اسم المادة	الشركات التجارية	
SUBJECT NAME	COMMERCIALCOMPANIES	
اسم التدريسي	إخلاص مخلص إبراهيم علي الالوسي	
TEACHING NAME	EKHLAS MOKHLES IBRAHIM	
اللقب العلمي	مدرس	

اسم المحاضرة باللغة العربية	التعريف بالشركة وخصائصها	Introduction to the company and its characteristics	THE TITLE OF THE LWCTURE IN ARABIC

التعريف بالشركة وخصائصها

تعرف المادة الرابعة في فقرتها الأولى من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ الشركة بأنها: ((عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة)).

ولم تورد بعض التشريعات الخاصة بالشركات تعريفا للشركة، معولة على التعريف ضمن القواعد العامة في القانون المدني.

والتعريف الوارد في التشريعات سواء ما ورد منها في اطار القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية أو ما ورد منها في القوانين الخاصة ممثلة بقوانين الشركات يتحلل إلى خواص مشتركة وهي:

١ . الشركة عقد

٢ . اشتراك أكثر من شخص

٣ . تقديم حصة من مال أو عمل

٤ . اقتسام الأرباح أو الخسائر.

وسنوضح كل منها في مبحث مستقل

المبحث الأول: الشركة عقد

لاحظنا أن التعريف يبدأ بعبارة ((الشركة عقد)) وكأي عقد آخر فانه يتطلب أركانا معينة لانعقاده وهذا ما يقتضي التوقف عند هذه الأركان، ثم بيان ما يتميز به عقد الشركة عن غيره من العقود ثم تلي ذلك مناقشة أهمية العقد في تكوين الشركة وحياتها.

أولا: أركان العقد

يبنى عقد الشركة كغيره من العقود على الأركان المطلوبة لانعقادها وهي الرضا، والمحل، والسبب.

١ . الرضـــا:

لا ينعقد عقد الشركة بغير رضا أطرافه، وإذا كان التعبير عن الرضا بالطريقة التي بينها القانون، دليل وجوده، فيشترط في هذا الرضا أن يكون صحيحا وتأتي الصحة في صدوره من كامل الأهلية، وخلو الرضا من عيوب الارادة وهي حسب القانون العراقي (الإكراه، الغلط، التغرير مع الغبن، الاستغلال) كذلك يقتضي أن يقع الرضا على كافة بنود العقد.

ويكون الرضا صادرا عن ذي أهلية عندما يقع من شخص أكمل الثامنة عشرة من العمر بغير عارض من عوارض الأهلية ينقصها أو يعدمها (م١٠٦ من القانون المدني)، أما غير ذلك من الأشخاص فأما أن يكون معدوم الأهلية، وهو من لم يكمل السابعة عشر من العمر ويلحقه المجنون فتصرفاته باطلة ولا تلحقها الإجازة من الولي، ولكن يجوز للولي أو الوصي استثمار أموال معدوم الأهلية في شراء اسهم الشركات، والنوع الآخر من الأشخاص ناقص الأهلية، وهو من اكمل السابعة لكن لم يتم الثامنة عشرة من العمر، ويلحق بذلك المصاب بعارض عقلي غير الجنون. فلا يصح اشتراك هؤلاء في الشركات التي تؤدي المشاركة فيها اكتساب صفة تاجر، كذلك لا يحق لهم أن يكونوا مؤسسين في شركة مساهمة لأن مسؤولية المؤسسين تجاه المكتتبين تتجاوز حدود المشاركة برأس المال، فلم يتبق إلا نوع واحد من أنواع الشركات، هي الشركات المحدودة، والمشاركة في مثل هذه الشركات يعد من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ويكون صحيحا، لكنه موقوف على إجازة الولي أو إجازة الصغير بعد أن يكمل الثامنة عشرة من العمر، ولا نرى ما يحول دون المشاركة بهذه الشركات على أن تقترن المشاركة باجازة الولي أو الوصي، خاصة أن المسؤولية بمقدار المشاركة برأس المال وانه يشترك مع أشخاص على معرفة بحاله لأن هذه الشركات من الشركات العائلية عادة.

النوع الأخير من الأشخاص هو القاصر المأذون بالاتجار حسب الرخصة التي تقررها (المادة ٩٨) من القانون المدني، ولا نرى ما يحول دون مشاركة هؤلاء في تكوين الشركات على أن يكون الاذن مطلقا، لأن المأذون يعامل كأنه كامل الأهلية، وإذا قيل بأن الاذن على سبيل التجربة فلم لا تكون التجربة بتأسيس الشركات، حيث يشترك في الاتجار مع غيره بدلا من أن يكون منفردا في تجاربه.

وقد حسمت بعض التشريعات المشاركة في شركات الأشخاص، فاشترطت أن يكون متمتعا بالاهلية القانونية، فالمادة (٥/٩) من قانون الشركات الاردني تنص على انه ((لا يقبل أي شخص شريكا في شركة التضامن إلا إذا كان قد اكمل الثامنة عشرة من عمره على الأقل))، وم٢٨ من قانون الشركات اليمني. وإذا كان الشرط الأول لصحة الرضا يرتبط بالاهلية وهو ما أوضحنا فان الشرط الثاني يرتبط بخلو الرضا من العيوب التي تفسده، وعليه فإذا شاب رضا الشريك في الشركة عيب كان له نقض العقد خلال ثلاثة اشهر من زوال الاكراه، أو اكتشاف الغلط، أو اكتشاف التغرير، اما إذا لم يستخدم هذا الخيار الذي تقرره المادة ١٣٦ مدني فيفهم من ذلك قبوله العقد.

٢ . المحـــل

إذا كان القانون المدني العراقي يجعل المحل ركنا في الالتزام الذي ينشأ عن العقد، حيث تنص المادة ١٢٦ انه ((لابد لكل الالتزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلا لحكمه ...)) فنتناول المحل على انه ركن

في العقد كما جرى عليه الفقه( )، ويتوزع المحل بين اتجاهين ؛ اتجاه يرى المحل في الحصة التي يقدمها الشريك، واتجاه آخر يراه في غرض الشركة، ونذهب مع الاتجاه الأخير في كون المحل في عقد الشركة يتمثل بالنشاط الذي تزاوله، أما القول في كونه حصة الشريك، فيؤدي إلى تنوع المحل حسب نوع الحصة في الوقت الذي يفترض أن يكون موحدا في العقد الواحد.

ويشترط في المحل أن يكون ممكنا ومعينا ومشروعا، وانعدام أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلان العقد، كالتعاقد على المستحيل، أو على ما يحرمه القانون.

٣ . السبب

يجب أن يكون للعقد سبب صحيح، فإذا كان العقد بلا سبب أو لسبب غير مشروع بطل العقد، ويفترض القانون وجود السبب عند عدم ذكره، كما يفترض مشروعيته، ومن يدعي خلاف ذلك مطلوب منه الإثبات (م١٣٢) من القانون المدني.

وإذا كنا قد تناولنا أركان العقد بإيجاز ملحوظ، فلأنها أركان عامة لكل العقود، لا ينفرد بها عقد الشركة، وقد بحثت من قبل شراح القانون المدني بإسهاب. ونتناول فيما يأتي الخصائص التي تلحق العقد لأنه عقد شركة، أي أنها خصائص ينفرد بها هذا العقد أو تشترك معه قلة من العقود في بعضها وهذه الخصائص هي:

١ _ الشكلية:

نعني بالشكلية الكتابة وتشير التشريعات ويرى الفقه أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا. كما اختلف الفقه حول الكتابة، وهل هي للانعقاد أم للإثبات. ونبدأ بنص المادة (٥٠٧) من القانون المدني المصري التي تقضي بأن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، كذلك تنص المادة (٦٢٨) من القانون المدني العراقي الملغاة ((يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ...)) وعليه فأن النصوص التي توجب كتابة عقد الشركة، تجعل الكتابة شرطا لانعقاد العقد، بغير الكتابة لا وجود للعقد ولا وجود للشركة. ولكن مع هذا البطلان يحق للغير أن يثبت وجود الشركة بغير الكتابة، أما النصوص التي تشترط الإثبات بالكتابة، فيفهم منها إمكانية وجود الشركة بغير الكتابة لكن لا يجوز حسم النزاع بين الشركاء إلا بالعقد المكتوب. وما يلاحظ في الواقع العملي فأن الكتابة لا غنى عنها، لكثرة الشروط التي يتضمنها العقد عادة، وللمدة الطويلة التي يمتد فيها نشاط الشركة في الغالب، فمن غير المتصور الاعتماد في أثبات الشروط الواردة بعقد الشركة على شهادة الشهود.

ولابد من أن نشير إلى موقف القانون العراقي من الكتابة، وهو قانون الشركات بعد إلغاء المواد الخاصة بالشركات في القانون المدني. إذ لم يتضمن هذا القانون نصا يوجب الكتابة أو يشترط الإثبات بها، وهو فراغ كان من المستحسن سده، خاصة إذا اخذ بالاعتبار إلغاء المواد الخاصة في القانون المدني كما بينا.

ولكن نستطيع القول وبلا تردد، أنه مع هذا الفراغ فأن القانون يتطلب الكتابة، يفهم ذلك من مجمل النصوص التي تتعلق بالتأسيس، كما أن الكتابة ضرورية للاحتجاج بأي تعديل عل العقد.

فالمادة (١٧) من قانون الشركات تنص على أن ((يقدم طلب التأسيس إلى المسجل ويرفق به: أولا . عقد الشركة ...))

كما تنص المادة (٢٠) على انه ((إذا وافق المسجل على طلب التأسيس لتوافر شروطه، وجب عليه دعوة المؤسسين أو من يمثلهم قانونا لتوثيق عقد الشركة أمامه أو أمام من يخوله من موظفي دائرته ..))، وتقضي المادة (١٨٢) انه ((يجب أن يوثق عقد الشركة البسيطة من الكاتب العدل ..)) والكتابة غير مطلوبة في التأسيس فقط، إنما في تعديل العقد أيضا، فالمادة (٢٠٣) من القانون تنص على انه ((لا يعتبر تعديل عقد الشركة نافذا إلا بعد تصديقه من المسجل ونشره في النشرة وفي صحيفة يومية.))

ويفهم من النصوص المذكورة، وضوح شرط الكتابة، فلا يمكن تكوين شركة والحصول على إجازة تأسيسها بغير عقد مكتوب، بل تشترط الكتابة الرسمية كما لاحظنا، وتتمثل بالمصادقة من المسجل أو من الكاتب العدل. ولكن مع هذه النصوص التي تبين أهمية الكتابة في تأسيس الشركات حسب القانون العراقي، هل يجوز إثبات وجود شركة ليس لها عقد مكتوب. ولم تسجل لدى مسجل الشركات؟

ولا نرى ما يحول دون ذلك، لأن من يتعامل مع الشركة لا يبحث في بعض الأحيان عن العقد والتسجيل لدى مسجل الشركات، إنما يعتمد على المظهر الخارجي الذي ظهر به النشاط الاقتصادي. وعليه إذا استطاع شخص أن يثبت وجود شركة، أو انه تعامل مع كيان اتخذ شكل شركة على الرغم من عدم التسجيل لدى المسجل، أو حتى عدم وجود العقد المكتوب، فيخضع الشركاء إلى العقوبة التي تقررها المادة (٢١٥) من قانون الشركات، وهي الحبس أو الغرامة أو العقوبتين معا. كذلك يستطيع من تعامل مع كيان على انه شركة، مطالبة الشركاء متضامنين بما دفعه استنادا على مبدأ الكسب دون سبب.

كذلك يبرز، بمناسبة تناول موضوع أركان عقد الشركة وعن الشكلية، موضوع بطلان الشركة، بسبب بطلان العقد لأسباب عدة، أما لتخلف ركن من أركان العقد، أو بسبب عيب من عيوب الرضا أو لنقص في الأهلية، أو لما ذكرنا من عدم وجود العقد المكتوب والتسجيل.

وقد وجدنا بالنسبة للحالة الأخيرة عدم التسجيل وعدم وجود العقد المكتوب، أن حكم القانون العراقي هو ما تقرره المادة (٢١٥) التي لم تشر إلى البطلان وطبيعة البطلان، فإذا أضفنا إلى ذلك إلغاء المواد الخاصة بالشركات في القانون المدني، يبرز الفراغ في معالجة هذا الأمر في القانون العراقي على خلاف ما تقرره القوانين موضوع المقارنة.

والبطلان كما يقسمه الفقه ، مطلق ونسبي:

البطلان المطلق: هو ما يترتب على تخلف أحد الأركان أو الشروط الجوهرية. كأن يتخلف الرضا مثلا أو يكون المحل غير مشروعا وكذلك عدم مشروعية سبب العقد. وينجم عن ذلك بطلان مطلق للعقد، بحيث لا يمكن الاحتجاج بمثل هذا العقد، لا بين الشركاء ولا بالنسبة للغير، ويستطيع أن يحتج بالبطلان كل شخص له مصلحة، وتستطيع المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ولا تلغي البطلان الإجازة، ولا يتقادم بحيث يصبح العقد بعد انقضاء مدة التقادم مشروعا، وإذا وقع البطلان فأنه يقع بأثر رجعي، ولا يمكن الاحتجاج بوجود الشركة قبل إيقاع البطلان ولذلك يمحى العقد وأثاره، والكائن القانوني الناجم عن العقد، وتمحى الآثار التي ترتبت قبل البطلان، لأن سبب البطلان يستطيع أن يكتشفه من يريد التعامل مع الشركة.

أما البطلان النسبي: وهو الذي ينجم عن عيوب الإرادة التي تشوب رضا الشريك، وكذلك النقص في أهلية احد الشركاء، وهؤلاء لهم رخصة يقررها القانون تبطل الرضا متى استخدمت، لكن هذا الأمر ينطبق على القانون المدني المصري الذي ينعقد العقد بموجبه وينفذ حتى مع حصول العيوب التي تفسد الرضا أو في حالة النقص في الأهلية، لكن يستطيع من شاب رضاه العيب أو اعترى أهليته النقص أن يستخدم رخصة منحها له القانون خلال ثلاث سنوات من تاريخ إكماله الأهلية أو من تاريخ زوال الإكراه أو اكتشاف الغلط أو اكتشاف الغبن والتغرير (م ١٤٠) من القانون المدني المصري.

وهذه الرخصة للشخص المحدد، لا يتعداه إلى غيره من المتعاقدين، إلا إذا كان أي منهم له رخصة بإبطال العقد أيضا، والسؤال الذي يثار، إذا تمسك الشخص بالرخصة، وبطل بناء على ذلك رضاه، فهل يمتد البطلان إلى العقد بأكمله؟ وجواب ذلك يختلف حسب نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص، القائمة على الاعتبار الشخصي يمتد البطلان إلى العقد بأكمله إذا بطل رضا احد المتعاقدين، لأن العقد أنبنى على إرادة أطرافه المتعددين وبطلان رضا احدهم يمثل خللا يفسد العقد بأكمله، أما إذا كانت شركة أموال حيث يضعف الاعتبار الشخصي، فالأصل أن البطلان لا يمتد إلى العقد بأكمله، إنما يقتصر على الشخص صاحب الرخصة التي احتج بها . ولكن ما يلاحظ أن بطلان الشركة يحصل بعد مدة من تأسيسها، أي أن الشركة كانت قائمة ككيان مستقل عن الشركاء، ثم بطلت للأسباب التي ذكرنا. ولا توجد مشكلة إذا لم تزاول الشركة خلال هذه المدة الواقعة بين التأسيس والبطلان عملها، فليس للشركة أو الغير حقوق، ويستطيع الشركاء استرجاع الأموال التي قدمت كحصة في الشركة من الإدارة أو من الشريك الذي تسلمها تأسيسا على استرداد ما دفع بغير حق. إنما المشكلة في مزاولة الشركة لنشاطها قبل بطلانها، ولا شك في بطلان التصرفات الواقعة بعد بطلان الشركة ولا يجوز الاحتجاج بها. أما الاعمال التي حصلت قبل ذلك، فانها حصلت من شخص معنوي انشىء بصورة قانونية وإذا كانت القواعد العامة تقضي عند بطلان العقد اعادة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد ، فأن عقد الشركة يعد ذو طبيعة خاصة، فهو من العقود المستمرة ويقع البطلان فيها على الحاضر والمستقبل ولا يمتد إلى ما سبق من التصرفات، كما أن استقرار التعامل يتطلب ذلك وإلا انهارت المراكز القانونية التي حصلت أثناء قيام الشركة لذلك فأن، البطلان لا يشمل ما سبق من التصرفات، وتعد الشركة في الفترة السابقة لوقوع البطلان شركة فعلية أو شركة واقع كما يقول الفقه، على الرغم من بطلانها من الناحية القانونية .

ولا يسري هذا الأمر حسب القواعد العامة في القانون العراقي ، لأن العقد الذي يقع من ناقص الأهلية ومن شخص لحق رضاه العيب، موقوفا، لا ينفذ إلا إذا اجازه الشخص المذكور خلال ثلاثة اشهر من إكماله الأهلية أو زوال الإكراه أو اكتشاف الغلط أو الغبن مع التغرير، وإذا نفذ العقد أصبح كاملا لا يلحقه البطلان. أما البطلان المبني على خلل في الأركان أو الشروط، فهو البطلان الذي يطلق عليه (البطلان المطلق)، ولا توجد معه الشركة الفعلية( ).

٢ – عقد الشركة عقد مستمر:

يعد عقد الشركة من العقود الزمنية، له استمرارية لابد منها حتى بالنسبة للشركات التي تتكون لمواجهة عملية واحدة، فلا يمكن أن تنشأ الشركة وتزاول نشاطها وتنتهي في وقت واحد. وإذا كان الأستاذ علي البارودي يرى صفة الاستمرار في الامتداد الزمني للكائن القانوني الذي نشأ من العقد، أما العقد، فينعقد وينفذ في الحال، فنرى وجود تلازم بين العقد وبين الكائن القانوني الذي افرزه، وفي أي وقت يبطل العقد تبطل الشركة (الشخص المعنوي)، لأنه أثر للعقد.

٣- تطابق مصلحة الأطراف:

تتطابق في عقد الشركة مصلحة إطراف العقد، فلا وجود لتعارض المصالح المعروف في جميع العقود، التي يكون العقد فيها نقطة التقاء لمصالح متضادة عادة، أما في عقد الشركة، فيسعى الشركاء وبصورة جمعية إلى تكوين وحدة اقتصادية. تحقق مصلحة الشركاء في الربح فضلا عن المصلحة الاقتصادية العليا للبلد.

٤- تعديل العقد بإرادة البعض:

تقضي القواعد العامة بعدم إمكان تعديل العقد أو إلغاؤه إلا بإجماع الأطراف التي أنشأته، بينما نجد عقد الشركة على خلاف ذلك يمكن تعديله بقرار من الهيئة العامة يمثل أغلبية تختلف حسب نوع القرار (م ٩٢ و م ٩٨ و ١٥٨) وغير هذه المواد في قانون الشركات العراقي.

وبناء على هذه الخصائص التي تميز عقد الشركة، وبالأخص تعديل العقد بغير الإجماع وتطابق المصلحة، يضاف إلى ذلك ما يقال في الشركات المساهمة بالأخص ما يترتب على قابلية الأسهم للتداول، باقتناء الأسهم من أشخاص ليس بينهم معرفة أو يؤدي إلى مشاركة أشخاص لا تجمعهم المعرفة ذهب البعض إلى كون العقد لم يعد له أهمية في أنشاء الشركة وحياتها، فما ذكر من الخصائص يتعارض مع طبيعة العقود ويحل محل العقد مفهوم المنظمة. القائم على تدخل المشرع ويقتصر دور الشركاء على الأعراب عن إرادتهم بالانضمام لها. وإذا كان في هذا القول كثير من الوجاهة، خاصة في شركات المساهمة، التي تنهض على أساس التنظيم وتدخل المشرع فلا يمكن إنكار دور العقد في مرحلة التأسيس في الأقل. أما بعد ذلك فيتضح تراجع الإرادة لمصلحة تدخل المشرع في حياة الشركة يتبين ذلك في القانون العراقي في زيادة رأس المال وفي تخفيضه وفي دمج الشركة وتحولها وتصفيتها فضلا عن تأسيسها. لأنه في هذه الأوضاع ذات الأهمية، لابد من اقتران قرار الهيئة العامة حولها بمصادقة جهة رسمية. لا ينفذ القرار بغير قبولها .