في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: أساليب ممارسة حق التصويت والإتفاقيات المرتبة عليه:

يجب ان يكون للمساهم الحرية الكاملة في ممارسة حق التصويت، كما أن التصور الشامل لطبيعة تنظيم شركة المساهمة تجعل من إشتراك المساهم في التصويت إختياريا⁽¹⁾ وله أن يعبر عن رأيه بكل إستقلالية وأن يختار أساليب ممارسته؛ كما له أن ينحاز بصوته إلى الإتجاه الذي يناسبه وفق إتفاقية تضمن التصويت حسب رأي معين.

¹-Y.Chartier,l'evolution de l'engagement des associés,Rev social,Paris,1980,P898.

لكن التركيز على إستقلالية المساهم عند الإدلاء بصوته والتسليم بأن سلطة إتخاذ القرارات تعود شرعا إلى مقدمي رؤوس الأموال؛ ألا يجب أن يراعى فيها بعض القيود التي تقرها مصلحة الشركة والمصالح العليا لها؟، كما لا يصح أن يمارس المساهم لحقه بحسب هواه بترتيب إتفاقيات عليه - قد يجيزها التشريع أو لا- ولعل إعتبار أن حقه يمتزج بحق الشركة فإن مقتضيات حسن النية تفرض عليه عند إستعماله لحقه ألا يتعسف فيه وأن يتعاون مع بقية الشركاء وفق إتفاقيات تضمن مصلحة الشركة دون غيرها.

على هذا الأساس نتطرق في بحثنا بالتفصيل الآتي في النقطتين التاليتين إلى:

أولا: أساليب ممارسة حق التصويت

ثانيا: الإتفاقيات المرتبة على حق التصويت

أولا: أساليب ممارسة حق التصويت:

جرى العمل على إتباع أربعة طرق للتعبير على التصويت داخل الجمعية العمومية⁽¹⁾، من هذه الطرق التصويت برفع الأيدي، وتتميز هذه الطريقة بالبساطة، فهي خالية من التعقيدات مع سرعة الإنجاز، ولا تحتاج إلا إلى عدد من الأعضاء ويحصر الأصوات وتدوين الأرقام والنسب فقط، ولكن تفترض هذه الطريقة أن تكون القوة التصويتية للأسهم متعادلة وموزعة بالتساوي على المساهمين.

أما الطريقة الثانية فهي التصويت بالمناداة على الأسماء وإستطلاع رأي المساهم فرديا، ولكن هذه الطريقة تحتاج إلى وقت قد يطول بالذات في شركات المساهمة التي تضم أعدادا ضخمة من المساهمين، ثم هناك طريقة البطاقات وتتم بتسليم أعضاء الجمعية العمومية بطاقات التصويت عند بدء الجلسة، ثم تسليم للمراجعين بعد أن يدون فيها كل مساهم عدد أصواته وذلك عند كل تصويت لتحديد الأصوات المؤيدة والمعارضة للقرار، وهناك أيضا طريقة للتصويت السري وتتميز بأنها تساعد على دفع الحرج والإبتعاد على التأثير الشخصي لأعضاء مجلس الإدارة

¹ - G.Ripert et R.Roblot,op.cit,P918,N.1216.

أو بعض المساهمين على عملية التصويت، ولكنها تواجه صعوبة في حصر الأصوات إذا كانت الأسهم موزعة بطريقة غير متساوية على أعضاء الجمعية. ففي هذه الحالة يقتضي الأمر الإطلاع على ورقة الحضور للتعرف على شخصية المساهم صاحب الصوت، غير أن ذلك يكشف عن السرية المنشورة، ولكن يمكن معالجة قصور هذه الطريقة، إما بإدخال بطاقات غير معروفة الإسم توازي 15، 20، 50 صوتا إلى جانب البطاقات الفردية وذلك حسب توزيع الأصوات داخل الشركة، وهذا الحل يؤدي أحيانا إلى التجزئة الظاهرة للأصوات المؤثرة في نصاب الأغلبية، كما يجوز في هذه الحالة تأمين السرية في الإقتراع بواسطة تدخل محضر قضائي ملزم بالسر المهني⁽¹⁾.

وزيادة على هذه الطرق الأربعة توجد طريقة التصويت بالمراسلة والتي عرفها القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 01/3 /1973 عدل لقانون الشركات الصادر عام 1966؛ هذا في المادة 161 منه أجاز فيها أسلوب التصويت بالمراسلة في جميع الجمعيات العادية وغير العادية بغرض تشجيع المساهمين على المشاركة في تسيير الشركة وتفادي التجاوزات الناجمة عن إستخدام التفويضات على بياض، وهي تتم عن طريق إستمارة تشتمل على بعض البيانات الشخصية كالإسم، ومقر الإقامة أو التوقيع أو توقيع النائب مع تحديد تاريخ آخر ميعاد لتسليم هذه الإستمارة وبموجبها يعطي المساهم صوته في صالح أو في غير صالح مشروع القرار، غير أن هذا النظام لم يحضى بعد بإهتمام المشرع الجزائري كما نبذه جلة من الفقه⁽²⁾ معتبرين أن التصويت الصحيح لا يكون إلا نتيجة البحث وتبادل الآراء حتى لا يقع تصويت طائش بلا فكر وبلا رؤية فضلا عن أنها تؤدي إلى إلغاء أهمية المناقشات في الجمعية العامة ومداولاتها.

أخيرا؛ ما يجدر الإشارة إليه أن أغلب التشريعات والتشريع الجزائري لم يحدد الطريقة التي يستطيع بها المساهم التعبير عن صوته عند الإقتراع وتركت بذلك الحرية الكاملة للشركات للنص عليها في نظمها الأساسي وفقا لظروف كل شركة وفئات الأسهم داخلها.

¹ - محمد عمار تيبوار، المرجع السابق، ص 574.

² - محمد صالح، المرجع السابق، ص 36.

وبهذا يبقى لنا التطرق لمحتوى الإتفاقيات المرتبة على حق التصويت؛ فهل تعتبر صحيحة وقانونية أم تحمل البطلان؟.

ثانيا: الإتفاقيات المرتبة على حق التصويت:

يعتبر حق التصويت في الجمعيات العمومية حقا ملازما لملكية السهم ومرتبطة أساسا به، فلا يجوز حرمان المساهم منه مهما يكن السهم الذي يملكه.

إلا أن الحياة العملية للشركات المغفلة تدل على وجود حالات يبرم فيها المساهم إتفاقيات ترتبط بحقه في التصويت؛ فهل هي صحيحة وقانونية؟ أم منافية للقانون؟.

1- الإتفاقيات الرامية إلى التنازل عن حق التصويت :

الأصل في حق التصويت عدم إمكانية إزالته أو إبطاله تحت أي ظرف كان ولا يمكن أن يكون موضوع تنازل أو إزالة بمعزل عن السهم⁽¹⁾، غير أن الواقع العملي يفرض ظروفًا تؤدي بالمساهم حسب الحالة إلى التنازل عن حقه في التصويت بترتيب إتفاقيات يتنازل فيها أحد أو بعض المساهمين عن هذا الحق بمعزل عن أسهمهم وأحيانا تبعا لتفرغهم عن هذه الأسهم، لكن يبقى السؤال في ذلك يطرح بشأن صحتها ومصداقيتها قانونا؟.

أ. التنازل عن حق التصويت مع الحفاظ على ملكية السهم:

ويحصل التنازل في هذه الحالة إما عبر توكيل غير قابل للنقض وإما عبر إتفاقية تتضمن حق إنتفاع على السهم.

* الإتفاقية المتضمنة توكيل غير قابل للنقض :

إن الوكالة غير القابلة للنقض المعطاة للتصويت تشكل في الواقع وقفا لحق التصويت وبالتالي تعتبر غير قانونية، حتى ولو أعطيت لمدة محددة.

1- cass.com,7 avril 1932,cité par Philippe Merle, op. cit, p 312.

فمن واجب الوكيل التعبير عن إرادة الموكل وهذا لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الوكالة قابلة للرجوع، أما في الوكالة غير قابلة للرجوع فالمساهم لا يستطيع بموجبها أن يقرر الإلغاء الفوري لهذه الوكالة مما يؤثر على حرية التقرير لديه (1).

بناء على ذلك تعتبر باطلة الإتفاقية التي تتضمن بندا ينص على إحتفاظ المتنازل بممارسة جميع الحقوق الملازمة للأسهم التي تنازل عنها؛ ومن بينها حق التصويت في الجمعيات العمومية وكأنه لم يتنازل عن هذه الأسهم. وكذلك تعتبر باطلة الوكالة غير القابلة للنقض للتمثيل في الجمعيات العمومية حتى اللحظة التي يتم فيها بيع الأسهم ويعد هذا النوع من الوكالة باطلا بطلانا مطلقا لأن التنازل يمنع المتنازل له من ممارسة حقوقه الملازمة لملكية السهم ولاسيما ممارسة حق التصويت بحرية.

*الإتفاقية المتضمنة حق الإنتفاع على السهم :

يجوز للمساهم أن يرتب حق إنتفاع على سهمه لمصلحة شخص آخر، ويبقى لنفسه حق الرقبة، كما يجوز له أن يتنازل عن السهم لهذا الشخص ويبقى لنفسه فقط حق الإنتفاع ويصبح المتنازل له هو مالك الرقبة ، فمن يملك حق التصويت في كلتا الحالتين ؟ وهل يجوز لهما إبرام إتفاقية تعطي حق التصويت لأحدهما دون الآخر؟.

بداية لابد من التذكير بوجود الإشارة إلى حق الإنتفاع في السهم نفسه إذا كان لحامله، وفي سجلات الشركة إذا كان إسميا لكي ينتج هذا الحق مفاعيله؛ ولقد نصت المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي على أنه عندما تكون هناك حصة في الشركة مثقلة بحق إنتفاع يعود حق التصويت لمالك الرقبة باستثناء التصويت على القرارات المرتبطة بتوزيع الأرباح (2).

¹ - Voir.Micheal Germain, Le transfert du droit de vote, Rj.com, nov1990,P137.

² - art 1844§ 3et 4 du code civile français : « Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propretaire , sauf pour les décisions concernant l'affection des bénéfiques, ou il est réservé a l'usufruitier ».

بيد أن الفقرة الأولى من المادة 163 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في عام 1966 نصت على أنه يعود للمنتفع حق التصويت على جميع القرارات المتخذة في الجمعية العمومية العادية بينما لا يحق لمالك الرقبة التصويت سوى في الجمعيات العمومية غير العادية، بإعتبار هذه الأخيرة تبحث المسائل المتعلقة بملكية السهم الذي يبقى لمالك الرقبة؛ وهو ما نصت عليه المادة 679 من القانون التجاري على أنه يعود للمنتفع حق التصويت على جميع القرارات المتخذة في الجمعية العمومية العادية بينما لا يحق لمالك الرقبة التصويت سوى في الجمعيات العمومية غير العادية بإعتبار هذه الأخيرة تبحث المسائل المتعلقة بملكية السهم الذي يبقى لمالك الرقبة، والأمر الذي يتجاوز مجرد الإنتفاع بالسهم ليطل ملكيته ولكن هناك رأي فقهي يقول بأن المادة 163 من قانون الشركات الفرنسي مجحفة بحق مالك الرقبة لأن هناك بعض القرارات التي تتخذ في الجمعيات العمومية العادية قد تشكل تعديا على حقوقه، كقرار أعضاء مجلس الإدارة أو قرار زيادة رأس المال. . . .⁽¹⁾

من هنا جاء القرار الصادر في 1978 فأضاف على المادة 1844 إمكانية وجود بند في النظام مخالف للفقرتين 3 و 4 منها.⁽²⁾ أي أنه أصبح من الجائز أن يتضمن نظام الشركة بندا يمنح بموجب حق التصويت في جميع الجمعيات العمومية للمنتفع وحده دون مالك الرقبة أو العكس.

وبالفعل فإن الواقع العملي دل على أن هذه الحالة مطروحة على الإجتهد قبل التعديل الحاصل في عام 1978، فبموجب إتفاقيات بين المساهمين تهدف إلى الوصول إلى أكثرية ثابتة، تم تعيين شخص يتصرف بإسم هذه الأكثرية شرط أن تنقلب هذه الأخيرة عبر تنازلات عن الأسهم، لولم تتم إدارة الشركة بشكل جيد وكاف؛ هذا الانقلاب للأكثرية يمكن الحصول عليه من خلال إنشاء حق إنتفاع على مجموعة من الأسهم وهذا ما حصل فعلا عندما إتفقت فئتان من المساهمين تملك كل واحدة نصف رأس المال⁽³⁾ على أنه عند فقدان الأكثرية تلتزم الفئة الأولى بأن تتفرغ عن حق الإنتفاع على بعض أسهمها لصالح الفئة الثانية؛ بيد أنه بعد فترة من الزمن ساءت العلاقات بينهما فطرح مسألة إبطال التفرغ عن حق الإنتفاع بإعتباره يشكل تصويتا.

¹ - Le Bayon, L'usufruit des parts sociales. Rev, Soc, 1973, P.435

² - « les statuts de la société peuvent déroger aux dispositions des deux aliénés précédents ».

³ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 106.

ردت محكمة إستئناف باريس الإدعاء بحجة أن المنتفع يحق له التصويت في الجمعية العمومية وأنه يتصرف بشكل شرعي بناء على الإتفاق الجاري بينهما والذي يعطيه الصفة لذلك⁽¹⁾.

من هنا يتبين لنا أن الإجتهد الفرنسي إعتترف بصحة التصويت الجاري بناء على إتفاقية تتضمن تفرغا عن حق الإنتفاع؛ مما يدل على إمكانية التنازل عن حق التصويت للمنتفع مع الإحتفاظ بملكية الرقبة شرط أن يراعي التصويت مصلحة الشركة.

بيد أن الأمر يختلف لو كان المنتفع شخصا أجنبيا عن الشركة، ففي هذه الحالة لا يمكن حرمان مالك الرقبة الذي يملك وحده صفة المساهم من حقه بالتصويت بشكل مطلق.

ب- التنازل عن حق التصويت تبعا للتنازل عن السهم:

إذا كان التنازل عن حق التصويت مع الإحتفاظ بملكية السهم قد أثار العديد من المشاكل بسبب الفصل بين السهم والحقوق الملازمة له، فهل يعتبر التنازل عن حق التصويت من خلال التنازل عن ملكية أو حيازة السهم صحيحا؟

إن ظاهر الأمر يدل على صحة الإتفاقية التي تتضمن هذا التنازل؛ بيد أن الواقع العملي لا يقر بصحة هذا التنازل دوما.

* الإتفاقية الرامية إلى إنشاء هولدينغ بين المساهمين :

قد يتفرغ المساهمون أحيانا عن أسهمهم لشركة تقوم بمراقبة الشركة المساهمة التي ينتمون إليها والإشراف على أعمالها وذلك من خلال ممارسة الحقوق الملازمة للأسهم التي حصلت عليها جراء التفرغ ومن بينها حق التصويت في الجمعيات العمومية، وتعرف هذه الشركة بالهولدينغ " Holding " .

¹- Michael Germain, Traité de droit commercial, T1, 18ème édition, L.G.D.J , Paris, 2002, p141.

بيد أن المشكلة تثار عندما لا يكون الدور الحقيقي لهذه الشركة الإشراف والرقابة على شركة المساهمة وإنما السعي للحصول على تصويت موحد للمساهمين. فهل تعتبر هذه الشركة وبالتالي الإتفاقية التي أنشأتها صحيحة؟.

إعتبر الفقه الفرنسي⁽¹⁾ أن كل شركة مالية تنشأ بين مساهمين أو أكثر هي شركة باطلة فيما لو كان سبب قيامها تأمين وحدة التصويت.

ولابد هنا من الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي إلتفت إلى هذا الواقع وإلى مدى كثرة اللجوء إلى الإتفاقيات التي تنشأ هذا النوع من الشركات، بالرغم من قلة الخلافات والمنازعات المعروضة عليه حول الموضوع. فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بموجب قضية فصلت فيها عام 1965 أن الشركات التي تهدف إلى تجميد الأسهم في شركة المساهمة بهدف تأمين الرقابة على هذه الأخيرة تعتبر صحيحة. بيد أنه ومن خلال حيثيات القضية تبين للمحكمة أن مساهمين في شركة مساهمة تنازلا عن ثلثي أسهم الشركة إلى شركة محدودة المسؤولية لكي تقوم بدور الهولدينغ أي الإشراف والرقابة على شركة المساهمة. إلا أن المثير في القضية هو أن شركة الهولدينغ لم تسدد قيمة الأسهم التي حازتها جراء التفرغ مما يدل على أن هذا التفرغ هو بيع صوري وبالتالي فالشركة أيضا صورية وما هي إلا غطاء لإتفاقية ترمي إلى إلزام المساهمين بالتصويت في إتجاه واحد مما يستوجب إبطالها⁽²⁾.

¹- A.Tunc,les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des S.A.RDCom,1962, p140: « toute société financière créé entre actionnaires se nulle chaque fois que sa création a pour cause l'exercice en commun du droit de vote ».

² - Michel Germain,op.cit,p139.

*الإتفاقية الرامية إلى إنشاء نقابات تجميد:

من أجل جعل الإتفاقيات المتصلة بالتصويت أكثر فعالية، ومن أجل الدفاع عن مصالحهم اتجاه مجلس الإدارة أو إتجاه كبار المساهمين المسيطرين على الإدارة يلجأ أحيانا صغارالمساهمين إلى إبرام إتفاقيات جماعية تتيح لهم في الواقع تشكيل إرادة متماسكة إتجاه الذين يديرون الشركة وتنشأخصيصا لهذه الغاية تسمى نقابات التجميد « Syndicat de blocage »⁽¹⁾. يتنازل بموجبها المساهمون عن حيازة أسهمهم ويضعونها في مركز النقابة فلا يستطيعون بعدها ممارسة الحقوق الملازمة لهذه الأسهم بأنفسهم مباشرة، وإنما من خلال وكيل غالبا ما يكون مدير النقابة الذي تتجمع لديه هذه الأسهم⁽²⁾ فهل تعتبر هذه النقابات قانونية؟.

ميز الإجتهد الفرنسي بين ثلاثة أنواع من النقابات:

أ- نقابات الأكثرية « Syndicats de majorité »، دورها تأمين أكثرية في إختيار أعضاء مجلس الإدارة وفي التصويت على القرارات المهمة.

ب- نقابات الدفاع « Syndicats de défense »، تخصص لتأمين الدفاع عن حقوق المساهمين ضد تصرفات أعضاء مجلس الإدارة. وهذه النقابات هي عبارة عن عقد ميثاق بين مجموعة من المساهمين يجتمعون قبل إنعقاد الجمعية العمومية.

ج- وهناك نوع ثالث من هذه النقابات تكون الغاية منها منع أعضائها من التنازل عن أسهمهم.

ولقد إعتبر الإجتهد أن نقابات التجميد التي تهدف إلى توجيه أعضاء النقابة في الإتجاه المعين من قبل الأكثرية غير قانونية⁽³⁾.

¹-Ph. Merle,op.cit,p.314

²- G.Ripert et R.Roblot,op.cit,p386,n1612 : « Les actionnaires remettaient leurs titre sa un « syndicat » qui exerçait leurs droits en qualité de mandataire ».

³-A.Tunc,op.cit,p.97 : « ...Ces syndicats ont toujours pour objet ,plus ou moins avoué,de faire obstacle au libre exercice du droit de vote ».

بيد أن غالبية الفقه الفرنسي إعتبر نقابات التجميد بمجملها باطلة بحجة أن موضوع هذه النقابات هو دوما الحد من ممارسة حق التصويت. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كانت إتفاقية التجميد تنطوي على إستبعاد لممارسة حق التصويت، فإنه من الطبيعي إعتبارها غير قانونية. أما إذا كانت الإتفاقية عبارة عن وثيقة خيار مضادة لا تشكل إنتهاكا مباشرا لحرية التصويت، فإن القضاء الفرنسي يقر بصحتها⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم، إن أغلب الإتفاقيات الرامية إلى التنازل عن حق التصويت سواء بصورة مستقلة أم تبعا للتخلي عن السهم، تشكل وقفا لحق التصويت الأمر الذي يتعارض مع مبدأ المساواة بين المساهمين في الشركة.

فهل هذا التعارض قائم بين هذا المبدأ والإتفاقيات المرتبطة بممارسة حق التصويت؟

2- الإتفاقيات المرتبطة بممارسة حق التصويت :

Conventions relatives a l'exercice du droit de vote

يجب أن يمارس حق التصويت الملازم بصورة أساسية للسهم بحرية تامة غير أنه لا يعارض كل من الفقه والقضاء الفرنسيين - رغم ما يوليان من أهمية لممارسة هذا الحق - ورود بعض البنود في أنظمة الشركات أو في إتفاقيات جانبية من شأنها أن تنظم أو تحد من حرية ممارسة هذا الحق، شرط الإحتفاظ بالمبدأ الأساسي الذي يعتبر أن حق التصويت هو حق فردي يجب أن يمارس بحرية تامة فلا يمكن إلغائه بقرار من الأكثرية في الجمعية العمومية أو من خلال بند قد يرد في النظام الداخلي. ولا يمكن أن يكون موضوع إتفاقيات خاصة تحد من ممارسته لأنه يجب أن يكون التعبير الصحيح عن الإرادة الحرة المعبر عنه بنتائج المناقشات التي تجري في الجمعية العمومية⁽²⁾.

¹ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 113.

² - M. Cozian et A.Viandier, Droit des sociétés, 3 éd, Litec, paris, 2000, n394.

بيدأن ذلك لا ينفي إمكانية وجود إتفاقات ترتبط بممارسة هذا الحق دون أن تنال منه سيما وأن الواقع العملي لشركات المساهمة، خصوصا ظاهرة تغيب المساهمين عن حضور جلسات الجمعيات العمومية وتطور وسائل تمويل الشركات والإستثمار فيها، وتنوع العلاقات فيما بين المساهمين إن كل ذلك حمل المساهمين سيما الكبار في الشركات المساهمة في الكثير من الحالات على التوافق مسبقا بينهم على بعض القرارات المتعلقة بسير العمل في الشركة وهو أمر ينطوي بحد ذاته على إتفاق على كيفية ممارسة حق التصويت⁽¹⁾.

وقد أخذت هذه الإتفاقيات أشكالا متعددة يمكن تصنيفها إلى إتفاقيات مقيدة لممارسة التصويت وإتفاقيات موجهة لهذه الممارسة وهذا كالتالي :

أ. الإتفاقيات المقيدة لممارسة التصويت:

تهدف هذه الإتفاقيات إلى تقييد حرية المساهم في التصويت داخل الجمعيات العمومية وهي بذلك تشكل وفقا لحق التصويت بصورة غير مباشرة، ، لذلك فهي غير قانونية وبالتالي باطلة، شأنها شأن الإتفاقيات الرامية إلى التفرغ عن حق التصويت.

وتأخذ هذه الإتفاقيات أشكالا عديدة نذكر منها :

* الإلتزام بالإمتناع عن التصويت أو التصويت حسب رأي الآخرين:

يقصد بهذا الإلتزام، الإتفاق والتعاهد الذي يلتزم فيه المساهم بعدم التصويت إلا بإذن شخص آخر وموافقته، ويعتبر هذا الإتفاق تعديا صارخا على حرية ممارسة التصويت لتعارضه مع مبدأ حرية المساهم في ممارسة حق التصويت الذي يتعلق بالنظام العام.

كالإتفاق الحاصل بين عدة مساهمين كبار يملكون أكثرية الأسهم بإتخاذ قرارات بالإجماع بينهم تتعلق بسير أعمال الشركة. ولا بد من الإشارة إلى أن القرار المتخذ بناء على الإتفاق المبرم يعتبر لاغيا ما لم يتبين أن الأصوات الباقية بعد حسم الأصوات المتفق عليها لم تؤثر في إتجاه

¹ - غادة أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 114.

الأغلبية؛ ولقد أبطل القضاء الفرنسي⁽¹⁾ الإتفاق الذي يربط ممارسة حق التصويت بمشيئة مجلس الإدارة.

الإلتزام بالتصويت في إتجاه معين :

تعتبر الإتفاقيات التي تلزم المساهم بالتصويت في إتجاه معين عملا غير قانوني⁽²⁾ لأنها تتعارض مع مبدأ حرية المساهم في التصويت. وغالبا ما يلجأ المساهمون إلى هذه الإتفاقيات عندما يتفرغون عن أسهمهم، كأن يعد المتفرغ له بأن يضمن إستقرار المتفرغ في منصبه كعضو في مجلس الإدارة، أو بأن يصوت لمصلحته في الجمعية العمومية.

إن مثل هذه الإتفاقيات، التي ترمي إلى تأمين مصلحة خاصة دون مراعاة مصلحة الشركة لم تجد لها تبريرا أمام الإجتهد. وبالتالي فإن الإتفاقيات التي لا تترك الحرية للمساهم في إختيار أعضاء مجلس الإدارة تعتبر باطلة.

ب- الإتفاقيات الموجهة لممارسة التصويت:

بعكس الإتفاقيات المقيد لحرية التصويت ترمي هذه الإتفاقيات إلى توجيه الصوت دون أن تسلب صاحبه حرية ممارسته بشكل مطلق. وبالتالي لا تؤدي هذه الإتفاقيات إلى خرق مبدأ حرية التصويت لذلك فهي صحيحة وقانونية ونذكر من هذه الإتفاقيات مايلي :

*الإتفاقية المتضمنة توكيل على بياض :

إن أغلب المساهمين لا يستطيعون حضور الجمعيات العمومية لأسباب عديدة نفسية جغرافية ومادية.

ولقد تنبه المشرع الجزائري إلى هذا الأمر فأورد بنص المادة 679 القانون التجاري فقرة 2 بأنه: "ويمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد.

¹ - G.Ripert et R. Roblot ,op.cit, p394.

² -Ph. Merle,op.cit, p313, n 314 : "sont considérées comme nulles les conventions par les quelles un actionnaire s' engage par avance a voter dans tel ou tel sens".

فإذا لم يحصل إتفاق؛ عين الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهمله الإستعجال. "كما يلحق مكتب الجمعية بورقة الحضور الوكالة التي تتضمن إسم موكل ولقبه وموطنه وكذا عدد الأصوات التابعة لهذه الأسهم ويصادق مكتب الجمعية على صحة ورقة الحضور الموقعة قانونا من حاملي الأسهم الحاضرين والوكلاء⁽¹⁾.

فمن أجل تأمين النصاب القانوني وإمكانية إنعقاد الجمعية العمومية في مواعيدها المحدد لها وتجنب التأخير وتكاليف دعوات أخرى، ومن أجل عدم تكبيد المساهمين القاطنين بعيدا عن المركز الرئيسي للشركة مشقة الإنتقال وإلتاحة الفرصة لمدراء الشركات بإستمرار حقيقي وخاصة منهم الذين يحرصون على مصالح الشركة والمساهمين. . . . من أجل ذلك يلجأ أحيانا بعض المساهمين إلى إجراء توكيلات على بياض لغيرهم من المساهمين هذا بخصوص الأسهم المشاعة فلم يرد أي نص للمشرع الجزائري يوسع من دائرة التصويت عن طريق إتفاقية التوكيل؛ هذا بخلاف القضاء الفرنسي الذي وسع من هذه الدائرة لكل المساهمين فأصدر قرار لمحكمة باريس 1938 تبين فيه المحكمة أهمية التوكيل على بياض والغاية المرجوة منه فجاء في القرار:⁽²⁾

"أن الغاية من هذه الممارسة العملية هي تأمين النصاب القانوني لأن إختلاف المساهمين وإهمالهم وغياهم يعرقل أعمال الجمعية العمومية. على هذا الأساس لا يشكل التوكيل على بياض أي إنتهاك لحرية ممارسة التصويت، غير أنه إذا تبين من ظروف القضية أن الهدف منها كان تأمين أغلبية مختلفة لصالح مجلس الإدارة، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى إبطال الجمعية العمومية".

الإلتزام بالتصويت بإتجاه معين مع بقاء حرية الإختيار:

إن إلتزام المساهم بالتصويت بإتجاه معين يعتبر باطلا فيما لو كان من شأن هذا الإلتزام التأثير على حرية المساهم ولكن إذا كان هذا الإلتزام من شأنه توجيه هذا الصوت من غير أن يؤثر على حرية الإختيار فإن القضاء⁽³⁾ يعتبره صحيحا وقانونيا.

¹ - المادة 681فقرة 3 و5من القانون التجاري

² - Ph.Merle,op.cit,p314.

³ - CA paris 17 déc 1954, Gaz.Pal.Le droit de vote,Rev.soc,1955,1,p149.

على أنه من خلال تنظيم أجهزة الشركة يمكن إستنباط نماذج عديدة عن إتفاقيات التصويت التي تأخذ شكل الإلتزام بشكل معين. نذكر منها :

1- الإلتزام بالتصويت في مجلس الإدارة من أجل تسمية شخص معين لمركز الرئاسة.

2- الإلتفاق الذي يهدف إلى ضمان إنتخاب الأعضاء الأولى لمجلس الإدارة في الشركة مادام تعيينهم كان ممكنا في النظام نفسه.

ولابد من الإشارة في هذا المجال إلى مرونة الإجتهد الفرنسي فيما يتعلق بالإتفاقيات المرتبطة بحق التصويت، فقد إعتبر هذه الأخيرة صحيحة إذا ما راعت الشروط التالية :

أولا: عدم حرمان المساهم من حقه بالمشاركة في أعمال الإدارة بصورة مطلقة مما يستوجب أن تكون إتفاقية التصويت مؤقتة ومقتصرة على مواضيع معينة.

ثانيا: مراعاة مصلحة الشركة.

بناء على ما تقدم يمكن أن نستنتج القاعدة التالية:

إذا كانت الغاية من إتفاقيات التصويت تأمين سياسة عامة ومستقرة لإدارة الشركة تجاه التصرفات المنتقدة التي قد تصدر عن بعض كبار المساهمين فتعتبر هذه الإتفاقيات قانونية لابل ضرورة ونافعة لسير أعمال الإدارة في الشركة.

أما إذا كان من شأن الإتفاقيات المبرمة أن توسع دائرة التدخل من خلال تفضيل مصلحة بعض المساهمين الشخصية على المصلحة العامة للشركة، فتعتبر غير قانونية وتؤدي غالبا إلى تعطيل سير أعمال الإدارة في الشركة بشكل بارز.⁽¹⁾

¹ - G.Ripert et R.Roblot ,op.cit,p384.

أخيرا؛ فإن التصويت يعتبر من الإمتيازات التي تقبل التعامل وليس من الحقوق اللصيقة بالشخصية، لأن محل الإلتزام الأسهم وعددها وليس شخص المساهم، فضلا عن أن الدخول في إتفاقيات التصويت يحسن من دفاع المساهمين ويعمل على تكوين أقليات متماسكة ما دامت مشروعة لا تتعارض مع القواعد العامة للإتفاقيات والقواعد التي تحكم قانون الشركات كعدم قابلية حق التصويت للإنقسام ومبدأ ممارسته بحرية، وهو ما يساهم في إدخال الإعتبار الشخصي ويجسد مبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة. أما عن حق الإعلام فيبقى إحدى دعائم حق التصويت له أهمية في تدعيم إرتباط المساهم بالشركة، والتوصل إلى قرارات مستنيرة في إطلاع المساهمين على المستندات والوثائق التي توضع تحت تصرفهم كما له أن يعطى حق الإطلاع على حساب الأرباح والخسائر وييسر مسألة الإستعلام والتصويت بمايخدم هذا الحق ويسهل عملية التصويت في شركات المساهمة، غير أنه لم يحظى بالعناية الكافية لدى المشرع الجزائري فلم يشجع المساهمين على التعامل بوكالات فيما بينهم في إطلاعهم على مستندات ووثائق الشركة مما يشل من حركة السهولة والسرعة في التعامل في شركات المساهمة ويجعل من مبدأ الحرية التعاقدية يتراجع في مثل هذا النوع من الشركات وهو ما يستبعد جو التعامل بين الشركاء خدمة لمصلحة الشركة كما يستبعد الإعتبار الشخصي بينهما.

وفي ختام هذا الفصل يمكن القول أن دور المساهم يتحدد في حياة الشركة فيما يتمتع به من حقوق مرتبطة بملكية السهم لإندماج الحق في الصك الذي يحول له من الحقوق ما يستطيع به ممارسة حقوقه قبل الشركة سواء ماليا أو إداريا، ومنح هذه الحقوق تأتي بناء على نص في القانون أو نص في النظام الأساسي للشركة لذلك فهي متعلقة بالنظام العام ولا يجوز في النظام الأساسي على حرمان المساهم من ممارسة أو إستعمال حق من حقوقه، وإن كان يجوز وضع بعض القيود لإستعمال هذه الحقوق؛ ولكن بشرط ألا تصل إلى حرمان المساهم من إستعمالها ولم يحدد المشرع الحقوق الأساسية للمساهم حصرا سواء في الجزائر أو فرنسا؛ ومن ثم فالأمر موكل إلى الفقه والقضاء⁽¹⁾ في تحديدها وهو ما أدى إلى إختلاف الرأي حول تحديدها والتي ترتبط بحياة الشركة بصفة عامة سواء من الناحية الإدارية كحضور إجتماعات الجمعية العامة

¹ - فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص59.

مثلا، وما يرتبط بها من حقوق أخرى أو النواحي المالية كحق المساهم في الحصول على حصة في أرباح صافية أو ناتج التصفية فممارسة هذه الحقوق يقتضي تدخل المساهم إيجابيا في حياة الشركة، فحقه في حضور إجتماعات الجمعية العامة مثلا يقتضي إستجابة المساهم لدعوى الحضور أو دعوته لإجتماع الجمعية العامة، وحقه في الإطلاع على مستندات الشركة يقتضي منه الحضور إلى مقر الشركة للإطلاع عليها أو طلبه للحصول على صور منها، وحقه في التصويت يتطلب منه إبداء رأيه في المسائل المعروضة مع ممارسة حقه في مناقشة تلك المسائل، فممارسة هذه الحقوق جميعا يقتضي تدخل المساهم إيجابيا والتي تمثل في نفس الوقت دوره داخل الشركة.

وإذا كان هذا هو دور المساهم طبقا لنصوص القانون إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك تماما، فالمساهم كثيرا ما لا يهتم بأمر الشركة لا سيما المساهمين الذين دخلوا الشركة أثناء حياتها وينطبق عليهم صفة المضاربين أكثر منهم شركاء، فهو يبحث أولا عن أسعار السهم في البورصة وما تحققه من أرباح والبحث عن الشركات أصحاب الأوراق المالية التي تحقق إرتفاعا في الأرباح. بل عن وجود شركات السمسرة لتعامل في الأوراق المالية خلقت بالفعل فجوة بين المساهم وشركته، ذلك أن خاصية التداول للأوراق المالية جعلت المساهم يخرج بسهولة من الشركة بتنازله عن أسهمه بحثا عن شركة أخرى أكثر تحقيق للربح، أما الشركة مصدرة الأوراق المالية فلا يراها المساهم أو لا يجذب التعامل معها إداريا لأن هدفه الأساسي هو البحث عن الأرباح المتحققة لغلبة سيكولوجية المضارب على المساهم؛ وبالتالي فإن هذه الشركات خلقت فجوة بين المساهم والشركة أدت إلى إبتعاد المساهم عن حياة الشركة إداريا بصفة خاصة، بالإضافة إلى ظاهرة غياب المساهمين في الجمعيات العامة بأسبابها المادية والنفسية جعلت قلة قليلة من الشركاء داخل الجمعية العامة يتحكمون في توجيه القرارات وفق مصلحتهم الخاصة بعيدا عن مصلحة الشركة وهو ما يبدو لأعضاء مجلس الإدارة من منحهم سلطة على بياض في التصويت بإختيارهم المساهم الذي يتولى التصويت نيابة عن المساهم الأصلي يتم بدقة وبمن سيصوت في جانبهم وهذه الممارسات خلقت نوعا من الإدارة السيئة داخل الشركة الأمر الذي يرتب نتائج خطيرة على سير ونجاح الشركة.

لذلك فإن تدخل المشرع محاولا تفادي تلك السلبيات التي تظهر في شركات المساهمة على وجه التحديد لم تكن آتية بالقدر الكافي لتقريب المساهم بصورة أكبر من إدارة الشركة، رغم أنه أعطى لكل مساهم أيا كان عدد الأسهم التي يملكها حق الحضور والمشاركة في إجتماع الجمعية العامة وكذا في تصويت المساهم فلم يشترط في التصويت حضور المساهم، وإنما أجاز أن ينيب عنه غيره للتصويت؛ بل ذهب إلى تبني سياسة التمويل الذاتي حتى يضع المدخرات المناسبة تحت تصرف الشركة دون الإستعانة بالغير بغرض إستعمالها في التوسعات والإنشاءات الجديدة، ومن هذا المنطلق أصبح هذا التمويل يلعب دورا أساسيا في رسم السياسات المالية للشركة وحظى بإهتمام كبير لدى مجالس الإدارة غير أن الإستخدام المفرط للتمويل الذاتي ينعكس أثره سلبا على الحقوق المالية للمساهمين ودورهم كشركاء ومن تم على مبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة؛ فقد جرد المساهم نهائيا من حق الحصول على الأرباح وأصبحت مخصصة بالكامل لنمو وتوسيع الشركة. من هنا فمؤكد أن هناك تعارض بين مصلحة الشركة ومصالح المساهمين في إستخدام الأرباح فمثلا مصلحة الشركة تقتضي دائما الإحتفاظ بجزء من الأرباح وتحويلها إلى إحتياجات أو إستخدامها في تمويل إستثمارات جديدة من أجل مضاعفة القدرة الإقتصادية للمشروع في حين يرغب المساهمون في إقتسام أكبر قدر من الربح، لذلك يجب أن يتم التوفيق بين المصلحتين والأخذ في الإعتبار مقتضيات كل مصلحة وأن يراعى التوازن بينهما حتى لا يكون إزدهار أحدهما على الأخرى؛ فمبررات الحرية التعاقدية وإن كانت تخدم مصلحة المساهم في إستعمال حقوقه المنبثقة عن السهم إلا أنها قد تتعارض من جهة مع مصلحة الشركة⁽¹⁾؛ كما أن إرادة الشركاء -ولو بوجود مبدأ الحرية التعاقدية - لا تلعب سوى دورا ضئيلا في إنشاء القوانين الأساسية وخاصة في شركات الأموال التي يقتصر فيها الشركاء على الإنضمام لهذا فقد سعينا في بحثنا إلى التطرق للحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره عضوا في الشركة ومصالحته فيها تبرز من خلال تحقيق مصالحتها - وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني -.

¹ - وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص31.

الفصل الثاني

الحقوق الأساسية للمساهم

باعتباره عضواً ومبدأ الحرية

التعاقدية في شركة المساهمة

الفصل الثاني: الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره عضوا ومبدأ الحرية التعاقدية في

شركة المساهمة

إذا كانت صفة الشريك بحد ذاتها تعطي صاحبها حقوقا وإمتيازات معينة حرص القانون على تأسيس الحماية لها؛ فيجب ألا يغرب عن البال أن ممارسة هذه الحقوق والإمتيازات تظل مرتبطة إرتباطا وثيقا بالمصلحة الجماعية، وإذا كان صحيح أن الشريك حول بعض السلطات في الشركة من أجل حماية مصالحه، إلا أن مصلحته الفردية هذه لا تتأسس إلا من خلال المصلحة الجماعية، - فكل إعلاء لشأن المصلحة الجماعية أو إهمال لها أو إضرار بها يؤدي إلى إهدار المصلحة الجماعية-⁽¹⁾

وبالتالي لا يجوز إستعمال المساهم لحقوقه في الشركة لهدف غريب عن المصلحة الجماعية وكل مساهم ما إن يدخل الشركة يصبح مالكا لفتتين من الحقوق؛ الفئة الأولى يكتسبها شريكا وهي مقابل للحصة التي قدمها تكون لإرادته الفردية مطلق الحرية في إحداث الأثر القانوني الفردي وتحقيق المصالح الفردية بصفة خاصة، أما الفئة الثانية فهي التي تسمح له بالإشتراك في الإدارة الجماعية لأموال الشركة ويكتسبها بصفته عضوا فيها لإرادته حدود الإرادة الجماعية؛ فهذه الحقوق سميت جماعية لأنها لا تعطى الحماية والضمانة المباشرة للمساهم الذي يمارسها إنما تسمح له فقط في التدخل في حياة الشركة لتأمين حسن الإدارة لمصلحة المجموع، وليس هناك من قاسم مشترك بين هذين الحقين إلا في إمكانية ممارستها إنفراديا من قبل كل مساهم؛ ما دام أنها تحقق الصالح العام غير أنه بالنظر لحق الشريك الذي يحمل إزدواجية في تكوينه بين الحق الفردي والحق الجماعي؛ فقد يؤدي هذا التناقض بين مصلحته كحق فردي يبغى مصلحة فردية وبين مصلحته كحق جماعي يمارس في إطار مصلحة جماعية يحكمها منطق سلطة الأغلبية،⁽²⁾ وتشكل هذه المصلحة مفهوما قانونيا مستقلا عن مصالح الشركاء وتصبح هي المرجع في تحديد كيفية تسيير شؤون الشركة وإدارة وتوجيه الإستغلال، لتمتد لحماية حتى حقوق المساهمين أقلية وأغلبية من تعسف بعضها لبعض؛ من هنا يطرح السؤال نفسه، هل

¹ - وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 250.

² - G.Ripert et Roblot ,op.cit,p 38

للمصلحة الجماعية من دور تلعبه على مستوى إخضاع الحقوق الفردية للمساهمين بالتضحية بها في سبيل إعلاء مصلحة تعلق مصالحهم؟ بعبارة أخرى هل من حيز قانوني يجعل من الإرادة الجماعية تحقق الغايات النهائية لمجموع الإرادة الفردية؟. (في المبحث الأول)

ولقد حرص المشرع على توفير القواعد الآمرة والتفصيلية للإرادة الجماعية حتى تستطيع بلوغ الهدف المشترك وترشيد تصرفاتها مع الآخرين للثقة فيها وتشجيع الدخول معها في صفقات متبادلة، ويقع باطلا كل تصرف أو قرار يصدر بالمخالفة لأحكام النصوص الآمرة ما لم يجر تصحيحه، إذ كثيرا ما يحدث أن تنحرف سلطة الأغلبية الممسكة بالقرار عن الغاية التي من أجلها أنيطت بها هذه السلطة بإتخاذ قرارات لا تشبع المصلحة الجماعية فإساءة إستعمال الأكثرية لسلطتها يعرض قراراتها لجزاءات متنوعة، لكن ليست كل القرارات المتخذة في الشركة هي قرارات جماعية فهناك العديد من القرارات تصنف بأنها قرارات فردية تكون صادرة إما عن المدير، وإما تكون صادرة عن مساهم منفرد أو في مجموعة بشكل تكون فيه الأقلية قادرة على أن تتخذ قرارا سلبيا معطلا لسير عمل الشركة وقد يكون هذا القرار مخالفا للغاية التي من أجلها أناط القانون سلطة إتخاذة كإستعمال المسير عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة إستعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة أو كأن يستعمل هذا المسير أو المسيرون عن سوء نية الصلاحيات التي أحرزوا عليها أو الأصوات التي كانت تحت تصرفهم بهذه الصفة إستعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة⁽¹⁾؛ على العموم يعتبر القرار في هذه الحالة تعسفيا في حق الصالح العام للشركة.

كذلك كفل المشرع للمساهم ضمان إحترام الشروط الأساسية التي إنظم على أساسها للشركة وبالتالي تضل مسؤوليته تجاه الشركة والدائنين محددة بقدر مساهماته في رأس المال، فلا يجوز تحميله بأعباء إضافية حتى إذا منيت الشركة بخسارة كذلك لا يجوز للشركة القيام بأي عمل من شأنه أن يزيد من إلتزاماته كتغيير الجنسية وما قد يترتب عليها من إضافة أعباء

¹ - المادة 800 فقرة 4 و5 من القانون التجاري

جديدة قد تدفعه للخروج من الشركة؛ إذ للمساهم الحق في التمسك بعضويته ويظل بها ما بقي وبقيت على قيد الحياة وله أن يحتفظ بكافة حقوقه دون نقصان مادام قد وفى بكامل إلتزاماته المالية؛ فالإرادة الفردية تتراجع أمام الإرادة الجماعية كما تتراجع الحقوق الفردية ومصالحها أمام تحقيق الصالح العام لكن دون إهدار لها فضمان حقوق المساهم هو ما يعني ضمان الصالح العام.

على هذا الأساس إذا كانت الإرادة الفردية تتراجع وتتلاشى أمام الإرادة الجماعية تحقيقا للصالح العام فهل للمصلحة الجماعية دور في ضمان حقوق المساهمين قبل الشركة؟ (في المبحث الثاني و الثالث).

المبحث الأول: حق المساهم في ضمان إحترام مصلحة الشركة

تقوم الشركات عادة بطرح خططها المستقبلية على الجمعية العامة، وتقوم بتوزيع موجز للبيانات المالية يستطيع الشخص العادي أن يقرأها ويستنبط منها إتجاهات أداء الشركة ما يمكنه من المشاركة في الجمعية والإستفسار بشأن إما النتائج المالية للشركة أو خططها المستقبلية والمشاركة في إتخاذ القرار وحماية مصالحه كمساهم وممارسة دوره الرقابي من خلال الجمعية العامة⁽¹⁾.

وبالعودة إلى أطراف العلاقة الثلاثة إننا نعتقد بأن المسؤولية تقع على المساهم في التعرف على حقوقه وممارستها ممارسة تامة. بما يضمن حقه ومصلحة الشركة- وهو ما نتطرق إليه في المطلب الأول-.

على أن تعدد المصالح لا يستبعد تعارضها مما ينتج عنه تعسفا في حقوق البعض تجاه الآخر وتتاثر فيه بشكل خاص الأقلية قبل الأغلبية بفعل نظرية الأغلبية الأولوية في إتخاذ قرارات الشركة - وبفعل نظام الأغلبية في إتخاذ القرارات في كل المستويات بما فيها القرارات الهامة في السلطة العامة كالسلطة التشريعية البرلمانية -على سبيل المثال وهو ذات الشأن بالجمعية العامة لشركة المساهمة.

على هذا الأساس؛ متى وكيف يتم إستبعاد تعسف الهيئات الإدارية لشركة؟- و هو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني-.

¹-www.Anawi.info :

الحماية القانونية للشريك المساهم في الشركات، مدونة المحامي محمد عماوي القانونية، ص 3.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة الشركة كمحدد لسلطات هيئاتها الإدارية:

إن إدراك مفهوم مصلحة الشركة يقتضي البحث عن معيار محدد يكون قيدا على تصرفات هيئات الشركة وأداة رقابة عليها لتحديد التصرفات المقبولة منها، حتى يستطيع القاضي أن يدرك بموجبه أن التصرف محل الدعوى يتجاهل أولا يتجاهل مصلحة الشركة، غير أن وضع هذا المعيار يتطلب من علماء القانون البحث عن تصور خاص لمصلحة الشركة يتمتع فيه القضاء بقدر من السلطة التقديرية، مع الأخذ في الإعتبار أن سلطة القضاء في هذا المجال تغذيها مصادر أخرى كالعدالة⁽¹⁾ والأفكار السائدة في كل بلد والظروف والملايسات المحيطة بكل حالة.

لذلك إذا تقرر إعتبار مفهوم مصلحة الشركة معيارا أو قاعدة سلوكية تفرض مصلحة عليا على المصالح الشخصية، فإن هذه القاعدة يجب أن يتضح تأشيرها جليا أيا كانت التصرفات محل التقدير، سواء كانت فردية أو جماعية فمن التصرفات الفردية التي يمكن إعتبارها إنتهاك لمصلحة الشركة تلك التصرفات التي عادة يدركها القاضي الجنائي على أنها أحد أركان جريمة إساءة إستخدام أموالها⁽²⁾، أما التصرفات الجماعية فهي الممارسات التعسفية الصادرة سواء عن الأغلبية أو الأقلية، فمثلا تجميد الأقلية لإدارة الشركة بإتخاذ موقف سلبي من بعض مشاريع القرارات الهامة يعتبر عملا تعسفي⁽³⁾. كذلك القرار الصادر عن الأغلبية يكون تعسفيا متى صدر مخالفا للمصلحة العامة للشركة لغرض وحيد هو تفضيل أعضاء الأغلبية على حساب الأقلية.

¹- G.Sousi ,L'intérêt social dans le droit français des socites commerciales , thèse lyon,1974,p315

²- غنام محمد غنام، الحماية الجنائية للإدخار العام، مصر، 1994، ص 123.

³- فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، جامعة المنصورة، مصر، 1994 ص 570.

وتجدر الإشارة إلى أنه في غياب تحديد مضمون مفهوم مصلحة الشركة، فقد صدرت بعض القرارات القضائية المتناقضة⁽¹⁾ وبسبب الحيرة التي أثارها القضاء زاد إنقسام الفقه، غير أنه يمكن حصر هذا الإنقسام في إبتهاكين رئيسيين يمكن سردها كالآتي :

فالبعض ينكرأي قوام قانوني حقيقي لمصلحة الشركة وأعتبر هذه المصلحة مجرد إخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء، أو مؤشر للدلالة على التعسف، وأنه بمجرد تدخل القضاء لإعادة المساواة يختفي المؤشر من تلقاء نفسه تماما مثل إختفاء عارض إنتهاك مفهوم مصلحة الشركة فإنه يزول بتوقف التعسف، كما أيد البعض الشكوك حول فائدة الإحالة على مصلحة الشركة؛ في بعض الحالات عندما يتم إثباتها في أحكام القضاء الخاص بتعسف الأغلبية، يكفي إثبات إنتهاك مبدأ المساواة في المعاملة الذي يتضمن بالتبعية الإعتداء على مصلحة الشركة.⁽²⁾

ويرى البعض الآخر أن مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع،⁽³⁾ مما يفسرالأخذ في الحسبان جميع المصالح المعنية بإهتمامه، وهذا يتعارض مع مفهوم أن تقتصر مصلحة الشركة على مصلحة الشركاء فقط، وإنما تأخذ في الإعتبار أيضا مصلحة الموظفين والدائنين والموردين والعملاء وأحيانا الدولة ويرى فريق ثالث بأن مصلحة الشركة هي مصلحة الشخص المعنوي⁽⁴⁾ غير أن هذا الرأي قد تعرض للإنتقاد الشديد وتلاشى نهائيا في الوقت الحاضر، فلا يمكن تصور أن يكون الشخص المعنوي كائنا قانونيا يعيش لنفسه، أو تكون له حياة مستقلة كلية عن الأعضاء المكونين له، أو ينقلب ضدهم بل العكس هم أساس وجوده وإستمرار حياته ومصالحته هي مصالحتهم وأي زيادة في ذمته المالية تنعكس إيجابا أو سلبا على ذمم الشركاء وأصحاب المصلحة فيه، وإن إثراء الشركة لذاتها كشخص معنوي ليس له معنى، فمثلا ليس من المقبول أن تكون المصلحة العليا للشركة والشخص المعنوي أن تحقق أرباحا ولكن من المعقول إدراك أن مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء، وأنها تسعى إلى تحقيق الربح، أو أن الأمر يتعلق

¹- J.Paillusseau, La societél anonyme ,technique d'organisation de l'entreprise ,Siry, 1967, p198 et 200.

²-Pierre Coppens,L'abus de majorité dans Les sociétés anonymes,Paris,1974,p85.

³- J.Hemard,F.terre,P.Mabilat,op.cit.,p383

⁴- محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 427.

بمصلحة المشروع وهو ما يفسر أنه إذا وحدت الأغلبية مصلحتها ليس في توزيع الأرباح ولكن في تكوين الإحتياطي. أخيرا وعلى ضوء إختلاف الآراء الفقهية في تحديد معيار ثابت لمفهوم مصلحة الشركة كحق للمساهم مقيد لسلطات هيئاتها الإدارية نتناول في الدراسة الإتجاهين الرئيسيين وما يترتب عليها من نتائج وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: مصلحة الشركة تعبير عن مصلحة المساهمين.

الفرع الثاني: مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع.

الفرع الأول : مصلحة الشركة تعبير عن مصلحة المساهمين :

- يرى جانب من الفقه ان مصلحة الشركة ليست في الحقيقة إلا مصلحة المساهمين وقد عبر أحد الفقهاء عن ذلك بقوله أنه "عندما يناقش الشركاء المجتمعون مصالح الشركة، فإننا يجب ألا نغفل أن هذه المصالح هي مصالحهم"⁽¹⁾.

يكفي طبقا لهذا الرأي الرجوع لمصلحة المساهمين وحدها حتى يمكن تحديد مفهوم مصلحة الشركة، لأن الإستعانة بمعيار الشخص المعنوي لتعرف عنها يؤدي إلى طريق مسدود، من ذلك مثلا قرار توزيع الأرباح حتى إذا تم إقراره بالإجماع من الشركاء، فإنه سيكون مخالفا لمصلحة الشخص المعنوي بسبب الضرر الذي يتسبب فيه لذمته المالية، بل أكثر من ذلك إذا أراد المساهمون القيام بحل شركتهم المزدهرة لإقتسام موجوداتها، فإنهم لن يستطيعوا القيام بذلك، بالإضافة إلى ذلك فإنه ليس صحيحا بأن مصلحة الشخص المعنوي تعود على مصلحة أعضائه لأن للأعضاء مصالح متنوعة وأمام هذا التنوع يتعذر معه معرفة أيا من هذه المصالح هو الذي يمثل مصلحة الشركة.

ويؤكد أنصار هذا الإتجاه على فكرة أن مصلحة الشركة ليست إلا مصلحة الشركاء ولا يمكن فصلها عن المصالح الفردية لكل شريك على حدى ولا على مصلحة مجموعة الأغلبية⁽²⁾، غير أنه بدا أن هناك تباين بين مصالح المساهمين في الشركة الواحدة، ولم تعد تجمعهم

¹- G.Sousi,op.cit,p337.

²- G.Sousi,op.cit,p197.

مصلحة مشتركة، إذ أن عددا ضئيلا فقط من المساهمين الذين يمارسون دورهم الإيجابي كشركاء في رقابة ومتابعة أعمال الشركة، في حين الغالبية العظمى لايهمها سوى المضاربة على أسهم الشركة، ومن تم تخلوا عن روح التعاون والإهتمام بمصيرها؛ وهذا يعني أن مصلحة الشركة تتحدد بمصلحة هؤلاء المضارين أولا تكون إلا تمثيلا لمصالحهم طبقا لقانون الأغلبية وهو غير صحيح.

والجدير بالذكر أنه إذا كان مفهوم المساهم النموذج يساعد على إستخلاص الوحدة العميقة لمصالح الشركة، وكل مساهم من المساهمين، غير أن هذا المعيار يتطلب أن تكون مصلحة المساهم على أنها مفهوم مستقر وثابت ومقرر من قبل، وتبعاً لذلك لا يكفي الرجوع إلى سبب مساهمة المساهم لتحديد الإعتبارات التي يتعين على سلطة الأغلبية أن تتخذها في الحسبان عند إتخاذ إجراء أو آخر، فمثلا عند تقدير حل الشركة قبل ميعادها أو تكوين إحتياجات أو توزيع أرباح. بالإضافة إلى ذلك أنه لما كانت الأغلبية - طبقاً لهذا المعيار - هي المعنية بتقدير المصلحة الحاضرة أو الحالية لكل مساهم فإنه لا يصح أن يكون مفهوم المساهم النموذج معياراً لتقدير مصلحة الشركة للرقابة على إدارة الأغلبية في نفس الوقت الذي تتولى فيه الأغلبية نفسها تقدير هذه المصلحة وبنفس الطريقة. لذلك حاول أنصار هذا الإتجاه⁽¹⁾ تطويره بوضع معيار يتكون من شقين لمضمون واحد لا تعارض بينهما كلاهما يكمل الآخر غير منفصلين، ويعكس هذا الرأي إمكانية التوفيق بين حالتي الظروف العادية والإستثنائية التي تمر بها سيرة الشركة فإذا كان كل شيء داخل الشركة يسير على ما يرام فإن مصلحة المساهمين تجسد مصلحة الشركة وهذا يشكل المبدأ العام، أما إذا طرأ يعكر صفو مسيرة الشركة بسبب حدوث نزاع بين المساهمين داخل الجمعية العمومية، أو بالأحرى إذا إرتكبت الأغلبية بعض التجاوزات فإن مصلحة الشركة تتوقف عن المطابقة مع مصلحة الشركاء وتنقلب إلى مصلحة مستقلة تماماً عن مصلحة المساهمين لمواجهة الظرف الإستثنائي التي إعترت سلامة مسيرة الشركة في وضعها العادي وتعرض لهذه النظرية وأسانيداً وفقاً لأساسها المزدوج وذلك على التفصيل التالي :

¹ - Phillippe Merle, op.cit, p622.

أولا : المبدأ العام مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء :

الأصل أن تكون مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء أثناء مسيرة الشركة العادية ويكون ذلك عندما يسير كل شيء داخلها طبقا لمقتضيات حسن الإستغلال في الظروف العادية الذي أجمع الشركاء على مباشرته.

ويبرهن أنصار هذا الإتجاه على صحة قولهم بعدة ردود منها أن لايمكن قبول أن مصلحة الشركة هي مصلحة الشخص المعنوي لأن ماهيته غير محددة المعالم، أو على الأقل لا يستطيع أن يعبر بذاته عن إرادته للإفادة بمصالحه إلا بواسطة أشخاص طبيعيين؛ وبالتالي لا يمكن تصور أن يكون الشخص المعنوي كائنا قانونيا منفصلا عنهم بل هم أساس وجوده وأساس إستمرار حياته.

وكذلك إذا كان صحيحا . كأصل عام- أن مصلحة الشركة تعبر على مجموع مصالح الشركاء في الشركات فإن شركة المساهمة غير ذلك، فهي تكتفي بمصلحة أغلبية المساهمين ومرد ذلك العدد الهائل للشركاء وإنشغال بعضهم بمصالحهم الخاصة يحول دون إنعقاد الجمعية العمومية بكامل أعضائها، لذلك لا مفر من قبول قانون الأغلبية لإتخاذالقرارات اللازمة لإدارة الشركة⁽¹⁾ ويفترض أن سلطة الأغلبية تعمل لمصلحة مجموع الشركاء وأنه يتعين على الأقلية الإمتثال لقراراتها في سبيل تحقيق المصلحة المشتركة وهو ما عبرت عنه محكمة إستئناف باريس بتاريخ 02 / 11 / 1954 بأنه إذا إستطاعت اغلبية الجمعية العمومية وبشروط معينة فرض قرارات صحيحة على الأقلية، فذلك يفترض أنها تعمل في مصلحة الشركة، بمعنى آخر يقرقانون الأغلبية أن العدد الأكبر في الجمعية له سلطة تقدير مصلحة الشركة، وتحدد إرادة الأغلبية وحدها المصلحة المشتركة للشركاء وبهذا فإن المصلحة العليا لشركة هي مصلحة مجموع الشركاء التي تتجسد بشكل ملموس في مصلحة الأغلبية. ويضيف أنصار هذه النظرية بأنه مما يؤكد على أن مصلحة الشركة هي عبارة عن مصلحة الشركاء في حالة إرتكاب جريمة إساءة إستخدام أعيان وإئتمان الشركة، فإن ذمتها المالية تتعرض لمخاطر الخسارة ويكون هناك إعتداء

¹ - Jacque Mestre , Dominique Velardocchio, christine Blanchard-Sebastin, Lamy Sociétés commerciales, Paris, 2000, p1349.

على مصلحة الشركة لذلك إحترام هذه المصلحة يقتضي سلامة ذمة الشركة المالية، ولكن هذه الذمة المستهدفة بالحماية لا تعبر عن مصلحة الشركة كشخص معنوي، وإنما تعبر عن مصالح الشركاء الذين لهم حقوق على هذه الذمة التي لحقت بها الخسارة بدليل أن كل خسارة تتحملها ذمة الشركة المالية تنعكس آليا على مستوى ذمم الشركاء المالية⁽¹⁾.

ثانيا: الإستثناء مصلحة الشركة فكرة منفصلة عن مصلحة الشركاء:

يضيف أنصار هذه النظرية أن مصلحة الشركة قد تتوقف عن مطابقة مصلحة الشركاء وتستقل تماما عنها سواء على مستوى المصالح الفردية أو بالنسبة لمصلحة مجموعة الأغلبية؛ بعبارة أخرى فإنه بمجرد إنفصال مصلحة الشركة عن مصلحة الشركاء فإنها لم تصور قانونيا، وإنما مجرد علامة للتعبير عن وجود حالة من حالات تعسف الأغلبية أو مجلس الإدارة الذي ينحصر في إنتهاك مبدأ المساواة في المعاملة بين المساهمين.

كذلك قانون الأغلبية ذاته يؤكد حقيقة هذا الإستثناء، فالأصل أن الأغلبية تجسد مصلحة الشركة المساهمة ويمكنها فرض قراراتها على الأقلية ما دامت لم تتعسف في إستعمال سلطتها على حساب الأقلية أو الدائنين، ولكن بمجرد ظهور علامات تعسف الأغلبية فإنها تتوقف عن تجسيد مصلحة الشركة وتتحول إلى مصلحة مستقلة تعلق مصالح الأغلبية وتؤكد إحترام مصالح الأقلية⁽²⁾؛ وقد عبرت محكمة إستئناف باريس في 02 / 11 / 1954 على ذلك بقولها: " من حيث أنه يجوز للأغلبية في الجمعية العمومية تحت شروط معينة فرض قرارات صحيحة فقط ذلك لأنها مفترض أنها تصرفت في مصلحة الشركة، لكن إذا ثبت أن القرارات الصادرة عنها كانت بقصد الإضرار بالغير تكون إذن مشوبة بالتعسف في إستعمال الحق".

ومع ذلك يؤخذ على هذه النظرية أن إزدواجية مفهوم مصلحة الشركة لا تستند على مبرر معقول⁽³⁾ وقد زادها غموضا وأثار عدة تساؤلات يتعذر الرد عليها منها؛ ما هي فائدة

¹ - G.Ripert et R.Roblot, op.cit, p912.

² - أحمد بركات مصطفى، حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، مجلة الدراسات القانونية العدد السادس عشر، جامعة أسيون، كلية الحقوق، مصر 1994، ص 206.

³ - وجدي سلمان خاطوم، المرجع السابق، ص 665.

إزدواجية مفهوم مصلحة الشركة في حالة العمل الطبيعي للشركة ؟ ولماذا يصبح مفهومها غير محدد وفكرة سامية عندما يقصد منه تحديد ورقابة سلطة الأغلبية ؟ وكيف يمكن بواسطة هذه الفكرة الكشف عن تعسف الأغلبية قانونا ؟، وكذلك كيف يمكن إعتبار مفهوم مصلحة الشركة مجرد وسيلة بسيطة أو مؤشر وليس حقيقة قانونية؟ ولماذا تصير مجرد علامة عند إنتهاك مبدأ المساواة بين المساهمين أو واقعة مادية يمكن إثباتها مباشرة؟.

الفرع الثاني: مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع:

يرى أنصار نظرية المشروع أن مصلحة الشركة تتلاشى وتذوب في مفهوم أشمل وأعم له خاصية إقتصادية وهو مفهوم مصلحة الشركة، ويجد مبرره في النظرة الإقتصادية والإستغلال الصناعي والتجاري الواسع للشركات، غير أن أنصار هذه النظرية إنقسموا حول تحديد مفهوم المشروع، فالبعض يرى أن المشروع له شخصية قانونية مستقلة وحياة خاصة، فهو عبارة عن مكان هندسي تتقابل فيه ثلاثة مصالح مختلفة هي، مصلحة المشروع ومصلحة صاحب المشروع أو المقاول، ومصلحة العاملين⁽¹⁾. ثم إستلزم هذا الرأي أن يكون هناك توازن بين هذه المصالح، وهذا يظهر مدى توسع مفهوم المشروع عن فكرة الشركة بالمفهوم التقليدي التي تقتصر على مصلحة المساهمين وحدها.

في حين يرفض البعض الآخر⁽²⁾ مبدأ الفصل بين الشركة والمشروع، لأنها هي التي تغطي البناء القانوني اللازم لتأكيد وجوده والتعبير عن إزدهاره وهي التي تهب له الحياة وقواعد إدارته وقيادته، فمثلا بمجرد تقديم حصص رأس المال للشركة، فإنها تصبح تحت تصرف المشروع كأموال لازمة له لإنتاج أموال أخرى أو لتحويلها إلى خدمات و سلع أو خلق ثروات، كذلك في الإعداد النظامي للشركة يجد المشروع البناء او الهيكله لسير العمل به والإدارة فالتخصيص وتسلسل هيئاتها يعبران عن مبدأ الفصل بين السلطات، وتسلسل وظائفها الإدارية في المشروع الذي هو. بحسب أنصار هذا الرأي- مركز المصالح تتلاقى فيه عدة فئات من الأشخاص وهي مصالح مقدمي رؤوس الأموال والعمل والمعارف ومصالح الأشخاص المقيدة به والموردون

¹ - فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 203.

² - J.Pailluseau , Les fondements du droit moderne des societes,J.C.P.Paris,1984,P56

والعملاء ومصالح الأشخاص المهتمين بمسيرته كالدولة والمنافسين والمستهلكين، ويمكن أن تتعارض داخله بعض المصالح كمصالح مقرضي الأموال والأجراء والدائنين، ومع ذلك للجميع مصلحة في أن يزدهر المشروع⁽¹⁾.

ويرفض أنصار هذا الرأي أن تكون للمشروع شخصية قانونية، ولكن من ناحية أخرى إتفقوا مع البقية إتباع نظرية المشروع على أنه له مصلحة خاصة به-أي صاحب حق-و أكدوا على مبدأ الفصل بينها وبين صاحبه، ويرجع سبب التمييز بين المصلحتين إلى تطور الحياة الإجتماعية وظهور نظام التكافل الإجتماعي وما خلف من آثار على حق الملكية وتشريعات العمل التي أصبحت من مستهدفاتها خدمة المصلحة العامة، وانتهت بتحويل المشروع إلى وحدة مستقلة وكيان منفصل عن صاحبه وتعرضت روابط التبعية التي تربط صاحب العمل بالأجير إلى تحول عميق؛ فالعلاقة بينهما لا تقوم على تفوق مصلحة المشروع على العاملين وتحويل صاحب العمل إلى مدير للمشروع وأصبحت مصلحته تالية لمصلحة المشروع ذاته.

وقد أيدت محكمة إستئناف⁽²⁾ باريس بتاريخ 22 / 05 / 1965 في حكم شهير فكرة المشروع فقد قضت بتعيين مدير مؤقت لشركة -فروهوف- وبرتت حكمها بقولها أن قرارها كان يفرض نفسه لأن قرار أعضاء مجلس الإدارة بعدم المضي في تنفيذ صفقة مع شركة أخرى كان بعيدا عن مصلحة الشركة ويعبر عن مصالحهم الشخصية فقط، وأن مصلحة الشركة - كما اوضح هذا القضاء- يجب أن تختلط بالمصالح الشخصية للشركاء سواء أقلية منهم أو حتى لمجموعهم بالكامل وأن قرار إلغاء الصفقة يرتب عدة آثار ضارة فهو يدمر نهائيا التوازن المالي والثقة المعنوية في الشركة، كما يتسبب في إنقضائها وخاصة أنها تحتل مكانا مرموقا في الإنتاج في فرنسا وبالتالي زوالها سيكون له بالغ الأثر على إقتصاد البلاد كما يهدد إلغاء الصفقة تسعمائة وخمسين عاملا بالفصل من وظائفهم⁽³⁾ لذلك تعتبر مصلحة المشروع حسب حيثيات الحكم هي محصلة مصالح مختلفة تتلاشى داخله، ولكن لا تستطيع إحداها تهديد وجود كل أو بعض هذه المصالح.

¹- J.Pailluseau, Op.cit,p198

²- G.sousi, op.cit,p253

³ - أنظر للمزيد، محمد عمار تيبوار، المرجع السابق، ص 772.

وعلى الرغم من ذلك فقد تعرضت نظرية مصلحة المشروع إلى إنتقادات عديدة أهمها أن فكرة مصلحة المشروع يحيط بها الشك والغموض، فهي ليست واضحة بالدرجة الكافية على الساحة القانونية وتبعاً لذلك تكمن الخطورة في تعليق تفسير مصلحة الشركة على فكرة غير واضحة وهو ما يخالف قواعد التفسير فضلاً عما يترتب على ذلك من الحصول على نتائج غير دقيقة، كذلك إعتبار فكرة المشروع إلتقاء لعدد من المصالح؛ و أنها تتعدى إطار أصحاب رؤوس الأموال إلى فئات أخرى، فإن ذلك محل نظر وعلى الأخص فيما يتعلق بمسألة التعبير عن الإرادة فمثلاً إذا تحقق إشتراك مقدمي الحصص المالية وأصحاب العمل والعاملين في إجتماعات الجمعية العمومية فإن قراراتها يجب أن تعبر عن آراء جميع المشاركين، والقاعدة لا يجوز التمسك بمبدأ الإجماع أمام العدد الهائل للمدعويين لحضور الإجتماعات لذلك لا مفر من تطبيق قانون الأغلبية، غير أنه يترتب على ذلك بأنه سيكون مصلحة المشروع أو المشروع ذاته هي مصلحة أغلبية الأشخاص أو الفئات الذين سمحت لهم ظروفهم بالحضور والتداول في إجتماع الجمعية العمومية - وبخصوص إعتباره المشروع- كيان مستقل عن مصلحة صاحبه، فإن ذلك يخالف ما جرى عليه العمل وتفرضه الحقيقة، بعبارة أخرى إذا كانت وظيفة المشروع إنتاج أعيان وثروات بإستمرار، فإن الإستمرار في الإنتاج لا يشكل مصلحة المشروع، وإنما مصلحة صاحب المشروع ومصلحة الأشخاص الذين يعملون فيه لأن هذه الفئة هي المستفيدة أكثر من غيرها من إزدهار المشروع.

وأخيراً، وعلى ضوء ما سبق إتضح لنا أن الفقه إنقسم إلى إتجاهين رئيسيين لتحديد مفهوم مصلحة الشركة، كمعيار عام للرقابة على تعسف هيئات الشركة الإدارية في إستخدام سلطتها، ويجد الإتجاه الأول سنده القانوني في مصلحة الشركاء وبالتالي يوكل للشخص المعنوي تلبية ذلك، في حين يبرر شرعية الإتجاه الثاني تحقيق مصلحة المشروع، ويسند للشخص المعنوي تحقيق المصلحة العامة المشتركة للفئات التي في فلك المشروع وهي غايات منفصلة عن غايات المساهمين ويكون إزدهار المشروع هو هدفه.

وعليه من الثابت أن مفهوم الشركة التقليدي قد تعرض للتطور إستجابة للمتطلبات الإقتصادية وظهور هذا التطور واضحا في إختفاء بعض المفاهيم التقليدية⁽¹⁾ وظهور مفاهيم جديدة فمن ذلك مثلا حق المساهم كشريك في الإدارة قد تطور بحيث أصبح عدد محدود فقط من المساهمين يعنى برقابة إدارة الشركة ومتابعة أعمالها، في حين الغالبية العظمى من المساهمين يهتمهم فقط تحقيق دخول رؤوس الأموال ولا يحدوهم أية رغبة في إدارة الشركة، كذلك لم تعد الجمعية العمومية هي صاحبة السيادة المطلقة في إدارة الشركة، وإنما تراجع الوضع وسحب منها معظم الإختصاصات حيث أسندت لمجلس الإدارة بل إستلزم الأمر بسبب متطلبات الإدارة في التخصص والخبرة إلى الإستعانة بأشخاص من خارج المساهمين لإدارة الشركة. كما أن تشغيل الشركة أصبح لا يستهدف فقط الحصول على الربح وإنما يمكن تكوين إحتياطات إختيارية .

هكذا بدا جليا أن لشركة المساهمة لم تعد تنحصر في الدلالة على تنظيم خاص بمجموعة من مقدمي الأموال لإقتسام ما ينشأ عن مساهمتهم من ربح، وإنما أصبحت بفعل التطور عبارة عن مجموعة القواعد القانونية والتقنيات لتنظيم شكل من أشكال الإنتاج والتوزيع في صورة هيئة إقتصادية وتمكينها من الحياة وتحقيق نموها وإزدهارها، ومنه يبدو من الطبيعي أن تشكل مصلحة المشروع سندا للعديد من القواعد القانونية التي تحكم الشركة أو تكون لها أهمية أو إعتبار في إدارتها، فمثلا سبب وجود هيئات الشركة كان من أجل توفير الحياة للمشروع وتحقيق إزدهارها كذلك سلطات هذه الهيئات مقيدة بإحياء المشروع وهي سلطات وظيفية يجب أن تمارس وفقا لمصلحة المشروع وأي تصرف يخالف مصلحته يجب إبطاله وتقرير المعاقبة عليه.

باختصار شركة المساهمة أصبحت أداة قانونية لتنظيم المشروع وهدفها الإبداع الإقتصادي ومصلحتها وعلى الأرجح توفير وتحقيق إزدهار المشروع وإستمراره والذي يتأتى من

1- أحمد شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، شركات الأموال، الجزء السادس، بدون دار النشر، مصر، 1993، ص 153.

خلال إستبعاد كل إستعمال للتعسف ضد حقوق المساهمين حفاظا على إستقرار ونجاعة المشروع -وهو ماستتطرق له في المطلب الثاني-

المطلب الثاني : التعسف في إستعمال السلطة كسبب لإبطال قرارات الهيئات الإدارية لشركة

يوجب منطق عمل شركة المساهمة إدارتها بمنطق سلطة الأغلبية بحيث لا يستطيع كل مساهم أن يقرر بالرغم من أنه مخول بصورة منفردة بجزء من السلطة وما عليه إلا أن ينضم بصوته في تكوين الأغلبية المطلوبة، بل يجد نفسه تلقائيا وبمجرد الحصول على سهم في الشركة خاضعا لقانون الأغلبية في إدارة مصالحه⁽¹⁾.

ولما كان المشرع لا يرغب في مواجهة سلطة الأغلبية بأقلية محمية تماما تستطيع شل عملها، فقد اكتفى بإدخال بعض القيود على نظام الأغلبية تسمح بإشتراك ورقابة الأقلية في قرارات الشركة، ومع ذلك تملك الأقلية عددا من الحقوق تمكنها من التدخل مباشرة في مسيرة الشركة قد يخاطر بإساءة إستخدامها بقصد تجريد الأغلبية من سلطتها ودورها المانع في إستنباط إرادة الشركة، بل أكثر من ذلك قد تعمل الأقلية على إبداء مقاومة لا مبرر لها في مواجهة سلطة الأغلبية يميلها السعي وراء مزايا شخصية وقد جرم القضاء هذا السلوك وإعتبر ذلك إنحرافا بالحق عن وجه غير مشروع⁽²⁾، حتى يمكن وضع حد لتنازل المصالح بين المجموعتين ويصبح بمقدور الأغلبية والأقلية عندئذ التعاون في تكوين إرادة واحدة للشركة عبر فكرة التعسف في إستعمال السلطة كسبب لإبطال قرارات الهيئات الإدارية للشركة، لذا فما هو مفهومها؟ وما هو السند القانوني لمعاقبة تعسف الأغلبية أو الأقلية؟.

1- عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 749.

2- محمد ميرغني، نظرية التعسف في إستعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1982، ص 101.

الفرع الأول: تحديد فكرة التعسف وعناصره:

إن كلمة التعسف تفصح في مدلولها بلا حاجة إلى تعريف، فهي بمعناها الواسع يعني إستخداما سيئا ومفرطا وغير صحيح للحق أو السلطة، وهو إستعمال غير مشروع وإنحراف عن الغايات المحددة سواء بالنسبة للأغلبية أو الأقلية، وتكمن الصعوبة بأنه خفيا ومستترا ومن العسير الكشف عنه أو إظهاره لكونه يستقر في البواعث الخفية أو الدوافع الباطنة والأغراض المستترة سواء للأغلبية أو الأقلية.

ويتم التوصل للقرار التعسفي بممارسته حق التصويت عن علم وبينه، فالقرار يكون تعسفيا لأنه مدفوع بأغراض أخرى غير الهدف الحقيقي الذي من أجله منحت السلطة للأغلبية⁽¹⁾.

ويقتضي تعريف التعسف بالضرورة تحديد العناصر المكونة لوصف القرار بالتعسف، غير أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لتعسف الأغلبية، وهو نفس الموقف للمشرع الفرنسي⁽²⁾، وقد عاب بعض الفقه الفرنسي على الشرع عدم تدخله بوضع تعريف للتعسف حسما للخلاف لأهمية هذه المسألة في حياة الشركات، غير أن البعض الآخر يرى أن ذلك من عمل الفقه وليس من مهمة المشرع، فضلا عن أنه قد يحول دون تطور القضاء ومواصلة دوره الخلاق في هذا المجال وهو الراي الراجح- في نظري-. وقد بدل القضاء الفرنسي جهدا متواصلا بشأن وضع تعريف لتعسف الأغلبية وتطوير حلول عادلة وإستطاع سد الفراغ ووضع أول لبنات الآلية الحالية لرقابة الأغلبية بإستثناء بعض الأحكام التي ظلت منعزلة وأخذت بتعريفات موسعة أوضيقة لتعسف الأغلبية، فقد توجت جهود محكمة النقض⁽³⁾ بتاريخ 17 / 04 / 1971 بوضع تعريف للقرار التعسفي الذي يصدر عن الجمعية العمومية مناقضا للمصلحة العامة للشركة لغرض وحيد هو تفضيل الأغلبية على الأقلية.

1- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في إستعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مصر، 1978، ص 71.

2- محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص 782.

3- محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص 784.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يكن كافيا لوصف التعسف التأكيد على أن قرار الأغلبية كان مجانيا لمصلحة الشركة، وإنما يجب تحديد أركان التعسف بصورة أدق وقد اختلف الفقه⁽¹⁾، حول هذه النقطة حيث أوصى البعض بتنازل التعسف بصورة موضوعية إستنادا على النتائج وحدها عندما تتضح أنها كانت ضارة بالشركة، غير أن ذلك يؤدي إلى حد ما الرقابة على التلائم، لذلك دافع أغلب الفقهاء على التصور الذاتي للتعسف الذي يفترض أن يظهر من خلال دوافع الأغلبية وأسبابها.

وبالرجوع إلى تعريف القضاء الفرنسي ذي الإتجاه الشخصي يتضح أنه؛ ينطوي على عنصرين، عنصر مادي وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء ويتمثل في دافع الأغلبية التي تبحث عمدا على أن تكون مميزة وفي الضرر الذي يلحق مصلحة الشركة ويتحملة المساهمون من غير أعضاء الأغلبية نتيجة لقراراتها، وبالتالي يجوز للأقلية رفع الأمر للقضاء لإبطال القرار والحكم بالتعويض. إلا أن هناك صعوبة تثيرها مشاركة ومراقبة الأقلية لإدارة الأغلبية، كذلك كيف يمكن للأقلية الشكوى من ضرر الأغلبية بينما قدر لها سياديا حق تقدير مصلحة جماعة المساهمين ألا يكون هناك تناقض في الدفع بتجاهل الأغلبية مصلحة المساهمين في حين تعتبر المعنية وحدها بصفة تقدير المصلحة المذكورة و تسيير إجمالي للذمة المالية للشركة.

كما إستلزم القضاء ضرورة توافر عنصر قصدي لدى أعضاء الأغلبية بحيث جعل التعسف متوقفا على تحقق نية خبيثة لديهم تتمثل في السعي وراء مصلحة شخصية غريبة عن الشركة، إضرارها بها وبمصلحة الأقلية، ورغم أن هذا العنصر الثاني لم يكن دائما معلنا بوضوح فإن ذلك يظهر ضمنا من خلال الوقائع التي تفسرها المحاكم، وبالتالي كثيرا من قرارات الجمعيات العمومية يمكن أن تكون صنيعة نوايا غير مشروعة. بذلك نتناول عناصر التعسف بالتفصيل التالي :

أولا:العنصر المادي

ثانيا: العنصر المعنوي

1- عبد الفضيل محمد أحمد، حماية حقوق الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة للمساهمين، مكتبة الجلاء، مصر، بدون سنة النشر، ص 41.

أولاً: العنصر المادي:

إن الإرادة التي تحكم مسيرة الشركة هي سلطة الأغلبية وهي إرادة مستقلة منفصلة عن الإيرادات الفردية للشركة وتعتبر عن المصلحة الجماعية للمساهمين⁽¹⁾ وتستهدف تحقيق الهدف المشترك وتمارس سلطاتها في إطار القانون النضامي للشركة، فهي تعنى بوحدة المصلحة المشتركة ومصصلحة كل واحد من المساهمين وأي إنحراف من الأغلبية بهذه السلطة عن غاياتها أو عرقلة لها من الأقلية بدون مبرر يؤخذ سلبا على مصير الشركة والمساهمين وهو ما يطلق عليه بالتعسف.

لذلك نتناول الركن المادي للتعسف ببيان مفهوم التعسف أولاً ثم بيان الإخلال بمبدأ المساواة بين المساهمين ثانياً.

أ - فكرة التعسف:

لا يجوز أن تنقلب السلطة التي يعترف بها القانون للأغلبية إلى أداة لإلحاق الضرر بحقوق الأقلية؛ ذلك أن كل مساهم بقبوله الدخول في الشركة قد قبل التخلي عن حقوقه في إدارة حصته لسلطة الأغلبية مقابل إعفائه من مخاطر الإدارة، غير أنه لا يمكن بالمقابل تحت بند التعسف منع الأغلبية من إدارة الذمة المالية للشركة بالطريقة التي تراها مادامت تستهدف تحقيق مصلحة جميع المساهمين.

بهذا فلتعسف مظاهر تظهر ويمكن الوقوف عندها إذا ترتب على قرار الأغلبية إخلال بمبدأ المساواة بحيث نتج عنه تفضيل بعض الشركاء وإلحاق الضرر ببعض الآخر في هذه الحالة يتعين إبطال القرار لمنع الضرر على أن يكون هذا الضرر محقق الوقوع، أما إذا كان الضرر احتمالياً فإنه لا يمكن التعويض عنه إلا بعد وقوعه، أما إذا كان للأقلية مصالح غريبة عن الشركة، أو لها مصالح في شركة أخرى منافسة تضررت بموجب قرار الجمعية العمومية في الشركة الأولى، فإن

¹ - www.amawi.info

الحماية القانونية للشريك المساهم في الشركات مدونة المحامي محمد عماري القانونية:

ذلك لا يعد تعسفا من الأغلبية ولا يجوز للأقلية المطالبة ببطلان القرار أو التعويض عنه، لأن القاعدة يجب ألا تهتم الأغلبية إلا بمصالح شركائها داخل شركتها⁽¹⁾.

أخيرا؛ لا يكفي قيام التعسف من قبل الأغلبية على الأقلية لينتج العنصر المادي بل لا بد من وجود إخلال بمبدأ المساواة المتعامل بها في شركات المساهمة بصفة خاصة، فما هو إذن؟.

ب- الإخلال بمبدأ المساواة:

يمكن تحليل الإخلال بمبدأ المساواة إلى عنصرين؛ ميزة شخصية لبعض المساهمين وضرر يتحمله بموجبها الآخرون ولما كان مجموع المصالح الفردية متجانسة فإن المساواة كالميزان يحمل كفتان، واحدة لصالح الأغلبية والأخرى لصالح الأقلية ويتحقق التعسف عندما لا تكون الكفتان على ذات المستوى الأفقي بترجيح إحدى كفتيه لصالح الأغلبية ويستوي أن يكون التمييز في داخل أو خارج الشركة، فالإخلال بالمساواة هو المزية الشخصية بدون مقابل سواء كانت تعمل الأغلبية في داخل الشركة على تعديل النظام الفئوي للأسهم بغرض التبين في المعاملة بين المساهمين أو الدخول في صفقة خارج الشركة تلحق الغبن بغير أعضاء الأغلبية أو يفيد شركة منافسة تكون فيها للأغلبية صاحبة مصلحة ولكن لا يوصف قرار الأغلبية بالتعسف⁽²⁾ إذ اترتبت عنه تخصيص بعض أعيان الشركة لصالح شركة أخرى أو الدخول في تعامل مع شركات منافسة أو التعرض للمخاطرة ما دامت تستهدف تحقيق مصلحة جميع المساهمين ويستخلص للأقلية مقابلا موازيا للمزية التي تعود على أعضاء الأغلبية، وكذلك الأمر إذا كان قرار الجمعية العمومية قد صدر بإجماع المساهمين فإنه لا يوصف بالتعسف لأنه ليس هناك ضحية لتعسف الطرف الآخر أقلية أو أغلبية.

وما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة النقض في 22-

01-1991⁽³⁾ قد استقر على أن الإخلال بمبدأ المساواة يصلح كمييار لتعسف الأغلبية في

¹ - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 57.

² - محمد عمار تيببار، المرجع السابق، ص 795.

³ - www.quartarshares.com :

قراراتها، فقد قضى بأنه لا يمكن مراقبة قرار الجمعية العمومية للتحقق من وصف التعسف لإلّا من خلال عدم إحترام مصلحة كل مساهم في الشركة. فالتعسف لا يكون إلا إذا كان الغرض الوحيد من قرار الأغلبية هو مخالفة مصلحة الشركة من أجل تفضيل أعضائها على حساب الأقلية أو الإضرار بأعضاء الأقلية.

يستنتج من موقف القضاء الفرنسي أن إهتمامه كان موجها إلى إحترام مصلحة الجميع في الجماعة وليس مصلحة الجماعة بعينها، وإن هذا الحكم يستجيب لسيادة الأغلبية في الجمعية العمومية وإختصاصها في تقدير سياسة الشركة. لهذا ليس كل إخلال بالمساواة يعتبر تعسفا من الأغلبية فقد تقتضي مصلحة الجماعة هذا الإخلال وهي مصلحة كل مساهم في الشركة، فمثلا إذا رفضت شركة ما أن تقبل المساهمة في شركة ذات مركز مالي حرج إلا إذا منحت لها مزايا فإن الإخلال بالمساواة كان لا بد منه بالنسبة للشركة المتعثرة مع أن ميزة الإستفادة لا تنحصر فقط على الشركة المقدمة للحصة، ولكن يشمل كل واحد من الشركاء في المستقبل، لأن هذا الدعم المالي سيعود عليهم بطريق غير مباشر⁽¹⁾ بالنفع.

أخيرا، لا يكفي لوصف القرار بالتعسف أن يخل بمبدأ المساواة، وإنما يجب أن يستهدف أيضا تحقيق مصلحة شخصية لمساهمي الأغلبية أو الأقلية على حساب الآخرين، بهذا إذا كان الغرض من القرار تحقيق المصلحة المشتركة، وترتب عليه إستفادة بعض الشركاء أكثر من البعض الآخر، فإنه بذلك لا يوصف بالتعسف كما أن الضرر الذي يلحق بمجموع المساهمين دون تمييز إلى أغلبية وأقلية، قد يؤدي إلى إفقار الشركة ذاتها ولكن لا ينبأ عن التعسف. وعليه يبقى عبء إثبات وجود إخلال بمبدأ المساواة على من إدعى ذلك؛ وهذا بناء على قاعدة البينة على من إدعى.

وعلى العموم قد يكفي العنصر المادي لإستبعاد قرارات الهيئات الإدارية التعسفية وإبطالها بل لا بد من توفر عنصر آخر وهو العنصر المعنوي؛ فما هو إذن؟.

¹ - محمد صالح، المرجع السابق، ص 357.

ثانيا:العنصر المعنوي: (1)

لقد إنقسم الفقه (2) حول العنصر المعنوي لقيام التعسف إلى قسمين، الإتجاه الموضوعي ويستلزم أن يكون هناك إخلال ظاهري في المساواة بين المساهمين لقيام التعسف، وأنه لا حاجة إلى توافر النية الآتمة لدى الأغلبية أثناء التصويت على القرار.

أما الإتجاه الشخصي فإنه يتطلب لوصف القرار بالتعسفي ضرورة أن يكون الإخلال بمبدأ المساواة قد نشأ عن سوء نية فيه، وقد إختلف أنصار هذا الإتجاه حول تحديد نطاق هذه النية إلى إتجاهين رئيسيين هما:

أ-قصد الإضرار بالأقلية :

يتطلب هذا الرأي أن تنصرف إرادة الأغلبية إلى إتخاذ القرار الضار وعلى النتيجة غير المشروعة المترتبة عليه، وتبعاً لذلك يتطلب البحث في الظروف التي دارت فيها مداوات الجمعية للحكم على النوايا والبواعث التي دفعت الأغلبية لإتخاذ هذا القرار والتوصل إلى أن هناك علما بالصفة غير المشروعة للقرار وإتجاه الإرادة على نحو مخالف. لكن قد تعرض هذا الرأي للنقد إستنادا على أنه يضيق من نطاق التعسف ويحصر القرارات التعسفية في نية الإضرار بالأقلية وأن هذا الفرض نادر الحدوث في الحياة العملية؛ لأن ذلك تصرف غير معتاد داخل تجمعات رؤوس الأموال فقد لا يكون إيقاع الضرر بالأقلية هو الهدف من المداولة ولكن يصح أن يكون الوسيلة للحصول على ميزة شخصية.

¹ - وهو الجانب المعنوي وينبأ على إثبات القصد ونية التعسف في إحداث الضرر بوجود الإخلال بمبدأ المساواة.

² - عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 97.

ب- نية تحقيق مصالح شخصية للأغلبية:

يرى جانب كثير من الفقه (1) أن القرارات التعسفية هي تلك القرارات الصادرة عن الأغلبية التي تضحي عمدا بالمصلحة المشتركة للحصول على مزايا شخصية على حساب الأقلية، ويعتبر الضرر الذي يلحق بالأقلية ليس هو الدافع للقرار التعسفي وإنما نتيجة له، لذلك لا يتطلب هذا الرأي سوى تحقيق مصالح شخصية عن عمد لصالح مساهمي الأغلبية وهو ما يطلق عليه بالقصد البسيط.

ويتوافق هذا الرأي بطريقة أفضل مع وظيفة الأغلبية، وبالتالي يعتبر هو الراجح لأنه يمثل حلا وسطا، فهو لا يستلزم توافر نية الإضرار بالأقلية لدى الأغلبية لقيام التعسف حتى لا يؤدي إلى إفلات ممارسات جشع الأغلبية من العقاب ولا يتوسع في مفهوم التعسف بالإكتفاء بتوافر العنصر المادي دون النظر إلى مقاصد الأغلبية لتجريم القرار، لأن ذلك من شأنه أن يشل وظيفة الأغلبية في تحقيق المصلحة الجماعية، فضلا عن أنه يخلط بين القرارات التعسفية والقرارات السليمة.

بعد التطرق لعناصر التعسف يبقى لنا معرفة السند القانوني لمعاقبة تعسف هيئات الشركة الإدارية؛ فماذا أقر المشرع الجزائري بشأنه؟

الفرع الثاني: السند القانوني لمعاقبة تعسف الهيئات الإدارية لشركة:

لقد إستقر الفقه التقليدي (2) ولمدة طويلة على أنه يستطيع صاحب الحق أن يستخدم حقه بالطريقة التي يراها مناسبة دون قيد للإعتقاد السائد آنذاك بأنه ما تعدى آخذ بحقه، ولا يهم أن يتسبب في إلحاق الضرر بالغير ما دام قد تصرف تحت ستار أنه صاحب الحق ولا يخضع لأي عقوبة ولا تنعقد مسؤوليته وليس ملزما بتعويض الضرر الذي تسبب فيه؛ وقد تطور مفهوم إستعمال الحق تبعا لتطور الحياة الإجتماعية وتداخل المصالح بين الأفراد وأصبح لا يجوز التحصن وراء الحق للمطالبة بعدم المعاقبة أو الإدعاء بالطابع المشروع للتصرف الضار ولا يمكن

1 - J.Hemard , fterre et P.mabilat.op,cit, p 332.

2- محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 899.

أن يتحول إستعمال الحق إلى سوء إستعمال أو إنحراف به عن غايته، أي عن الهدف المشروع، لأن الحق في ذاته معد لإحداث أثر نافع فإذا ترتب عن إستعماله ضررا للآخرين فإن هذا التصرف قد تم على وجه غير مشروع، والقاعدة ليس هناك حق لصالح المدلس أو الشرير، كما لا يمكن إستخدامه بنية الإضرار، وبذلك توصل الفقه إلى إعتبار الغش أو التديس قيذا على إستعمال الحق، وأنه لا يمكن أن ينقلب إستعمال الحق إلى تجاوز وتعدي على الآخرين.

وهكذا دأب الفقه⁽¹⁾ على تقسيم الحقوق من حيث الغاية منها إلى حقوق ذاتية أنانية أو سلطات وحقوق وظائف، وحقوق السلطات هي طائفة الحقوق التي تخص المصلحة الخاصة للأفراد، كالحقوق العينية او الحقوق الدائنية أما حقوق الوظائف فهي منحت لأصحابها لتحقيق مصالح أشخاص آخرين أو مصالح أخرى خارج مصلحتهم الشخصية مثلها حقوق الولي وتكون هذه الحقوق أشبه بالسلطات التي يتمتع بها ويمارسها رجال السلطات العامة، ولم يعطي الولي السلطة إلا لحماية القاصر من عواقب الطيش او قلة الخبرة بالحياة، وكذلك لضمان إستقرار المعاملات فلا يجوز له أن يستعملها إلا لتحقيق هذه الغاية، وإذا تبين أن الدافع من إستعمال سلطته في الولاية كان بغرض إلحاق الضرر بممتلكات القاصر، فإن ذلك يعد إنحرافا من الولي في إستعمال حقه على وجه غير مشروع.

وقد إنعكس أثر هذا التطور الفقهي لمفهوم الحق على التشريعات الحديثة؛ فقد أقرت نظرية التعسف في إستعمال الحق، وأعتبر أي تصرف يكون تعسفيا إذا تم في إتجاه آخر غير الإتجاه الذي حدده المجتمع للحق الذي يقابله، وهو ما أقره المشرع الجزائري وثبت عليه العقوبة لإستبعاد أي شكل من أشكال التعسف متى توفرت عناصره وهذا طبقا للمادة 800 و 811 من القانون التجاري وخصوصا الفقرة 5 منها التي تحمل الدلالة القاطعة عن سوء إستعمال الحق والتعسف في حق الشركاء المساهمين او الشركة بحد ذاتها وهذا بإستعمال المشرع لعبارة عن سوء نية وعبرة لأغراضهم الشخصية الصلاحيات التي أحرزوا عليها بغية تلبية مصالحهم أو تفضيل مصلحة شركة لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

¹ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها.

زد على ذلك وبالموازات فقد تأثر القضاء بهذا التطور الفقهي لمفهوم الحق ويظهر ذلك جليا في القضاء الفرنسي الإداري⁽¹⁾ بتجريد الحقوق من الطابع الأناني وظهر ذلك جليا في نظرية تجاوز حدود السلطة وهو ما يعني فتح باب إستبعاد التعسف في إستعمال الحق بالتشريع والقضاء والفقهاء.

وما تجدر الإشارة إليه أنه على مستوى شركة المساهمة فإنه يجب أن يمارس المساهم حقه في التصويت بحرية وأن يكون التصويت مستنيرا، وبالرغم من أن حق التصويت له طابع مزدوج يعبر عن المصلحة الشخصية ومصلحة الشركة في آن واحد فإنه يتعين تغليب مصلحة الشركة عند تعارضها مع مصلحة المساهم، ومع ذلك فإن صاحب الأغلبية كصاحب الأقلية يمكن أن يرتكب تعسفا في حق التصويت ولا يوجد اختلاف في الطبيعة القانونية بين تصويت مساهم من الأغلبية وتصويت مساهم من الأقلية كلاهما يساهمان في تكوين قرار الشركة وكلاهما يتعسف في ممارسة حقه بترجيح مصلحته الخاصة على المصلحة الجماعية؛ ولكنهما يختلفان بأن الأغلبية تستطيع أن تصل مباشرة إلى تحقيق غاياتها بإعتبارها تملك سلطة إتخاذ القرار، أما الأقلية فإنها تسلك سبل الحيل التدليسية والإعتراضات غير المبررة على سياسات الأغلبية للتوصل إلى تحقيق مصالحها. غير أن التعسف لا ينجم عن تعسف الأغلبية فقط بل للأقلية دور في إحداثه وذلك في النقطتين التاليتين:

أولا: السند القانوني لمعاقبة تعسف الأغلبية:

الأصل العام أن تصدر قرارات جمعيات المساهمين بأغلبية الأصوات وفقا لما تمليه المصلحة المشتركة، غير أن هذه الأغلبية قد تنجح في قراراتها إلى تحقيق مزايا شخصية على حساب بقية الشركاء لهذه الأسباب تضافرت جهود المشرع في إتجاه تعزيز الحماية للحقوق الفردية حتى لا تستطيع الأغلبية النيل منها، وأبطل القضاء القرارات الصادرة عن الأغلبية متى أتخذت بالمخالفة للقواعد الشكلية والموضوعية التي يفرضها القانون.

¹ - محمد ميرغني، المرجع السابق، ص 151 وما بعدها.

والجدير بالذكر أنه يخرج عن إطار البحث الفروض التي يتم فيها الحصول على قرارات من الجمعية العمومية بطرق إحتيالية تدليسية، من ذلك مثلا الحصول على قرارات من جمعيات تكوينها غير صحيح أو تأسست تلك القرارات على بيانات ناقصة أو وقائع مزيفة، أو بناء على دعوات أو جداول أعمال مبهمة للتحايل على نصاب الحضور أو للحيلولة دون حضور مساهمي المعارضة لذلك تقع باطلة جميع هذه القرارات طبقا لقاعدة "الغش يفسد كل شيء".

أما القرارات موضوع دراسة هذا البحث هي تلك التي تستوفي كافة الشروط الشكلية دون اللجوء إلى وسائل إحتيالية، غير أن الغاية منها مشوبة بعيب الإنحراف عن الهدف الحقيقي المخصص لها وقد إستعان القضاء للرقابة على مداوات جمعيات المساهمين بمبادئ التعسف في إستعمال الحق وإساءة إستخدام السلطة أثناء ممارسة الإختصاصات وحسن النية في تنفيذ العقود والعلاقات التعاقدية. وقد أيد الفقه إستخدام هذه المفاهيم ولكنه إختلف في التشجيع لحجية فكرة دون أخرى، بل أكد البعض على إمكانية إستخدامها مجتمعة ممتزجة في ذاتها أو إستيعابها في إطار مفهوم موحد.

لذلك نبحت تفصيلا رقابة سلطة الأغلبية على النحو التالي:

1- رأي الفقه الفرنسي.

2- رأي القضاء الفرنسي.

1- رأي الفقه الفرنسي:

لقد إستعان الفقه الفرنسي⁽¹⁾ للرقابة على مداوات جمعيات المساهمين بمبادئ التعسف في إستعمال الحق وإساءة إستخدام السلطة وحسن النية في تنفيذ العقود، وقد إختلف في التشجيع لحجية مفهوم دون آخر، بل أكد البعض على إمكانية إستخدامها مجتمعة ممتزجة لإستيعابها في إطار سند موحد.

¹ - Jacque Mestre, Dominique Vilardocchio, Christine Blanchard- Sebastin, op.cit, p366.

ويستجيب الإتجاه المختلط لطبيعة تعسف الأغلبية التي ترفض أن تندرج ضمن المعنى الفني الضيق لأحد المفاهيم المذكورة رغم التشابه في العنصر الغائي، لذلك مساعي الأغلبية إلى تحقيق مصالح شخصية يفسر على أنه خروج عن مصلحة الشركة وإضرار بأقلية المساهمين، وإنتهاك لإلتزام حسن النية.

لذلك نكتفي بإستعراض آراء الإتجاه المختلط بإعتبارها تتضمن من بينها الرأي الراجح أما الإتجاهات الفردية فهي ترديد للمبادئ العامة. (1)

أ-السند المزدوج نظرية تجاوز حدود السلطة ومبدأ حسن النية:

يرى أنصار هذا الرأي أنه من المسلم أن الحقوق التي تملكها الأغلبية بموجب القانون والقانون النظامي للشركة هي من فئة الحقوق ذات الطابع الوظيفي (2) فهي تخضع للقيود الواردة على حقوق أعضاء الإدارة العامة، وبالتالي إذا حادت عن هدفها وغايتها الشراكية، فإنه يجب تقربها من إساءة إستخدام السلطة المعروف في الوظيفة العامة ويجب أيضا وصف قرارها المخالف بالتجاوز لحدود السلطة كما في تعسف الإدارة العامة.

ولا تستطيع الأغلبية أن تفرض إرادتها إلا بقدر العمل على إزدهار الشركة وحماية مصالح جميع الشركاء، فإذا صدر قرارها ضد المصلحة التي يجب أن تأخذها في الإعتبار يتعين بموجب المبادئ العامة للقانون السماح للمحاكم بالمعاقبة على عدم مشروعية هذا القرار، من واقع أن الأغلبية تجاوزت حدود السلطة التي تلقتها ثم إنحرفت بها عن غايتها القانونية والإرتضائية، لذلك من المتفق عليه أنه لا يجب أن يستبعد من موضوع الشركات تطبيق المبدأ العام الثابت لغائية الحقوق.

وبالرجوع إلى نظرية تجاوز السلطة فإنه يجب أن تتخذ الأغلبية قرارها في مصلحة الشركة، وكل قرار مخالف لهذه المصلحة فهو غير مشروع ولامرء أن هذه النظرية قد أعطت لقانون الأغلبية معنى نظاميا وأنها لا تأخذ في الإعتبار إرادة المتعاقدين.

1- أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص53.

2 - Dominique Légéais ,op.cit,p254.

غير أن الإعتداء على مصلحة الشركة لم يكن شرطا كافيا لإثبات تجاوز حدود السلطة بالنسبة للأغلبية؛ فمثلا يمكن أن يكون هناك خطأ "قرار" يتجاهل مصلحة الشركة دون أن يكون هناك سعي وراء مصلحة دون سواها من جانب الأغلبية، كذلك يمكن الحديث عن تجاوز السلطة، ولكن عن أخطاء لم يكن فيها المساهم محميا بإبطال قرارات الأغلبية وإلا فتح الباب على مصراعيه أمام إنتقادات المساهمين ودعاوى البطلان وإتسع مفهوم التعسف ليشمل القرارات الصادرة عن إهمال أو عدم تروي أو تبصر.

يؤكد هذا الرأي على أنه لا محالة من اللجوء إلى المفهوم التعاقدي في قانون الشركات لتحديد تعسف الأغلبية، والأصل يقتضي تنفيذ إلتزامات الشركاء الإلتزام بحسن النية⁽¹⁾ ويعتبر هذا الإلتزام ركنا جوهريا في عقد الشركة بالإضافة إلى أنه يؤيد نظرية تجاوز السلطة ويعبر عن نية المشاركة ورغبة التصرف كشريك مخلص وأمين، بعبارة أخرى إن إلتزام حسن النية لا يكفي بإستبعاد الغش فقط بل يقوي غاية حقوق الأغلبية كما يستلزم عند إتخاذ الأغلبية لقراراتها أن تظهر أقصى حدود حسن النية إتجاه مصالح الشركة والشركاء وأن تدرك أن مصحتها مرهونة بتحقيق المصلحة الجماعية وأن تكون دائما واعية بعدم إتخاذ القرارات سوى لمصلحة أعضاء الجماعة التي تمثل أكبر عدد من أصواتهم.

والجدير بالذكر؛ فإن فكرة حسن النية تصل إلى نتائج مشابهة للنتائج التي توحى بها فكرة تجاوز حدود السلطة، ومع ذلك فهي لا تشمل نفس المجال؛ فمثلا يكفي في تجاوز حدود السلطة ألا تتحقق المصلحة المعنية حتى يكون القرار غير مشروع وتعسفي، ولكن بالنسبة لمبدأ حسن النية هناك عنصر آخر إضافي بخلاف إنكار مصلحة معينة وهو أن يكون هناك تدليس للأغلبية، أو على الأقل نهوض خطأ من الأغلبية يكون الأساس لهذا القرار التعسفي، وفائدة ذلك إدخال شرط قصدي في تحديد تعسف الأغلبية يؤدي إلى تضيق نطاق التعسف وتقليل الدعاوى والإنتقادات التي تعرقل مسيرة الشركة كما يساعد على التمييز بين القرار التعسفي والقرار الصادر عن إهمال وعدم تبصر.

¹ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 102.

وهكذا يخضع تعسف الأغلبية إلى سند مزدوج، أن يكون هناك تجاوز لحدود السلطة، وفي نفس الوقت انتهاك حق من الجانب النفسي ومخالفة عقد كان يشترط التصرف بحسن نية، بعبارة أخرى يجب ان تمارس الأغلبية سلطتها في حدود المصلحة المعهودة لها فهي مصدرها وحدودها وأن تكون العلاقة بين الشركاء متممة بحسن النية وألا تتعد الأغلبية عن مصلحة الشركة والشركاء للبحث عن مصلحتها الخاصة إستنادا على أنه قد تم تأسيس الشركة بعقد موقع عليه من جميع الشركاء وبالتالي يمثل قرار الأغلبية طابعا تعسفيا إذا انحرف عن الهدف المشروع وقصد الحاق الضرر بالأقلية من الشركاء، بإختصار يمكن معاقبة تعسف الأغلبية إستنادا على نظريتي تجاوز حدود السلطة وحسن النية مجتمعين في آن واحد، ويجب أن ينسحب تطبيقهما على جميع القرارات في جميع جمعيات المساهمين التي يستوجب إنعقادها حسن سير العمل في شركة مساهمة.

ب- نظرية السبب:

يرى البعض⁽¹⁾ أنه بالنسبة لتعسف الأغلبية فإن الأمر يتعلق بالمعاقبة على ميزة شخصية حصلت عليها الأغلبية دون أن تقدم مقابلا أو عوضا للمشاركين معهم، أي أن الأمر أولا وأخيرا يتعلق بنظرية السبب، لأن الميزة الشخصية التي حصلت عليها الأغلبية كانت مجردة من أي سبب عندما لا تعوض، فالسبب هو المقابل المقصود⁽²⁾، والقاعدة لا ينشأ إلزام إن لم يوجد له سبب وبما أن الأغلبية لم تقدم مقابل للميزة فإنه يتعين مجازاتها عن هذه الميزة لإنعدام السبب بمعنى أنها ليست سببا للإلتزام المفروض على الأغلبية مثلا مكافأة مجلس الإدارة تكون بدون سبب عندما لا يقابلها أي نشاط لصالح الجماعة.

ويرى أنصار هذا الرأي أن فكرة السبب لها معنى ضيق في هذا السياق، فهي تنحصر في مسألة توازن المصالح "الإلتزامات" ولا تمتد للتساؤلات حول مدى ملائمة سياسة الأغلبية ولا البحث في مصالح البعض والبعض الآخر وأن ميزان مصالح الأغليات والأقليات ما هو إلا

¹- P.Pailluseau,La société anonyme,op.cit,p92.

²- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص114.

صورة للتعبير عن عدم التوازن في الكسب، أما سبب الشركاء في ذاته يوجد في الإثراء الجماعي لجميع المساهمين ولا صلة له بالموازنة بين مجموعات متنافسة فالسبب أو المقابل المستحق بالنسبة للأقلية هو السير المنتظم لآلية الشركة وليس في الميزة التي تحصل عليها الأغليات، لأن الشركاء لا يتعهدوا بالتزامات لأداءات متبادلة، وإنما للحفاظ على المصلحة المشتركة.

والسبب بالنسبة لتصويت الأغلبية عبارة عن حماية المصالح المشتركة لجماعة المساهمين بمعنى أدق يكمن السبب في وضع آلية الشركة موضع التنفيذ وبالتالي فإن بطلان القرار لتعارضه مع المصلحة المشتركة كان لإنعدام السبب وأن البطلان في ذاته يقصد به تعويض عيني للأقلية عن عدم تنفيذ الأغلبية لإلتزامها فالنظرية تنشأ من خلط بين إلتزام الشريك بالتصرف ونية إستخلاص إرادة تفرض على الشركة، بعبارة أخرى المساهم عندما يدلي بصوته لتكوين قرار الشركة فإن ذلك بغرض تحريكها ودفعها إلى الأمام وفاء لما تعهد به لها وتنفيذا لإلتزامه إتجاهها؛ أما فيما يخص التعرف على إستخدام الأغلبية أصواتها لمصلحتها أو لمصالح أخرى أو لمصلحة مجموع الشركاء فهي مسألة أخرى لا صلة لها بالسبب.

وبالنظر إلى نفس سبب تصويت الأقلية فإن معارضتها أو مقاومتها مشروع قرار مقدم من الأغلبية أو السعي إلى تجميد تكوين إرادة الشركة للحيلولة دون إصدار قرار ما، لا يكون تعسفيا إلا إذا كانت هذه المقاومة معدة لأغراض أخرى خلاف المصلحة المشتركة.

غير أن نظرية السبب ليست كافية لمعاقبة تعسف الأغلبية، هناك شرط إضافي آخر بخلاف تجاهل صيانة المصلحة المشتركة وهو تخلف نية المشاركة، فهي ليست سببا لعقد الشركة ولا لإلتزام المساهم ولا تمثل إلا إلتزام منصوص عليه في النظام الأساسي يلزم كل مساهم أن يتصرف كشريك ومن يتصرف بخلاف ذلك فإن صوته لا يكون مشوبا بسبب غير مشروع، ولكنه ينكر إلتزامه كشريك غير أنه لا يصل إلى درجة إنعدام نية المشاركة لديه. وتجدد الإشارة إلى أنه يجب التمييز بين تعسف الأغلبية والأخطاء التي تعوق التكوين المنتظم لإرادة الشركة فقد نص القانون على قواعد وإجراءات لازمة وضرورية لتكوين قرار الشركة، وإحترام هذه القواعد يمثل شرطا أساسيا لتكوين إرادة الشركة كل قرار يصدر بالمخالفة لتلك القواعد يكون

مشوبا بعيب في التكوين⁽¹⁾ أما القرار التعسفي فهو قرار صحيح في تكوينه مستوفيا كافة المظاهر الخارجية، بمعنى آخر التعسف لا ينشأ من عدم مراعاة قواعد تكوين القرار ولكن من تجاهل الإلتزامات المترتبة على ميثاق الشركة المفروضة على كل شريك، فلا يكفي لإضفاء وصف التعسف للقرار إثبات أنه تسبب في ضرر لحق بحقوق الأقلية، ولكن يجب إثبات من ناحية أن سلطة الأغلبية لم تشعب مصلحة كل مساهم في الجماعة ويجب إثبات أيضا خيانة الأغلبية للمصالح التي تؤهلها سيادتها العددية للحفاظ عليها، غير أن أمانة الأغلبية ليست شرطا لصحة إرادة الشركة ولا يترتب عن تخلف الأمانة إنعدام نية المشاركة وإلا يمتد البطلان ليشمل ليس القرار فقط وإنما الشركة بأكملها، وفي هذه الحالة تكون العقوبة مفرطة ومبالغا فيها.

لذلك تعسف الأغلبية ما هو إلا إنكار عارض لنية المشاركة وإخلاف لا يؤثر عن وجود أو سير الشركة ومصلحة الجماعة، ولكن يجيد بها عن مسارها وهذا الإخلاف لا يمثل في النهاية سوى مجرد خطأ في ممارسة السلطة نشأ عن سوء نية.

أخيرا، نخلص مما سبق إلى أنه يجب تجريد تعسف الأغلبية وتخليصه مما أتت به بعض المفاهيم القريبة منه حتى يزول الغموض ويتجلى بوضوح سند التعسف ومن هذه المفاهيم التعسف في إستعمال الحق فإنه رغم التقارب الظاهر بينهما، فإن هناك فارقا أساسيا لا يمكن تجاهله فبالنسبة للتعسف في إستعمال الحق تكمن فكرة الخطأ في ممارسة الحق أو الإمتياز، ويستلزم أن يرتكب صاحب الحق الخطأ عمدا على أن يلحق الضرر بالغير دون تحقيق مصلحة لصاحبه، ويستوي أن يكون الخطأ قصدي أو غير قصدي بالنسبة للغير المهم أن يكون الخطأ قد تسبب في ضرر بالغير، أما فيما يتعلق بالأغلبية فإن الخطأ يكمن في غاية السلطة وهو عبارة عن سوء قصد قاصر على حصول الأغلبية ميزة شخصية هذه الميزة ينجم عنها عادة ضرر، ولكن ليس المقصود في تعسف الأغلبية إيقاع الضرر بالغير فلا تتجه في الغالب إرادة الأغلبية إلى إيقاع الضرر بمساهمين معينين وكفي حصولها على ميزة خاصة وبالتالي الوصف التعسفي للقرار يتحقق بإثبات واقعة تفضيل البعض على البعض الآخر دون حاجة إلى إثبات أن

¹ - Blaise Jean-Bernard, op.cit, p, 139.

الخطأ قد تسبب في ضرر بالغير، بمعنى آخر الضرر يكون نتيجة للقرار التعسفي وليس سببا له. وبالنسبة إلى نظرية تجاوز حدود السلطة فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء⁽¹⁾ أن الأغلبية أعطيت لها السلطة لحماية المصالح المشتركة، ويترتب على ذلك أنها معنية برعاية مصالح غير أعضاء الأغلبية من المساهمين المعارضين والغائبين على السواء. وأن تلزم الأقلية بالإمتثال لقرارات الأغلبية نظير إلتزامها بإنتهاج سياسة سليمة تستهدف تحقيق مصلحة الجميع دون تمييز وإذا حادت الأغلبية عن غاياتها طبقا لميثاق الشركة تكون بذلك قد تجاوزت حدود سلطتها.

ولكن هذه النظرية بالمعنى الفني الضيق لا تكفي وحدها لمعاقبة تعسف الأغلبية لأنها تؤدي إلى التوسع في مفهوم التعسف بحيث يشمل أي قرار صادر عن الأغلبية يتجاهل مصلحة الشركة أو يلحق بها الضرر، حتى إذا كان هذا القرار لا يستهدف مصلحة شخصية وإنما صدر لإعتبارات تتعلق بعدم أخذ الأغلبية جانب الحيطة والحذر أو لعدم كفاءة أعضائها، وهذا من شأنه أن يزيد من عدد الدعاوى المرفوعة التي تعرقل مسيرة الشركة بالإضافة إلى ذلك يثير البعض شكوكا أخرى، فالأغلبية لا ترتكب تجاوزا للسلطة عندما تعتدي على مصلحة الشركة، لأن مصلحة أعضائها مندجة معها وهذا يعني أنها تتجاوز سلطتها لكي تضر بنفسها مما يعتبر عبثا لا معنى له، ولكن يمكن الرد على هذا التشكيك بأن الأغلبية بيت القصيد هي أغلبية الأصوات الحاضرة للإجتماع المشاركة في المداولات وهي لا توازي عادة الأغلبية الحقيقية في رأس المال، مع الأخذ في الحسبان أنه يمكن أن تعبر الأغلبية عن مصالح فردية وتكون لها غايات مختلفة أو غير متشابهة مع أغلبية رأس المال وحتى إذا تجاوزت سلطتها للتضحية بالمصلحة المشتركة فإنها تكون محسوبة لديها بأنها ستحصل على مزايا أكبر مما تتعرض له من تضحيات في رأس المال بحكم ضالة نصيبها فيه.

وكذلك من الثابت أن الأغلبية وهي تدير الشركة تمارس السلطة استنادا على أنها تتصرف في شؤون غيرها، ولكن في الواقع هي صاحبة المصلحة الأولى في نتائج إرادتها وهذا

¹- M.Cozian et A.Viandier,op.cit,P52.

يتعارض مع إمتياز السلطة العامة، فهي لا تتقرر إلا لمصلحة الغير أو المصلحة العامة وليس لمصلحة صاحبها.⁽¹⁾

لذلك لا مناص من الرجوع إلى المفهوم التعاقدى للشركة والإستعانة بنظرية حسن النية، فهي تلزم الأغلبية بأن تتصرف بحسن النية وأن تحترم المبدأ الأساسى الذى يحكم العلاقة بين الشركاء بغرض الوصول إلى الهدف المشترك أو المصلحة المشتركة فإذا كانت الأغلبية تسعى وراء مصلحة شخصية على حساب مصلحة الأقلية فإنها تنتهك إلتزاما قانونيا يتمثل فى الإلتزام بحسن النية وهذا يعيب تنفيذ العقد، بعبارة أخرى نظرية حسن النية تتشابه فى الحلول مع نظرية تجاوز حدود السلطة من حيث المبدأ العام لغائية الحقوق، ولكن يستلزم مبدأ حسن النية شرطا إضافيا بأن تكون الأغلبية قد إرتكبت الخطأ عن سوء نية وهذا يحصر الخطأ فى إطار ضيق ومحدود بحجية سلطة الأغلبية وبالتالى الغلط وعدم الحذر والحيطه أو الإهمال من جانب مجموعة الأغلبية لا يمكن المعاقبة عليه وإلا فإن إدارة الذمة المالية المشتركة ستخضع للرقابة القانونية. لذلك نظرية حسن النية تكمل ما إعتبر نظرية تجاوز السلطة من نقص أو قصور ويقتضيها عقد الشركة أكثر من أى إتفاق آخر وتدعم وظيفة الأغلبية وتبعد الجانب الأثنائي عن ممارستها الوظيفية.

ولا يقدح فى هذا النظر إعتراض البعض على تعايش المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية وضرورة الإختيار بين نظرية حسن النية او نظرية تجاوز حدود السلطة، لأنه ليس ما يمنع معاقبة تعسف الأغلبية على أساس المسؤولية المدنية المرتكبة، خاصة وأن مبدأ حسن النية إلزامى بين جميع المتعاقدين وفى جميع العقود ويصل إلى نفس الحلول التى إنتهت إليها نظرية تجاوز حدود السلطة وبالتالى لا يقيد من نطاقها فهي معدة لعمومية أشمل كما أن التشابه فى الحلول لدى النظريتين يحد من تعارضهما فى العمل.

كذلك يسقط التحدي الذى أطلقه أنصار نظرية السبب، لأن هذا الرأى يحيط به الغموض فهو يحتاج إلى فهم مستقل لنية المشاركة لا يتفق مع مضمونها الإصطلاحى هذا

¹ - البستاني يوسف سعيد، المرجع السابق، ص53.

يناقض وجوب إحترام إستقرار الحقائق القانونية بالإضافة إلى ذلك يصاحب إستعمال نظرية السبب مخاطر تدخل القضاء في تحديد سياسة الأغلبية، فضلا عن ذلك فإن سبب ربح الشركاء يوجد في الإثراء الجماعي وليس في لعبة الموازنة بين جماعات متنازعة، لأنه لا يعقد الشركاء إلتزامات متبادلة.

2- موقف القضاء الفرنسي:

يجوز إبطال قرارات الجمعية العمومية حتى إذا صدرت في شكل قانوني إذا كانت مشبوهة بالتعسف، ومبرر ذلك أن القرارات المعروضة للتصويت عليها في الجمعية العمومية يجب أن تكون متفقة مع روح ميثاق الشركة ومطابقة لمصلحتها وهي مصلحة الجماعة فالأغلبية بإعتبارها تملك القرار في الجمعيات العمومية عليها أن تحترم هذه المصلحة ولا يمكنها أن تستفيد من وضعها المتميز لمواصلة أغراض أخرى في محاولة أن تحصل لنفسها على ميزة شخصية، أو الإضرار بالأقلية، وكان للقضاء الفرنسي فضل كبير في تحديد نطاق سلطة الأغلبية دون أن يتسبب في شل ممارستها وأصبح تحجيم التعسف واضحا بإضطراد في أحكامه المتوالية ولم يتردد في إبطال قرارات صادرة عن جمعيات الشركة عندما تبدو له أن هذه القرارات تنكر تلك المبادئ.

ومنذ صدور قانون 1913 الذي يدعم سلطات الجمعيات العمومية تصدى القضاء مباشرة لمسألة الرقابة على سلطة الأغلبية، فقد إستعان على ذلك في البداية بنظرية الغش يفسد كل شيء، من ذلك مثلا قضت كل من محكمة اكس 16 / 01 / 1922، ومحكمة إستئناف باريس 10 / 11 / 1922⁽¹⁾ بأن تكوين الإحتياطي يجب ألا يتم "بنية الغش والتدليس" لتجريد حاملي الحصص أو بعض المساهمين من جزء من الأرباح، غير أن هذه النظرة ظلت سطحية ولم تتأصل على نحو واضح وسرعان ما حلت محلها مفاهيم التعسف في إستعمال الحق وتجاوز حدود السلطة.

1- Michel Germain, op.cit, p102.

ومع ذلك يجب التمييز بين هذين المفهومين فبالنسبة للتعسف في إستعمال الحق يفترض توافر ركنا قصدياً أي نية الإضرار، بينما تجاوز السلطة يقتضي أن صاحب الإختصاص يستخدم سلطاته في هدف يختلف عن الهدف الذي أعطى من أجله لإرضاء مصلحة شخصية، وقد تمسكت بعض المحاكم بهذه التفرقة منها محكمة إستئناف باريس فقد إكتفت بمعيار قصد الإضرار على أنه مرجع التعسف في إستعمال الحق بقولها: "إذا كانت الأغلبية في الجمعية تستطيع تحت بعض الظروف فرض قرارات صحيحة على الأقلية، فذلك فقط لأن هذه الأخيرة تعتقد أنها تتصرف لمصلحة الشركة، ولكن إذا ثبت أن القرارات التي إتخذتها الأغلبية كانت لهدف الإضرار بالغير، فهي تكون مشبوهة بتعسف حقيقي في إستعمال الحق. . . " في حين سمحت الفرصة أمام محكمة شامبري التجارية لإبطال قرار الأغلبية إستناداً على نظرية إساءة إستخدام السلطة بقولها: ". . . يبدو أن التصريح الذي منح لمجلس الإدارة بزيادة رأس المال، قد إنحرف به المجلس عن الهدف الذي من أجله طالب به وحصل عليه بموجبه".

ومع ذلك قد يتضمن الحكم الواحد خليطاً من النظريتين، أنه ليس من الضروري تمييزية الإضرارو يكفي إثبات بأن التصرف يكون لإرضاء مصالح خاصة. فقد أعلنت محكمة السين التجارية بأن: "القرارات التي أصدرتها الجمعيات العامة يمكن إبطالها بمعرفة المحاكم عندما تكون صوت الأغلبية قد إستوحى من هدف غير مشروع وأنه يشكل تعسفاً في إستخدام الحق، وأنه ليس من الضروري إطلاقاً للطالين بأن يقيموا الدليل على أن نية الإضرار كانت قد ألهمت خصومهم، وإنما يكفيهم تبرير فقط أن هؤلاء الخصوم تصرفوا لهدف غير مشروع. . ."، ويعود سبب هذا الخلط إلى طبيعة حق التصويت الذي يقع على جانبي خط وهمي فهو يقود من المصلحة الفردية للمساهم إلى المصلحة الجماعية وبصعوبة البحث في تحديد العناصر التي تمكن من تفهمه عملياً بسبب منع القاضي من التقدير بصورة ملموسة مصلحة الشركة بالنسبة للقرار المطلوب إتخاذه.

هذا التقريب بين مفهومي التعسف في إستخدام الحق وتجاوز حدود السلطة أيده أغلب الفقه⁽¹⁾ وأشار أحدهم إلى أن المساهمين في الجمعية العمومية يملكون حقين، حق

¹ - M.Cozian et A.Viandier,op.cit,P65.

التصويت ويمارسون في نفس الوقت سلطة وأن كل قرار اتخذ للإضرار بالأقلية ومن أجل تحقيق مصلحة شخصية معناه أن أعضاء الأغلبية في الوقت نفسه تعسفوا في إستعمال حقهم وارتكبوا تجاوزا لسلطاتهم.

وقد أثار هذا الخلط إنتقاد بعض الفقه (1) للموقف السلبي للمشرع من هذه المسألة لعدم وضع تعريف لتعسف الأغلبية نظرا لأهميتها في العمل، في حين يرى غالبية الفقه (2) أن إدخال تعريف تشريعي قد يعرقل تطوير الأحكام القضائية التي لها دور خلاق في هذا المجال ومع ذلك تعتبر نظرية التعسف في إستعمال الحق هي القاعدة العامة في حال إنعدام المصدر لمعاقبة قرارات الجمعيات العمومية المشوبة بالتعسف، بعض الفقه يرى أنه رغم الفرق الكبير بين التعسف في إستعمال الحق وتعسف الأغلبية فإن هناك تشابها عميقا بينهما، تظهر وحدة المفهومين بأن التعسف في كليهما ناتج عن ممارسة إمتياز خطأ من طبيعته يحمل فاعله المسؤولية المدنية.

هكذا يتضح لنا أن القضاء الفرنسي (3) في البداية تردد في إختيار إحدى هاتين النظريتين لرقابة تعسف الأغلبية، بل جمع بينهما في بعض الحالات، بسبب عدم الملائمة مع طبيعة حق التصويت، ومع ذلك يجب الإعتراف بأن رجال القضاء إستطاعوا في النهاية تطوير حلول عادلة والتوصل إلى تعريف لتعسف الأغلبية واضعين بذلك أولى لبنات الآلية الحالية لرقابة الأغلبية وذلك بإستثناء بعض الأحكام التي ظلت منعزلة بسبب إعطاء تعريفات موسعة أو ضيقة للتعسف فقد قدمت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (4) في 17 / 4 / 1961 تعريفا للتعسف جاء فيه أنه: " لم يتبين من هذه الأسباب أن القرار المتنازع فيه أتخذ ضد المصلحة العامة للشركة ولغرض وحيد هو تفضيل أعضاء الأغلبية على حساب أو إضرار الأقلية". وهكذا لأول مرة قضاة محكمة النقض إستخلصوا بوضوح ركني تعسف الأغلبية وهما دوافع الأغلبية التي تبحث أن تكون مميزة، ومن جهة أخرى الضرر الذي يلحق بالأقلية، وبالرغم من أن هذا الشرط لم يكن دائما معلنا بوضوح فإنه يظهر ضمنا من خلال الوقائع التي فسرتها المحاكم، والجدير

1 - P.Pailluseau, La société Anonyme, op.cit, P89.

2 - Xavier Delpech, op.cit, P22.

3 - Jacque Mestre, Dominique Vilardocchio, Christine Blanchard- Sebastin, op.cit, p405.

4 - George Ripert et R.Roblot, op.cit, p320.

ذكره فإن الدائرة التجارية لمحكمة النقض⁽¹⁾ أكدت في حكم حديث لها بتاريخ 22/ 1/ 1991 على تعريفها السابق لتعسف الأغلبية، أي بعد مرور ثلاثين سنة تقريبا.

ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أنه يكفي لتمييز التعسف أن يكون القرار مخالفا لمصلحة الشركة أو لم يعتقد أي شخص عادي بأنه مطابق لمصلحتها، في حين يرى البعض الآخر - على عكس من ذلك - أن القرار التعسفي يستلزم على الأقل توافر عنصرين، هما عنصر مادي وهو تجاهل مصلحة الشركة والضرر المسبب للأقلية وعنصر معنوي " القصد " وهو إرادة الإستفادة الشخصية.

وكان الفقه التقليدي متمسكا بضرورة توافر العنصر المعنوي وهو تصويت المساهم على قرار مضاد لمصلحة الشركة مع إدراك مساوئ تصويته، غير أنه يكفي في الوقت الحاضر لكي يكون القرار مشوبا بالتعسف بأنه لم يتخذ في صالح الشركة وإنما بغرض تحقيق مصلحة شخصية لبعض المساهمين إذ لا ضرورة لإقامة الدليل على وجه نية الإضرار وحول هذه النقطة لا يتعين الإشارة إلى تصور المفهوم الكلاسيكي للتعسف في إستعمال الحق، الذي يقتضي توافر نية غير مشروعة أو تدليسية، كذلك لا يكفي حسن النية ولكن يتطلب تحقق حدا أدنى من الإدراك لمساوئ القرار أي ما يقال نية الإستفادة الشخصية، أو بالأحرى الوعي بالإستفادة الشخصية، بحيث لا تكون الميزة الشخصية نتاج عدم خبرة أو التصرف بدون فكرة مسبقة ولكن بوعي وإدراك المساهم بالإستفادة الشخصية وما تحمله من أضرار بالأقلية أي بغرض تحقيق هدف أناني محض.

وهكذا تعريف محكمة النقض للتعسف تصدر الرأي السائد، وأصبحت له حجية قانونية لدرجة أن مشروع قانون 1966 إمتنع عن أي تقنين في الموضوع، وجميع الأحكام اللاحقة حكمت على الواقع على ضوء هذا المعيار المزدوج وفقا لهذا التعريف يرى البعض أن القاضي لم يعد يبحث ما إذا كان القرار يقضي مصلحة الجماعة، ولكن عما إذا كان القرار يعبر عن المساواة بين المساهمين، فالإهتمام ليس موجها إلى مصلحة الجماعة ولكن إلى إحترام

¹ - Philippe Merle, op.cit, p208.

² - عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 76.

مصلحة الجميع في الجماعة، وبما أن هذا الحكم يطلق وصف التعسف على تلك القرارات الصادرة في صالح المصلحة الشخصية للأغلبية إضرارا بالأقلية، فإن الإخلال بالمساواة بين المساهمين يتم بإجماع عنصرين ميزة شخصية لصالح البعض وضرر يتحمله الآخرين.⁽¹⁾

ثانيا : تعسف الأقلية:

يعتبر مفهوم الأقلية مفهوم متغير يطلق على المساهم الذي يهتم برحمة رأس المال المستثمر وفي نفس الوقت على المساهم الذي يشترك بصورة فعالة في إدارة الشركة وفي جميع الأحوال الأقلية هم الأعضاء الذين لم يقرروا القرارات التي تبناها أصحاب الأغلبية وقد حرصت قوانين الشركات على وضع أسس لحماية حقيقية للأقلية، وذلك بتقرير مجموعة حقوق لها بإعتبارها آلية تصحيح لمسار الأغلبية، وبالتالي أصبحت للأقلية سلطة تدخل فعالة في مسيرة الشركة، غير أن الأقلية قد تسيء إستعمال بعض حقوقها لمضايقة الأغلبية وتجريدها من سلطتها ودورها المانع في إستنباط إرادة الشركة وذلك بغرض الحصول على مزايا شخصية، فمثلا هناك أقلية التجميد وهي التي تحوز عددا من الأصوات تتوصل بمقتضاها إلى إعاقه إدخال أي تعديل على النظام الأساسي وتظل الأغلبية عاجزة عن التوصل إلى قرار ما لم توافق الأقلية على ذلك كما تستطيع الأقلية إشاعة الإضطراب في مسيرة الشركة من خلال رفع دعاوى تعسفية بين الحين والآخر.

وتعسف الأقلية لا يكشف من عمل واحد ولكن يتحقق من محصلة مجموعة مواقف وأعمال ودعاوى مشروعة في ذاتها تمارس لأغراض مناهضة لمصلحة الشركة، وتلجأ الأقلية على هذا الأسلوب لأنها لا تستطيع إتخاذ القرارات وتحل مباشرة محل الأغلبية إذ ليس لها سلطة إتخاذ القرار ولكن تملك سلطة منع إتخاذ القرار عندما تتخذ موقفا سلبيا أو رافضا أو تبدي مقاومة لا مبرر لها داخل مداوات الجمعية العمومية من أجل عدم تحقق النصاب القانوني للتصويت على القرارات التي تكون نافعة لمصلحة الشركة، ومع ذلك تسعى الأقلية من خلال حيل تدليسية الإستيلاء على سلطة إتخاذ القرار كالتصويت المفاجيء في فترات غياب بعض أعضاء الأغلبية وبالذات على مستوى مجلس الإدارة.

¹ - G.Sousi,op.cit,P235.

ولا تستطيع الأغلبية منع الأقلية من ممارسة حقوقها في الشركة، لأن الأقلية تستطيع دائما الدفاع عن نفسها، بإعلان أنها لم تقم إلا بإستخدام بعض مزاياها للإشراف على مصالحها والرقابة على العمليات التي تنجزها الشركة.⁽¹⁾

و يعاقب على تعسف الأقلية بالتعويض العيني أو المعادل حسب الأحوال، مع الأخذ في الإعتبار الأهداف التي تسعى إليها والوسائل التي تتبعها من تشهير وتهديد وإشاعة إضطراب وفوضى داخل الشركة، لذلك يجب أن يكون العقاب متلائما مع الضرر الذي يلحق الشركة، كما يجب أن يراعى في العقاب الضرر الذي يلحق بالأغلبية، لأن الأقلية أحيانا تسعى أن ينال الضرر من حقوقهم ولا يمكن قبول أنها بهذا التصرف تلحق الضرر بنفسها، بحجة أن لها مصالح داخلية في مصالح الشخص المعنوي لأن مساهمتها في رأس المال تكون أقل والخسارة التي تلحق بالأغلبية تكون أكبر وتأخذ في حساباتها دائما هذا الإعتبار مع تقدير كيفية تعويض ما يلحق بها من أضرار.

لقد تصدى القضاء الفرنسي لظاهرة تعسف الأقلية في صور متعددة منذ أكثر من أربعين سنة، وقد إستعان في تقرير ذلك بمفاهيم عامة كالتعسف في إستعمال الحق وتجاوز حدود السلطة والإخلال بمبدأ المساواة دون أن يستقر على ترجيح أي من هذه المفاهيم بصورة مستقلة، وترجع صعوبة الإستعانة بمفهوم دون آخر إلى طبيعة تعسف الأقلية التي لا تقبل أن تندرج ضمن المعنى الفني لأحد المفاهيم المذكورة مما أثار الحاجة إلى تقرير قاعدة للرقابة على تعسف الأقلية.

وقد إستطاعت محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ تنويع جهود القضاء بحكم حديث طال إنتظاره وذلك بتقرير مبدأ يصلح أن يكون معيارا شاملا للرقابة على تعسف الأقلية فقد قضت الدائرة التجارية بتاريخ 9/3/1993 بأنه يتعين إثبات أن موقف صاحب الأقلية كان مخالفا للمصلحة العامة لشركة لأنه يمنع تحقق عملية أساسية لها لغرض وحيد وهو تفضيل مصالحها

¹ - محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص728.

² - Cass.com.9mars1993,D1993,J.363,note Y.Guyon ;J.C.P.1993, ed.E.no448,p.141,note Viandier ;Rev.Soc.1993,p.403,obst.Ph.Merle.

الخاصة على حساب مصالح جميع الشركاء الآخرين، وبالرغم من التقارب مع تعريف تعسف الأغلبية الذي إستقر منذ 18/ 4/ 1961 ومفاده "الرغبة الوحيدة في تفضيل الأغلبية على حساب الأقلية"، فإن التعريفين ليسا متناظرين فقد قلصت محكمة النقض من مجال تعسف الأقلية بحيث لا يشمل إلا إعتراضها على العمليات الأساسية لشركة وهو يستجيب مع دور الأقلية بإعتباره آلية تصحيح لمسار الأغلبية وليس دور وظيفي في الشركة إلا في حالات محددة نادرة الحدوث والعمليّة الأساسية هي العمليّة التي تمس بقاء وإستمرار الشركة في الحياة، كقرار زيادة رأس المال بسبب إنخفاضه عن الحد الأدنى الذي يفرضه القانون فإن ذلك يعتبر مسألة أساسية يهدد الشركة بالإنقضاء ما لم يستوف خلال فترة معينة.

وبالرجوع إلى هذا التعريف وتحليله تتحدد عناصر تعسف الأقلية على النحو الآتي:

1- الإعتداء على مصلحة أساسية لشركة:

يستفاد من الحكم المذكور بأنه يجب ألا يقتصر الإعتداء على مصلحة الشركة بصفة عامة، وإنما يجب أن يقع الإعتداء على مصلحة أساسية للشركة، ومع ذلك يرى غالبية الفقه⁽¹⁾ بأنه ليس هناك إختلاف بين مصلحة ومصلحة أساسية لشركة وأن المسألة مجرد ترادف في العبارات وبالنظر إلى أن المشروع حقيقة إقتصادية فإن الإشارة إلى المصلحة العامة لشركة يجب أن تأخذ في الإعتبار مستقبل المشروع الذي تديره الشركة.

وتجدر الإشارة إلى أن عمومية مصلحة الشركة يجب ألا يترتب عليها التوسع في مفهوم التعسف، فمثلا تعرض موقف الأقلية للإدانة بإعتباره حال دون تحقيق عملية أساسية لشركة وهي زيادة رأس المال للوصول إلى الحد الأدنى الذي يفرضه القانون، في حين إعتبر القضاء معارضة الأقلية مبررة إذا كانت الشركة مزدهرة، وأن زيادة رأس المال لا تستجيب إلا رغبة الطموح الإقتصادي، لأن للأقلية كذلك رغبة الإحتفاظ بثقلها في إدارة الشركة لذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم بالعقوبة إلا إذا وقع الإعتداء على العمليات الأساسية وتوافرت بقية

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص72.

الشروط الأخرى للتعسف وليس بالضرورة أن تكون العملية تدخل في إختصاص الجمعية العمومية غير العادية، بل هناك قرارات تخضع للأغلبية البسيطة وتكون محلا للتعسف.

2- نية الإضرار بالمصالح الخاصة :

تلجأ الأقلية عادة عند ممارسة التعسف في إستعمال حقوقها إلى وسائل مشروعة لإستخدامها في أغراض مناهضة لمصلحة الشركة، فمثلا تستطيع رفع الدعاوى أو الإمتناع عن التصويت سواء مباشرة أو بالتغيب عن حضور بعض الإجتماعات المهمة أو تطلب إضافة بعض البنود إلى جدول أعمال إجتماعات الجمعية العمومية التي لها تأثير سلبي على علاقات الشركاء ومجلس الإدارة، بعبارة أخرى تصاحب عادة تلك الوسائل بعض المتاعب والمضايقات لسلطة الأغلبية كإثارة الفوضى والتشهير والتهديد، وإشاعة الإضطراب داخل الشركة.

وقد إستلزمت محكمة النقض -في قرارها السابق الذكر لسنة 1993 -⁽¹⁾ لقيام التعسف توافر قصد الإعتداء على المصالح الخاصة لبقية الشركاء، بحيث يكون موقف الأقلية قد تم عن عمد في إتجاه إلحاق الضرر بالأغلبية. وقد ميزت المحكمة بين المصلحة العامة لشركة والمصالح الخاصة لمجموعة أو لأخرى من الشركاء، أي أن مصلحة الشركة ليست متضررة، وأن موقف الأقلية لا يكون تعسفيا إلا إذا إستهدف تفضيل مصالحها على مصالح بقية الشركاء، وبذلك طلبت المحكمة من قاضي الموضوع إجراء رقابة على شرعية القرار المطعون فيه وليس على رقابة مدى ملائمة فيجب ألا تستخدم آلية الشركة كأداة لتفضيل مصلحة بعض الشركاء على حساب الآخرين دون أن تكون لها مصلحة في ذلك.

أخيرا، بعدما تطرقنا لحق المساهم في ضمان إحترام مصلحة الشركة بما يعود عليها وعلى النفع العام للمساهمين بالحماية لحقوقهم؛ يبقى للمساهم الحق في ضمان إحترام الشروط الأساسية لنظام الشركة؛ وبهذا كيف يضمن هذا الحق بصفته عضوا فعال في الشركة؟

¹ - محمدفريد العريني، هاني محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص72.

المبحث الثاني: حق المساهم في ضمان إحترام الشروط الأساسية لنظام الشركة :

يستمد المساهم صفته كشريك بمجرد إكتتابه في عدد من الأسهم ويستحق كافة الحقوق المقررة لغيره من المساهمين الذين في مثل وضعه ويكتسب بهذا الإنضمام للشركة مركزا قانونيا لا يجوز المساس به، ويظل شريكا ما بقى في الشركة ما دام قد وفى بالتزامه بشأن سداد أقساط سندات.

وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر الأسهم التي إشتراها أو إكتتب فيها، ولا يجوز للشركة أن تطالبه بمبالغ إضافية إذا منيت بخسارة مهما كان المصير الذي ستنتهي إليه فهو له حق أساسي في تحديد مسؤوليته إتجاه الشركة، ويعتبر هذا الحق إحدى الخصائص المميزة للشركة المساهمة. (1)

بإختصار يظل المساهم شريكا متمتعا بكافة الحقوق المقررة بموجب هذه الصفة. ويكون له حق أساسي في ضرورة إحترام هيئات الشركة للبنود الواردة بنظامها الأساسي، لأنه إختار الإنضمام إليها على هذا الأساس. كما أن المساس بهذه الشروط قد يجرمه حقا أو يحمله إلتزاما إضافيا وهذا يتأتى مع الركن التعاقدية للشركة المساهمة.

على هذا الأساس؛ فما مدى إمكانية المساهم في الحفاظ على حقه في ضمان إحترام الشروط الأساسية لنظام الشركة؟

لذلك نتناول بالبحث تفصيلا حق المساهم في ضمان إحترام الشروط الأساسية لنظام الشركة على النحو التالي :

¹ - بشرى خالد تركي المولى، المرجع السابق، ص 23

المطلب الأول : عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين:

لا شك أن للمساهم حقا أساسيا في تحديد مسؤوليته اتجاه الشركة، لا تتجاوز هذه المسؤولية القيمة الاسمية لسنداته، ويترتب على ذلك بأنه لا يجوز تحميله بأعباء إضافية وإذا تقرر خلاف ذلك فلا يكفي أن تقرر الجمعية غير العادية ذلك في حدود نصابها القانوني وإنما يجب الحصول على الموافقة الإجماعية للمساهمين، هذا الحق يعكس أحد الملامح الرئيسية لشركة المساهمة⁽¹⁾.

لذلك نتناول تفصيلا عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين على النحو التالي:

الفرع الأول : الأساس القانوني لمبدأ عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين:

كل شخص بمجرد إكتتابه في عدد من أسهم شركة المساهمة يكتسب صفة المساهم ويلتزم بسداد حصته في رأس المال سواء كانت نقدية أو عينية ويرضى بتحمل مخاطر المشروع الذي تكونت الشركة لإستغلاله ويصير بالنسبة لها في وضع المدين لدائنه فيما يخص سداد أقساط الأسهم، غير أن الدائن . في هذه الحالة-لايستطيع مطالبة المدين بأكثر مما وعد به عملا بالقاعدة العامة التي تقول أن أي إتفاق يستوجب رضا أو موافقة من يلتزم به. لذلك لا يجوز للجمعية العمومية غير العادية أن تفرض زيادة في إلتزامات المساهمين، وإذا كان جميع المساهمين المجتمعين في جمعية عمومية غير عادية يستطيعون تقرير زيادة إلتزاماتهم بالإجماع فإنه من المستبعد أن تقوم الجمعية غير العادية بزيادة هذه الإلتزامات، وهو ما أقرته المادة 674 من القانون التجاري بنصها:

" تختص الجمعية العامة غير العادية وحدها بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن. ومع ذلك لا يجوز لهذه الأخيرة أن ترفع من إلتزامات المساهمين، ماعدا العمليات الناتجة عن تجمع الأسهم التي تمت بصفة منتظمة.

¹- علي حسن بونس، المرجع السابق، ص 217.

ولا يصح تداولها إلا إذا كان عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوة الثانية. فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير، جاز تأجيل إجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين على الأكثر وذلك من يوم إستدعائها للإجتماع مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع دائما.

وتبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها، على أنه لا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الإعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق الإقتراع".

وبهذا يقع قرارها بالخصوص باطلا حتى إذا إنعقدت بشروط صحيحة للأغلبية ونصاب الحضور، فلا يجوز كأصل عام زيادة إلتزامات المساهمين إلا بموافقتهم على ذلك.

من المستقر عليه فقها وقضاء أن زيادة إلتزامات المساهمين دون رضاهم يؤدي إلى هدم إستقرار العقود⁽¹⁾، حيث يفرض عليهم شروط إضافية أكثر مما قبلوا الإنضمام على أساسها لعضوية الشركة وهو ما لا يجوز لأن ذلك فيه مساس بالإلتزامات التي تمت الموافقة عليها⁽²⁾ كما أن قيام الشركة بمفاجأة المساهمين بفرض مبالغ إضافية تتعارض مع مبدأ أحسن النية ويترتب على ذلك زيادة مسؤولية المساهم إتجاه الشركة ودائنيها وتحويله إلى شريك مسؤول إلى مالا نهاية، وهذا يتعارض مع حق المساهم في تحديد مسؤوليته بمقدار حصته في رأس المال وهو من حقوقه الأساسية التي لا يجوز المساس بها حيث أن ذلك يتعلق بالنظام العام، كذلك أية أعباء أو مساهمات إضافية تفرض على المساهمين دون رضاهم، بالرغم من أنها تمثل زيادة في حصصهم في رأس المال فإنها تقترب من الضريبة التي تفرضها الدول على رعاياها كما أن إنفراد الشركة بتحديد المبلغ المستحق لها من المساهمين بمحض سلطتها يعنى التسليم لها بالقيام بأعمال السلطة العامة⁽³⁾ وفي كلتا الحالتين لا يجوز.

¹ - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 235.

² - بشرى خالد تركي المولى، المرجع السابق، ص 10.

³ - أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز زيادة أعباء المساهمين:

هناك صعوبة في تحديد مفهوم زيادة إلتزامات المساهمين التي لا يمكن للجمعية العمومية غير العادية تقريرها بإعتبارها أعلى سلطة في إدارة شؤون الشركة وقد صمت المشرع عن تحديد ما يعد إرتباطا إضافيا، في حين أثارت هذه المسألة خلافا بين الفقه، ويرجع ذلك إلى الإختلاف في الأساس الذي يبرر حظر زيادة إلتزامات المساهمين وفي جميع الأحوال إنقسم الفقه إلى إبتجاهين رئيسيين:⁽¹⁾

فذهب أنصار الإبتجاه الأول⁽²⁾ إستنادا على نظرية الشروط الأساسية والثانوية التي نادى بها القضاء إلى أنه لا يجوز للجمعية العمومية التوسع فيما تقررها من سلطات بشأن زيادة أعباء المساهمين لأن صلاحياتها في هذا المجال تكون بمثابة إستثناء ظاهري فقط، بعبارة أخرى يجب الرجوع إلى تحديد ما هو اساسي في العقد الذي لا يمكن المساس به إلا بالموافقة الجماعية لجميع المساهمين حتى تستطيع الجمعية العمومية غير العادية التعرف على ما يجوز فرضه من أعباء إضافية أو يدخل في حدود إختصاصاتها، أما الشروط الإضافية فإنه يجوز لها تعديلها دون قيود، بينما ذهب أنصار الإبتجاه الثاني إلى القول أن للجمعية العمومية غير العادية السلطة الكاملة في إدارة شؤون الشركة وإنها تحظى بتأييد من المشرع وبالتالي مبدأ حظر زيادة إلتزامات المساهمين يعد إستثناء ورد على ما تتمتع به من إمتيازات والإستثناء يجب عدم التوسع فيه.

ومع ذلك توصل الرأي السائد لدى الفقه الفرنسي⁽³⁾ -بناء على تفسير قانون 1913- إلى وضع تصور عام حول مفهوم حظر زيادة إلتزامات المساهمين، فقد إستقر الفقه على أنه لا يجوز -كأصل عام- زيادة قيمة المساهمات في حصص رأس المال دون إجماع المساهمين⁽⁴⁾ على ذلك وبالتالي لا يجوز للجمعية العمومية غير العادية إجبار المساهمين على الإكتتاب في أسهم جديدة، أو زيادة القيمة الإسمية للأسهم.

¹ - J Hémar, F. Terré et P. Mabilat, op.cit, P303

² - G. Ripert et R. Roblot, op.cit, P455.

³ - Dominique Légéais, op.cit, P266.

⁴ - محمد عمار نيبار، المرجع السابق، ص 662.

كذلك إستقر الرأي على أن تتحدد مسؤولية المساهم بقدر الأسهم التي إكتتب فيها أو إشتراها سواء في مواجهة الشركة أو دائئها؛ فإذا وفي بقيمة أقساط هذه الأسهم فلا يكون لشركة أو للغير بعد ذلك الرجوع عليه بمبالغ أخرى مهما كان مصير الشركة⁽¹⁾، فهو لن يدفع إلا المبلغ الذي وعد بتقديمه بصفته مساهما ولو منيت الشركة بخسائر لاحقة بعبارة أخرى فإن مبدأ تحديد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الإسمية لأسهمه يعتبر أحد حقوقه الأساسية التي لا يجوز المساس بها ويعبر عن إحدى السمات المميزة لشركة المساهمة لذلك يفرض الحق في المسؤولية المحدودة على الجمعية العمومية غير العادية الإلتزام بإحترام هذا الحق، فلا يجوز تحويل شركة المساهمة إلى شركة تضامن، لأن ذلك يترتب عليه تشديد مسؤولية المساهمين ويجعلها تضامنية غير محدودة، كذلك لا يجوز تحويلها إلى شركة توصية بسيطة، لأن هذا التحويل يترتب عليه تشديد مسؤولية بعض المساهمين مع تغيير في إدارة الشركة وذلك يقتضي الموافقة الإجماعية للمساهمين كما يسري هذا الحظر على تحويل شركة المساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة لنفس الأسباب.

ويضيف الفقه بأنه لا يجوز تشديد شروط ديون الشركاء⁽²⁾ ومن صور ذلك تشديد شروط سداد أقساط الإكتتاب، لأن ذلك يترتب عليه زيادة ديون المساهمين فلا يجوز مثلا طلب تعجيل تغطية كاملة لمبالغ الإكتتاب في رأس الما أو بتقرير قيود على تداول الأسهم أو على قواعد توزيع الأرباح، لأن ذلك يؤدي إلى إنقاص حقوق المساهمين مما يترتب عليه زيادة أعبائهم ومع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لاحق لها بأن إدخال التعديل على النظام الأساسي بتقرير قيود على تداول الأسهم لا يعتبر زيادة في أعباء المساهمين ولكنه إنقاص لحقوقهم⁽³⁾.

وبالرجوع لموقف المشرع في القانون التجاري نجدده واضحا بخصوص مسألة عدم زيادة رأسمال الشركة إلا بإجماعهم على ذلك، في حين إستثنى هذا الأصل بتحقيق إلحاق الإحتياط

¹ - محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 453.

² - H.Lechner, Les droit propes des actionnaires, These Nancy, Paris, 1988, p51.

³ - Cass.com 9 Fev 1937 :

للمزيد راجع، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 691.

أو الأرباح أو علاوات الإصدار⁽¹⁾ لكن ما يطرح التساؤل هنا هو هل هذا الإستثناء لا يؤدي فعلا إلى زيادة أعباء المساهمين؟.

1- الإحتياطات والأعباء الإضافية:

أ- تكوين إحتياطات:

يعتبر تكوين الإحتياطات بمثابة تعديل في طريقة توزيع الأرباح القابلة للتوزيع⁽²⁾ و ليس الحرمان منها، لأن شروط توزيع الأرباح ليست أساسية في النظام الأساسي وأنها تخضع لإعتبارات التلائم تبعا للظروف التي تمر بها الشركة، لذلك يرى الفقه الفرنسي أنه يجوز للجمعية العمومية غير العادية إدخال تعديل على النظام الأساسي وتكوين إحتياطات، ذلك ما لم يرد شرط بالنظام يقضي بغير ذلك؛ غير أن الفقه إستلزم ألا يستبعد تكوين الإحتياطات توزيع الأرباح بالكامل لأن المساهم داخل الشركة متطلعا للربح الذي سيحصل عليه، كما يجب أن يحكم الإستقطاع من الربح لتكوين إحتياطات مصلحة الشركة على نحو مؤكد، كما يجب ألا يخل بمبدأ المساواة بين المساهمين⁽³⁾. هكذا وبلا منازع تختص الجمعية العمومية غير العادية إختصاصا مطلقا في تكوين الإحتياطات، وانتهى تحليل غالبية الفقه إلى أن ذلك لا يعد من قبيل زيادة أعباء المساهمين وإعتبر هذه المسألة تدخل ضمن إختصاص الأغلبية في تقدير سياسة الشركة غير أنه أقر أخيرا بمبدأ الرقابة على تخصيص مبالغ الأرباح كإحتياطات تفاديا لإساءة الأغلبية لسلطتها⁽⁴⁾.

ب- ضم الإحتياطات الحرة لرأس المال:

يعتبر رأس المال هو الخط الفاصل بين القيمة الإسمية الأصلية للحصص وبقية أموال الشركة، وبالرغم من أن ضم الإحتياطات لرأس المال عملية يترتب عليها التوسع في دائرة

¹ - المادة 689 من القانون التجاري.

² - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 522.

³ - محمد عمار تيبيار، المرجع السابق، ص 793 .

⁴ - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 655 .

الأموال المخصصة لتكوين ضمان الدائنين فإنها مسألة محاسبية ذات طابع داخلي بالنسبة لشركة، فهي مجرد تحويل من حساب إلى حساب لعملية واحدة، كذلك إفتراض غير صحيح أن تتسلم الشركة أموال إحتياطياتها من أعضائها على هيئة تسديد قيمة إصدارات أسهم جديدة كما أن هذا التجميد للإحتياطيات لا يزيد من أعباء أو مسؤولية المساهمين لأن الشركة غير ملزمة بتوزيع إحتياطياتها قبل إنقضائها وتصفية أموالها. كذلك حق المساهم في العائد يظل تحت رحمة الشركة التي تستطيع إلغائها أو تقريره ولا يوجد مانع قانوني يمنعها من ضمه لرأس مالها لدعم الضمان الخاص لدائنيها.

بإختصار الأموال الإحتياطية هي ملك للشركة وتحت تصرفها وبالتالي تستطيع إستخدامها بغرض زيادة رأس المال وكذلك إذا كانت هناك زيادة في ضمان الدائنين على إثر ضم هذه الإحتياطيات لرأس المال، فإن ذلك تم دون اللجوء إلى فرض تضحيات أو أموال إضافية لم يوافق عليها المساهمون.

وتجدر الإشارة إلى أن المساهم لا يستطيع المطالبة بالربح⁽¹⁾ في نهاية كل سنة مالية، أو التمسك بتوزيع الأرباح المحققة بالكامل على المساهمين، كما أن هذه الإحتياطيات تظل أثناء مسيرة الشركة حقا من حقوقها لها حرية التصرف فيها لمواجهة مستلزمات المشروع والظروف غير المتوقعة التي تعترض مسيرة الإستغلال، وإذا تم دمج رأس المال لا يخرج من ذمة الشركة ولا يثرى به المساهمون، وإنما يقتصر الأمر على مجرد نقل مبلغ من حساب الإحتياطي إلى حساب رأس المال.

بهذا فمبدأ عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين مبدأ ثابت أصلا لا يجوز المساس به؛ إلا بإجماعهم وهو ما يظفي الجانب التعاقدي على شركة المساهمة دون أن ينفي الجانب النظامي لها.

¹ - محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 397.

المطلب الثاني: عدم جواز تغيير جنسية الشركة:

من المسلم أن تكون للشركة جنسية دولة معينة وتتضح فائدة هذه الجنسية أنها تحدد الأحكام الواجبة التطبيق على النظام القانوني للشركة⁽¹⁾ لذلك أي تغيير في الجنسية تصاحبه مخاطر زيادة التزامات المساهمين في صورة ضرائب أو رسوم إضافية أو تحميلهم بأعباء وإرتباطات أخرى لأن الأنظمة القانونية للدول تتفاوت في تقدير حقوق المساهم، لذلك أصبح له حق أساسي في الإبقاء على جنسية الشركة فلا يجوز تغيير الجنسية إلا برضاه أي بالموافقة الإجماعية للمساهمين.

لذلك نتناول بالبحث عدم جواز تغيير جنسية الشركة على النحو التالي :

الفرع الأول : حق المساهم في الإبقاء على جنسية الشركة.

الفرع الثاني: قيود سلطات الجمعية العمومية في تغيير الجنسية.

الفرع الثالث: رأي الفقه وموقف المشرع من حق المساهم في عدم جواز تغيير جنسية الشركة.

الفرع الأول: حق المساهم في الإبقاء على جنسية الشركة :

للجنسية سمات مختلفة تبعا للشخص القانوني المراد تطبيقه عليه فإذا كانت تستهدف بالتطبيق على الأشخاص الطبيعيين، فإنها تعبر عن رباط ذي مغزى سياسي يجمع بين المواطن ودولته الولاء مثلا، وتفرض تبعية دائمة ولا تنحصر في خضوع الشخص الطبيعي لتشريع معين، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فإنها تخضع لقواعد أشد صرامة وأضيق نطاقا. تنصب على تبعية الشركة كجماعة سياسية وأن يكون نشاطها خاضعا للرقابة، في حين أنكر البعض أن يكون

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص

للشركة جنسية، وإنما الأمر يقتصر على مجرد إسناد الشخص المعنوي لدولة ما، وليس إنتماء⁽¹⁾ كما هو الحال للشخص الطبيعي.

حاول بعض الفقه وأحكام المحاكم التقريب بين مفهومي جنسية الشركة وجنسية الأشخاص الطبيعيين، وربط أنصار هذا الإتجاه الجنسية بمسألتين منفصلتين هما تنازع القوانين ومركز الأجانب، بمعنى آخر المقصود بالجنسية بالنسبة للشركة هي تحديد نظامها القانوني سواء القانوني الذي يحكم تكوينها أو نظام العمل بها أو قواعد إنقضائها، كما تشمل حسم المسائل المتعلقة بالتمتع بالحقوق ومدى كفالة تنفيذ الأحكام والضرائب التي تتحملها الشركة، ومدى حرية قيامها بأعمال التجارة والصناعة ومتى تعتبر عديمة الأهلية طبقا للقواعد المنصوص عليها بشأن رعايا الدول العادية⁽²⁾.

ومن هنا تتضح أهمية القانون الذي يحكم الشركة بالنسبة لضمان حقوق المساهم إتجاهها، وبالتالي ينشأ له حق في أن تمارس الشركة نشاطها في ظل قانون الدولة التي تأسست فيها وأن تكوينها قد تم بصورة قانونية طبقا لبلد التأسيس، أي أن يكون للمساهم حق أساسي في الإبقاء على جنسية الشركة.

ومن المستقر عليه أن القانون الذي يحدد إلتزامات الأطراف ينبغي ألا يتغير طول مدة العقد في حين أن تغيير جنسية الشركة ليرتب عليه إبدال العقد القديم للشركة بعقد جديد، وفي الغالب يتضمن هذا العقد أحكام جديدة وهذا يتعارض مع مبدأ إستقرار التعامل ويهدف إلى المساس بحقوق ومراكز الأفراد القانونية التي إستقرت، وبالتالي إبقاء المساهم على الجنسية الأولى للشركة يكون أكثر ضمانا لحقوق المساهمين لأنها تؤكد ضرورة إستمرار تنفيذ العقد الأصلي للشركة كما تؤمن عدم تحريفه بتطبيق تشريع أجنبي قد يفاجيء الشركاء بفرض أعباء جديدة عليهم، بمعنى آخر يجب أن يظل عقد الشركة ونظامها الأساسي مستقرا وثابتا وأي تغيير للجنسية يؤدي إلى إهدار العقد والحقوق المترتبة عليه دون رضا جميع المساهمين وهو ما

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 95.

² - أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص 122.

يفسر الحد من سلطات الجمعية العمومية في تغيير الجنسية ويحول للمساهم الحق في التمسك بذلك.

الفرع الثاني: قيود سلطات الجمعية العمومية في تغيير الجنسية:

الأصل العام أنه لا يجوز للجمعية العمومية غير العادية نقل مقر الشركة لأن للمساهمين حقا أساسيا، وذلك بأن تمارس الشركة الإستغلال في ظل قانون البلد الذي تأسست فيها،⁽¹⁾ كما أن الجنسية وصف قانوني يلحق الشخص ويدخل في تكوين حالته المدنية والجمعية العمومية وإن كان لها أن تعدل نظام الشركة، إلا أنه ليس لها أن تتعرض للمسائل المحددة لذات الشخص المعنوي كغرضه الأصلي وجنسيته.⁽²⁾

ومع ذلك يرى البعض أن للشركة حق إختيار القانون الذي يحكم نظامها ولا يمكن الطعن في ذلك إذا بررته مصلحة الشركة وليس بالضرورة أن تخضع الشركة لقانون دولة تأسيسها، ولكن ترتبط بقانون البلد الذي به مقرها، وإختلف الفقه في شأن دولة المقر، فقد حدد البعض المقر بالدولة التي يوجد فيها مركز نشاط الشركة، في حين يرى غالبية الفقه أن بلد المقر الذي به مركز الشركة الرئيسي⁽³⁾ أو الذي به نشاط الشركة الإداري وهو المكان الذي يجتمع مجلس الإدارة والجمعية العمومية، وإذا كانت الجمعية تجتمع في مكان آخر غير المكان الذي يجتمع فيه مجلس الإدارة فالعبرة بمكان إجتماع الجمعية العمومية ويشترط ألا يكون الإستقرار في دولة المقر الجديد قد تم غشا أو بحيل تدليسية كأن يتم التظاهر بتغيير الجنسية بالإنتقال لدولة أخرى مع بقائها تمارس نشاطها في مقرها السابق بغرض الإفلات من تطبيق بعض التشريعات، كما يجب أن يكون للشركة إرتباطا جادا بالدولة التي إستقر فيها مركزها الرئيسي.

وإستقر الفقه⁽⁴⁾ على حظر نقل مقر الشركة الرئيسي على دولة أجنبية إلا بعد الموافقة الإجماعية، لأن هذا النقل يؤدي إلى تغيير جنسية الشركة ويستتبع بالضرورة تحميل المساهمين

¹ - علي حسن يونس، شركات الأموال، بدون دار النشر، بدون سنة النشر، مصر، 1994، ص 549.

² - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 237.

³ - H.Lechner,op.cit,p169.

⁴ - فاروق إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 225.

أعباء، ومن المسلم أن القانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي الذي إنبثق عن عقد الشركة هو قانون المكان الذي إستقر فيه مقر الشركة الرئيسي، وبالتالي يقع باطلا قرار الأغلبية بنقل المقر الرئيسي إلى الخارج، ومع ذلك فإن للشركة أن تنتقل في إطار التوسع للقانون الوطني في جميع أرجاء الدولة، وبالرغم من أنه قد لا يترتب على هذا النقل إعتداء غير مباشر على حق التصويت، ويحتج البعض بأن هناك صعوبة في ممارسة هذا الإمتياز بسبب بعد المساهمين على مكان الإجتماع، ولكن تظل الشركة محكومة بالقانون الوطني.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تقرر نقل مقر الشركة مباشرة إلى دولة أجنبية، فإنه يجب حل الشركة⁽¹⁾ حتى يمكن أن يستتبعه مباشرة تكوين شركة جديدة تحكمها قواعد التأسيس وتعد نظامها بما يتفق والنموذج المنصوص عليه بالقانون الأجنبي المراد الإنتقال إليه وكذلك الأمر بالنسبة إذا تم النقل عن طريق الدمج وذلك بإستغراق الشركة الأجنبية لشركة المندجة الوطنية فإنه يجب حل الشركة المندجة ثم تحول أصولها بالكامل إلى الشركة الداخلة، ولكن يجب أن يترك للمساهمين حرية عدم الدخول في الشركة الأجنبية حتى لا تفرض الأغلبية رأيا على الأقلية وإلزامها بالبقاء في شركة أصبحت لها جنسية أجنبية قد تفرض قوانينها أعباء إضافية.

ولا يهم أن يصدر قرار نقل المقر الرئيسي باطلا وفقا لقانون⁽²⁾ الدولة التي كانت الشركة تحمل جنسيتها وإنما العبرة بخضوع الشركة لقانون المقر الجديد، وليس ثمة ما يمنع أن يترتب على هذا النقل إزدواجية جنسية الشركة؛ فمثلا إذا نقلت شركة إيطالية مركزها الرئيسي إلى الجزائر وإتبعته أحكام القانون الجزائري فإنها تكتسب الجنسية الجزائرية على الرغم من بطلان القرار الخاص بنقل المركز الرئيسي لعدم إحترام أحكام القانون الإيطالي في هذه الحالة تجمع الشركة بين الجنسيتين الجزائرية والإيطالية لأنها إكتسبت الأولى بنقل مركزها الرئيسي إلى الجزائر وإتباعها القانون الجزائري ولم تفقد الجنسية الثانية لبطلان قرار النقل وفقا للقانون الإيطالي.

¹ - أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 204.

² - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 190.

الفرع الثالث: موقف الفقه والمشرع من حق المساهم في عدم جواز تغيير جنسية الشركة:

إذا كان من المسلم أن الجنسية تعد من لوازم الشخص الاعتباري كما هي من لوازم الشخص الطبيعي، فإن تحديد هذه الجنسية أثار بعض الصعوبات وإختلف الفقه⁽¹⁾ في تبني المعيار اللازم لذلك، البعض يرى أن الشخص المعنوي يأخذ جنسية الدولة التي تأسس فيها، أو التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي أو الفعلي وفي جميع الأحوال فإن أهم هذه المعايير هي:

المعيار الأول: معيار جنسية الشركاء :

حسب هذا الإتجاه فإن جنسية الشركة تتحدد بالنظر إلى جنسية أغلب الشركاء فمثلا: شركة أغلب شركائها جزائريون تعتبر شركة جزائرية بغض النظر عن أي معيار آخر غير أن هذا المعيار تم إنتقاده، فمن جهة قد لا تتوفر أية أغلبية في الشركة، ومن جهة أخرى فإن تحديد جنسية الشركة بجنسية أغلب الشركاء يؤدي إلى تغيير جنسية الشركة في كل مرة وهو ما يعني زيادة أعباء على المساهمين إذ يعني ذلك تغيير نظامها القانوني والشروط أو القوانين الأساسية الواجبة التطبيق في الشركة وهو ما يثقل كاهل المساهمين؛ بهذا فلا يمكن إعتداد هذا المعيار.

المعيار الثاني: معيار مكان ممارسة النشاط:

حسب هذا المعيار فإن جنسية الشركة تتحدد بالمكان الذي تمارس فيه نشاطها وهو ما أقرته المادة 10 فقرة 3 من القانون المدني التي تقضي بأن: "الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها التي تمارس نشاط بالجزائر تخضع للقانون التجاري". هو ما يعني أنها تخضع في نظامها القانوني للقانون الجزائري وبهذا فإن حقوق المساهم تتحدد في ذلك بحسب مكان ممارسة النشاط لهذا فإن تغيير نشاط الشركة من شأنه إضافة أعباء على المساهمين لهذا لا يتم ذلك إلا بإجماعهم.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

المعيار الثالث: معيار مقر الإدارة:

وهو معيار يعتمد القضاء الفرنسي ويقصد به أن جنسية الشركة تتحدد بالنظر إلى مقر إدارة الشركة، وعليه تكون شركة ما فرنسية إذا كان مقر إدارتها متواجدا بفرنسا⁽¹⁾.

ويعرف مقر الإدارة بأنه المكان الذي تتواجد فيه الهيئات القانونية للشركة من مسيرين وجمعيات عامة وكذلك المكان الذي يتم فيه إعداد ومناقشة العقود والصفقات الخاصة بنشاط الشركة؛ لهذا للمساهم الحق في التمسك بعدم تغيير مقر الإدارة لأن ذلك من شأنه المساس بحقوقه وزيادة الأعباء عليه وهو ما أقرته المادة 50 فقرة 5 من القانون المدني التي تقضي بوجود أن يكون لكل شخص إعتباري موطن، ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته وعليه فكل شركة مقر إدارتها في الجزائر تعتبر جزائرية وتخضع بالتالي للقانون الجزائري.

ولم يقر المشرع صراحة موقفه بشأن حق المساهم في عدم جواز تغيير جنسيته، هذا على خلاف المشرع الفرنسي⁽²⁾ الذي أجاز للجمعية العمومية تقرير نقل مركز الشركة خارج الأراضي الفرنسية وذلك بشرط إحترام القواعد العامة لتعديل القانون النظامي وأن تكون دولة المقر الجديد قد أبرمت مع فرنسا إتفاقية تمكن الشركة من إكتسابها الجنسية ونقل المركز الرئيسي مع الإحتفاظ لها بالشخصية المعنوية وبما يضمن معه حماية حقوق المساهمين.

بهذا نخلص إلى القول بأنه يترتب على تغيير جنسية الشركة إنقضاء شخصيتها وإعادة تأسيسها في دولة المقر الجديد وهذا من شأنه زيادة أعباء المساهمين ومن هذا المنطق نشأ حق المساهم بعدم جواز تغيير جنسية الشركة إلا برضاه وإستقر الفقه على أنه لا يجوز للجمعية العمومية أن تتعرض لمسألة تغيير جنسية الشخص المعنوي بإعتبارها تدخل في تكوين حالته المدنية.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 97.

² - Philippe Merle, op.cit, p 83.

المطلب الثالث: عدم جواز المساس بحق المساهم في البقاء في الشركة:

يدخل المساهم في الشركة بمحض إرادته بناء على تعاقد معها، فهو يستمد صفته كشريك من التعاقد مع الشركة وذلك بشراء عدد من الأسهم⁽¹⁾ وينشأ حق البقاء كعضو فيها ويستمر هذا الحق ما بقي، إلا إذا قرر بمحض إرادته الخروج منها أو تقرر إنهاء الشركة ذاتها ومن ثم لا يجوز حرمانه من هذه العضوية، وإلا كان ذلك بمثابة نزع للملكية⁽²⁾ فلا يزول حقه إلا برضاه.

غير أن هناك بعض القيود تحد من ممارسته هذا الحق، وترد هذه القيود مباشرة وبطريقة غير مباشرة، كما إذا كان ينص القانون على إستبعاد الشريك بسبب عدم الوفاء بالتزامه الخاص بسداد أقساط الأسهم أو قد تدعو الضرورة إلى إلغاء عدد من الأسهم بسبب تخفيض رأس المال مما يترتب على هذا الإجراء خروج بعض المساهمين من الشركة.

كذلك يرى البعض أنه يجوز تقرير مبدأ إبعاد الشريك بمقتضى نص⁽³⁾ يرد بالنظام الأساسي، يقبله المساهم بمجرد إنضمامه للشركة، أما بالنسبة للإستبعاد بحكم المحكمة، فإنه يثير عدة صعوبات بحجة أنه يقترب من نزع الملكية، ومع ذلك ترى المحاكم أنه في حالة تشعب الخلاف بين الشركاء، فإن إستبعاد بعضهم يكون أفضل من حل الشركة وتصفيتهما لأن مصلحة الشركة أولى بالرعاية من مصالح الشركاء الخاصة.

لذلك نبحت تفصيلا حق المساهم في عدم جواز المساس بحقه في البقاء في الشركة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: إبعاد الشركة.

الفرع الثاني: حالات الإعتداء غير المباشر على حق البقاء في الشركة.

¹ - Jérôme Bonnard, Droit des sociétés, 2ème édition, Hachette, paris, 2002, p155.

² - عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص172.

³ - Manuel Dominique Vidal, Droit des sociétés, 2ème édition, L.G.D.J, paris, 1998, p82.

الفرع الأول: إبعاد الشريك:

إن فصل المساهم من الشركة مسألة تثار حولها الجدل، ذلك أن حق المساهم في أن يبقى عضوا في الشركة لم يرد بشأنها أي نص صريح، وإن كان من الحقوق الأساسية للمساهم، فلا يمكن حرمانه من هذه الصفة إلا برضاه⁽¹⁾.

لذلك يطرح السؤال التالي: هل يمكن إبعاد أحد المساهمين من الشركة الذي هو عضو فيها؟ يقال هذا أمام غياب النص في القانون التجاري² الذي يجيز فصل المساهم من الشركة على العكس لا يوجد كذلك نص فيه يحظر مثل هذا الإبعاد.

على هذا الأساس نتطرق لهذا الأمر بالتفصيل الآتي:

أولا : الإبعاد القانوني للشريك:

أجاز القانون لأي شخص الإكتتاب في عدد من الأسهم يكتسب بها صفة المساهم ويكون له حق ملكية على سنداته وينشأ له حق البقاء في الشركة طيلة ما بقي حائزا لهذه الأسهم، بمعنى آخر يصير المساهم عضوا في الشركة⁽³⁾ ولا يجوز حرمانه من هذه العضوية إلا برضاه طالما كان موفيا لإلتزامه اتجاه الشركة، والقول بغير ذلك يكون بمثابة نزع للملكية؛ وهو ما لا تمتلكه جمعيات المساهمين ولا مجلس الإدارة.

تجد هذه القاعدة سندها في المبدأ الدستوري القاضي بحماية حق الملكية حيث جاء في نص المادة 677 من القانون المدني على أنه لا يمكن إلزام الشخص على التنازل عن ملكيته إلا إذا كان للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل ومسبق، ويمكن الذهاب إلى أبعد من هذا البحث عن المبدأ ذاته في المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن (المادتان 2 و 7)

¹ - بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 16.

² - هذا بخلاف القانون المدني الذي نص على إبعاد الشريك بصريح نص المادة 442 منه .

³ - Jacque Mestre et Gilles Flores, op.cit, p28.

والمادة الأولى من البروتوكول الأول للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "لكل فرد الحق في التمسك بمفرده أو الإشتراك مع غيره، لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".⁽¹⁾

وبالرجوع لعقد الإكتتاب نجد غالبية الفقه يكيهه عقد ملزم للجانبين⁽²⁾، هما المكتتب والمؤسسون- بوصفهم فضولين على الشركة- يلتزم فيه المكتتب بالإشتراك في المشروع ودفع القيمة الإسمية للأسهم التي إكتتبها، ويلتزم المؤسسون بإتمام إجراءات تأسيس الشركة، وقبول المكتتب شريكا وتسليمه الأسهم التي إكتتب فيها، وفقا للشروط التي يفرضها القانون.

لذلك تستطيع الشركة التمسك بفسخ عقد الإكتتاب ضد الشريك المتخلف⁽³⁾ عن الوفاء بالتزاماته، وفي هذه الحالة التي أثارها المشرع الجزائري حيث تباع فيها الأسهم لحساب وتحت مسؤولية المساهم الممتنع عن الوفاء، دون حاجة إلى إتخاذ أي إجراءات قضائية⁽⁴⁾ ويلغى قيد أسهم المساهم الذي تم بيع أسهمه من سجلات الشركة⁽⁵⁾. كما لجأ القانون الفرنسي لإعتماد جوازية إبعاد الشريك على سبيل العقاب، بسبب عدم تقديم الأسهم للتجميع، بغرض وضع الأسهم غير المقيدة في البورصة في الشكل الإسمي، أو عدم تقديم إسمه لقيدها في الحساب طبقا للمواعيد المحددة بقانون 12 / 30 / 1981 ومرسوم 1983/05/03 التي تقضي بتجريد المساهم من حقوقه المالية والإدارية إذا لم يتم بإيداع الأسهم لذلك الغرض، كما يقضي القانون بالإبعاد عندما تكون الشركة في حالة تصحيح أو تسوية قضائية، وبهذا يجوز للمحكمة أن تأمر مشرفا أو أكثر على الإدارة - سواء ليشغلها بصورة قانونية أو مديرا فعليا - بالتنازل عن أسهمه علما بأن سعر التنازل يحدد بمعرفة خبير، وكذلك عندما يتعرض المشرفون على الإدارة للإفلاس الشخصي، أو للحظر على ممارسة أعمال الإدارة والإشراف او الرقابة على المشروع، ويجوز للمحكمة أن تأمر مباشرة بالتنازل عن أسهمهم⁽⁶⁾.

¹- بوعزة ديدن، المرجع السابق ، ص 19.

²-Dominique Légeais ,op.cit,P140.

³-Jacque Mestre et Gilles Flores,op.cit,p120.

⁴-للإشارة أنه يمكن للقضاء أن يأمر بإحالة أسهم القائمين بالإدارة للشركتي في حالة الحكم عليهم بعقوبة الإفلاس أو المنع من مزاوله نشاط التسيير والإدارة والمراقبة، للمزيد راجع، بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 21.

⁵-المادة 715 مكرر 47 من الفقرة الثانية من القانون التجاري.

⁶- G.Ripert et R.Roblot,op.cit,14ème édition,p 894.

من هنا يتبين - مما سبق - عدم جواز فصل المساهم من الشركة إلا إستنادا إلى سبب قد ينص عليه القانون، لكن خارج هذه الحالات الإستثنائية هل يوجد ما يبين فصل المساهم عن طريق شرط يرد في القانون الأساسي مثلا؟

ثانيا: الإبعاد النظامي :

لما كان للمساهم بحسب الأصل حق البقاء في الشركة فإنه لا يجوز إستبعاده إلا إذا كان مذنبا في واقعة معاقب عليها بالطرد خارج الشركة، كما أجاز بعض الفقه (1) تحقق ذلك إذا تضمن النظام الأساسي للشركة شرطا صريحا خاصا بالإبعاد كأسلوب لإدارة الشركة وبالتالي هذا الشرط يعطي حرية أكبر للتصرف في إدارتها، والتخلص من بعض المساهمين غير المرغوب فيهم كما إذا كانت تصرفاتهم ضارة بها. ويبرر الإتجاه المذكور هذا الشرط على أنه يزيد من فعالية إدارة الشركة، بالإضافة إلى أنه في حالة إستحكام الخلاف بين الشركاء وتعذر التوصل إلى قرار الأغلبية فإن إستبعاد بعض الشركاء يكون أولى من حل الشركة وتصفيتها. ذلك أن بقاء الشركة في هذه الحالة يرحح إمكانية فصل المساهم فهي الفرضية المثلى للركون إلى مصلحة الشركة وعندئذ يوضع حد للنزاع القائم بين المساهم وتنقد الشركة من الإعاقاة أي إصابتها لأن حل الشركة من شأنه القضاء على مشروع المساهمين ويضع حدا للنشاط التجاري، ويؤيد هذا الحل القائلون بالنظرية التعاقدية لشركة، رغم معارضة هذه الفكرة من لذن الكثير من الفقه (2) الذي يعتقد أن: " المساهم الذي يطلب حل الشركة لا يولي أي مصلحة لصفته كمساهم فدعواه تثبت غياب الإعتبار الشخصي لديه، وتسمح عندئذ بالإعتقاد أنه يتخلى أو يتنازل عن حقه في البقاء في الشركة". تستقيم هذه النظرة مع القول بأن المساهم لا يبحث عن حل للشركة ويتمسك في نفس الوقت بحقه في البقاء.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد المبرم تحت شرط فاسخ هو عقد سليم وصحيح إلى حين تحقق الشرط، لذلك يجوز أن يرد شرط الإبعاد بالقانون النظامي ويشترط لصحة هذا الشرط أن يكون منصوبا عليه صراحة عند الإنضمام للشركة أو عند تأسيسها فلا يكفي أن يستفاد

1- B. Cailland, L'exclusion d'un associé dans les sociétés Siery, paris, 1976, p179et180.

2- بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 22.

ضمنا أو أن يكون مستترا، كما يجب ألا يتم الإبعاد إلا في حالات معينة على سبيل الحصر والتحديد وبوضوح فلا يجوز أن يرد على وجه العموم حتى لا يكون مبعثا للتعسف أو شرط إعتراض يجعل الشريك في حالة قلق مستمر على مصيره بالشركة، كأن يستغل كسلاح ضد كل شريك لا تروق للأغلبية أو المديرين مناقشته في الجمعية، لأن ذلك من شأنه أن يجعل تنفيذ الشرط بمحض إرادة الشركة والأصل العام يقع باطلا كل إلتزام يتوقف تنفيذه على شرط إرادي محض من جانب من إلتزم به لذلك لا يمكن إبعاد الشريك خارج الأسباب المحددة بالنظام الأساسي هذا ويقبل الشريك هذا الشرط بمجرد إنضمامه للشركة ويخضع شرط الإبعاد للأحكام العامة للعقود.

وفي هذا السياق؛ يمكن لجهاز الشركة إلتزام المساهم على التنازل عن الأسهم التي يملكها عبر شرط وارد بالقانون الأساسي يطلق عليه شرط الإسترداد والذي أقره قرار 08 فبراير 1974⁽¹⁾، وقد أثار غضب بعض الفقه⁽²⁾ واصفا إياه بالشناعة القانونية (Monstruosité Juridique) وذهب للقول "شناعة؛ لأن الحق في الإلتزام إلى الشركة هو حق أساسي لكل عضو في الشركة. . . . ولأن أسهم الشريك المطرود ستؤول إلى شريك آخر. وقد علق رأي آخر⁽³⁾ على ذلك، مؤيدا ما توصلت إليه محكمة روان بقوله "عندما ينضم المساهم إلى الشركة فقد تظاهر فيه مميزات أو طبائع معينة، فإذا فقدتها بحيث أصبحت لا تتناسب ونشاط الشركة، فمن الطبيعي القول بفصله؛ و تبدوا أهمية الجدل واضحة عند تعليقه للشرط بالدقة الكاملة؛ فيضيف قائلا: "بأن هذا الشرط يشبه شرط الموافقة، فهذا الأخير هو وسيلة للشركة لمنع دخول شخص لا يرغب فيه، وقياسا على ذلك فإذا دخل أحد الأشخاص وأصبح غير مرغوب فيه فيكون بإستطاعة الشركة فصله".

وبعد هذا التعليل وبالرغم من المزايا والعيوب، تبقى القوانين الأساسية مصدر إرادة المساهمين في تقرير عزل المساهمين وإدخال نوع من الإعتبار الشخصي على شركات الأموال.

¹ - Trib.com, Versailles 2mai 1989, bull joly1989,p615 n 222, Rev Dr Boncaire214 , Jeantion et Viandier, en Sens contraire ,cour de Rouen08 Fév 1974, Rev.soc. 1974, note Houin ; T.G.I paris 25mai1989, Droit des sociétés1991n128.

²- M.Coizian et A.Viander,op.cit,P132.

³- Jacques Mestre et Gilles Flores,op.cit,122.

ويتشابه شرط الإسترداد مع مفهوم شراء الشركة لأسهمها، إذ تلجأ الشركة إلى عرض شراء عدد من أسهمها بما يوازي قيمة التخفيض لرأس المال الذي قدرته الجمعية العمومية غير العادية، ويستلزم في ذلك أن تكون دعوة المساهمين لبيع أسهمهم للشركة عامة وعلنية، حتى تكون أمام كل مساهم الفرصة للبيع إذا أراد ذلك. فإذا زادت طلبات بيع الأسهم على القدر الذي تطلب شراءه، في هذه الحالة تشتري الشركة من كل مساهم عددا من الأسهم بما يتناسب مع مقدار ما يملكه من أسهم الشركة، أما إذا قلت طلبات البيع عن العدد المستهدف بالشراء، فإنه يجوز للشركة بحسب الأحوال، إما إعادة الإجراءات مع رفع سعر البيع، أو أن تكتفي بالشراء من السوق حسبما يحقق مصلحة الشركة؛ على أنه يجوز للشركة أن تشتري أسهمها بناء على قرار من الجمعية العمومية بغرض تخفيض رأس المال وبالرغم من أن شراء الشركة لأسهمها يقع باطلا - طبقا للأصل العام - لأنه يعد بمثابة إرجاع جزء من رأس المال إلى المساهمين⁽¹⁾ وأنه لا يجوز للمساهم أن يسترد قيمة أسهمه من الشركة أثناء حياتها غير أن هذا المنع تقرر بالنسبة للحالة التي يحصل فيها الشراء من مبالغ رأس المال أو الإحتياجات الملحققة به ولكن إذا تم الشراء من الأرباح التي تنتجها الشركة ومن أموال الإحتياجات الحرة فإن هذا الشراء يكون صحيحا لعدم مساسه برأس المال⁽²⁾.

هذا ولا يجوز إجبار المساهم على بيع أسهمه، لأن ذلك الإجراء يؤدي إلى إقصاء المساهم عن الشركة بغير رضاه مما يترتب عليه إعتداء على حقه بالبقاء في الشركة، في حين إذا إقتصر الأمر على مجرد عرض الشركة لشراء عدد من أسهمها دون ضغوط، فإن المساهم غير ملزم بالتضحية بحقه لأن البيع يتم إختياريا ولا يشكل ذلك إعتداء عليه. بعبارة أخرى إن حماية حق المساهم بالبقاء في الشركة تقتضي ألا يتم إدخال هذا الشرط في النظام الأساسي إلا بالموافقة الإجماعية⁽³⁾ للشركاء، كما أن للمساهم بالإضافة إلى ذلك حق المطالبة من المحاكم تقدير ظروف إبعاده لتفادي القرارات التعسفية التي تستهدف التخلص من الشريك غير المرغوب فيه.

¹ - Ph. Merle, op.cit, p263 et 264.

² - G.Ripert et R.Roblot, op.cit, p895.

³ - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 578

بهذا، يبقى حق المساهم في البقاء في الشركة حق مضمون أصلا؛ ما لم ينص القانون أو شرط إتفاقي في النظام الأساسي للشركة على خلاف ذلك . أي على إستبعاد المساهم من الشركة بتحقيق الشرط -، غير أنه قد تلجأ الشركة إلى إعادة تنظيمها (Restructuration) فهل يؤثر ذلك على حق المساهم في البقاء في الشركة؟.

الفرع الثاني: حالات الإعتداء غير المباشرة على حق البقاء في الشركة:

لايعني الدخول في الشركة أن يظل المساهم دائما حبيس أسهمه، لأن الأصل بطلان مبدأ الإلتزامات الدائمة، وباب الخروج من الشركة في الغالب يظل مفتوحا أمام الشريك بحيث يستطيع التنازل عن أسهمه في أي وقت وبجرية، غير أنه قد يجبر المساهم على الإنسحاب من عضوية الشركة رغم إرادته بسبب صدور بعض القرارات المرهقة له ماديا كالقرار القاضي بالتوسع في غرض الشركة بزيادة رأس مالها أو تخفيضه إلى الحد الذي يجعله يتناسب مع موجوداتها.

غير أن هذا التخفيض يترتب عليه إنقاص عدد الأسهم مما يتبعه أحيانا خروج عدد المساهمين من الشركة، وقد أجاز القانون النص على هذه الإختصاصات للجمعية العمومية غير العادية، مع ملاحظة أنه يجب ألا ينزل التخفيض بقيمة رأس المال عن الحد الأدنى الذي قرره القانون، وتلجأ الشركة إلى توزيع التخفيض بالتساوي لرأس المال على الأصول التي منيت بالخسارة.

كذلك تضطر الشركة أحيانا لإعتبارات خاصة إستهلاك كل أو بعض الأسهم، فتزد عندئذ القيمة الإسمية للأسهم المستهلكة لأصحابها، ثم تمنح لهم أسهم تمتع للحفاظ على الصلة بالشركة مع الإحتفاظ ببعض الحقوق المالية وسواء تعلق الأمر بزيادة أو بإنقاص عدد الأسهم أو منح أسهم تمتع في كل الحالات، هل هناك مساس غير مباشر بحق المساهم في البقاء بالشركة؟.

نبحث ذلك بالتفصيل الآتي:

أولاً: زيادة أو تخفيض رأس المال بإبدال أو إنقاص عدد الأسهم:

عند زيادة رأسمال الشركة طالما أنه لا يمكن للشركة؛ وبالتالي الجمعية العامة غير العادية، أن تلزم المساهمين على شراء الأسهم للبقاء في الشركة، لأن هذا من الأعباء أو الزيادة في الأعباء التي تتطلب الإجماع طبقاً للمادة 674 من القانون التجاري. فلا يلزم أي مساهم على الإكتتاب في الزيادة في رأس المال التي قد تتقرر من بعد فالذي لا يرغب أو لا يستطيع الإكتتاب في الزيادة يجد نفسه منفصلاً أو معزولاً من الشركة وكأنه قد فقد نهائياً حصته.

كما قد تلجأ الشركة إلى تخفيض رأس المال نتيجة خسارة حلت بالشركة⁽¹⁾، ويقرر المشرع⁽²⁾ في هذه الحالة، إستدعاء الجمعية العامة غير العادية للبحث في مسألة حل الشركة أو تخفيض رأسمالها بقدر يساوي على الأقل مبلغ الخسائر التي تخصم من الإحتياطي. ويجب عند تقرير تخفيض رأسمال الشركة مراعاة رأس المال الفعلي أي لا ينزل عن الحد الأدنى الذي أوجبه المشرع⁽³⁾ ويتعين أن تكون الخسارة مبررة وأن يجري التخفيض هنا بتخفيض عدد الأسهم دون المساس بالقيم الإسمية حتى لا يمس ذلك بمبدأ المساواة⁽⁴⁾. إلا أنه قد ينتج عنها توافر العدد الكافي من الأسهم لدى بعض المساهمين لإجراء هذا التخفيض وهي وضعية تدفع إلى إخراج بعض المساهمين من الشركة، مما يتنافى مع حقهم في البقاء في الشركة ما دامت أن هذه الأخيرة باقية، ولكن إذا كان المشرع أقر بمشروعية التعديل الذي وافقت عليه الجمعية العامة غير العادية فإنه جعل هذه الأخيرة هي صاحبة قرار التخفيض، رغم أن التخفيض يضر ببعض المساهمين.

ويكون تخفيض رأس المال أحياناً بإتباع طريق إلغاء عدد من الأسهم مع الإحتفاظ بقيمتها الإسمية، غير أن هذه الطريقة تثير صعوبة في العمل بالنسبة للحالة التي يملك فيها المساهم عدداً من الأسهم التي لا تقبل القسمة على نسبة التخفيض، كما إذا كان يملك سهماً

¹ - المادة 712 من القانون التجاري.

² - المادة 715 مكرر 20 من القانون التجاري.

³ - المادة 594 فقرة 02 من القانون التجاري.

⁴ - المادة 712 من القانون التجاري.

أو سهمين أو أربعة أسهم في هذه الحالة لا يستطيع المساهم الاستفادة من أسهمه إلا بإحدى الطريقتين، إما ببيع⁽¹⁾ أسهمه لمساهم آخر يكون في حاجة إليها من أجل إكمال عدد صحيح من الأسهم الجديدة، وبمجرد إتمام عملية البيع فإنه يفقد صفته كشريك وإما أن يشتري سهمًا أو سهمين آخرين يضيفهما إلى سهمه حتى يصبح العدد ثلاثة ويتمكن من إستبدالها بثلاثة أسهم جديدة. ويترتب على ذلك زيادة أعباء المساهم والمساس بحقه بعدم دفع أكبر من القيمة التي وعد بها.

وبالرغم من أن عملية إنقاص السهم تنطوي على إستبعاد عدد من المساهمين من الشركة، خلافا للأصل بأن للمساهم حقا أساسيا في البقاء في الشركة، فإن القضاء⁽²⁾ إعترف بصحة هذه العملية للضرورة وبقدره بأن يكون التخفيض بسبب الخسارة التي لحقت رأس مالها، كأن تكون أسهمها قد صدرت بالحد الأدنى المقرر في القانون لقيمة الأسهم، وقد كان هذا الموضوع وما زال يثير الجدل بين الفقه، غير أن الرأي السائد يميل إلى تأييد موقف القضاء ويستلزم ألا يكون إستخدام هذه الطريقة موصوفا بالتعسف لإقصاء بعض المساهمين.

الأصل أن أي إجراء مشروع في حد ذاته - مثال ذلك تخفيض رأس المال عن طريق إبدال الأسهم - يصير غير مشروع إذا أنتهك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حقا أساسيا للمساهم، وبالتالي إذا كان إجراء تخفيض رأس المال يعتبر مشروعًا في ذاته فإن الشركة لا تستطيع إجبار أعضائها على شراء أسهم جديدة وعلى التخلص من تلك الأسهم الزائدة التي لا تقبل القسمة للإبدال، وأكد البعض على رفض هذه الطريقة للتخفيض حتى إذا تصادف أنه لم يكن هناك مساهم واحد يواجه هذه الصعوبة، لأن إلغاء الأسهم معناه نزع ملكية هذه السندات الملغاة، غير أن البعض⁽³⁾ الآخر يرد على ذلك بالقول بأن المقصود في هذه الحالة ليس إلغاء للأسهم وإنما إعادة القيمة الإسمية للأسهم إلى قيمتها الحقيقية ولا يوجد نزع ملكية السندات لأن البيع إختياري وكذلك بالنسبة للمساهم الذي يشتري أسهما جديدة لاتعتبر إلتزاماته قد زادت بإعتباره ليس ملزما بشراء الأسهم.

¹ - مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 237.

² - Cass, Civ, 20 mai 1822 Note, G. Ripert et R. Roblot, op. cit, p896.

³ - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 259.

والواقع بالرغم من أن هناك إختيارا متاحا أمام الشركاء وأصحاب الأسهم سواء ببيعها أو بإضافتها لأسهم مشتراة، فإن الطريقة أيا كانت التي يمارسون بها إختيارهم، تلزمهم في كلتا الحالتين بالتضحية بحق أساسي، غير أن البعض ذهب إلى القول بأن هذه الطريقة لا تعتبر مشروعة إلا إذا كانت الوسيلة الوحيدة لجعل رأس المال متوافقا مع الأصول التي منيت بها، وهي ترجيح للمصلحة العامة للشركة على المصالح الفردية.

لذلك برر بعض الفقه⁽¹⁾ عملية إنقاص وإبدال الأسهم على أنها إستهلاك للأسهم المستردة وللشركة مطلق الحرية في ذلك؛ وبالتالي يتعين على الشركة تسليم أسهم تمتع بدلا من الأسهم المستهلكة، ولكن إعتراض البعض الآخر على ذلك بالقول إن إستحداث مثل هذه الأسهم مقيد بوجود قيم ضمن أموال الشركة يكون مصدرها من المساهم⁽²⁾ وأنه ليس ممكنا الإبقاء عليها طالما الشركاء الذين أستهلك سنداتهم تحصلوا على حقوقهم كاملة من المال المشترك، فضلا عن أن الإستهلاك يتم بالخصم من الأرباح أو الإحتياطات وليس من رأس المال كما أن في ذلك خصم من حصته في تصفية الشركة في المستقبل. لهذا يكون أصحاب الأسهم أمام الإختيار بين الإستهلاك المفروض عليهم وبين قبول زيادة إلتزاماتهم وهم في كلتا الحالتين ليسوا ملزمين بالتضحية بأي حق من حقوقهم الأساسية.

على هذا الأساس، فهل تعتبر أسهم التمتع إعتداء غير مباشر على حق المساهم في البقاء في الشركة؟.

ثانيا: إبدال أسهم رأس المال بأسهم التمتع:

أسهم التمتع هي الأسهم التي تم تعويض مبلغها الإسمي إلى المساهم عن طريق الإستهلاك المخصص إما من الفوائد أو الإحتياطات، ويمثل هذا الإستهلاك دفعا مسبقا

¹ - عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص102.

² - أحمد محمد أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الجزء الأول، الدار الجامعية، مصر، 2003، ص210.

للمساهم عن حصته في تصفية الشركة في المستقبل⁽¹⁾، ومن المسلم أنه يشترط أن يتم إستنزال المبالغ المخصصة للإستهلاك من الأرباح التي تنتجها الشركة أو من الإحتياطات

فلا يجوز إستهلاك الأسهم من رأس المال بإعتباره الضمان العام للدائنين، ولا من أموال الإحتياطات القانونية والإتفاقية بإعتبارها مكملة له.

ويرى البعض أن أسهم التمتع تكون غير مشروعة أحيانا إذا تم توزيعها على المساهمين بناء على خسارة لحقت برأس المال، لأن ذلك يؤدي إلى إنشاء أسهم دون أن تكون ممثلة فيه⁽²⁾ وذلك على خلاف الوضع إذا تم إرجاع القيمة الإسمية في شركة مزدهرة، لأن الفجوة التي حدثت في رأس المال تكون قد سدت من حصة الشريك في الإحتياطات بمعنى يجب أن يكون لكل شريك الحق في الأصول المخصصة لضمان الخصوم، ويضيف البعض الآخر⁽³⁾ أنه لا فرق في الطبيعة بين الحق في الأرباح والحق في إعادة تكوين الحصة في رأس المال، وبالتالي لا أهمية عملية للتصنيف الذي أعطى لمختلف عناصر رأس المال في مواجهة الشريك ولا يمكن تصور أسهم بدون حق في صافي الأصول، أي لا يهم الجزء من المال المشترك الذي ينصب عليه هذا الحق.

والأصل تعتبر حقوق أصحاب أسهم التمتع محدودة ومقيدة بالمقارنة ببقية الأسهم الأخرى، سواء إقتصر الأمر عند إسترداد قيمتها الإسمية، أو أنهم قبضوا جزءا إضافيا من الأرباح، ومع ذلك تظل هذه الأسهم هي الصلة بين المساهم الذي إستهلك أسهمه والشركة، وبالتالي يجب أن تدخل أيضا مساهمات الشريك الذي إستهلك سنده ضمن أموال الشركة أو جزءا منها تطبيقا لقواعد العدالة أنه لا شريك بدون حصة في رأس المال، ويتوافر هذا الشرط سواء كان بغرض إستهلاك الأسهم أو بغرض الوفاء المعجل لنصيب المساهم في رأس مال الشركة لإعتبارات تتعلق بموضوع الإستغلال أو بغرض تخفيض رأس المال لإعتبارات

¹ - المادة 715 مكرر 45 من القانون التجاري.

² - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 572

³ - H.Lechner, op.cit, p186.

تخص التصرف في الأسهم الزائدة عن حاجة المشروع أو لمواجهة الخسارة التي لحقت بأصول الشركة.

بإختصار كلما إنخفض حق المساهمين في أموال الشركة لسبب أو لآخر، ولكن أبقى عليه بصورة عادية كشريك فإنه يتم إصدار أسهم تمتع حتى لا تنقطع صلة الشريك بالشركة، ولكن لشريك حقا أساسيا في الإحتفاظ بصفته كشريك متمتعا بكافة حقوقه والبقاء في الشركة حتى تنتهي مدتها أو يتصرف في أسهمه أيهما أقرب، غير أن تسليمه سندات لها طبيعة مختلفة فذلك يتضمن إمتيازات أقل ويعادل نزع الملكية⁽¹⁾، ومع ذلك فإن فكرة إنشاء أسهم تمتع لا تصطدم بأي عائق قانوني ويشترط لمنح هذه الأسهم أن يكون مصرحا بها في نظام الشركة منذ البداية أو بالموافقة الإجماعية للشركاء خلال مسيرة الشركة.

ومن خلاصة ما سبق ذكره؛ نقول أن حق المساهم في ضمان إحترام شروط النظام الأساسي حق ثابت يضمنه المفهوم التعاقدي لشركة المساهمة بما له من دور في إدخال الإعتبار الشخصي على مثل هذا النوع من الشركات، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز زيادة إلتزامات المساهم بما من شأنه أن يتنافى والإلتزامات السابقة المتفق عليها في نظام الشركة أثناء إنضمام المساهم لها؛ كما أنه بمجرد إنضمامه يثبت له حق في البقاء ولا يجوز المساس به، وإن كان جائزا ترتيب قيود إتفاقية عليه لإستبعاد المساهمين غير المرغوب فيهم من الشركة عن طريق شرط الإسترداد.

على أن بقاء المساهم في الشركة يستدعي ضمان حقوقه فيها؛ فهل للمساهم الحق في ضمان حقوقه قبل الشركة؟.. هذا ما سنتعرض له في المبحث الثالث -.

¹- D.Martin,L'exclusion d'un actionnaire ,Rev,Juris,com. nov,1990,p 94.

المبحث الثالث : حق المساهم في ضمان حقوقه قبل الشركة:

لاشك يملك المساهم عددا من الحقوق الأساسية في الشركة يتعين على هيئاتها إحترامها، فإذا وقع إعتداء على أحد هذه الحقوق يستطيع أن يرفع دعوى قضائية لدفع هذا الإعتداء والحكم بالتعويض⁽¹⁾ إذا تبين أن هناك ضرر، بمعنى آخر يلجأ المساهم إلى مباشرة هذه الدعاوى كوسيلة لحماية حقوقه فهي ليست غاية في حد ذاتها وإنما تقرررت كنتيجة حتمية أن لكل حق دعوى قضائية تهب للدفاع عنه حال وقوع الإعتداء، كما لا تقبل الدعوى إلا إذا كشفت الوقائع على أن صاحبها له مصلحة حقيقية في مباشرتها.

ويمكن حصر الدعاوى التي تعاقب على إنتهاك الحقوق المختلفة للمساهم، فهي تعود إلى دعوى بطلان الشركة التي تكون في صورة غير قانونية ودعوى بطلان قرارات هيئات الشركة التي تسيء إستخدام سلطتها أو تخرج عن إختصاصاتها، وأخيرا دعوى حل الشركة التي تصير غير قادرة على الوصول إلى الهدف الذي تحدد لها.

وتستهدف هذه الدعاوى التنفيذ العيني، غير أنه قد لا يتحقق لذلك يلجأ المساهم إلى دعوى المسؤولية على تعويض عادل إذا تعذر التنفيذ العيني أو أصبح غير كاف، فهي معدة لجبر الضرر الذي يمكن أن يترتب بالنسبة للمساهم من بطلان الشركة.

على هذا الأساس نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول : دعوى بطلان الشركة.

المطلب الثاني: دعوى المسؤولية.

المطلب الثالث: دعوى حل الشركة.

¹ - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 317.

المطلب الأول: دعوى بطلان الشركة:

الأصل يجب أن يتم تكوين الشركة بصورة قانونية لأن ذلك يبعث على الثقة في إقتناء أسهمها، مع كافة الضمانات اللازمة لإستقرارها ويستجيب لرغبة المساهم في توفيرها وإقتضاء حقوقه منها، فالرباط الذي يربط المساهم بالشركة لا يكون صحيحا إلا إذا تكون بصورة قانونية، لذلك أجاز القانون للمساهم إقامة دعوى إبطال الشركة متى تبين له أنها فاقدة أحد شروط إنعقادها ويكتسب المساهم هذا الحق بصفته متعاقدا فهو يستطيع أن يلزم الطرف الآخر على إحترام قواعد تكوين العقد، لأن الشركة التي لحقت بها أحد العيوب القانونية تخاطر بإهدار حقوقه المكتسبة بخسارة الحصص التي قدمها المساهم في رأس المال، ويجد نفسه مضطرا لإقامة دعوى البطلان بغرض إسترداد أكبر جزء من حقوقه والأموال التي ساهم بها قبل فوات الأوان⁽¹⁾.

غير أن رفع دعوى البطلان له قواعديتين مراعاتهما كأن يكون المدعي صاحب مصلحة حقيقية في الدعوى، وأن ترفع أمام المحكمة المختصة وخلال ميعاد محدد، مع الأخذ في الحسبان أن الحكم بإبطال عقد الشركة لا يسري بأثر رجعي فهو لا ينتج آثاره إلا في المستقبل سواء بالنسبة لأطرافه أو للغير، وتظل الشركة في الفترة ما قبل الحكم ببطلانها قائمة حكما، وتكون تصرفاتها صحيحة على أنها شركة واقع ويستمر هذا الوضع إلى حين إتمام التصفية وتسوية الحقوق والديون.

باختصار فإن حق المساهم في رفع دعوى البطلان، له حالات وإجراءات لذلك، فما هي إذن؟.

¹ - عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص والأموال والإستثمار، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 253.

الفرع الأول : حالات ممارسة دعوى بطلان الشركة:

لا شك أن جزاء البطلان أحيانا لازمة لإستقامة حكم القانون، ولكن لا تتقرر إلا بحكم قضائي، فهي لا تتقرر بقوة القانون ولا يجوز لمن تقرر له القابلية للإبطال أن يستقل بإعلانه بإرادته المنفردة، بمعنى آخر يستطيع كل مساهم أن يلجأ إلى القضاء بطلب إبطال الشركة التي تكونت بصورة غير قانونية، أو تعرضت لأحد أسباب البطلان أثناء مسيرتها بغرض حماية حقوقه في حالات معينة، فماهي إذن؟.

أولا: حالة تخلف أحد الأركان الموضوعية:

قد ينجم عن غياب الرضى أو وجود عيب من عيوبها كالغلط أو التدليس أو الإكراه غير أن حق المساهم في المطالبة ببطلان عقد الشركة لا يسري إلا إذا كان تخلف ركن الرضى شاملا لإرادة كافة الشركاء المؤسسين⁽¹⁾ لها طبقا للمادة 733 من القانون التجاري التي نصت على أنه:

"لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة المؤسسين. . .".

بهذا فإذا أصاب العيب جميع المؤسسين فهذا يؤدي إلى بطلان الشركة، وهذا البطلان من أثرخاص فلا يسري بأثر رجعي وإنما للمستقبل فيشترط هنا حل الشركة وتصفيتها أما الفترة التي تقع بين إبرام العقد والحكم بالبطلان؛ فتعتبر الشركة قائمة فعلا حماية للغير الذي يتعامل معها وهو وجود واقعي لهذه الشركة.

¹ - محمد كامل درويش، أساسيات متطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص، شركات الأموال وشركات التأمين، دار الخلود، لبنان، 1993، ص 303 .

أما بالنسبة لعدم مشروعية المحل أو السبب؛ فإذا قامت الشركة من أجل تحقيق غرض مخالف للنظام العام والآداب العامة كان عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا، وهنا يجوز للمحكمة ان تطلب إبطاله من تلقاء نفسها ومن أثره أنه يسري بأثر رجعي على العقد ويعتبر كأنه لم يكن ويكون لكل ذي مصلحة - بما فيهم المساهم - المطالبة بإبطاله.

ضف إلى ذلك فقد يقع البطلان بسبب تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة، فإذا لم يكن هناك تعدد للمساهمين، بل وجد شخص واحد يسأل عن ذمته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، والبطلان هنا ينصرف على عملية التأسيس بالنسبة لشركة المساهمة التي يقل عددها عن (7) سبعة شركاء⁽¹⁾. ويمكن هنا إجازة هذا البطلان بتحويلها إلى نوع آخر وهذا بعد مرور سنتان على الأقل من تاريخ إنشائها وبعد إعداد ميزانية السنتين الماليتين الأولى وموافقة المساهمين عليه⁽²⁾؛ وإلا كان العقد في الحالة العكسية باطلا بطلانا مطلقا ويحق لكل مساهم المطالبة به أمام القضاء.

زد على ذلك قد ينجم البطلان عن إنتفاء نية المساهمة في الأرباح والخسائر وهذا عندما ينص عقد الشركة على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة أو عندما تقتصر مهام الإدارة والإشراف على البعض دون الآخر فهذا الشرط يعتبر باطلا (أي شرط الأسد)، لأن عقد الشركة يمتد إلى المساهمة في الأرباح والخسائر وإلا أعتبر هذا الشرط باطلا طبقا للمادة 426 من القانون المدني والتي نصت على أنه:

"إذا وقع الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا.

ويجوز الإتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمته في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجره ثمن عمله".

¹ - المادة 592فقرة2من القانون التجاري.

² - المادة 715مكرر15من القانون التجاري.

غيرأنه طبقا لنص المادة 733 الفقرة الأولى فلا يحصل . بصريح هذا النص . البطلان من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني، ويستفاد من ذلك أن الشرط في هذه الحالة يعد باطلا وتبقى الشركة قائمة. وبهذا فإن إنتفاء نية المساهمة في الأرباح والخسائر هو باطل ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك به.

ثانيا: حالة تخلف أحد الشروط الشكلية:

إن البطلان هنا هو من نوع خاص فيه خصائص من البطلان النسبي والمطلق، فعدم كتابة عقد الشركة في محرر رسمي ينتج عنه البطلان، ولكن هذا البطلان لا يعتبر نسبي أو مطلق وإنما هو من نوع خاص⁽¹⁾؛ يحتج به على الشركاء كما يجوز الإحتجاج به على بعضهم البعض إلا أنه لا يجوز للشركاء الإحتجاج به أو التمسك به تجاه الغير.

يختلف أثر البطلان بسبب عدم إثبات الشركة بعقد رسمي، بإختلاف الشخص الذي يطلبه فإذا طلب الغير بطلان عقد الشركة بسبب عدم إثباته بعقد رسمي طبقا لنص المادة 418 من القانون المدني فيكون لهذا البطلان أثر رجعي؛ وهنا تحمى آثار العقد في الماضي ولكن إذا طلبه الشريك فإن هذا البطلان يقتصر على المستقبل ويظل العقد صحيحا فيما بين إبرام العقد والمطالبة بالبطلان. إن المشرع يأخذ في هذه الحالة بنظرية الشركة الفعلية؛ فالشركة في هذه الحالة باطلة بنص صريح لعدم الكتابة ولكن تعتبر قائمة فعلا بين الشركاء حتى لا يتحللوا من إلتزاماتهم وهو ما أقره المشرع بنص المادة 549 من القانون التجاري على أنه:

"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا بإسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها. "

¹ - صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص45.

كما قد يبطل عقد الشركة بسبب عدم شهره وإن كان لا يجوز للغير التمسك بعقد الشركة بسبب عدم شهرها ولهم كذلك أن يتمسكوا بوجود الشخص المعنوي وذلك لإرغام الشركة على تنفيذ إلتزاماتها ذلك لأنك أنت الشريك سبب في البطلان فلا يمكنك أن تستفيد من ذلك⁽¹⁾.

على أنه للمساهم ذي مصلحة أن يطالب ببطلان عقد الشركة لعدم نشر وإيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة لها لدى المركز الوطني للسجل التجاري⁽²⁾، كما له أن يطالب ببطلان أعمال ومداومات لاحقة لتأسيس الشركة لمخالفاتها لقواعد النشر؛ و لكل شخص يهمه أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يوما، وإذا لم يقع التصحيح في هذا الأجل، يجوز لكل شخص يهمه الأمر- بما فيهم المساهم. أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء⁽³⁾.

بهذا فللبطلان حالات معينة لتحقيقه، فما هي إجراءاته؟.

الفرع الثاني: إجراءات دعوى البطلان:

تتعرض الشركة للبطلان - كأصل عام- إذا ثبت وجود سبب موجب لذلك سوء كان هذا السبب يمثل عيبا شكليا، أو عيبا موضوعيا عند تأسيسها، كما تتعرض التصرفات والقرارات اللاحقة لتكوين الشركة لنفس المصير إذا صدرت بالمخالفة لأحكام القانون والقانون النظامي غير أنه لا يتم البطلان بقوة القانون. في كلتا الحالتين- ولو كان بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام، ومما بلغت درجة جسامة سببه وإنما يجب صدور حكم قضائي⁽⁴⁾ بذلك، فقد قضت

¹ - المادة 222فقرة 2من القانون التجاري.

² - المادة 548من القانون التجاري.

³ - المادة 739من القانون التجاري.

⁴ - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 279.

محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام⁽¹⁾؛ أنه يجب أن تقام دعوى البطلان أمام القضاء والقضاء العادي هو المختص بالبت في دعاوى البطلان.

وإذا نص نظام الشركة على عرض المنازعات التي تترتب عليها قرارات بالبطلان على لجان وهيئات التحكيم، فإنه لا يجوز لهذه الهيئات الحكم بالبطلان⁽²⁾ ولكن يمكن لها الحكم بإستحقاقات معينة كتعويضات، وتظل هذه القاعدة هي الأصل حتى إذا تضمن هذا الشرط وعلى وجه التخصيص إحالة دعوى البطلان إلى لجنة التحكيم، لأن دعاوى البطلان من النظام العام، وينبغي ألا تكون محلا للإتفاق، بصرف النظر عن قانونية هذا الشرط.

لذلك نطرح السؤال التالي: ما هي الجهة المختصة بالحكم بالبطلان؟ وما هي آثاره؟.

نتناول إجراءات دعوى البطلان على النحو التالي:

أولاً: المحكمة المختصة:

لم يحدد القانون التجاري المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان الشركة، وبالتالي لا مناص من الرجوع للمبادئ العامة، وطبقاً لهذه القواعد فإن المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرة إختصاصها إحدى مؤسساتها هي المختصة بنظر دعوى بطلان الشركة المساهمة؛ وهو ما أقره المشرع في المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها: ". . . في الدعاوى المرفوعة ضد الشركة أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة إختصاصها إحدى مؤسساتها".

ويستبعد القضاء الجنائي والقضاء الإداري من النظر في دعوى البطلان وفي أي مرحلة تكون عليها، وسواء كانت أصلية أو في صورة دفع، لذلك إذا ترتب على الجريمة الجنائية سبباً لبطلان الشركة؛ فإن مهمة القاضي الجنائي . كأصل عام- تقتصر على إستخلاص النتائج الجنائية دون النظر في بطلان الشركة، ولكن إذا كانت الجريمة مدنية فإنه يجوز الحكم بعقوبة البطلان لأسباب مدنية محضة فقد تكون الشركة صحيحة على مستوى القانون التجاري

¹- Cass.com, 11Janv1961, J.C.P., 1961Note, J.Hemard et f.Terre, P.Mabilat, op.cit, p533et534,n691.

²- مصطفى كمال وصفي، القضاء المصري في مسائل شركة المساهمة، بدون دار النشر مصر، 1994، ص103.

ولكنها باطلة على إثر تطبيق قواعد القانون المدني، كالإعتداء على نصاب الإرث لشركة الورثة، في هذه الحالة يكون النزاع متعلقا بمسألة حقوق إرث وليس بمنازعة بين الشركاء، وبالتالي يمكن الدفع بالبطلان للغش إذا إستخدمت الشركة كأداة للتخلص من تطبيق قواعد القانون المدني ويمكن أن يقبل الدفع بالبطلان بسبب إنتهاك نص يحكم بطلان العقود⁽¹⁾.

ثانيا: الحكم بالبطلان وأثاره:

إن رفع دعوى البطلان أمام المحكمة يترتب عنه حكما بذلك وأثار له هو ما نتطرق إليه في النقطتين التاليتين :

1- الحكم بالبطلان:

المبدأ العام لا بطلان إلا إذا صدر حكم بذلك وأنه إذا طلب الإبطال من القاضي ممن تقرر لمصلحته وتوافر له سببه وجب عليه أن يقضي به فليس للقاضي سلطة تقديرية في حالة طلب الحكم بالبطلان؛ ومع ذلك إذا صحح العيب قبل الحكم به ينقضي هذا البطلان ويعتبر التصحيح في هذه الحالة بمثابة إلغاء للإجراء الباطل وإحلال التصحيح محله.

وبالرغم من أن البطلان لا يحتج به إلا لمن تقرر لمصلحته كأن تكون الشركة باطلة في نظر بعض الشركاء دون البعض، غير أنه متى قضى به لعيب شكلي أو موضوعيا وتقرر على أثره بطلان الشركة ذاتها، أحدث هذا البطلان أثره بالنسبة للكافة سواء من باشر منهم دعوى البطلان أو لم يباشرها وهذا الأثر المطلق أقره الفقه والقضاء⁽²⁾ بالإجماع لأن التمسك بالأثر النسبي للحكم ببطلان الشركة يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في العمل، بالإضافة إلى أنه ينشئ وصفا جديدا للشركة والشركاء خلاف الوضع الذي كان ساريا قبل النطق به فهو يوقف نشاط الشركة في المستقبل ويعلن عن تصفية نشاطها خلال الفترة السابقة على الحكم به، وحتى إذا أعتبرت الشركة قائمة خلال الفترة السابقة فإن ذلك ليس إلا من قبيل الإعتراف بالواقع

¹ - J.Hemard,F.Terré et P.Mabilat,op.cit,p535,n692.

² - J.Hemard,F.Terré et P.Mabilat,op.cit,p536,n696.

وللمزيد راجع؛ مفلح القضاء؛ الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، بدون دار النشر، مصر، 1996، ص377.

والحفاظ على حقوق الغير حسن النية التي كانت قد إستقرت قبل تقرير البطلان. ويجب أن يكون الحكم بالبطلان محل شهري في السجل التجاري أو نشر في بعض الصحف حتى يتحقق به علم الغير؛ وهو ما قضى به القانون الفرنسي⁽¹⁾ إذ يشهر حكم بطلان شركة المساهمة بمكتب السجل التجاري وينشر في جريدة الإعلانات القانونية وهذا خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يصرح بهذا الإجراء.

2- أثر الحكم بالبطلان:

إن الشركة التي قضى ببطلانها تقف عن ترتيب آثار جديدة في المستقبل، أما بالنسبة للماضي فإذا كان لها نشاط قبل تقرير البطلان فإنها تعتبر قائمة حكما وتصرفاتها صحيحة على أنها شركة واقع⁽²⁾ وذلك إلى أن يتم تصفية المراكز والإلتزامات التي نشأت في الفترة السابقة، وهذا هو الأثر المباشر لحكم البطلان وهناك آثار أخرى تفصلها كالتالي:

أ- تصفية الشركة المبطله:

يترتب على الإحالة إلى قواعد التصفية إحتفاظ الشركة المبطله بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم للتصفية وإلى حين الإنتهاء منها⁽³⁾ ولا ينتج حل الشركة آثاره على الغير إلا إبتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري⁽⁴⁾؛ بحيث تظل الشركة قائمة في الفترة السابقة للنطق به منذ تاريخ القيد في السجل التجاري وحتى إقفال التصفية.

¹- وقد إنفرد القانون الفرنسي بنظام للمعارضة خارج الخصومة، فقد أجاز لكل صاحب مصلحة القيام بذلك بشرط ألا يكون طرفا أو ممثلا في الحكم المطعون فيه، وبالرغم من أن الشركاء في شركة حكم ببطلانها لا يستطيعون التقدم طبقا للأصل العام بالمعارضة خارج الخصومة بإعتبارهم كانوا ممثلين بصورة صحيحة عن طريق هيئات الشركة، فإنه يجوز لهم إذا أثبتوا أن هناك تواطؤ أو حيلة تدلّسية بين هذه الهيئات وبين طلاب البطلان، وأن الحكم بالبطلان تسبب في إلحاق الضرر بهم، للمزيد راجع، محمد عمار تيار، المرجع السابق، ص 941.

²- وهي الوسيلة القانونية التي لجأ الفقه والقضاء إلى تقريرها للتخفيف من صرامة الأثر الرجعي للبطلان، للمزيد راجع، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 249.

³- المادة 766 فقرة 2 من القانون التجاري.

⁴- المادة 766 فقرة 03 من القانون التجاري.

وإذا كان يجوز لدائني الشركة الإختيار بين التمسك ببطلان الشركة أو بصحتها، فإن ذلك لا يعني أنهم إذا تمسكوا بالبطلان فإنه يتقرر بأثر رجعي أو ينكر وجود الشخصية القانونية التي إعترف بها القانون لشركة المبطلة مع ما يترتب على وجودها من إستمرار حجب الدائنين الشخصيين للشركاء فلم يعد لهم الإعتراف بحق مزاحمة دائني الشركة بحق الأفضلية على أموال الشركة.

أما العلاقة بين الشركاء⁽¹⁾ فإنها تظل بنفس الوضع السابق ويظل عقد الشركة صحيحا فيما بينهم، فيماعد ما يرد به من شروط مخالفة للنظام العام وحتى إذا إستطاع الشركاء الإحتجاج فيما بينهم ببطلان الشركة، إلا أن الإعتراف بالشخصية المعنوية يمنعهم من التمسك به للتخلص من إلتزاماتهم تجاه الشركة ويظل أصحاب الأسهم ملزمين بدفع رأس مال المكتتب الذي لم يسدد وذلك بقدر ما يكفي لسداد الديون.

وهكذا فالإحالة على قواعد تصفية الشركات ساعد . بنظري- في حل العديد من المشاكل وكفل الحماية لدائني الشركة، فمثلا إعتراف القانون للشركة المبطلة بالشخصية المعنوية وما ترتب عليه من إعتبار الشركة مقيدة وجوبا، أدى إلى تفادي عدة صعاب؛ فمثلا في عدم وجود ميثاق لشركة أو أن الشركة لم تشهر أو أغفل نظام الشركة قواعد توزيع الأرباح والخسائر، فإنه يتم تطبيق قواعد التصفية كذلك تظل تصرفات وإلتزامات الشركة صحيحة، ولا يجوز للغير التمسك ببطلان تلك الإلتزامات عن طريق الدفع بحق الإختيار بين بطلان أو صحة الشركة، كما لا يجوز للشركاء التمسك به للتخلص من إلتزاماتهم.

ب- دعوى المسؤولية عن بطلان الشركة:

قد يتسبب المؤسسون في بطلان الشركة سواء بوصفهم أول هيئة إدارية أو بإعتبارهم الشركاء الأوائل⁽²⁾، وإذا ثبت ذلك تنعقد مسؤوليتهم على أخطائهم نحو الشركاء والغير؛ كذلك ترفع دعوى المسؤولية على أول أعضاء مجلس إدارة الشركاء، كأن يتعمد رئيس شركة

¹ - صفوت بهنساوي، المرجع السابق، ص120.

² - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص320.

المساهمة والقائمون بإدارتها أو مديروها العامون نشر أو تقديم ميزانية للمساهمين غير مطابقة للواقع لإخفاء حالة الشركة الحقيقية ولو في حالة عدم وجود توزيع للأرباح مما يؤدي لمطالبة المتضرر بالحكم بإبطالها لمخالفتها لقواعد النشر⁽¹⁾.

وتقوم مسؤولية المتسببين في بطلان الشركة على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾ عن الأضرار التي لحقت بالشركاء أو الغير، وهي تتركز على فكرة الخطأ المفترض أو تحمل التبعة، فلا تنعقد هذه المسؤولية إلا إذا توافر الضرر وهناك علاقة سببية بينه وبين العيب الذي أدى إلى البطلان، غير أن البعض⁽³⁾ يرى أنه يكفي بطلان الشركة لإظهار أن هناك خطأ قد ارتكب وعلى المدعي عليهم إثبات أن البطلان لا يسري عليهم وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وتكون مسؤولية المؤسسين تضامنية تجاه الشركة وقبل الغير على ما إلتزموا به إذا كان الخطأ مشتركا، كما يعد مسؤولا بنفس الدرجة قبل الشركة والغير أولئك الذين تعامل المؤسسون بأسهمهم.

كما أن دعوى المسؤولية تبقى قائمة بعد زوال البطلان الذي لا يعرقلها رفع دعوى التعويض ومواصلة السير فيها إذا كانت مرفوعة من قبل؛ لأن تصحيح العيب لا يكفي بل لابد من تعويض الضرر سواء لجبر الضرر الذي تسبب فيه العيب الذي يشوب تأسيس الشركة أو القرار أو التصرف الصادر عنها وهو ما أقره المشرع بنص المادة 743 فقرة 2 من القانون التجاري بنصها:

"لا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى التعويض الرامية إلى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به. . . ."

¹ - المادة 811 فقرة 2 المادة 739 من القانون التجاري.

² - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 525.

³ - J..Hemard, F.Terré et P.Mabilat, op.cit, p556, n723.

وتتقدم دعوى المسؤولية المبنية على إبطال الشركة أو الأعمال والمداولات اللاحقة لتأسيسها بثلاثة أعوام إعتبارا من التاريخ الذي إكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي (1).

أخيرا، ثبت للمساهم الحق في رفع دعوى بطلان الشركة، فهل له الحق في الرجوع بالمسؤولية المدنية على أعضاء مجلس الإدارة من جراء الأضرار التي تلحق به وبالشركة؟ - هذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني -.

¹ - المادة 743 فقرة 1 من القانون التجاري.

المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية:

من المسلم أن للمساهم عدة حقوق في الشركة التي ينتسب إليها، والقاعدة أن لكل حق دعوى قضائية كنتيجة حتمية له تحيط بالحماية بغرض حمل الغير على إحترامه وتهيئة الفرص أمام صاحبه للتمتع به كاملا أو في الإحتمال الأسوأ تضمن له التعويض المعادل؛ فمثلا يستطيع المساهم رفع دعوى المسؤولية كوسيلة لحمل هيئات الشركة لتعويض ما وقع من إعتداء على مصالحه وحقوقه في الشركة ويستوي أن ترفع هذه الدعوى إستقلالاً أو تكون كنتيجة لدعوى الحكم بالبطلان.⁽¹⁾

بعبارة أخرى يجوز لكل مساهم أصابه ضرر من قرار الأغلبية أو مجلس الإدارة مباشرة دعوى المسؤولية سواء بصفته الفردية أو أن يرفعها عن الشركة، ويرجع هذا الخيار للمساهم إلى تنوع الأضرار التي يمكن أن تلحق به شخصيا أو بالشركة إذا كان الضرر عاما والتي تنسب إلى القائمين بالإدارة، فمثلا إذا تسبب نشر ميزانية كاذبة لإحدى الشركات صور فيه مركزها المالي على غير الحقيقة في إرتفاع مفتعل لأسعار الأسهم نتج عنه إقبال الناس على إقتنائها طمعا في الربح، ثم تبين بعد ذلك زيف هذه الدعاية وهبطت الأسعار، فإنه يجوز لكل مساهم خدعته تصرفات المديرين رفع دعوى التعويض ضدهم لجبر ما أصاب من ضرر، وتكون في هذه الحالة دعوى شخصية محضة خاصة بالمساهمين، لأن الشركة قد لا يتعرض مركزها المالي للضرر.

أما إذا تسببت تلك الدعاية المضللة في ضرر للشركة ككل، أو لحقت بدمتها المالية خسارة، فإن الدعوى التي تتعلق بالمصلحة الجماعية هي دعوى الشركة جاز للمساهم رفعها عنها؛ و المطالبة بتشديد المسؤولية المدنية على أعضاء مجلس الإدارة؛ كل هذا نتطرق له في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: حق المساهم في مباشرة دعوى الشركة.

الفرع الثاني: حق المساهم في مباشرة دعواه الفردية.

¹ - محمد كامل درويش، المرجع السابق، ص154.

الفرع الأول: حق المساهم في مباشرة دعوى الشركة :

يستطيع المساهم أن يرفع دعوى المسؤولية على مجلس أعضاء الإدارة بالإنفراد أو بالتضامن نيابة عن الشركة متى أصابها ضرر من تصرفات القائمين بالإدارة وهو ما يطلق عليه بالضرر العام⁽¹⁾؛ وهو ما أجازته المادة 715 مكرر 24 من القانون التجاري بنصها: " يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة وللمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة وبالتعويضات التي يحكم لهم بها عند الإقتضاء".

على أنه لا يجوز بأي حال تقييد حق المساهمين في رفع دعوى المسؤولية بإدراج بند في النظام الأساسي للشركة وهو ما أقرته المادة 715 مكرر 25 بنصها:

"كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوى يعد كأنه لم يكن. "

والجدير بالذكر . بحسب رأي- أن رفع دعوى الشركة من الواضح-بحسب ما سبق- هي من الحقوق الأساسية للمساهم التي لا يجوز المساس بها، ذلك أن هذه الدعوى هي وسيلة لمباشرة المساهم حق الرقابة على الشركة.

على أنه يشترط في رافع دعوى الشركة بإسمه الخاص أن يكون مساهما في الشركة؛ فلا يجوز لمن تنازل عن سهمه أن يرفع هذه الدعوى لأنها تنتقل مع السهم إلى المتنازل إليه على أنه قد يستبعد المساهم من تمثيل الشركة إذا كانت هذه الأخيرة في مرحلة التصفية فيحال الأمر هنا للمصفي⁽²⁾، وذات الأمر ينطبق في حالة إفلاس الشركة فإن الوكيل المتصرف القضائي يكون هو رافع دعوى الشركة بحيث تغل يدها في هذه الحالة عن القيام بجميع التصرفات

¹ -Delbecque et M.German, Traité du droit commercial , les sociétés commerciales, T2, 17ème edition, C.G.D.J, 2004, p158.

² -المادة 765 و767 من القانون التجاري.

القانونية بما فيها رفع الدعاوى القضائية. (1) كما يشترط في موضوع الدعوى أن ترفع دعوى المسؤولية عن الشركة لتعويضها عما أصابها من ضرر نتيجة خطأ القائمين بالإدارة وقد يكون الضرر ترتب عنه نقص في رأس المال أو بسبب ما تكبدته من تعويض تكون الشركة قد دفعته للغير حسن النية بحسب مدلول المادة 632 من القانون التجاري والمادة 648 منه؛ أو ما أصاب الشركة من أضرار نتيجة أخطاء المسيرين المؤدية إلى تشويه صورتها وسمعتها مما أضعف إئتمانها من ذلك إمتناع الغير - الدائنين - عن مدها بأجل للوفاء بديونها (2).

وما يجدر الإشارة إليه إلى أن المشرع قد ساوى في الضرر المرتكب واللاحق بالشركة بين مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة وكذا مجلس المديرين في حالة الإفلاس والتسوية القضائية بحيث يصير أعضاء مجلس المديرين مسؤولين عن ديون الشركة ويخضعون للموانع وسقوط الحق المنصوص عليها في الموضوع وهو ما أقره بفعل المادة 715 مكرر 28 من القانون التجاري. ولم يوسع المشرع. في إطار النمط الحديث لتسيير شركة المساهمة. من هذه المسؤولية على أعضاء مجلس المراقبة عن أخطائهم الشخصية المرتكبة أثناء ممارستهم لوكالتهم بحيث لا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير ونتائجها، ويمكن إعتبارهم مسؤولين مدنيا عن الجرح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين في حالة درايتهم بها وعدم إخبار الجمعية العامة بذلك (3).

ولم يعمد المشرع على تنظيم الجهة المختصة بالنظر في دعوى الشركة المرفوعة من المساهم مما يفرض علينا لزاما الرجوع إلى الأصل أي متابعة إجراءات الدعوى أمام موطن أعضاء القائمين بالإدارة ذلك أن المبدأ في رفع الدعاوى القضائية "أن الدين مطلوب وليس محمول"، ومن تم فعلى المدعي أن يسعى إلى المحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها محل إقامة المدعى عليه (4)، وإن كان من الأفضل تعيين محكمة المركز الرئيسي للشركة فهو أفضل مكان للوقوف على حيثيات القضية.

1-Y.Djehane, la reponsabilité des organes de la société et de surveillance, Guide lorette Mouel, paris, 2005, www, Jurist, 2005.org.

2 -D.Légéais, op.cit,p460.

3- المادة 715 مكرر 29 من القانون التجاري.

4- أحمد سوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 10.

أخيراً، متى رفع المساهم الدعوى بإسم الشركة فإن التعويض الذي يحكم به يدخل في ذمة الشركة ويستفيد منه الجميع بما فيهم رافع الدعوى.

الفرع الثاني: حق المساهم في مباشرة دعواه الفردية:

قد تحدث تصرفات مجلس الإدارة الخاطئة ضرراً شخصياً، بأحد المساهمين أو عدد منهم، كأن يتمتع مجلس الإدارة عن إعطاء أحد المساهمين نصيب من الأرباح أو الصك المثبت لحصته، أو إذا أصدر مجلس الإدارة بياناً صور فيه مركز الشركة على غير حقيقة مما دفع ذلك المساهم إلى شراء أسهمها ثم نقصت قيمتها بعد ذلك⁽¹⁾ في هذه الحالات يقع الضرر على المساهم وحده دون الشركة، وحتى إذا لحق الشركة ضرر فإنه يكون ضرراً متميزاً عن الضرر الذي أصاب المساهم، ويكون مجلس الإدارة في هذه الحالة مسؤولاً تجاه المساهم عن تعويض ما أصابه من ضرر. وللمساهم دفاعاً عن حقوقه الفردية دعوى فردية بإسمه الخاص. والمساهم الذي يرفع هذه الدعوى إنما يدافع عن حقوق خاصة به وعن أضرار لحقت شخصياً بصفته الفردية، ويجوز رفع الدعوى الفردية ولو أبرئت ذمة أعضاء مجلس الإدارة بقرار الجمعية العامة إذ لا أثر له في إنقضاء دعوى المسؤولية.⁽²⁾

ولا نزاع في أن ما يحكم به من تعويض في الدعوى الفردية يعود إلى المساهم لا إلى الشركة، ويحتفظ المساهم بدعواه الفردية ولو تنازل عن السهم لأنه يتمسك بضرر مستقل عن الضرر المرتبط بصفته مساهماً، على عكس الحكم في دعوى الشركة التي يتمتع على المساهم رفعها بعد تنازله عن السهم.

أما عن المحكمة المختصة فلا بد من التفرقة بين ما إذا كان المساهم قد رفع الدعوى على الشركة بإعتبارها مسؤولة عن القائمين بالإدارة أم أنه رفع الدعوى مباشرة على هؤلاء بصفته الفردية أو الجماعية، ففي هذه الحالة الأولى تكون المحكمة المختصة في غير المواد

¹ -المادة 811 فقرة 2 من القانون التجاري.

² - المادة 715 مكرر 25 فقرة 2 من القانون التجاري.

الخاصة بالإفلاس والتسوية القضائية هي المحكمة التي يتواجد بها المركز الرئيسي للشركة أما في الحالة الثانية فتكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن أحدهم⁽¹⁾.

أخيرا؛ تتقدم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة مشتركة كانت أو فردية بمرور ثلاث سنوات، إبتداء من تاريخ إرتكاب العمل الضار، أو من وقت العلم به إن كان قد أخفي، غير أن الفعل المرتكب إذا كان جنائية فإن الدعوى في هذه الحالة تتقدم بمرور عشر سنوات⁽²⁾.

بهذا نخلص إلى القول أن للمساهم في سبيل ضمان حقوقه الحق في رفع دعوى المسؤولية المدنية؛ وهي وسيلة وحق متاح أمامه لا يمكن حتى للجمعية العامة أن تدخل على القانون الأساسي أي قيد أو شرط يحد من ممارستها؛ غير أنها ليست الوسيلة الوحيدة بل هناك دعوى حل الشركة؛ فهل للمساهم الحق في مباشرتها؟- هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثالث -.

¹ - جلال وفا البديري محمددين، المرجع السابق، ص233.

² - المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري.

المطلب الثالث: دعوى حل الشركة:

تنقضي شركة المساهمة بطرق الإنقضاء العامة التي تنقضي بها الشركات بوجه عام فهي تنقضي بقوة القانون بإنتهاء المدة المعينة في نظامها⁽¹⁾. وقد تنقضي شركة المساهمة قبل حلول الأجل المحدد لها؛ كما إذا قررت الجمعية العامة غير العادية تقصير مدة الشركة أو حلها لأنه من قبيل حقها في تقصير مدة الشركة⁽²⁾، أو إذا إنتهى العمل الذي قامت الشركة من أجله⁽³⁾.

وفي هذا الخصوص؛ لقد إعترف القانون للمساهم بحق رفع دعوى حل الشركة كوسيلة لحماية مصالحه بها، وهي دعوى شخصية متعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾، واستهدف المشرع بذلك طمأنة المساهم على حماية مصالحه في الشركة في حالة تقصير أو عجز هيئاتها على القيام بوظائفها المعتادة وتعتبر هذه الدعوى إحدى السياسات التي إعتمدها المشرع بغرض تقوية سلطان المساهم وتشجيع الإقبال على إستثمار رؤوس الأموال في شركة المساهمة.

ومن الطبيعي أن يترك للمحاكم أمر تقدير شرعية أسباب طلب حل الشركة في إطار تفسير النصوص المتاحة لفرز الأسباب التي تصلح أن تكون مبررات كافية للتسليم بحل الشركة.

وتستهدف هذه الدراسة البحث في دعوى حل الشركة، وتقدير مدى أهميتها بالنسبة لحماية حقوق ومصالح المساهم الناشئة عن مساهماته في رأس مال الشركة، لكن السؤال الذي يطرح في الخصوص هو؛ ما هو السند القانوني لحق المساهم في دعوى حل الشركة؟ وما هي أسبابه؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرعين التاليين:

¹ - المادة 546 من القانون التجاري.

² - المادة 715 مكرر 18 من القانون التجاري.

³ - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 388.

⁴ - ص المادة 715 مكرر 19 والمادة 715 مكرر 20 من القانون التجاري

الفرع الأول: السند القانوني لحق المساهم في دعوى حل الشركة :

يحق للمساهم أن يطالب هيئات الشركة بإحترام مصلحتها عند عقد الصفقات وإتخاذ القرارات، غير أنه من الثابت عملا أن تلك الهيئات تلجأ لإستخدام مصطلح مصلحة الشركة لإضفاء الشرعية على تصرفاتهم والتستر على نواياهم الحقيقية عند إتخاذ بعض القرارات بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الهيئات تطالب المساهمين بالتضحية بإسم مقتضيات المصلحة العامة للشركة، كالتنازل عن المطالبة بتوزيع جزء من الأرباح وتخصيصها للإحتياجات وتنتهي هذه التضحيات في الغالب بتحقيق أغراض أنانية للمشرفين على إدارة الشركة على حساب المساهمين وذلك بتخصيص مبالغ الإحتياجات في تغطية المكافآت والمزايا العينية، مع إهمال تنمية وتطوير المشروع، وهذا يخالف الهدف الأساسي للمساهمين وراء إنشاء الشركة وهو إقتسام ما تنتج الشركة من أرباح، بعبارة أخرى يلتزم الشركاء بالتضحية بحقوقهم المالية- مثلا- في الشركة، ولكن بغرض تلقي مكاسب تفوق هذه التضحيات لذلك الشركة التي لا تستطيع الوصول إلى تحقيق الأهداف التي أنشأت من أجلها يمكن حلها⁽¹⁾ بناء على طلب أعضائها، لأنها فقدت سبب وجودها، بعبارة أخرى هل يمكن للمساهم أن يلجأ إلى حقه في رفع دعوى حل الشركة من أجل حماية مصالحه الخاصة به؟- فالشركة تفقد سبب وجودها بالنسبة للمساهم إذا لم يتمكن من تحقيق الربح-.

يرى البعض أن دعوى حل الشركة لا تمثل فائدة للمساهم⁽²⁾ الذي هو دائما حر في بيع أسهمه والإنسحاب من الشركة، لذلك مبدأ حرية التداول يمكن المساهم من الانفصال عن الشركة دون أن تكون هناك حاجة للتمسك بحق الحل كما أنه لا يصح طلب حل الشركة قبل إنتهاء أجلها إذا كانت مزدهرة، لأن ذلك يضر بمصالح بقية المساهمين والمتعاملين من دائنين وعاملين.

ومع ذلك فإن مبدأ تداول الأسهم - أحيانا- قد يقترن ببعض التدابير مثل شرط الموافقة مما يجعل المساهم عرضة لمناورات تدليسية من الأغلبية، تجبره على بيع أسهمه بثمن

¹ - Blaise Jean-Bernard, op.cit, p220.

² - Dominique Légéais, op.cit, p228.

يقل عن قيمتها السوقية، ومقارنة ذلك فإن طلب حل الشركة يحقق مصالح المساهم بصورة أفضل⁽¹⁾، لأن حل الشركة يقتضي توزيع أموالها على الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال، وبالتالي يضمن المساهم الحصول على القيمة الصحيحة لحصته.

ولا يعتبر حل الشركة فسخا للعقد، لأن من المسلم أن فسخ العقد لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين إلتزامه يتأسس على فكرة السبب، غير أنه من المتعذر إستعمال نفس الإستدلال أمام حالات حل الشركة بدون خطأ من جانب الشركاء، فقد تطرأ ظروف خاصة تحول دون تحقيق الهدف من تكوين الشركة.⁽²⁾

وبالرجوع لموقف المشرع . الجزائري- نجده يقر كأصل عام ويجيز لكل مساهم حق طلب حل الشركة لتوافر أسبابها؛ كأن ينخفض عدد المساهمين إلى أقل من الحد الأدنى القانوني لمدة تتجاوز عام وهذا ما أقره بنص المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري. كما يمكن المساهم من هذا الحق إذا كان الأصل الصافي للشركة قد خفض بفعل الخسائر الثابتة في وثائق الحسابات إلى أقل من ربع رأس مال الشركة - وهذا كأصل عام - طبقا لنص المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري.

بهذا؛ يعتبر طلب حل الشركة لأسباب قوية نص عليها المشرع وهي بذلك من النظام العام، ولا يجوز لنظام الشركة النص على تقييد ممارسة هذا الحق وبالتالي يجوز للمساهمين حق رفع هذه الدعوى بصفة فردية دون أن تكون هناك حاجة إلى إستشارة الجمعية العمومية، ويتعين على المحاكم الإستجابة إلى تقرير حل الشركة إذا توفرت أسباب قوية تبرر ذلك. - وهو ما نتطرق إليه في الفرع الثاني-.

¹- Michel Germain, op.cit, 220.

²- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 389.

الفرع الثاني: أسباب دعوى حل الشركة:

إن شركة المساهمة لا تنقضي بالأسباب التي ترجع إلى الإعتبار الشخصي كوفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه بل تستمر الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب لقيامها على الإعتبار المالي وحده كما أنها- شركة المساهمة- لا تنقضي بإرادة أحد المساهمين الفردية، إذ ما على الشريك الراغب في الإنسحاب من الشركة إلا أن يبيع سهمه فتنقطع صلته بالشركة مع بقائها حافظة لكيانها القانوني⁽¹⁾، ومع ذلك قد تنحل الشركة بناء على طلب كل معني بالأمر بما فيهم المساهم متى توافرت أسبابها؛ فما هي إذن هذه الأسباب؟.

أولا: إنخفاض عدد المساهمين إلى أقل من الحد الأدنى القانوني:

يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار حل الشركة بناء على طلب كل معني - بما فيهم المساهم- إذا كان عدد المساهمين قد خفض إلى أقل من الحد الأدنى منذ أكثر من عام، ويجوز لها أن تمنح الشركة أجل أقصاه ستة أشهر لتسوية الوضع، ولا تستطيع إتخاذ قرار حل الشركة إذا تمت هذه التسوية يوم فصلها في الموضوع⁽²⁾.

لكن ما هي الأسباب التي تجعل من عدد المساهمين ينخفض إلى أقل من الحد القانوني؟

يمكن رد هذا السبب لما يتمتع به المساهم من حرية في التصرف في أسهمه بتداولها والخروج من الشركة؛ وهو المبرر الأكيد نحو إنخفاض عدد المساهمين إلى أقل من الحد الأدنى القانوني في شركة المساهمة.

غير أن القضاء الفرنسي⁽³⁾ قد رد هذا الأمر أو السبب لعدم تفاهم الشركاء مما يؤدي إلى إنخفاض عددهم إلى حد أقل من الحد القانوني للشركة وهو ما يؤدي إلى حلها. وهذا بناء على ما إستنتجه من نص المادة 1871 من القانون الفرنسي والذي يفترض بأن هناك إختلاف

¹ - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص390.

² - لمادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري

³ - Yves Guyon, Droit des affaires ,op.cit,p209.

مستمر بين أعضاء مجلس الإدارة يعكس إنقسامات داخل الجمعية العمومية ويتسبب في عدم قيام هذه الهيئات بعملها لعدم بلوغ نصاب عدد الأصوات التي إشتراطها نظام الشركة لصحة القرار.

غير أن البعض⁽¹⁾ تسائل عن مدى إمكانية وجود خلافات تترك أثرها في إدارة شركة المساهمة بإعتبارها تدار بنظام سيطرة الأغلبية، فهي لا تحتاج إلى إجماع الشركاء عند إتخاذ القرارات، وإذا حدث إنقسام داخل أعضاء مجلس الإدارة، فإنه يمكن تخطي الخلافات بتعيين من يحل محلهم، وهكذا عدم التفاهم لا يشل حسن سير الشركة، ونظام الأغلبية كفيل بإيجاد إدارة نشطة. ولما كان الربح الهدف الأساسي الذي يعتمد عليه المساهمون عند تقدير إنضمامهم لشركة وهو أحد الأركان الرئيسية للعقد وسبب إلتزام المساهمين بتكوين الشركة؛ فإن فقدان سبب وجودها أي إستحالة تحقيق غرض الشركة بنظر البعض هو السبب الأساسي لخروج المساهمين من الشركة وبالتالي إنخفاض عددهم لأقل من الحد الأدنى القانوني وهو ما يرجحه المشرع الفرنسي⁽²⁾ حيث أجاز صراحة لكل مساهم طلب حل الشركة إذ أصبح الغرض الذي أسست من أجله مستحيل التحقيق، في حين رد المشرع الجزائري سبب مطالبة المساهم بجل الشركة لسببين، إنخفاض عدد المساهمين إلى أقل من الحد الأدنى القانوني للشركة وخسارة ما يقل عن ربع رأس مال الشركة، وهو ما سنتطرق إليه في النقطة التالية:

ثانيا: خسارة ما يقل عن ربع رأس مال الشركة:

الأصل لا يجوز رد رأس المال إلى المساهمين طوال مدة بقاء الشركة، بإعتباره الضمان العام لديون الدائنين، غير أن ذلك لا يعني أن يظل رأس المال ثابتا على حاله دون المساس به فقد تدعو الظروف إلى تخفيفه لأسباب معينة وقد إعترف المشرع بذلك في إطار شروط محددة⁽³⁾ ومن هذه الأسباب تعرض الشركة لخسائر متتالية، وقد حرصت السياسة التشريعية على وضع حد

¹ - محمد كمال درويش، المرجع السابق، ص 503.

² - Alfred Jauffred, op.cit, p209.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 105.

أدنى لهذه الخسارة في صورة نسبة معينة من رأس المال وهي نسبة تقل عن ربع رأس مال الشركة بحسب نص المادة 715 مكرر 20 من القانون التجاري.

وفي هذه الحالة يكون مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، ملزم في خلال الأشهر الأربعة التالية للمصادقة على الحسابات التي كشفت عن هذه الخسائر بإستدعاء الجمعية العامة غير العادية للنظر فيما إذا كان يجب إتخاذ قرار حل الشركة قبل حلول الأجل، وإذا لم يتقرر الحل فإن الشركة تلزم في هذه الحالة بعد قفل السنة المالية الثانية على الأكثر التي تلي السنة التي تم فيها التحقق من الخسائر ومع مراعاة أحكام المادة 594 من القانون التجاري والتي تقر تخفيض رأس مال الشركة بقدر يساوي على الأقل مبلغ الخسائر التي لم تخصم من الإحتياطي، إذا لم يجدد في هذا الأجل -أي أجل السنة- الأصل الصافي بقدر يساوي على الأقل ربع رأس مال الشركة.

على أنه إذا لم يعقد إجتماع الجمعية العامة ولم تعقد هذه الجمعية إجتماعا صحيحا بعد إستدعاء أخير، فإنه يجوز لكل معني أن يطالب أمام العدالة بحل الشركة . بما فيهم المساهم- هذا ما لم تحول الشركة في ظرف نفس الأجل أي أجل سنة إلى شركة ذات شكل آخر.⁽¹⁾

نخلص من ذلك إلى أنه بالرغم من تقرير حق المساهم في رفع دعوى حل الشركة فإن هذه الدعوى من الواضح أنها لا تكفي كوسيلة لحماية مصالحه فيها ولا يستعان بها إلا على سبيل الإستثناء وبصفة إحتياطية إذا لم تكن هناك وسائل أخرى متاحة يمكن الرجوع إليها، وإذا تم اللجوء إليها يمكن للجمعية العمومية أن تحد من سريانها إذا تمكنت من تجاوز إنقساماتها وحتى في حالة طرح مسألة حلها على القضاء، فإنه يستطيع تفاديها بالحكم بتعيين مدير مؤقت لحل الأزمة داخل إدارة الشركة والأخص إذا كانت الشركة مزدهرة كما يمكنه كإجراء قانوني من تحويلها إلى شركة ذات شكل آخر، إستبعادا لإنحلالها، بمعنى آخر لا مجال

¹ - المادة 594 فقرة 2 من القانون التجاري.

لهذه الدعوى إلا في حالة تقصير هيئات الشركة وعجزها عن القيام بوظائفها؛ بإختصار طالما سلطة إتخاذ القرار في شركة المساهمة قائمة وباقية يظل حق المساهم في هذه الدعوى مستبعدا.

وما تجدر الإشارة إليه؛ قد تنحل الشركة قبل إنقضاء أجلها بطريق الإندماج والإنفصال؛ فما تثار ذلك على حقوق المساهمين؟.

الإندماج هو ضم شركتين أو أكثر قائمتين من قبل إما بإندماج إحداها في الأخرى أو بتأليف شركة جديدة بطريقة الإنفصال.⁽¹⁾

ويشترط في الإندماج أن تكون الشركات الداخلة والمندجة متحدة في الغرض لتوفير الحكمة من الإندماج وهي تحقيق تركيز المشروعات بما يترتب على ذلك من إنهاء حالة المنافسة القائمة بينهما وخفض النفقات العامة وتوحيد الإدارة وتقوية إنتماء الشركة الداخلة فلا يجوز الإندماج بين عدة شركات متباينة الغرض لإنتفاء الحكمة من الإندماج في هذه الحالة.

والإندماج على نوعين؛ الأول هو إندماج شركة المساهمة في شركة قائمة موجودة من قبل ويسمى هذا النوع الإندماج بطريق الضم. والثاني هو إندماج شركة المساهمة في شركة جديدة ويسمى الإندماج بطريق المزج.

فقد تندمج شركة المساهمة في شركة قائمة وموجودة من قبل ويتضمن الإندماج في هذه الحالة عمليتين :

1- الأولى، وهي إنقضاء الشركة المساهمة المندجة : ويلزم لذلك صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية بالموافقة على الإندماج⁽²⁾ وحل الشركة قبل إنقضاء أجلها.

2- والثانية؛ هي زيادة رأس مال الشركة الداخلة ومن ثم يجب على الشركة الداخلة أن تخضع للقواعد الموضوعية الخاصة بزيادة رأس المال؛ فيلزم صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية بزيادة رأس المال وهذه الزيادة تكون بقدر قيمة أصول الشركة المندجة ويؤول رأسمال

¹ - المادة 744 من القانون التجاري.

² - المادة 749 فقرة 1 من القانون التجاري.

الشركة المنفصلة حسب نفس الشروط، ويقع التوزيع بين الشركات المدججة أو الشركات الجديدة الناتجة عن الانفصال حسب الشروط المقررة بمشروع الانفصال.⁽¹⁾

وقد تندمج شركة المساهمة لا في شركة المساهمة وموجودة من قبل، وإنما تؤسس شركة جديدة تندمج فيها الشركات القائمة، وتجب موافقة الجمعية العامة غير العادية لكل شركة على هذا الإندماج لما يضمنه من حل الشركة قبل إنتهاء مدتها، كما تجب مراعاة جميع قواعد التأسيس والشهر في الشركة الجديدة.

وأي كانت العملية التي نحن بصددتها الإندماج أو الانفصال؛ لاشك أن هذا الأمر لا يؤثر على حقوق المساهمين؛ ذلك أنه إن كان يسوغ تحقيق هذه العمليات المشار إليها بين شركات ذات شكل مختلف وحسب الشروط المطلوبة في تعديل القوانين الأساسية للشركة⁽²⁾ إلا أن ذلك وإن كان من إختصاص الجمعية العامة غير العادية، فلا يمكن لهذه الأخيرة أن تتجاوز حقوق المساهمين بزيادة تعهداتهم بتغيير شكل الشركة إذ لا يقرر ذلك إلا بموافقة جميع المساهمين أي بالإجماع⁽³⁾ وهو ما يعني أن حقوق المساهمين هي في مأمّن حتى ولو تعلق الأمر بإدماج الشركة أو انفصالها.⁽⁴⁾

أخيرا، تستدعي مصلحة الشركة حمايتها من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العمومية لهذا تقرر حق للمساهم في ضمان إحترام هذه المصلحة وهذا بإبطال قراراتها متى كانت مخالفة للنصوص القانونية والإتفاقيات النظامية الواردة بالقانون الأساسي للشركة؛ من ذلك إبطال القرارات القاضية بزيادة إلتزامات المساهمين دون موافقة الشركاء كأصل عام⁽⁵⁾؛ ذلك أن إنضمام المساهم للشركة وإكتسابه صفة العضوية مرهون بإحترام شروط العقد الواردة بالنظام الأساسي للشركة؛ فكل إجراء من شأنه زيادة إلتزامات الشركاء بدون موافقتهم يعد

¹ - المادة 749 فقرة 2 و 3 من القانون التجاري.

² - المادة 745 من القانون التجاري.

³ - المادة 746 من القانون التجاري.

⁴ - وذات الأمر ينطبق على عملية تحويل الشركة تصحيحا للبطلان الطرىء عليها؛ إذ أن هذه العملية وإن تمت يتطلب فيها موافقة كل الشركاء، وهذا بفعل المادة 715 مكرر 17 وهو ما يضمن حقوق المساهمين.

⁵ - المادة 674 من القانون التجاري.

باطلا؛ كتغيير جنسية الشركة وما له من أثر في تغيير الأحكام المطبقة على المساهمين؛ ومن تم مخالفة الأحكام والبنود المتفق عليها مسبقا في عقد الشركة وفي هذا مساس بمبدأ الحرية التعاقدية وبإستقرار العقود والإلتزامات النابعة عنها؛ لهذا تقرر للمساهم الحق في ضمان إحترام شروط النظام الأساسي إحتراما لمبدأ سلطان الإرادة.

كما أن إنضمام المساهم في الشركة يمنحه كذلك الحق في البقاء فيها ولا يمكن المساس بهذا الحق ما لم يرد نص قانوني أو إتفاقي بالنظام الأساسي للشركة كشرط الإسترداد إذ من خلاله يظهر ما لدور المبدأ التعاقدي في إحلال الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة وإن كان هذا الدور يتراجع بمباشرة المساهم لحقوقه في حل الشركة وبطلانها حماية لمصالحه الشخصية، هذا وإن كان حلول المساهم محل الشركة في مباشرة دعوى المسؤولية المدنية على أعضاء مجلس الإدارة يعد بمثابة عقد وكالة له دور في إدخال الإعتبار الشخصي على حق المساهم في الشركة.

خاتمة

صار واضحا أن شركة المساهمة كيان يتراوح بين العقد والنظام القانوني؛ فمن المقرر قانونا؛ أن الشركة عقد⁽¹⁾، ولكنه ليس كبقية العقود، إذ ينشأ عنه شخص معنوي يكون له وجود مستقل وشخصية قانونية تؤهله ليلعب دوره في مسرح الحياة الإقتصادية⁽²⁾، هذا وإن كان البعض ينكر الطابع التعاقدى ويطفي الطابع النظامي على مثل هذا النوع من الشركات؛ إلا أن مواطن المفهوم التعاقدى تبدو جلية خصوصا عند الحديث عن الحقوق الأساسية للمساهم؛ هذا الأخير بمجرد إنضمامه لعقد الشركة تثبت له حقوقا بصفته شريكا فيها؛ وتستدعي حمايتها وسيرورة العمل بها في ظل التطور والنمو الإقتصادي الذي تلحظه شركة المساهمة؛ فسح دائرة الإتفاق بين الشركاء على تنظيمها - كلما استدعت الضرورة- وتضمينها بينود في النظام الأساسي للشركة في ظل السماح التشريعي بذلك، وهو ما يظهر بشكل واضح عندما أقر المشرع للشركاء الإتفاق على طرق توزيع الأرباح وجعله حلا سابقا على الحل القانوني من ذلك كالإتفاق على تجزئة الأرباح بين المساهمين حتى ولو لم تتم هذه التجزئة بنسبة مساهمة كل فريق، وكذلك الإتفاق الذي يمنح أحد الشركاء الحق في الحصول على نسبة معينة من الأرباح ثم يشترك بعد ذلك مع غيره من الشركاء في إقتسام الباقي، وذلك لأن الأرباح توزع على كل الشركاء أو كما لو تم الإتفاق على تخصيص جزء من الأرباح لأسهم الأفضلية مثلا؛ وبعد ذلك يوزع الباقي على كل الأسهم بما فيها الأسهم الأفضلية، وذات الأمر ينطبق على السماح بالإتفاق على توزيع صافي موجودات الشركة بطريق القسمة أو القسمة الإتفاقية -دون التخلي عن الجانب التنظيمي الخاص بطابع شركات المساهمة لما يتطلبه من ضرورة تدخل المشرع لتنظيمها بتقرير أحكام عامة للتصفية.

ولا شك أن من شأن ذلك . أي الإتفاق في النظام الأساسي للشركة . إدخال الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بحق تداول الأسهم؛ فإذا كان هذا الأخير من خصائص السهم والسمة البارزة في شركة المساهمة؛ إلا أنه يجوز الإتفاق على شرط الموافقة على إنضمام المساهمين الجدد وحلولهم محل المساهمين القدامى المتنازلين عن الأسهم وهو شرط نظامي وإتفاقي من شأنه حماية مصلحة الشركة والشركاء فيها والغير المتعاملين معها من

1- المادة 416 من القانون المدني.

2- حمر العين عبد القادر، المرجع السابق، ص3.

دخول مساهمين يهددون مصالحهم، لكن على شرط ألا تصل هذه القيود الإتفاقية إلى درجة مصادرة حق المساهم في التنازل عن أسهمه.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد؛ بل إن من شأن الإتفاقيات الواردة على الحق في التصويت من ترتيب الأثر التعاقدي بين الشركاء وإدخال نوع من الإعتبار الشخصي بينهم بما يسمح من إستبعاد ظاهرة عزوف المساهمين عن الحضور لإجتماعات الجمعية العامة ومباشرة سلطاتهم في الإدارة؛ ومن ذلك إتفاقهم على التصويت في إتجاه معين مع ترك حرية الإختيار -فهو إتفاق يتماشى مع المفهوم التعاقدي ويراعي الجانب النظامي في شركة المساهمة -.

زد على ذلك؛ فإن إنضمام المساهم للشركة وإكتسابه صفة العضوية مرهون بإحترام شروط العقد الواردة بالنظام الأساسي للشركة؛ فكل إجراء تتخذه الجمعية العمومية غير العادية بشأن زيادة إلتزامات الشركاء دون موافقتهم على ذلك يعد باطلا كأصل عام؛ كتغيير جنسية الشركة وماله من أثر في تغيير الأحكام المطبقة على المساهمين ومن تم مخالفة الأحكام والبند المتفق عليها مسبقا في عقد الشركة، وفي هذا مساس بمبدأ الحرية التعاقدية وبإستقرار العقود والإلتزامات النابعة عنها، لهذا تقرر للمساهم الحق في ضمان إحترام شروط النظام الأساسي إحتراما لمبدأ سلطان الإرادة وفي ذلك إدخال للإعتبار الشخصي لكل مساهم في التمسك بهذا الحق والدفاع عنه، كما تظهر بوادر الإعتبار الشخصي عند الحديث عن الحق في البقاء فإذا كان هذا الأخير حقا ثابتا مانعا من الغير الممكن المساس به؛ يتحقق للشخص بمجرد إنضمامه للشركة؛ إلا أنه يجوز ترتيب شروط إتفاقية عليه من ذلك شرط الإسترداد والذي يشبه شرط الموافقة على تداول الأسهم فهذا الأخير هو وسيلة للشركة لمنع دخول شخص غير مرغوب فيه؛ وقياسا على ذلك فإذا دخل أحد الأشخاص وأصبح غير مرغوب فيه فيكون بإستطاعة الشركة فصله.

على أنه إذا كانت القوانين الأساسية للشركة مصدرا لإرادة المساهمين في تقرير الإعتبار الشخصي على حقوقهم في الشركة؛ إلا أن الواقع العملي يثبت تراجعها عن حماية هذه الحقوق⁽¹⁾. خصوصا أمام التطور والنمو الذي تعرفه شركة المساهمة. فمثلا رغم الإعتراف بحق المساهم في الحصول على الأرباح المحققة سنويا، فإن تقرير توزيع هذه الأرباح أصبح متروكا

¹ - عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 39.

لتقدير الشركة، ولا يصير المساهم صاحب حق فيها إلا بعد صدور قرار الجمعية العمومية بذلك إذ أصبحت الشركات تستأثر بالأرباح المحققة وتتصرف فيها بحرية شبه كاملة وتخصصها لنموها وتطورها، في حين جرد المساهم من حق الحصول على الربح، فلا تخصص له إلا مبالغ زهيدة هي أقرب إلى الفائدة أو الهبة مقابل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ذلك فقد أصبحت هناك فئات أخرى تشارك المساهمين في إقتسام ما تم تخصيصه من أرباح قابلة للتوزيع كالعاملين، وصندوق الإعانات الإجتماعية.

أما تبرير أن تكوين الإحتياطات . خصوصا منها النظامية . يؤدي إلى زيادة أصول الشركة وإرتفاع أسعار الأسهم، وبالتالي يحقق المساهم ربحا في كل وقت يقرر فيه التنازل عنها؛ فإن ذلك غير صحيح لأن التحكم في أسعار الأسهم يعود إلى الربح السنوي الذي تحققه الشركة، ويخضع لظروف سوق الأوراق المالية، بالإضافة إلى أن هذه الميزة إذا تحققت فإنها تتحقق مرة واحدة وتقتضي من المساهم الخروج من الشركة . مما يؤثر على حقه في البقاء في الشركة.

وبخصوص أن إسترداد المساهم للإحتياطات عند التصفية، فإن ذلك لا يتحقق من الناحية العملية؛ لأن الشركات أصبحت غير قابلة للتصفية، مع الأخذ في الإعتبار أنه إذا تقرر تصفيتها فإنها لا تنقضي إلا إذا أصبحت غير مستفيدة من تنفيذ أنشطتها، ولم تعد تنتج أرباحا، وفيما عدا ذلك فإن حياة الشركة تستمر لعدة عقود، تنقلب خلالها الأسعار، وتبلى أصولها بفعل التطور، وذلك يفقدها قيمتها إلى حد كبير، فالمساهم لا يستطيع المطالبة بتصفية الشركة أو التصرف في أحد أصولها في الوقت المناسب رغم أن تصفيتها تكون أكثر ربحية أحيانا فيما إذا إستمرت في ممارسة نشاطها المتدني، وأن التصرف في أحد أصولها يحقق ربحا أفضل من الإحتفاظ به في رأس المال، لأن هذه المسألة تخضع إلى تقدير هيئات الشركة، بصرف النظر عن دافع الربح لدى المساهمين في أصولها، وأن المساهم يفقد حق الملكية في حصته من رأس المال بمجرد الإكتتاب فيها لتستقر في ذمة الشخص المعنوي وتنفرد الجمعية العمومية بتقرير الإستخدام المناسب لها والتصرف فيها كلها أو بعضها، بصرف النظر عن رضا أو علم المساهم بها.

كذلك إذا كان حق التصويت يظهر في صورة آلية تستخدم كأداة لدوام السلطة والنفوذ في الشركة؛ إلا أن الواقع العملي والقانوني كشف عن وجود أسهم تستبعد الحق في

التصويت أي أسهم بدون الحق في التصويت كأسهم الأولوية أو أسهم الإمتياز والأسهم المجزئة إلى شهادات الإستثمار من دون الحق في التصويت⁽¹⁾، كما أن إتفاقيات التصويت بالرغم من أنها تمثل قدرة إقتصادية هائلة ولها تأثير مباشر على مصير الشركة فإن القانون لم ينظمها على نحو كاف، وبهذا تنعكس الأهمية لحق التصويت.

بإختصار ليس للمساهم سوى وجود قانوني في الشركة كشريك، فلم يعد يمارس دوره كشريك، ولم يحضى بحقوق مالية وإدارية بالمعنى الدقيق لها، ويمكن القول أنه أصبح لا يملك . في الحقيقة أدنى سلطة في الشركة وأنه لم يتلقى من الربح عن طريق سهمه إلا حقا نظريا ليس له علاقة بحق الملكية، لذلك ليس مستغربا بأن لا يبالي بمصير الشركة وإدارتها بأي يد تكون، لدرجة أنه صار يجهل حتى ماهية نشاطها.

ولا يرجع هذا التغيير الذي طرأ على مركز المساهم القانوني في الشركة إلى خطئه ولا لنقص في روح المبادرة لديه، وإنما يجب تفسير هذا التراجع للإعتبار الشخصي له في الشركة على ضوء التحول الذي طرأ على مفهوم الشركة ذاته؛ إذ أصبحت عبارة عن كيان مستقل أو تجمع يفرض نفسه أي أصبحت عبارة عن تقنية لشكل من أشكال إنتاج الثروات أو توزيع السلع والخدمات؛ فهي تقتصر على توفير التنظيم القانوني اللازم لوجود المشروع وتعبر عن مصالح فئات مختلفة، لا يمكن تفسيرها في إطار الشركة عقد، وإن كانت لا تمس بالمبادئ الأساسية لعقد الشركة، إلا أنها تؤثر على مركز المساهم القانوني في حماية حقوقه في الشركة.

¹ - المادة 715 مكرر 44 والمادة 715 مكرر 61 من القانون التجاري.

قائمة المراجع

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

- أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن ، شركة المساهمة ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون تاريخ النشر .
- أحمد الورفلي ، توزيع أرباح الشركات التجارية ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2006 .
- أحمد حلمي جمعة ، دراسات و بحوث في المحاسبة المالية ، أساسيات المحاسبة في شركات المساهمة ، دار الصفاء للطباعة و النشر والتوزيع ، الأردن ، 1998 .
- . أحمد محمد أبو الروس ، الموسوعة التجارية الحديثة ، الجزء الأول ، الدار الجامعية ، مصر ، 2003 .
- أحمد محمد محرز ، النظام القانوني لشركات المساهمة ، النسر الذهبي للطباعة ، يسرى حسين إسماعيل ، مصر ، 1996 .
- البستاني يوسف سعيد ، قانون الأعمال و الشركات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 .
- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 .
- أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الشركات دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008 .
- أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية و الإفلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008 .
- أكثم الخولي ، قانون التجارة اللبناني المقارن . الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1987 .
- أحمد سوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، دار هومة ، الجزائر ، 1999 .
- أحمد شكري السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي و المقارن شركات الأموال ، الجزء السادس ، بدون دار النشر ، 1993 .
- إسماعيل غانم ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، مكتبة وهبة ، بدون سنة النشر .

- إسماعيل غانم ، الحقوق الأصلية ، بدون دارالنشر ، مصر، 1971 .
- إلياس ناصيف ،الكامل في الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، منشورات عويدات ، لبنان ، 1982.
- بشرى خالد تركي المولى ، إلتزامات المساهم في شركة المساهمة،دار الحامد للنشر و التوزيع ،الأردن ،2010 .
- حمر العين عبد القادر ، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2013 .
- جبار محفوظ ، الأوراق المالية المتداولة في البورصات و الأسواق المالية، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 .
- جلال وفا البدري محمددين ، المبادئ العامة في القانون التجاري ، دارالجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1995 .
- خالد أمين عبد الله ، إسماعيل إبراهيم الطراد ، إدارة العمليات المصرفية ،دار وائل للنشر ، الأردن ، 2006
- صفوت بهنساوي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ،مصر،2008 .
- محمد فريد العربي ، هاني محمد دويدار ، قانون الأعمال ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر،2002 .
- محمد كامل ملش ، موسوعة الشركات ، بدون دار النشر ، مصر، 1985 .
- محمد سمير الصبان عبد الله العظيم ، المحاسبة المالية في شركات الأموال، الدار الجامعية ، مصر ، 2000 .
- محمد صالح ،شرح القانون التجاري، الجزء الأول، بدون دار النشر،مصر،1994 .
- محمد فريد العربي ، الشركات التجارية ،المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال ، دار الجامعة الجديدة،مصر،2003 .
- محمد السيد الفقي ، مبادئ القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2002 .
- محمد سلمان الطماوي، نظرية التعسف في إستعمال السلطة، الطبعة الثالثة، بدون دار النشر ، مصر، 1992 .
- محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون الأردني ، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن، 1996 .

- محمد توفيق سعودي، القانون التجاري الشركات التجارية، الجزء الثاني، دارالأمين للطباعة ، مصر ، 1997 .
- محمد كمال درويش، أساسيات متطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص شركات الأموال وشركات التأمين ، دار الخلود ، لبنان ، 1993 .
- منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة سيد وهبة ، مصر ، 1975 .
- محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مصر ، 1958 .
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1994 .
- فضيل نادية ، شركات الأموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 .
- فاروق إبراهيم جاسم ، حقوق المساهم في شركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية ، الأردن ، 2008 .
- فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية، جامعة المنصورة ، مصر، 1994 .
- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الرابع ، دار مكتبة التريبة، بيروت، لبنان، 1997 .
- مصطفى كمال طه ، القانون التجاري، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، بدون دار النشر ، مصر ، بدون سنة النشر.
- محفوظ لشعب، القانون المصرفي . النظرية العامة للقانون المصرفي . النظام المصرفي الجزائري ، العقود المسؤولة المصرفية، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001 .
- مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، الأحكام العامة في الشركات ، شركات الأشخاص وشركات الأموال ، أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2005 .
- مصطفى كمال وصفي ، القضاء المصري في مسائل شركة المساهمة، بدون دار النشر، مصر، 1994 .
- علي حسن يونس ، الشركات التجارية، دار الفكر العربي ، مصر، 1996 .
- عماد محمد أمين السيد رمضان ، حماية المساهم في الشركة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،1998 .
- علي شخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية،بدون دار النشر، مصر،1993 .
- عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين، مكتبة الجلاء، مصر،بدون سنة النشر.
- عزيز العكيلى، القانون التجاري ، الأعمال التجارية والتجار و المتجرو الشركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر،1997 .
- علي بن هادية ، بلحسن البلبش و الجيلالي بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي الفبائي، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر،1991 .
- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري ،الشركات التجارية،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1992 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام ،الجزء الثالث،منشورات الحلبي لبنان ،1998 .
- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص،شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، 2002 .
- علي نديم الحمصي ، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ،لبنان،2003 .
- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة، الجزائر،2000 .
- عزت عبد القادر ، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسن إسماعيل ، مصر،2000 .
- علي العريف ، شرح الشركات في مصر ، الطبعة الثانية ، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر ، 1995 .
- علي البارودي ، محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري ، الأعمال التجارية، التاجر،الأموال التجارية الشركات التجارية ،عمليات البنوك و الأوراق التجارية، دار المطبوعات الجامعية ، مصر،1999 .
- علي الزيني، أصول القانون التجاري ، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ، مصر ، 1994 .

- عبد الفضيل محمد أحمد ، حماية حقوق الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة للمساهمين ،مكتبة الجلاء مصر، بدون سنة النشر.
- سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، مصر ، 1993 .
- . وجدي سلمان حاطوم ، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 .
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2006 .
- عبد الحميد الشواربي ، موسوعة الشركات التجارية ، شركات الأشخاص والأموال و الإستثمار ، منشأة المعارف ، مصر، 1998 .
- عليان شريف وفائق شقير ورياض الحلبي ومحمد الباشا، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة عمان ، الأردن ، 2000 .
- علي العريف ، شرح الشركات في مصر ، مطبعة أطللس ، مصر، 1995 .
- غانم محمد غانم ، الحماية الجنائية للإدخار العام، بدون دار النشر، مصر، 1994 .
- غادة أحمد عيسى ، الإتفاقيات بين المساهمين في شركة المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2008.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2006 .
- عبد الحميد الشواربي ، موسوعة الشركات التجارية ، شركات الأشخاص والأموال و الإستثمار ، منشأة المعارف ، مصر، 1998 .
- عليان شريف وفائق شقير ورياض الحلبي ومحمد الباشا، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة عمان ، الأردن ، 2000 .
- علي العريف ، شرح الشركات في مصر ، مطبعة أطللس ، مصر، 1995 .
- غانم محمد غانم ، الحماية الجنائية للإدخار العام، بدون دار النشر، مصر، 1994 .
- غادة أحمد عيسى ، الإتفاقيات بين المساهمين في شركة المساهمة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2008.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

- Alfred Jauffred, Manuel droit commercial ,22^{ème} édition,Delta,Paris,1996 .
- Bencheneb Ali, Théorie générale du contrat ,L’office des publication universitaires,Algér,1982 .
- Blaise Jean-Bernard,Droit des affaires,Librairie générale de droit Et de Jurisprudence,L. J. D.J,Paris,1999 .
- Daniel Reig,Le petit La rousse ,dictionnaire Encyclopédique, Librairie La zousse,Paris,1995 .
- Denis le franc et Blanche Sousi-Roubi , Lexique Banque et Bourse,14^{ème} Edition , Dalloz,1997 .
- Dominique Légéais, Droit commercial et des affaires,14^{ème} édition, Armand Colin, Paris,2004 .
- Frédéric Masquelier et Nicolas Simon dekerunic, Sociétés par action, Simpliffiéé(création, gestion,Evolution)2^{ème} édition , Delmas, Paris,2001 .
- George Ripert et René Roblot,Traité de droit Commercial,14^{ème} édition par Philippe Delbecque et Micheal Germain, L. G. D. J, Paris, 1996 .
- J. Hémar,d,F. Terre et P. Mabilat, Les sociétés commerciales, tome3, Dalloz, paris,1978 .
- J. Lacombe,Les réserves dans les sociétés par actions, Thèse Nancy, 1962, Cité par M’coziass et Aviander,droit des sociétés, 9^{ème} édition, Paris,1996 .
- J. Pailluseau, Les fondements du droit moderne des sociétés, J. C. P. Paris,1984.
- Jacque Mestre et Gilles Flores, Lamy sociétés ,Paris,1985 .
- Jacque Mestre,Dominique Vilarocchio et christine Blanchard-Sebastin, Lamy sociétés commerciales, Paris,2000 .
- M. Cozian et A. Viandier ,Droit des sociétés , 3^{ème} édition , Litec,Paris,2000 .

- Marcel Onnainty ,Guide pratique de la constitution des Sociétés, Sarl, Sa,Sas, Snc,Eurl, édition D'organisation Paris ,2003 .
- Mestre Jacque et Pancrazi Marie-eve,Droit commercial , droit interne et aspects de Droit international,26ème édition,Librairie général de droit et de Jurisprudence,Paris,2003 .
- Micheal de Juglart et Benjamin Ippolito, Traité de droit commercial,2émé édition Volume Les sociétés ,3émé édition, montchrestien,Paris,1982 .
- Michel Germain,Traité de droit commercial, Tome1,18émé édition,L. G. D. J, Paris,2002 .
- Nacer-eddine Sadi, La privatisation des entreprises publiques en algérie, L'office des publication universitaires ,Alger,2005 .
- P. A. Moreau et G. Delmotte, Les actions, Les sociétés anonyme, Encyclopédique,Dalloz,1995 .
- Ph. Delbecque et M. Germain ,traité du droit commercial, Les sociétés commerciales, Tome2, 17émé dition, C. G. D. J, Paris, 2004 .
- Philippe Merle ,droit commercial , Sociétés commercial, 5émé édition, Dalloz,Paris ,2005 .
- y. Djehane, La responsabilité des organes de la société et de surveillance, Nancy,1962,cité et de surveillance, Guide lorette Mouel,Paris,2005 .
- Y. Guyon,Traité des contrats,Les sociétés ,Aménagements statutaires et convention entre associés,3émé édition, L. G. D. J ,1997 .
- Yves Guyon, Droit des affaires, droit commercial générale et sociétés , Tome19émé édition Economica,Delta, paris,1996 .
- Yves Guyon,La Sociétés anonyme,1999.

ثالثا : الدوريات

- أ. مذكرات:

- محمد ميرغني، نظرية التعسف في إستعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1992.
- يعقوب يوسف صرحوه، الأسهم وتداولها في شركات المساهمة في القانون الكويتي رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1992.
- محمد عمارتبيار، الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس كلية الحقوق، مصر، 1998.
- حلوش فاطمة الزهراء، المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2001-2002.
- بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن الأسهم، رسالة ماجستير، جامعة بو بكر بلقايد، كلية الحقوق تلمسان، 2007-2008.
- بلقايد كمييلة، حق التصويت في الجمعيات العامة في شركات المساهمة، رسالة ماجستير، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009.

ب . المقالات:

* باللغة العربية:

- أحمد بركات مصطفى، حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيون، كلية الحقوق، مصر، 1994، العدد 16
- بوعزة ديدن، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، العدد 02.
- فئات فوزي، قواعد توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006، العدد 04.

- محمد زلاجي، الحماية الجبائية للمتعاقدين في البورصة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007، العدد 07
- يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007، العدد 04.

*باللغة الفرنسية:

- Boussoumah Mohamed, L'entreprise publique étatique socialiste, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Alger, Dec. 1989. n4 .
- J. H Beaufort , le droit d'agrement dans les sociétés de presse, Rev Soc, 1994 .
- Le Bayon, L'usufruit des parts social, Rev. soc, 1973 .
- Micheal Germain ,Le transfert du droit de vote, Rj. com, nov 1990
- P. Didier, La compétence législative du droit commercial, Revue trimestrielle de droit commercial, paris, 1975 .
- Xavier delpech ,Les actions ,Encyclopédie Juridique de droit Commercial, Dalloz, 1995 .
- Y. chartier, L'evolution de l'engagement des associés, Rev, social Paris, 1980 .
- Y. Reinhard ,Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession entre actinnaires, Rev. Jur. com, nov, 1990.
- Yves Guyon, L'assemblés d'actionnaires, Rev. soc ,Dalloz, sept, 2002 .

ج-مواقع الأنترنت:

- www. Anawi. info .
- www. gulfbiz. com
- www. Jurist. com
- www. moltaqaa. com

- www. qatar Shares. Com
- www. Sendbad-net / tjaryat

رابعاً: النصوص القانونية:

- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني معدل و متمم.
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري.
- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 افريل 1993 المعدل و المتمم للقانون التجاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 سبتمبر 1995 و المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلق بشركات المساهمة و التجمعات، ج، ر، العدد 80.

الفهرس

تشكرات

الإهداء

قائمة المختصرات الأساسية

01 المقدمة

الفصل التمهيدي: الحقوق الأساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية

08 في ظل نظرية العقد والتنظيم لشركة المساهمة

المبحث الأول: النظرية التعاقدية وأثرها على الحقوق الأساسية للمساهم

09 في شركة المساهمة

10 المطلب الأول: مضمون النظرية التعاقدية وعلاقتها بقانون الأغلبية

10 الفرع الأول: مضمون النظرية التعاقدية

11 الفرع الثاني: علاقة النظرية التعاقدية بقانون الأغلبية

المطلب الثاني: أثر النظرية التعاقدية على الحقوق الأساسية للمساهم

16 في شركة المساهمة

16 الفرع الأول: أثرها من حيث أطراف العلاقة

الفرع الثاني: أثر النظرية العقدية على الحقوق الأساسية للمساهم

20 في شركة المساهمة من حيث أحكامها

المبحث الثاني : النظرية النظامية وأثرها على الحقوق الأساسية

25 للمساهم في شركة المساهمة

26 المطلب الأول: مضمون النظرية النظامية وعناصرها

26 الفرع الأول: تحديد المفهوم النظامي

29	الفرع الثاني: عناصر المفهوم النظامي
	المطلب الثاني: أثر المفهوم النظامي على الحقوق الأساسية للمساهم
33	في شركة المساهمة
	الفرع الأول: أثر النظرية النظامية على الحقوق الأساسية للمساهمين
33	في الشركة من حيث تصنيف حقوقهم
	الفرع الثاني: أثر المفهوم النظامي على الحقوق الأساسية للمساهمين
35	في شركة المساهمة من حيث أحكامها
	الفصل الأول: الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره شريكا ومبدأ
40	الحرية التعاقدية في شركة المساهمة
	المبحث الأول: حق المساهم في الحصول على الربح وحقه
46	في إقتسام موجودات الشركة
51	المطلب الأول: حق المساهم في الحصول على الربح
52	الفرع الأول: شروط وقواعد توزيع الأرباح
66	الفرع الثاني: طرق تحصيل الأرباح
69	المطلب الثاني: حق المساهم في الحصول على موجودات الشركة
	الفرع الأول: تحديد مدى حق المساهم في ناتج التصفية
73	وسلطاته فيها
	الفرع الثاني: أساليب تحصيل المساهم لحقه في صافي
80	موجودات الشركة
87	المبحث الثاني: حق المساهم في التصرف في أسهمه
88	المطلب الأول: مبدأ تداول الأسهم وإجراءاته
	الفرع الأول: تعريف مبدأ تداول الأسهم وتمييزه
89	عن الأنظمة المشابهة له

98	الفرع الثاني: إجراءات تداول الأسهم
	المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المساهم
115	في التصرف في أسهمه
115	الفرع الأول: القيود القانونية الواردة على تداول الأسهم
124	الفرع الثاني: القيود الإتفاقية الواردة على تداول الأسهم
	المبحث الثالث: حق المساهم في الإعلام والتصويت
136	في الجمعية العامة
138	المطلب أول: الحق في الإعلام
138	الفرع الأول: أساليب إعلام المساهم
142	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بحق الإعلام
143	المطلب الثاني: حق المساهم في التصويت
	الفرع الأول: قاعدة تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم
145	والإستثناءات الواردة عليها
	الفرع الثاني: أساليب ممارسة حق التصويت
148	والإتفاقيات المرتبة عليه
	الفصل الثاني: الحقوق الأساسية للمساهم بإعتباره عضوا
165	ومبدأ الحرية التعاقدية في شركة المساهمة
168	المبحث الأول: حق المساهم في ضمان إحترام مصلحة الشركة
	المطلب الأول: مفهوم مصلحة الشركة كمحدد لسلطات
169	هيئاتها الإدارية
171	الفرع الأول: مصلحة الشركة تعبير عن مصلحة المساهمين
175	الفرع الثاني: مصلحة الشركة هي مصلحة المشروع
	المطلب الثاني: التعسف في إستعمال السلطة كسبب لإبطال
179	قرارات الهيئات الإدارية للشركة

180	الفرع الأول:تحديد فكرة التعسف وعناصره
186	الفرع الثاني : السند القانوني لمعاقبة تعسف الهيئات الإدارية للشركة.
المبحث الثاني:حق المساهم في ضمان إحترام الشروط	
205	الأساسية لنظام الشركة
206	المطلب الأول:عدم جواز زيادة إلتزامات المساهمين
	الفرع الأول:الأساس القانوني لمبدأ عدم جواز زيادة
206	إلتزامات المساهمين
208	الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز زيادة أعباء المساهمين
212	المطلب الثاني: عدم جواز تغيير جنسية الشركة
212	الفرع الأول: حق المساهم في الإبقاء على جنسية الشركة
214	الفرع الثاني:قيود سلطات الجمعية العمومية في تغيير الجنسية
	الفرع الثالث:رأي الفقه وموقف المشرع من حق المساهم
216	في عدم جوازتغيير جنسية الشركة
	المطلب الثالث: عدم جواز المساس بحق المساهم في البقاء
218	في الشركة
219	الفرع الأول:إبعاد الشريك
	الفرع الثاني:حالات الإعتداء غير المباشر على حق البقاء
224	في الشركة
المبحث الثالث: حق المساهم في ضمان حقوقه قبل الشركة.	
230
231	المطلب الأول: دعوى بطلان الشركة
232	الفرع الأول: حالات ممارسة دعوى بطلان الشركة
235	الفرع الثاني :إجراءات دعوى البطلان
242	المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية

243.....	الفرع الأول : حق المساهم في مباشرة دعوى الشركة
245.....	الفرع الثاني: حق المساهم في مباشرة دعواه الفردية
247.....	المطلب الثالث :دعوى حل الشركة.
	الفرع الأول: السند القانوني لحق المساهم في دعوى
248.....	حل الشركة
250.....	الفرع الثاني: أسباب دعوى حل الشركة
256.....	الخاتمة:
262.....	قائمةالمراجع

الملخص

تعد شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال؛ وهي المحور الأساسي لتجميع رؤوس الأموال؛ و بالتالي تكوين رأس مال ضخم يتناسب مع النشاط الإقتصادي الذي تسعى إلى ممارسته لتحقيق أهدافها؛ من خلال إشتراك المساهمين في تكوينه مقابل أسهم تصدرها الشركة كتمثيل لجزء من رأس مالها تمنحهم حقوقا تثبت شراكتهم وعضويتهم في إدارة الشركة و كذا مسؤوليتهم المحدودة فيها .

غير أن المسؤولية المحدودة الناجمة عن الإعتبار المالي السائد في شركات الأموال و شركة المساهمة بشكل خاص؛ جعلت من المساهم مستثمرا مضاربا يهتم بربحية السهم - بتداوله في سوق المال كلما سمحت الفرصة لذلك - لا بنية المشاركة في إدارة الشركة و تسيير أمورها؛ وهو ما يتيح الفرصة لمجلس الإدارة في فرض سياسته الخاصة أمام غياب الدور الرقابي على أعماله؛ هذا ما إستدعى إعتقاد المفهوم التعاقدية لشركة المساهمة وما له من دور في إدخال الإعتبار الشخصي على حقوق المساهمين في الشركة وتوفير الحماية القانونية للشركاء و الغير المتعاملين معها؛ هذا في ضوء السماح التشريعي بذلك ودون إهدار الجانب التنظيمي السائد في هذا النوع من الشركات .

كلمات مفتاحية: الحقوق الأساسية للمساهم، مبدأ الحرية التعاقدية، الإعتبار المالي، الإعتبار الشخصي، النظام الأساسي.

Résumé

La société anonyme représente le modèle parfait des sociétés de capitaux qui a pour objectif l'accumulation du capital par la mobilisation de son capital social vers la réalisation des objectifs pour lesquels elle a été créée. L'association des actionnaires à la vie de la société et dans la formation et dans le fonctionnement de la société au travers de la circulation des actions émises par celle-ci, crée des droits fondamentaux au profit de leur détenteur lui conférant les qualités d'associé et de membre des organes statutaires de la société. Cette délimitation détermine le niveau de la responsabilité de l'actionnaire dans la conduite de la société ; Principe qui anime le fonctionnement des sociétés de capitaux particulièrement la société anonyme.

Le principe de la responsabilité limitée a confiné le rôle de l'actionnaire à celui de spéculateur enchérissant la parité des actions à travers leur négociabilité dans les marchés financières sans se soucier des intérêts de la société et de sa vie sociale. Ce manque d'intérêt à la vie sociale a créé une situation ayant permis aux organes sociaux notamment le conseil d'administration d'agir sans consultation valable des actionnaires eu égard à la vacance de l'exercice du contrôle.

Cette situation a induit à des ajustements renforçant le consensus contractuel établi par les pratiques des sociétés ayant autorisé l'introduction de considérations à caractère subjectif sur les droits des actionnaires aux fins de protection juridique des associés et des tiers opérant avec la société et à la lumière des aspirations légitimées et contenues dans le dispositif législatif sans omettre pour autant dans ce cadre l'aspect organisationnel ayant prévalu dans la formation et le fonctionnement de ce type de société.

Mots clés :

Les droits fondamentaux de l'actionnaire, le principe de la liberté contractuelle, le paramètre financier et le paramètre subjectif, les statuts de la société anonyme.

Abstract

The public limited company is the perfect model of limited liability companies whose objective the accumulation of capital through the mobilization of its capital towards achieving the objectives for which it was created. The association of shareholders in the life of society and in the formation and functioning of society through the circulation of shares issued by it, created fundamental rights for the benefit of the holder giving him the qualities of Partner and member of the statutory bodies of the company. This delimitation determines the level of responsibility of the shareholder in the conduct of society; Principle that animates the capital companies operating especially the limited company.

The principle of limited liability is confined to the role of the shareholder than speculator bidding gender equity through their marketability in the financial markets without worrying about the interests of society and its social life. This lack of interest in social life has created a situation that allowed the governing bodies including the Board of Directors to act without valid consultation of shareholders in relation to the vacancy of the exercise of control.

This situation has led to adjustments strengthening the contractual consensus reached by the practices of companies that have authorized the introduction of subjectivity to considerations on the rights of shareholders for the purpose of legal protection of associated and third parties operating with the company and the light and legitimized the aspirations contained in the legislative package without omitting provided the organizational aspect in this context that prevailed in the formation and operation of this type of company.

Keywords :

The basic shareholder rights, the principle of contractual freedom, financial and subjective parameter setting, the statutes of the company.