المحاضرة الثالثة

الأركان الموضوعية الخاصة والشروط الشكلية لعقد الشركة

أولاً: الأركان الموضوعية الخاصة

١- تعدد الشركاء
٢- مساهمة كل شريك بحصة من راس المال (تقديم الحصص)
٣- المساهمة في الربح والخسارة وكيفية توزيعها
٤- نية المشاركة [١].
وسوف نعرض عنها وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً: تعدد الشركاء

بما أن الشركة عقد فإن إبرام هذا العقد يستلزم بالضرورة وجود أكثر من طرف واحد، ففكرة العقد بمقتضى القواعد العامة تقوم على ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، لذا وانطلاقاً من أن الشركة لا تعني كمفهوم عام سوى المشاركة، فانه يفترض لقيام هذه المشاركة وجود طرفين على الأقل في بعض الشركات كالشركة التضامنية، والشركة المحدودة، والبسيطة، بل إن القانون العراقي يوجب لصحة قيام بعض الشركات وجود خمسة شركاء مؤسسين على الأقل كما هو الأمر بخصوص الشركة المساهمة، فبمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة السادسة من قانون الشركات يجب أن لا يقل عدد أعضاء الشركة المساهمة سواء كانت مختلطة أو خاصة عن خمسة أشخاص[٢]، ويعتبر توفر الحد الأدنى من الشركاء شرطاً لازماً طيلة بقاء الشركة فلا يقتصر اشتراطه في مرحلة دون أخرى بل يستلزم وجوده طيلة الفترة الزمنية المحددة لبقاء الشركة، والا يستوجب تحويلها الى نوع آخر من الشركات وفقاً لما جاء في قانون الشركات النافذ[٣].

واستثناءً من قاعدة تعدد الشركاء أجاز القانون النافذ أن تتكون الشركة من شخص واحد في حالتين هما:

١- شركة المشروع الفردي: حيث يمكن تأسيس هذه الشركة من شخص طبيعي واحد كما ورد في المادة (٢/٤) من القانون الملغي رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣.

---

(١) يمكن أن نستخلص تلك السمات من تعريف عقد الشركة الذي يتميز عن باقي العقود وفقاً لما أشارت له الفقرة/ أولاً المادة الرابعة من قانون الشركات النافذ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
(٢) ينظر في ذلك المواد (٦ و ٧ و ٨ و ١٨١) من قانون الشركات النافذ.
(٣) نصت المادة (٢٠٥) من قانون الشركات العراقي النافذ على انه "اذا أصبح عدد أعضاء الشركة دون الحد القانوني بحسب نوعها وجب اكمال العدد خلال ستين يوماً من وقوع النقص، فان مضت المدة ولم يعطها المسجل امهالا اضافياً، وجب تحولها الى نوع أخر من الشركات وبالشكل الذي يجيزه هذا القانون".

٢- الشركة محدودة المسؤولية: يمكن تأسيسها من شخص واحد أيضاً سواء كان هذا الشخص طبيعي أم معنوي، كما ورد بأمر السلطة المؤقتة في حينها ذي الرقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤، وأيضاً ورد ذلك في المادة (٢/٤) من قانون الشركات النافذ.

ثانياً: تقديم الحصص

لما كانت الشركة تهدف الى استغلال مشروع اقتصادي معين فيجب أن يساهم كل شريك بنصيب يطلق عليه الحصة لتكوين رأس مال الشركة اللازم لتحقيق ذلك الهدف اضافة الى ذلك فان الشركة من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها اطراف العقد مقابلاً لما يقدموه كحصة، من هنا يبرر التزام الشركاء بتقديم الحصص كالتزام معاوضة، ويمكن تصنيف الحصص وفقاً للآتي:-

أ. الحصة النقدية

تكون حصة الشريك في الغالب نقدية بصورة مبلغ محدد من النقود فإذا التزم الشريك بتقديم مثل هذه الحصة فإن العلاقة بينه وبين الشركة تكون كعلاقة المدين بدائنه ويترتب على ذلك اعتبار الحصة ديناً في ذمة الشريك يجوز للشركة أن تطالبه بها في الميعاد المتفق عليه وعند عدم الاتفاق على موعد معين لتقديم الحصة يلتزم الشريك بدفع الحصة النقدية وفقاً للقواعد العامة لتنفيذ الالتزام، وهناك استثناءين على هذه القواعد العامة، **الأول** إن الفوائد تسري من وقت استحقاق الحصة دون الحاجة الى المطالبة القضائية، أو توجيه الإعذار، بخلاف الأصل بأن الفوائد تسري من تاريخ المطالبة القضائية، **والثاني** يجوز الحكم بالتعويض التكميلي حتى لو كان الشريك الذي تأخر في سداد قيمة الحصة وكان حسن النية، والقاعدة العامة تقضي أن يثبت الضرر الذي تسبب فيه المدين بغش منه، أو خطأ جسيم، والهدف من تلك الاستثناءات هو دفع الشريك للقيام بتسديد قيمة الحصة على وجه السرعة ليتسنى للشركة مباشرة نشاطها.

ب. الحصة العينية

قد تكون الحصة المقدمة من الشريك عينية، ويراد بهذه الحصة كل مال منقول أو غير منقول تكون له قيمة مادية يمكن تقديرها بالنقد، وينصرف معنى المال الغير منقول الى العقار كأن تكون الحصة أرضاً أو بناء، أما المال المنقول فقد يكون من طبيعة مادية كالآلات والمهمات والبضائع أو من طبيعة معنوية كحقوق الاختراع، أو العلامات التجارية، أو حقوق الملكية الأدبية، ومن الجائز أن تكون الحصة العينية ديناً للشريك في ذمة الغير، عندها ينبغي اتباع إجراءات حوالة الحق المقررة بمقتضى القواعد العامة، فيجب على الشريك طبقاً لهذه القواعد وبصفته محيلاً أن يحول الى غيره ما له من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص قانوني أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، ويمكن أن تتم الحوالة دون رضا المحال عليه[٤]، وتجدر الاشارة بأن الحصص العينية التي تقدم للشركة تكون على سبيل التمليك أو الانتفاع، فاذا كانت على سبيل تمليكها للشركة تخضع لأحكام عقد البيع، والشركة تتحمل تبعة الهلاك، ويوجد رأي أخر بأنه لا يُعد بيعاً حقيقياً كون الشريك يحتفظ بحق غير مباشر على ما يقدمه، ويظهر هذا الحق بعد زوال وانتهاء الشخصية المعنوية من الشركة بسبب حلها أو تصفيتها، حينها يطالب بهذا الحق من خلال اقتسام موجودات

---

(٤) ينظر المادة (٣٦٢) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

الشركة [٥]، واذا قدمت للشركة على سبيل الانتفاع فإنها تخضع لأحكام عقد الإيجار، ويتحمل تبعة الهلاك، وليس الشركة، مما يتوجب عليه تقديم حصة مماثله بدلاً من الحصة التي هلكت[٦].

ج. الحصة الصناعية

لا يشترط أن يكون حصة الشريك في رأس مال الشركة مبلغاً من النقود أو مالا من الأموال المنقولة أو غير المنقولة، بل يجوز أن تكون عبارة عن عمل أحد الشركاء بما يمتلكه من خبرات فنية وادارية، ويطلق على الحصة المقدمة على هذا النحو بالحصة الصناعية أو حصة العمل[٧]، الا إنه من غير الممكن أن تكون حصص جميع الشركاء صناعية، اذ يفترض بذمة الشركة أن تضم قيماً مالية مادية لتكوين رأس المال في الشركة، كي تكون ضماناً لتنفيذ المشروع الذي أسست من أجله الشركة، وأيضاً ضماناً للدائنين لكي يمكن التنفيذ عليها.

وتجدر الإشارة بأن الحصة الصناعية أو حصة (العمل) لا يمكن التنفيذ عليها كونها لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، وهذه الحصة يمكن تقديمها من أحد الشركاء في الشركات التضامنية، والبسيطة، ولا يجوز تقديمها في الشركات المساهمة والمحدودة، على اعتبار إن رأس مالها يتكون من مجموع الأسهم النقدية والعينية المكتتب عليها[٨].

ثالثاً: اقتسام الربح والخسارة وكيفية توزيعها

طالما أن الشركة نظام اقتصادي فإنها تهدف الى تحقيق الأرباح، وهذا الهدف يجعلها تتميز عن الجمعيات والمؤسسات التي تهدف الى تحسين الوضع الاجتماعي والاقتصادي للأشخاص الذين ينتمون إليها، ولا شك بأن الشركة حينما تحقق الأرباح تقوم بتوزيعها على أعضائها خلال فترات محددة، بنسبة مساهمة كل شريك في رأس المال، ولأهمية هذا الموضوع نجد بأن المشرّع العراقي قد أشار في المادة (٧٣) من القانون النافذ الى أن صافي الربح يتوزع وفقاً للتفصيل الآتي[٩]:

١- لا يوزع ربح الشركة الصافي الا بعد استقطاع ضريبة الدخل والحصة المقررة في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال[١٠].
٢- يكون توزيع الأرباح بعد ذلك على الوجه التالي:-

أ- ٥% في الاقل كاحتياطي الزامي حتى يبلغ ٥٠% من رأس المال المدفوع.

ب- يوزع الباقي على الأعضاء حسب أسهمهم أو حصصهم من الأرباح حسب الأحوال.

---

(٥) د فاروق ابراهيم جاسم، مصدر سابق، ص٢٠.
(٦) ينظر نص المادة (٦٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، الملغاة بموجب المادة (٢١٥/ ثانياً) من قانون الشركات الملغي رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٣٥) في ١٩٨٣/٤/١٨.
(٧) ينظر نص المادة (٤/ أولاً) من قانون الشركات النافذ.
(٨) ينظر نص المادة (٢٩) من قانون الشركات النافذ.
(٩) ينظر نص المادة (٧٣) من قانون الشركات النافذ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
(١٠) ينفذ الاستقطاع المقرر وفقاً لقانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل.

٣- لا يجوز توزيع أية أرباح من الاحتياطي.
٤- في حالة حصول خسارة فأن من الممكن اطفاؤها من الاحتياطي على ان لا يجوز ذلك الاطفاء ٥٠% منه وما زاد ذلك يكون خاضعاً لموافقة مسجل الشركات والجهة القطاعية المختلطة[١١].
٥- يتم توزيع الخسارة في شركة التضامن حسب النسب المنصوص عليها في العقد والمماثلة لنسب توزيع الارباح فيها[١٢].
٦- اذا كانت الخسارة ٥٠% فعلى الشركة اعلام المسجل لاتخاذ ما يلزم، اما اذا بلغت الخسارة ٧٥% من راس المال فان على الشركة إما تخفيض رأس المال أو زيادته أو التوصية بتصفية الشركة.

أما فيما يخص كيفية توزيع الارباح والخسائر للشركة البسيطة فإن قانون الشركات يقرر القواعد الخاصة الآتية:

١- اذا لم يحدد العقد نصيب الشركاء الا في الربح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً واذا حدده في الخسارة اعتبر هذا في الربح أيضا.
٢- اذا لم يحدد النصيب لا في الربح ولا في الخسارة كان نصيب كل من الشركاء في ذلك بقدر حصته في رأس المال.
٣- اذا لم يحدد العقد نصيب الشريك الذي قدم حصته عملاً وجب تقدير نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما ربحته الشركة من هذا العمل.
٤- اذا قدم الشريك فوق العمل مالاً كان له نصيب من العمل ونصيب آخر عما قدم فوق العمل.

أما بخصوص شركات الأموال (المساهمة والمحدودة) فإن توزيع الخسارة الناجمة عن ممارسة الشركة لنشاطها يتم بنسبة مساهمة كل شريك في رأس المال بعد استيفاء جميع الاستقطاعات القانونية، والتفاصيل التي أشار لها المشرّع العراقي بحسب المادة (٧٣) الذكورة آنفاً.

قد يتضمن عقد الشركة شرطاً منصوص عليه بشكل صريح أو ضمني يتضمن إعفاء أحد الشركاء أو البعض منهم من تحمل الخسائر أو الحرمان من الأرباح أو اعطاء البعض ارباح أكثر من مساهمته في رأس المال يطلق عليها بعض الفقه (شرط الأسد)، ولبيان الحقيقة بأن هذا الشرط يعتبر شرط باطل لأنه يتنافى مع مبدأ المساواة بين الشركاء وغير منصوص عليه في قانون الشركات النافذ، والمادة (١/١٨٦) من القانون أشارت لبطلان عقد الشركة اذا تضمن اتفاق بين الشركاء على وضع هكذا شرط، ولكن الفقرة ثانياً من المادة نفسها أجازت الاتفاق على اعفاء الشريك الذي ساهم بتقديم حصة عمل فقط من تحمل الخسارة على أن لا يكون له أجر مقابل عمله.

أما في حالة عدم تحقيق الشركة أرباحاً من خلال ممارستها لأنشطتها، وإنما تعرضت لخسارة استثناءً، فالسؤال الذي يطرح هنا هو كيف يتم توزيع الخسائر في مثل تلك الحالة؟ ويمكن الإجابة على هذا السؤال ببساطة هو أن المشرّع العراقي لم يضع أحكاماً لتوزيع الخسائر التي تنتج عن أعمال الشركة، كما هو الحال في توزيع الأرباح، وتحديداً ما أشارت له المادة (٧٣شركات) سالفة الذكر، وإنما اكتفى بوضع نص قانوني

---

(١١) ينظر المادة (٧٤) من قانون الشركات النافذ.
(١٢) ينظر المادة (٧٥) من قانون الشركات النافذ.

أشارت له المادة (٧٥ شركات) التي نصت على أنه "توزع الخسائر في الشركة التضامنية بالنسب المنصوص عليها في عقدها والمماثلة لنسب توزيع الأرباح فيها"، وكذلك ما سيرد لاحقاً عن الموضوع نفسه في الشركة البسيطة بحسب المواد (١٨٥ و١٨٦ شركات)، فوفقاً لما ورد فإن توزيع الخسائر في الشركة المساهمة والمحدودة تكون بنسبة مساهمة كل شريك في رأس مال الشركة، كما هو الحال في توزيع الأرباح بالنسبة لشركات الأموال الذي سبق بيانه.

رابعاً: نية المشاركة في تكوين الشركة

لم يتعرض المشرّع صراحة لنية المشاركة كشرط من الشروط الموضوعية الخاصة التي تميز عقد الشركة عن سائر العقود الشبيهة به، وسبب ذلك كما يبدو هو ان هذا الشرط ليس الا نتيجة حتمية للصفة التعاقدية في عقود الشركات، فمن البديهي ان النية في تأليف شركة هي عنصر جوهري في وجودها وانعدام هذه النية يعني ببساطة عدم انصراف ارادة الشركاء لقيام الشركة ومع ذلك فان نية المشاركة كشرط موضوعي خاص لعقد الشركة ينصرف من حيث مدلوله الى معنى دقيق يتحدد بموقف نفسي وهو الرغبة لدى الشركاء في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة التي تترتب على استغلال مشروع اقتصادي معين ولهذا الموقف النفسي في الواقع مظهران:

الأول: التعاون الايجابي الفعلي والجاد بين الشركاء لغرض بلوغ الهدف الذي تسعى الشركة الى تحقيقه.

الثاني: المساهمة المتكافئة بين الشركاء على قدم المساواة في ادارة الشركة والرقابة على أعمالها وحساباتها.

وبهذا المفهوم لشرط نية المشاركة يتميز عقد الشركة من غيره من المراكز القانونية التي تشتبه به كالشيوع مثلاً أو عقد العمل المقترن بشرط حصول العامل أو مجمل العاملين على نسبة معينة من الأرباح التي يحققها المشروع.

ثانياً: الشروط الشكلية لعقد الشركة:

لابد أن يتوافر لعقد الشركة أركان أو (شروط) شكلية هما (الكتابة، الإعلان والإشهار) سنعرض عنهما وفقاً للآتي:

الأول: الكتابة

يتوجب على الشركة أن تلتزم بكتابة عقد تأسيسها وهو ما أشارت له المادة (١٣) من قانون الشركات النافذ وتحت عنوان مستلزمات تأسيس الشركة والتي نصت على انه "يعد المؤسسون عقدا للشركة موقعاً منهم أو من ممثليهم القانونيين ....."، وأيضاً ما أشارت له المادة (١٧) من القانون نفسه "يقدم طلب التأسيس الى المسجل، ويرفق به ما يأتي: ١- عقد الشركة ....."، وتقضي المادة (١٨٢) من نفس القانون أيضاً وبصدد الشركة البسيطة على انه "يجب أن يوثق عقد الشركة البسيطة من الكاتب العدل وان تودع نسخه لدى مسجل الشركات والا كان العقد باطلاً"، وكتابة عقد الشركة له أهمية كبيرة كونه يتضمن شروط والتزامات بين الشركاء تجب حمايتها في حالة تعرض أحد الشركاء للتعسف والضرر.

الثاني: الاشهار والاعلان

يضاف الى شرط الكتابة شرط شكلي ثانٍ هو إشهار وإعلان عقد الشركة لإعلام الغير بوجود الشركة القانوني، ويتم الاشهار من خلال مرحلتين: **الأولى** نشر قرار الموافقة على تأسيسها في النشرة الخاصة التي تصدر من قبل مسجل الشركات[١٣]، **والثانية هي** التسجيل في السجل التجاري الموجود في غرفة التجارة المختصة والذي يتضمن معلومات تفصيلية عن الشركة كالاسم التجاري للشركة، وتاريخ تأسيسها ونوع النشاط الذي تمارسه، وأسماء مؤسسيها، ومركز ادارتها[١٤]، ويمكن الاعلان عن الشركة في الصحف المحلية على نفقة الشركة لتعزيز الاعلان عن وجودها للجمهور، وقد يختلف حكم تخلف هذا الشرط في قانون الشركات من شركة الى اخرى وسنرى تفصيل ذلك عند التعرض لكل شركة على حدة.

---

(١٣) ينظر نص المادة (٢٠٦) من قانون الشركات النافذ.
(١٤) ينظر نص المادة (٣٤/ أولاً) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.