بسم الله الرحمن الرحيم

الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة

إعـــداد : د - الحسن بيهي

توطئة :

" **إنما الأعمال بالنيات** " قول طالما رددته ألسنتنا و هو يدل على اهمية عنصر القصد أو النية في تقييم الاعمال التي نقدم عليها, و أهمية هذا العنصر تختلف باختلاف الحقل المعرفي الذي ندرسها في إطاره.

فعندما نستقرء كل العقائد, نجد أن كل الديانات تخصص للنية المركز المحوري في التصرفات الروحية فبخصوص الاسلام, ترتكز صحة كل أركانه على توفر عنصر النية فبدون النية لا يصح أي شيء.

أما في الحقل القانوني نسجل الحضور القوي لعنصر النية خاصة في إطار القانون الجنائي و هذا ما يعبر عنه بالقصد الجنائي, و الأمر بعكس ذلك بالنسبة للقانون المدني حيث أن نية المتعاقد لاتلزم لا أطراف العقد و لا الغير.

أما في قانون الشركات، فإن عنصر النية يكتسي أهمية بالغة : فعلى المستوى النظري، ليس في الفقه إجماع حول مفهوم واحد للنية، و بالتالي وقع إختلاف حول طبيعتها مما أدى إلى تعدد للآراء الفقهية في الموضوع[1].

أما على المستوى التطبيقي فقد اعتمدها القضاء في مناسبات عديدة للتمييز بين عقد الشركة و عقود أخرى مشابهة له[2].

و جدير بالذكر أننا في موضوعنا هذا لن نحاول الوقوف على نية المشاركة كمعيار لتمييز عقد الشركة في حين سنحاول الوقوف على مدى اعتبار نية المشاركة ركن خاص في عقد الشركة وذلك من خلال المنهج الآتي :

المبحث الأول : محاولة فهم طبيعة نية المشاركة

الفرع 1 : نية المشاركة كركن

الفرع 2 : استبعادها كركن

المبحث الثاني : العلاقة مابين نية المشاركة والحياة المالية للشركة

الفرع 1 : نية المشاركة وتقديم الحصة في الشركة

الفرع 2 : نية المشاركة والتزامات الشركاء في الشركة

---

1 – راجع بهذا الخصوص : عز الدين بنستي – الشركات الجزء الأول – الطبعة II مطبعة النجاح الجديدة 1998 الصفحة 68 و 69.

2 – حكم صادر بتاريخ 3 يناير 1936 منشور بمجلة المحاكم المغربية بتاريخ 30 يونيو 1958 عدد 1282 لسنة 61 1962.

المبحث الأول : طبيعة نية المشاركة :

يبدو من أول وهلة، أن تحديد مفهوم نية المشاركة، ليس بالأمر الهين, وذلك راجع لخصوصية هذا المفهوم, و لارتباطه بمؤسسات أخرى مشابهة و لكون المشرع لم يورد أي نص صريح يحسم في المسألة. الشيء الذي جعل الفقه و كذا الاجتهاد القضائي يتأرجح بين الآخد بنية المشاركة كركن من أركان الشركة و بين نفيها كركن.

و نحاول من خلال هاتين الفقرتين المواليتين الوقوف عند هذه الآراء كمحاولة منا لفهم طبيعة نية المشاركة.

الفقرة الأولـى : الاتجاه الذي يعتبر نية المشاركة ركنا في عقد الشركة.

و هذا الإتجاه يؤكد بشدة، على اعتبار نية المشاركة، من أبرز الأركان الخاصة لعقد الشركة، غير أن رواده لم يستقروا على معيار واحد يعتمدونه لتحديد هذه النية .

بعض الفقه[3] أعطى لنية المشاركة محتوى اقتصادي، ركيزته التعاون بين الشركاء على قدم المساواة, و البعض الآخر غلب الطابع النفسي لهذا الركن.

1 – درج اتجاه فقهي فرنسي على اعتبار نية المشاركة رغبة الشركاء في التعاون المباشر أو غير المباشر في سبيل تحقيق هدف أو مشروع مشترك, هذا التعاون الواعي يتجلى من رغبة الشركاء عندما ارتضوا دخول الشركة.

إذن فنية المشاركة باعتبارها تعاونا إيجابيا لا تكفي بل يجب حسب هذا الفقه أن يكون التعاون متكافئا.

2 – الاتجاه الثاني (الذي يركز على الطابع النفسي) تعرض أولا بالنقد للإتجاه الأول على أساس أن التعاون المتكافئ بين الشركاء لا يتحقق دائما كما هو الحال بالنسبة للشريك الموصي، محروم من التدخل في الإدارة، و كذا الشأن بالنسبة لشركات المساهمة، التي لا تشرك الأغلبية العظمى من المساهمين في الإدارة[5].

هذا الاتجاه ينظر الى نية المشاركة باعتبارها موقفا نفسيا أو حالة تستقر في نفوس الشركاء، تدفعهم الى الاتحاد من أجل استغلال مشروع الشركة مع قبول مخاطره أي الاستعداد النفسي لتحمل مغارمه تماما كالاستفادة من مغانمه.

3– مصطفى كمال طه–القانون التجاري المصري لـــ 1971 بند 179 ص .147

4– علي حسن يونس–الوسيط في الشركات. طبعة 1961 ص 66 وقارن مع علي شمان العبيدي : دراسات في القانون التجاري المغربي الرباط مطبعة الأمنية السنة 1966 ص .221

5 – راجع بهذا الخصوص : عبد الواحد الحمداوي : تعسف الأغلبية في شركات المساهمةة – دراسة مقارنة " دكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول – كلية العلوم القانونية وجده السنة 2000 2002.

و إذا كنا نسير في هذا الاتجاه الذي يقرر الطبيعة النفسية لنية المشاركة، إلا أننا نرى أن هذا الفقه ينتقل مباشرة الى مؤسسات أخرى كتوزيع الأرباح و تحمل الخسارة للاستدلال على نية المشاركة, و نتساءل في هذا الإطار عن علاقة ذلك بنية المشاركة ؟ يلاحظ على أن هذا الاتجاه يستنتج نية المشاركة من خلال بحث الشركاء عن الأرباح وقبولهم تحمل الخسارة، الشيء الذي نعتبره غير منطقي. فكيف يعقل أن ينقل الاستنتاج المرتقب في نهاية المطاف الى ما قبل المسلسل، فيحول بقدرة قادر الى معطيات أولية سابقة، ذلك أن نية المشاركة إن اعتبرناها ركنا يجب أن تسبق عملية البحث عن الربح و قبول المخاطر.

الفقرة الثانيـــــة : الاتجاه الذي ينفي نية المشاركة كركن.

نميز هنا بين اتجاهين :

الأول : ينفي نية المشاركة كركن مستندا في ذلك على كون التراضي يستغرق نية المشاركة[6], و بذلك حاول هذا الاتجاه ربط نية المشاركة بالتراضي فاهتدى الى وجود علاقة وطيدة بينهما, ذلك أن الرضا هو توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني، و لكي يوجد التراضي لابد من تطابق الإرادتين، و الإرادة كما هو معلوم، هي مسألة نفسية بحتة و التراضي ماهو إلا تعبير عنها, إذن فهو يجسد النية، و يستنتج من ذلك، أن التراضي، ماهو إلا الوجه الآخر الملموس لنية المشاركة, و لذلك حسب هذا الاتجاه فإن الوقوف على صحة التراضي في عقد الشركة يغني عن البحث في وجود نية المشاركة.

و حسب اعتقادنا، فإذا كان صحيح أن هناك تقارب بين الإيجاب والقبول من جهة ونية المشاركة من جهة ثانية، فإن هذه الأخيرة تعد عنصرا من التراضي وبعبارة أخرى فنية المشاركة مستغرقة من طرف ركن التراضي وأحد نتائجها، وبناء عليه يمكن اعتمادها لإثبات ركن الرضى في عقد الشركة.

الثاني : هذا الاتجاه يستبعد نية المشاركة كركن في عقد الشركة[7] ، مستندا في ذلك لا إلى كون التراضي يستغرق نية المشاركة و لكن لكون القانون لم ينص عليها صراحة كركن[8].

---

6 – محمد صالح–شرح القانون التجاري المصري.

7– نهاد السباعي ورزق الله الانطاكي : الوجيز في الحقوق التجارية، جزء II طبعة 1961 ص .127

8– لا نجد صدى لهذه المؤسسة في التشريعات الأخرى قوانين لاتينية : فرنسي، بلجيكي، الايطالي.

و أن هذه المسألة لم تتر إلا من طرف الفقه والقضاء[9] وهذا إضافة لكون أركان العقد هي من النظام العام.

و عليه يتعين لفهم هذه المؤسسة، الرجوع لفهم ماهية عقد الشركة، فهو عقد خاص جدا و يستند للدلالة على ذلك، على المدرسة الجرمانية التي تعتبر الشركاء في الشركة تجاه الغير دائنين و مدينين كالشركة تجاه الغير و هو ما يعبر عنه بفكرة الاتحاد لتحقيق الربح و تحمل الخسارة.

و الملاحظ أن مصطلح نية المشاركة لا يعبر عن المقصود وهذا ما يفسر كون الفقه الفرنسي[10] لا يستعمل كلمة Intention d'association، ولكن بذلها يستعمل Affectio societatice ذلك أن النية غير كافية فهي جزء مما يشعر به الشريك أما Affectio فتعني الاحتضان و هذا المصطلح ينم عن نية التملك كما أنه يفيد نية الحماية من أجل التنمية، فهي شعور بالعطف القوي على الشركة بل الأكثر من ذلك فإن فقها آخر يستعمل مصطلح Animes sociétus و هي كلمة تعني الغيرة.

فهي الباعث المحرك الحاسم بمعنى أن ما يحرك الشريك و يدفعه و يحسم في تصوره هو نيته في الاتحاد للبحث عن الربح و بالتالي مواجهة الأغيار و المغامرة و القيام بكافة التصرفات القانونية للوصول الى الربح و تجنب الخسارة.

المبحث الثاني : علاقة نية المشاركة بالحياة المالية للشركة :

اعتبارا لكون نية المشاركة نتيجة لما يمكن أن يتمخض عن الاشتراك في الشركة, يبقى علينا أن نبحث عن الوجوه المختلفة التي تتجلى من خلالها هذه النية.

و ما دامت نية المشاركة هي ذلك العنصر النفسي الدفين، فإن البحث عنه في حياة الشركة، يكون ضعيفا إذا ما كنا أمام شركات الأموال عنه في شركات الأشخاص، حيث الالتزام، غير محدود والمسؤولية مطلقة للشركاء.

وتظهر نية المشاركة في حياة الشركة من خلال تقديم الحصة في الشركة، و من خلال الالتزامات الإيجابية و السلبية للشركاء.

---

9 – Casa. Com 18 Avril 1961 Jo. 1961 ; II ;

راجع الحكم المنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 672 مارس 1936 ص 75 وأيضا الحكم الصادر في 30 يونيو 1958 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 672. وقارن مع ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف القاهرية والتي جاء في أحد قراراتها : " أن العقد لا يعتبر شركة لعدم توافر خصائص الشركة ومن أهمها نية المشاركة " منشور في موسوعة القضاء في المواد التجارية ص .15

10- M.Josph Hannel : l'offecto Societatis S : Revue Trimestrielle de droit civil.1925 P 761.

المطلب الأول : تقديم الحصة كمظهر لنية المشاركة.

لا يمكن للشركة أيا كانت، أن تنشأ إلا إذا ساهم الشركاء في تقديم حصص للشركة، لأن الغرض من الإشتراك، هو خلق إتحاد للعمل المشترك، من أجل هذف معين هو تحقيق الربح, والنتيجة الطبيعية التي يمكن أن نستخلصها من عملية تقديم الحصة للشركة كتصرف قانوني، هي أنها تعكس نية الاشتراك، رغم ما يمكن أن يلحق بهذه العملية من اختلاف في المقصود ذلك أن تقديم الحصة للشركة من الناحية اللفظية، يحتوي على مفاهيم مختلفة قد يقصد من وراءها الشريك أن يكون شريكا في الشركة أو يقصد الأرباح التي يمكن أن يحصل عليها من خلال هذا الإشتراك, فرغبة الأطراف و قبولهم الأكيد لفكرة الاتحاد، هي تجسيد في ذاتها للإحتضان والإتحاد، أي البحث عن الأرباح، وقبول الخسارة و بهذا تكون نية المشاركة هي النتيجة المتجلية من عملية التقديم[11].

و نتيجة لهذا كله تكون نية المشاركة والرغبة في تأسيس الشركة العنصر الدافع، لتقديم الحصة والرغبة في الإستفادة من الحقوق او التحمل بالالتزامات سواء خلال حياة الشركة أو بعد حلها, و بالتالي فإن التزامات كل شريك اتجاه الدائنين يتم بنسبة حصة كل واحد منهم مالم يشترط العقد التضامن.

المطلب الثاني : نية المشاركة من خلال التزامات الشركاء.

من خلال هذا المطلب، سوف نعالج مظاهر نية المشاركة، من خلال كل من الالتزامات الإيجابية و الالتزامات السلبية، التي تقع على عاتق الشركاء سواء تجاه الشركة أو اتجاه الاغيار, علما بأن الشريك بتقديمه للحصة ودخوله الشركة، أصبحت له حقوق و التزامات.

أولا : الالتزامات الايجابية

الالتزام الإيجابي هو الالتزام بالقيام بعمل داخل في إطار القانون. وفي الشركة يبرز الالتزام الإيجابي في مجموعة من الأعمال على رأسها، تقديم الحصة كعربون على نية الاشتراك كما سبق وتناولناه سابقا.

---

11 – راجع بهذا المعنى : عبدالاله لحكيم بناني : تقديم الحصة في الشركة محاولة تعريف " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون جامعة محمد الخامس أكدال 1991 1992 ص.

و لاشك أن عقد الشركة يختلف عن كثير من العقود, كعقود البيع و الإيجار، التي تقوم على تعارض مصالح المتعاقدين، وقد يؤدي عدم تدخل المشرع إلى تمسك الطرف القوي بمبدأ " **العقد شريعة المتعاقدين** " كقناع يخفي استغلاله للطرف الضعيف, أما عقد الشركة, فلا ينشأ على تعارض مصالح الشركاء بل أصله المساواة في الحقوق و الواجبات, و الخضوع لكل الشروط المطلوبة قانونا و اتفاقا في حدود القانون, فالشركة تنشأ لهدف واحد، يلتف حوله جميع الشركاء, و هو الربح و تعني نية المشاركة التي تجمع بينهم قيام علاقاتهم على روح التعاون و المساواة[12] ، وتناقص المصالح الفردية على الأقل من الناحية النظرية, فوقوع الخلل في التوازن بين مصالح الشركاء أمر غير مستبعد في حياة الشركة، الشيء الذي يؤدي لا محالة، الى انسحاب بعض الشركاء إذ لا يجديهم نفع أن يستمروا في شركة, لم يعد فيها لمبدأ المساواة وزن, أرغموا, و من تم يضع الانسحاب حدا لهذا التعارض, و من هنا حفاظا على المساواة بين الشركاء داخل الشركة وبناءا على نية المشاركة، التي تقوم على روح التعاون و المساواة كان من الضروري الاعتراف للشريك بحرية الانسحاب, من هنا تبرز فكرة الاتحاد كصورة و تعتبير عن نية الاشتراك, ذلك أن الشركاء في الشركة (خاصة في شركات الأشخاص) يكونون وحدة اتجاه الغير, و وحدة للدفاع عن الشركة و ضمان استمرارها فالشركة في تعاملها في الحياة العملية قد تصطدم بصعوبات و أزمات مالية, قد تحتاج إلى أموال, لضعف و هزالة ذمتها, أو أن الشركة تحتاج الى ضمان مالي لها, نجد الشركاء بالمرصاد لهذه المواقف للدفاع عن الشركة و مصالحها, و كأن الشركة ملك شخصي لكل واحد منهم, ينطلق من ذاته و يشعر بموقف الشركة هذا و يحمي هذا الخطر, هذا الوضع نستنشف منه أن نية الاشتراك هي النتيجة من حياة الشركة.

و ما من شك أن هذا الشعور، ينعكس أيضا على توزيع الأرباح و الخسائر, ذلك أن علاقة هذا الالتزام بنية المشاركة تبدو واضحة من خلال تساوي الشركاء أمام ما يواجه الشركة من سراء و ضراء، ذلك أن تقديم الشريك لحصة في الشركة، قد حركه باعث الحصول على الربح كما أنه لابد أن يكون قد ارتضى، أن يتحمل نصيبه من الخسارة. ومن تم لا يتصور أن تقوم شركة، و بالتالي نية المشاركة بهذا المعنى إذا اتفق أعضاؤها على إعفاء أحد الشركاء من كل خسارة.

---

12 – B. Stander « l'obus de pouvoir ou de fonction en droit commercial allmand R.T.D an 1978 ; P83

ومن جهة أخرى تتجسد هذا نية المشاركة من خلال رقابة الشركاء و المديرين على أعمال الشركة. فمن القواعد المقررة التي تحكم الشركات عموما، أن يخضع المسيرون أو المديرون للرقابة والاشراف، حتى لا يتمكن مدير من خيانة الشركة أو تزييف أعمالها واصطناع حساب للشركة لا يعكس أحوالها الحقيقية، فكان و هذا الالتزام الإيجابي، إن دل على شيء، فإنما يدل على نية الشركاء في الحفاظ على أموال الشركة.

<u>أولا</u> : الالتزامات السلبية :

إذا كانت نية المشاركة، تجسد فكرة الاتحاد و اعتبار الشركة ملكية فردية لكل شريك, فإن ذلك يفرض علاوة على القيام بالالتزامات الايجابية الامتناع عن كل ما يسئ للشركة, فعلى الشريك أن يبدل من العناية مايبدله الشخص الحريص على ممتلكاته.

و برجوعنا الى ق.ل.ع. نجد الفصل 1006 ينص على أن كل شريك ملزم بأن ينفذ التزاماته اتجاه الشركة بنفس العناية التي يبدلها في أداء الأعمال الخاصة بنفسه.

و في إطار عدم منافسة الشريك للشركة نجد أيضا في ق.ل.ع الفصل 1004 ينص على أنه لا يسوغ للشريك بيده موافقة باقي الشركاء أن يجري لحسابه أو لحساب أحد من الغير عمليات مماثلة للعمليات التي تقوم بها الشركة إذا كانت هذه المنافسة من شأنها أن تضر بمصالحها.

و الامتناع عن القيام بكل ما يسئ للشركة كابرام عقود شخصية مع الشركة، إلا في الحدود التي يقررها القانون, فلا يجوز للشريك أن ينمي مقاولاته على حساب الشركة، لأن هذا يكسر مبدأ المساواة بين الشركاء.

إنـــجاز: بيهـــــي لحســـن