https://doi.org/10.61353/ma.0220115

# المؤسس الظاهر والشريك الظاهر في القانون العراقي والمقارن

علي فلاح عبد المهدي
طالب في معهد العلمين للدراسات العليا
alif91381@gmail.com

أ.د أسيل باقر جاسم
تدريسية في كلية القانون جامعة النهرين
aseeel657@gmail.com

تاريخ استلام البحث 2024/ 10/22 تاريخ ارجاع البحث 2024/11/1 تاريخ قبول البحث 2024/11/17

فرض واقع التعامل التجاري حالات يكون هنالك فيها مؤسس ظاهر، أو شريك ظاهر لا سيما عند تأسيس الشركة المساهمة وما يطلبه العمل عند اشتراك أكثر من شخص واحد في القيام ببعض التصرفات والأفعال، مما يتعين التمييز بين من يقوم بهذه التصرفات بصفته مؤسساً، وبين من يقوم بها دون أن يكتسب هذا الوصف، وهذا ما سنتناوله في هذا البحث عن المؤسس الظاهر والشريك الظاهر في القانون العراقي والمقارن.
**الكلمات المفتاحية: المؤسس الظاهر- الشريك الظاهر- الشركات التجارية – الشركات المساهمة- القانون المدني.**

The reality of commercial dealings imposes cases in which there is an apparent founder or apparent partner, especially when establishing joint stock companie and what the work requires when more than one person participates in carrying out some actions and deeds, which requires distinguishing between the one who carries out these actions in his capacity as a founder, and the one who carries them out without acquiring this description, and this is what we will discuss in this research on the apparent founder and the apparent partner in Iraqi and comparative law.

Keywords: : apparent founder - apparent partner - commercial companies - joint stock companies - civil law.

## المقدّمة

### أولاً/ موضوع البحث

تعد الشركات التجارية حجر الأساس في النظم الاقتصادية الحديثة وإدارتها المهمة في التطور الاقتصادي في العصر الحديث. فمن خلال الشركات التي ينصب نشاطها على توفير السلع والبضائع المختلفة وتقديم الخدمات المتنوعة يتم سد حاجات المستهلك المتزايدة يوما بعد يوم. ويمكن القول إن معظم المشروعات الصناعية والتجارية لا يمكن القيام بها من خلال التاجر الفرد المحدود الإمكانيات المادية وغير المادية، مما يتطلب اشتراك أكثر من شخصي وجمع الجهود وتركيز الأموال، وهذا ما يتم من خلال الشركات التجارية. لذا عرفت الشركة بأنها اجتماع شخصين، أو أكثر في مشروع اقتصادي معين بتقديم حصص في رأس المال وأقسام منشأ عنه في ربح أو خسارة. لذلك اختص هذا البحث بالمؤسس الظاهر والشريك الظاهر في القانون العراقي والمقارن لبيان موقعهما في الشركات التجارية.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

## ثانياً/ أهمية البحث

تعد نظرية الوضع الظاهر من النظريات الحديثة نسبياً والتي تعكس حرص المشرع على حماية حقوق العقد حسن النية واستقرار التعامل الذي يكتب أهمية خاصة عند التعامل مع الشركات كونها عصب اقتصاد الدول وحجر الأساس في توفير حاجة المستهلك. وانطلاقاً مما تقدم فإن للوضع الظاهر في أعمال الشركات أهمية نظرية وعملية لا سيما ما يخص المؤسس الظاهر والشريك الظاهر.

## ثالثاً/ أهداف البحث

١- من الناحية النظرية تبدو أهمية الموضوع في الاهتمام الفقهي الذي رافق نظرية الوضع الظاهر وذلك لارتباطها بأكثر من طرف في آن واحد. فهناك الشركة التي يبدو وضعها الظاهر للعلن بخلاف الحقيقة – وهناك الغير المتعامل مع الشركة. فهل إن تأسيس نظرية الوضع الظاهر بمعطياتها الأساسية ينجح نظرياً في حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة ويرسخ مبدأ استقرار المعاملات الذي يعد من في المعاملات المالية المدنية والتجارية على حد سواء الأهداف الأساسية في السياسة التشريعية.

2 – أما من الناحية العملية ستبدو للموضوع أهمية كبرى و حيث يكشف الواقع العملي وجود الكثير من حالات التعامل الظاهري من قبل الشركات وبالمقابل محدودية قدرات الأطراف المتعاملين مع هذه الشركات في كشف الوضع الظاهر والوقوف على حقيقته إلا بعد فوات الأوان وإبرام العقد أو التصرف الذي يضع الغير حسن النية في موضع غير سليم أو غير متكافئ اقتصادياً.

## رابعاً/ إشكالية البحث

إن نظرية الوضع الظاهر في الشركات تثير إشكالية رئيسة مفادها وجود وضع مخالف للحقيقة نظير الشركة في تعاملها مع الغير وعلى نحو يخالف القانون ، ومن هذه الإشكالية الرئيسية يمكن أن تثار عدة تساؤلات بما يخص المؤسس الظاهر والشريك الظاهر سنحاول الإجابة عنها في هذا البحث.

## خامساً/ فرضية البحث

التطبيقات العملية للمؤسس الظاهر والشريك الظاهر وما يخص نظرية الوضع الظاهر في أعمال الشركات سواء تلك المتعلقة بالشركة بحد ذاتها، أم بنشاطاتها، أم حتى بالتنظيم الداخلي لشؤونها سواء تجسد ذلك في الاشتراك بشكل في تأسيس الشركات أو في ملكية رأس مالها، أو من خلال الاقتسام الظاهري للأرباح، والخسائر على نحو يتضمن مخالفة الوضع في حقيقته لما ينظمه المشرع بنصوص قانونية آخرى .

## سادساً/ مناهج البحث

سوف يتم اعتماد المنهج التحليلي المقارن في هذا البحث من خلال تحليل كافة النصوص القانونية وأحكام المحاكم وآراء فقه القانون الخاص بصدد نظرية الوضع الظاهر وكيفية التعامل معها والاستفادة من هذه النظرية في أنصاف حسني النية واستقرار التعامل التجاري للمؤسس الظاهر والشريك الظاهر. وعقد المقارنة في


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

جميع جزئيات الموضوع وتفصيلاته بين موقف المشرع العراقي من جانب والمشرع في عدد من الدول لاسيما مصر، والأردن، وفرنسا.

## سابعاً/ هيكلية البحث

يتكون هذا البحث من مبحثين تناول المبحث الأول المؤسس الظاهر في القانون العراقي والمقارن سنتناول المؤسس الظاهر في القانون العراقي في المطلب الأول، والمؤسس الظاهر في القانون المقارن في المطلب الثاني. أما المبحث الثاني فقد تناول الشريك الظاهر في القانون العراقي والمقارن سنتناول الشريك الظاهر في القانون العراقي في المطلب الأول، والشريك الظاهر في القانون المقارن في المطلب الثاني.

# المبحث الأول
# المؤسس الظاهر في القانون العراقي والمقارن

ظل تحديد مفهوم المؤسس مثار جدل في الفقه والقضاء، قبل أن تتدخل بعض التشريعات لحسم الخلاف المذكور بتحديد هذا الوصف صراحة. إذ ذهب بعضهم إلى ضرورة التضييق في تحديد مفهوم المؤسس، وقصر هذا الوصف على أشخاص محددين، وتجنب التوسع في تحديده، وهذا ما يمكن أن يطلق عليه بالاتجاه التقليدي. وخلافاً للاتجاه أعلاه ذهبت بعض أحكام القضاء. وشايعتها في ذلك أكثرية آراء الفقه ، إلى التوسع في تحديد مفهوم المؤسس ليشمل. ليس فحسب الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المؤسس وفقاً للاتجاه التقليدي، وإنما غيرهم من الأشخاص، وهذا ما يمكن أن يطلق عليه بالاتجاه الحديث.

سنتناول المؤسس الظاهر في القانون العراقي في المطلب الأول، والمؤسس الظاهر في القانون المقارن في المطلب الثاني.

## المطلب الأول
## المؤسس الظاهر في القانون العراقي

يستمد الشخص مركزه من القانون، فيكون صاحب مركز قانوني يجيز له استعمال سلطات هذا المركز والاستفادة مما يقرره له هذا المركز من مزايا والتصرف فيما يخوله من حقوق، ويلتزم كذلك بما يلزمه به القانون من واجبات وقيود يفرضها عليه وجوده في هذا المركز وشغله له، فيطمئن له الغير ويتعامل معه وفقاً لذلك، ويرتب على هذا التعامل جميع الآثار القانونية [1].

يوجد إلى جانب هذه المراكز القانونية التي تنشأ وتتكون في إطار القانون وتحظى بحمايته، مراكز أخرى يشغلها بعض الأشخاص لا تستند في وجودها على القانون، اذ تنشأ وتتكون وتوجد في الواقع الاجتماعي على خلافه، وذلك لأنها تفتقد أحد العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه ، ويطلق على هذه المراكز بالمراكز الفعلية[2].

وفي هذه المراكز، يظهر الشخص أمام الناس بأنه صاحب حق، أو مركز قانوني ويتعامل مع الأشخاص ويتعاملون معه على هذا الأساس وبهذه الصفة ، إلا انه في الواقع ليس كذلك ، ومن ثم فإن صاحب المركز


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الفعلي يباشر سلطات ومزايا مركز لا يملكه ، أي أنه ليس ذا صفة في حيازة هذا المركز، لأنه يغتصب صفة صاحب الحق أو المركز القانوني ، وان صاحب المركز الفعلي الذي يغتصب حيازة صفة معينة يستند عادة الى تفسير غير سليم للقانون، أو إلى تصوير غير صحيح للواقعة التي حدثت [3]، فحيازة المركز الفعلي لا تستند على القانون وإنما على الواقع [4].

وهناك من المراكز الفعلية ما يتوافر لها بعض العناصر القانونية الخاصة بالمراكز القانونية، ويحدث ذلك غالباً بالنسبة إلى المراكز الفعلية الناجمة عن بطلان، أو انقضاء المراكز القانونية لتخلف أحد عناصرها، فبطلان عقد الشركة قد يتخلف عنه مركز فعلي يتمثل بشركة فعلية [5]. ومن أمثلة المراكز الفعلية المشابهة للمؤسس الظاهر والشريك الظاهر، الوارث الظاهر، المالك الظاهر، الوكيل الظاهر، الدائن الظاهر، والشركة الفعلية وغيرها [6].

فالحالة الواقعية غير الصحيحة ارتدت ثوب الشكل القانوني الصحيح المنتج لآثاره القانونية، وفي مواجهة هذا المركز الواقعي المخالف للحقيقة غير المستند للقانون يوجد مركز قانوني تتوافر له الحماية القانونية وهذه المواجهة بين المركزين أدت الى القول بأن الظاهر ينطوي على مخالفة لقاعدة قانونية، وهذا القول وإن كان صحيحاً في معظم الأحيان إلا أنه ليس دائماً فقد يكون صاحب الظاهر حسن النية ، أو إنه ليس من الدقة وصف الظاهر بأنه غير مشروع او مخالف للقانون ، وانما يستحسن وصفه بانه مركز لم يقرره القانون، أو لا يحميه، لاحتمال عدم توافر شروط الحماية القانونية، وإن القانون يعطي الافضلية لمركز اخر وهذا التفضيل هو أساس اطلاق وصف القانونية على هذا المركز [7].

إن الوسيلة الفنية لاعتماد المراكز الفعلية والاعتداد بها والتعويل عليها هي نظرية الوضع الظاهر، وبموجبها يتم الاعتداد بالتصرف الذي يبرم بين صاحب الظاهر وغير حسن النية الذي أقدم على التعامل مع هذا الشخص وهو يعتقد اعتقاداً مبرراً يسانده الواقع أنه يتعامل مع ذي صفة ومع صاحب الحق أو المركز القانوني الذي تم التعامل بشأنه، فأصبح تصرف صاحب الظاهر صحيحاً ونافذاً في مواجهة صاحب الحق، أو المركز القانوني الحقيقي لمصلحة الغير حسن النية [8].

وقد حُسم الاختلاف بين الواقع والقانون وتم الاعتراف بالمراكز الفعلية واعتمادها، لحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية وكان الدافع وراء الاعتداد بالمراكز الفعلية هو حماية الاستقرار في المجتمع، وتحقيق الأمان والاطمئنان لمعاملات وتصرفات الأشخاص، وحماية حركة التعامل بينهم ، وتوفير جو من الثقة لهم في هذه المعاملات، بل وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراده [9].

إن القانون العراقي تجنب إيراد تعريف محدد للمؤسس، بالرغم من أهمية الدور الذي يضطلع به في تأسيس الشركة، وقد أثار هذا الموقف التساؤل بين شراح قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغي بشأن إمكانية ترجيح المفهوم الحديث للمؤسس على المفهوم التقليدي له[10].


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

أُثير التساؤل بين شراح القانون العراقي حول إمكانية الأخذ بالمفهوم الموسع للمؤسس في ضوء ما قرره الفقه والقضاء الفرنسي بحيث ينضوي تحت هذا المفهوم المؤسس الفعلي) الذي قدم خدماته للشركة قيد التأسيس من دون أن يكون من الموقعين على عقدها أو نظامها الأساس وبغية الإجابة على التساؤل المذكور، فقد تمسك البعض بالمفهوم الضيق للمؤسس " فصفة المؤسس لا تصدق إلا على من اشترك في التوقيع على عقد الشركة ونظامها وفي تقديم طلب الحصول على إجازة تأسيس الشركة من قبل السلطة المختصة . في حين دعا بعضهم الآخر من الفقه إلى وجوب التوسع في صفة المؤسس، وذلك إذا أخفى المؤسس الحقيقي نفسه وتستر وراء مؤسس ظاهر إخفاءً لبعض المقاصد غير المشروعة، فتكون مسؤولية المؤسس المستتر خاضعة للقواعد العامة في المسؤوليتين المدنية والجزائية[11].

وأخذ قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ بذات موقفي قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ وقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغيين، في تجنب إيراد تعريف محدد للمؤسس صراحة، إلا إنه بالرجوع إلى المادة (13) من القانون رقم 36 لسنة 1983 التي نصت على أن "يعد المؤسسون عقداً للشركة موقع من قبلهم أو من قبل ممثليهم القانونيين" ، يمكن الاستنتاج ضمناً بأن المؤسس هو من قام بالتوقيع على عقد الشركة وباشر الإجراءات التي حددها القانون بقصد إكمال تسجيل الشركة وفقا للأحكام الواجب مراعاتها بهذا الصدد. وهذه الإشارة تبين أن القانون العراقي قد أخذ بذات ما قرره الاتجاه التقليدي الذي يضيق من تعريف المؤسس، ولا يمكن بتقديرنا الأخذ بالمفهوم الواسع للمؤسس الذي قررته بعض التشريعات العربية صراحة، لأن مثل هذا الأمر يتطلب أن يتدخل المشرع صراحة للأخذ بمثل هذا المفهوم[12].

ومما لا شك فيه أن التضييق في تعريف المؤسس من شأنه أن يشكل ثغرة في جدار الحماية المفترض إسباغه على جمهور المكتتبين الذين يسهمون في تكوين رؤوس أموال الشركات المساهمة، وتفويتاً للغاية الأساسية التي استهدفتها التشريعات التي نظمت إجراءات تأسيس الشركة المساهمة بقواعد آمرة حماية للادخار العام ، إذ يلاحظ عملاً قيام البعض بتسخير أشخاص آخرين كمؤسسين ظاهرين بقصد الإفلات من المسؤولية المدنية، والجزائية المترتبة على مخالفة إجراءات التأسيس[13].

كان المشرع العراقي قد خصص في القانون الأسبق، قانون الشركات التجارية لسنة1957، لتأسيس شركة المساهمة، فصلاً كاملاً، هو الفصل الثالث من الباب الأول في شركات المساهمة، من الكتاب الثاني في شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة، المتكون من 31 مادة (المواد37- 67) [14]. وفي مقدمة هذه الأحكام ، ما نصت عليه المادة(37) من تقديم المؤسسين طلب الإجازة بتأسيس الشركة إلى وزير الاقتصاد مرفقاً به نسخة من عقد الشركة ونظامها الموقعين من مؤسسيها، الذين كان يجب أن لا يقل عددهم عن سبعة أشخاص،على أن يصدق تواقيعهم الكاتب العدل او الموظف المخول بذلك في مديرية التجارة العامة.وما نصت عليه، بعد ذلك المادتان (41) و(42)، على التوالي، من وجوب تحقيق الوزارة في عدم مخالفة تأسيس


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الشركة قواعد النظام العام والآداب العامة وعدم إضراره بالاقتصاد الوطني وعدم مخالفة عقد الشركة ونظامها أحكام القانون ومن إصدار اجازة التأسيس للشركة بقرار من الوزير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الطلب، وعند مضي هذه المدة وعدم صدور الاجازة (اعتبار الطلب مرفوضا)، وإن كان للمؤسسين الاعتراض على قرار الرفض أمام مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوماً من تاريخه، مع اعتبار قرار مجلس الوزراء قطعياً، وعدم حق المؤسسين في التقدم بطلب تأسيس الشركة مرة أخرى قبل مضي ستة أشهر. ثم ما نصت عليه المادة (43)، من قيام المسجل، بعد صدور إجازة التأسيس، من استيفاء رسم التسجيل وتسجيل مضمون القرار مع البيانات الكافية عن الشركة وإصدار شهادة التأسيس [15]. واستلزام حصول مؤسسي شركة المساهمة على إجازة لتأسيسها بأنه (وقد يُعدّ استلزام الحصول على اذن مسبق من الحكومة في تأسيس شركة المساهمة، وشركات الأموال عموماً، اجراءً وقائياً فعالاً كفيلاً بالحيلولة دون التحايل على القانون واستغلال الناس على وجه غير مشروع، بيد أن هذا النظام، يشينه في الغالب، تعنت السلطة العامة في تطبيقه وتضحيتها أحياناً بالمبادئ القانونية والحريات الأساسية للأفراد في سبيل اعتبارات (الملاءمة) المتصلة بسياسة الحكومة او الوزارة) [16]، إن المشرع في العراق (كان) (يستلزم وجود سبعة مساهمين في الشركة ابتداءً (عند تأسيسها ) وبقاء (طيلة حياتها)، وإن أي انخفاض في هذا العدد تترتب عليه نتائج خطيرة للغاية، وبخاصة فيما يتعلق بمسؤولية الأعضاء عن ديون الشركة. هذا فضلًا عن أنه اذا انخفض عدد الأعضاء عن اثنين فإننا سنكون أمام ظاهرة الشركة ذات الشخص الواحد التي لا يمكن، اعتبارها (شركة) بالمعنى الصحيح للكلمة. إذ إنه "إذا صار عدد أعضاء الشركة في وقت ما عضواً واحداً في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو انخفض إلى أقل من سبعة في الشركات المساهمة وتعاطت الشركة أعمالها بهذا العدد مدة أكثر من شهرين فكل عضو فيها يكون قد علم بذلك (يصبح) ملزماً بجميع ديون الشركة الناتجة عن أعمالها خلال المدة التي زاولت فيها أعمالها بذلك العدد أو يجوز رفع الدعوى عليه وحده وللمحكمة أيضا تقرير تصفية الشركة إذا كان قد مضى شهران على مزاولة أعمالها بالعدد المذكور ولم تستكمل النصاب القانوني المنصوص عليه في القانون"[17]. في حين عالج المشرع في قانوني الشركات اللاحقين، رقم (36) لسنة 1983، ورقم (21) لسنة 1997، تأسيس الشركة المساهمة [18] ابتداء بالمادة (17) المتضمنة أنه (يقدم طلب التأسيس الى مسجل الشركات ويرفق به: أولا- عقد الشركة. ثانيا- وثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة المساهمة موقعة منهم. ثالثا- شهادة المصرف بإيداع النسبة القانونية من رأس المال). ثم المادة التالية (18) المتضمنة في الفقرة (أولا) تولي مسجل الشركات مفاتحة الجهات الاقتصادية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع خطة التنمية والقرارات التخطيطية،(واستحصال موافقتها على تأسيس الشركة)، وكذلك مفاتحة أية جهة أخرى اوجب قانون، أو نظام، أو تعليمات استحصال موافقتها على تأسيس الشراكة ، مع الزام الفقرة (ثانيا) منها الجهات المذكورة بإبداء موافقتها، أو عدمها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ورود الكتاب إليها . في حين ألزمت المادة (19)


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المسجل بإصدار قراره بالموافقة على طلب التأسيس او رفضه خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، مع تخويل رئيس جهاز تسجيل الشركات بناءً على طلب المسجل تمديد مدة النظر في الطلب ثلاثين يوماً إذا اقتضت ذلك الإجراءات المنصوص عليها في المادة (18) [19] . كما ألزمت المادة (20) المسجل اذا وافق على طلب التأسيس لتوافر شروطه، دعوة المؤسسين، أو من يمثلهم لتوثيق عقد الشركة أمامه، أو أمام من يخوله من موظفي دائرته ولتسديد رسوم التأسيس، وذلك خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ تبليغ طالبي التأسيس، مع تخويله، عند تخلف المؤسسين عن ذلك من دون عذر مشروع، اعتبارهم قد صرفوا النظر عن الطلب وتقرير حفظه. أما في حالة رفض المسجل طلب تأسيس الشركة، فقد ألزمت المادة (24) المسجل ببيان سبب الرفض، مع منح طالبي التأسيس حق الاعتراض على قرار المسجل لدى رئيس جهاز تسجيل الشركات خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتبليغهم به، وإلزام رئيس الجهاز بالبت في الاعتراض خلال ثلاثين يوما من تقديمه بقرار قطعي. وانتهاء بالمادة (25) المتضمنة منح المؤسسين حق تقديم طلب جديد لتأسيس الشركة المرفوض تأسيسها (اذا انتفى سبب الرفض ).غير أن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة)، بالرغم من عدم كونها السلطة المخولة بذلك، قررت بأمرها المرقم 64/2004 تعديل معظم هذه المواد، بصياغة معيبة عموما، وتعليق العمل بكل من المادة (18) والمادة(20) والبند(أ) من الفقرة (أولا) وكذلك الفقرة (ثانيا) من المادة (21).

## المطلب الثاني
## المؤسس الظاهر في القانون المقارن

إن بعض التشريعات قد أعرضت عن الأخذ بالمفهوم الضيق للمؤسس، وأقرت الأخذ بالمفهوم الواسع الذي يسبغ هذه الصفة ليس فقط على الموقعين على عقد الشركة أو نظامها، وإنما جميع الأشخاص الذين كانت لهم المبادرة في تأسيسها، وقد تبنت بعض التشريعات العربية صراحة المفهوم المتقدم، إذ نصت المادة السابعة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري بشأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والمسؤولية المحدودة على أنه: " يُعدّ مؤسسا للشركة كل من يشترك اشتراكا فعلياً في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة، ويسري عليه حكم المادة ٨٩ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري، ويُعدّ مؤسساً على وجه الخصوص كل من وقع العقد الابتدائي، أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة أو قدّم حصة عينية عند تأسيسها. ولا يُعدّ مؤسساً من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم" [20].

وفي ضوء النص أعلاه يمكن أن نلاحظ بأن صفة المؤسس تتطلب اجتماع شرطين هما المشاركة الفعلية في أعمال التأسيس ( أولاً)، وأن تتوافر لديه النية في تحمل المسؤولية الناشئة عن التأسيس (ثانياً)، ونبين هذين الشرطين تباعا.

**أولاً– المشاركة الفعلية في أعمال التأسيس:** يقصد بالمشاركة الفعلية في أعمال التأسيس كل عمل قانوني، أو مادي يسهم بإنشاء الشركة لا بوصفها كياناً قانونياً فحسب وإنما بوصفها مشروعاً اقتصادياً يراد له أن تتوافر فيه الإمكانيات اللازمة لمباشرة نشاطه. وهي تتحقق بقيام المؤسس ببعض الأعمال التي تسهم في مجموعها في


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

نشأة الشركة وإذا كان من البديهي أن صور المشاركة الفعلية لا يمكن حصرها، إلا أنه يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال الأعمال المتعلقة بالتعاقد مع ذوي الخبرة من العاملين للعمل لدى الشركة المستقبلية، أو شراء المستلزمات المادية للمشروع كالأراضي والمباني والآلات والكائن ودفع أثمانها أو التأمين على أموالها أو التعاقد مع الجهات المتخصصة لإنجاز دراسة الجدوى الاقتصادية الخاصة بمشروع الشركة أو السعي لدى المصارف لإقناعها بإنجاز عملية الاكتتاب بأسهمها . ويرى بعض من الفقه أن معنى المشاركة لا يجب قصره على الجانب الإجرائي لعملية التأسيس، وإنما يتسع ليشمل كل عمل من شأنه أن يتساند مع الجانب الإجرائي للانتهاء، إلى إيجاد الشركة كوحدة قانونية وكمشروع اقتصادي استكمل أدواته اللازمة لمباشرة نشاطه [21].

وبتقديرنا فإن الصعوبة التي يثيرها شرط المشاركة الفعلية هو في تقدير ما إذا كان الفعل، أو التصرف الصادر من المؤسس، مما يمكن وصفه من قبيل الأفعال أو التصرفات التي تشكل مشاركة فعلية في أعمال التأسيس من عدمه، فليس من المؤكد أن كل تصرف أتاه شخص ما يمكن أن يعد مشاركة فعلية في التأسيس، ويسبغ عليه وصف المؤسس بالنتيجة، فعلى سبيل المثال فإن الأعمال المتعلقة بالترويج والدعاية للمشروع وحث الجمهور على الاكتتاب لا تعد وفقاً للرأي الراجح مما ينطبق عليه الوصف المذكور أعلاه" [22]. وعلى أية حال، فإن للقاضي تقدير ما إذا كان الفعل الصادر من الشخص مما يشكل مشاركة فعلية من عدمه.

**ثانياً– أن تتوافر لديه النية في تحمل المسؤولية الناشئة عن التأسيس:** ويتحقق هذا الشرط بقيام الشخص بالأعمال المتعلقة بالتأسيس عن وعي وإدراك لطبيعة المسؤولية الناشئة عن هذه الأعمال قاصداً تحمل المسؤولية الناشئة عنها. وترتيباً على ما تقدم فلا يعد مؤسسا كما سنرى لاحقا من يباشر أعمال التأسيس بوصفه نائباً عن المؤسسين، لأنه ليس لديه النية في تحمل آثار التصرفات التي أبرمها لمصلحة الغير. ولا يعد مؤسساً كذلك المصرف الذي يتول تنفيذ الاكتتاب [23] حتى ولو اكتتب ببعض الأسهم لأن هذا يضفي عليه وصف المساهم لا وصف المؤسس ولا تلازم بين الوصفين، إذ قد يكون الشخص مؤسسا على الرغم من أنه غير مساهم، كما أن المكتتبين من الجمهور هم مساهمون وليسوا مؤسسين [24].

إلا أن البعض من الفقه أثار الشكوك في مدى جدوى الشرط المشار إليه أعلاه لكونه يفتح الباب للتهرب من المسؤولية الناشئة عن التأسيس بادعائه بأنه لم تكن لديه النية في تحمل المسؤولية المترتبة على أعمال التأسيس 28، إلا إنه مع ذلك يمكن للقاضي، بتقديرنا أن يستشف من طبيعة الفعل أو التصرف الذي أتاه المؤسس ما يستدل منه على انصراف إرادته في تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، فعلى سبيل المثال فإن اختيار المؤسسين لمصرف تنبئ، أوضاعه المالية بأن إشهار إفلاسه هو حتمي الوقوع لا ينفي مسؤوليتهم عن سوء اختيار هذا المصرف لإيداع الأموال المتحصلة من الاكتتاب.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

## المبحث الثاني
## الشريك الظاهر في القانون العراقي والمقارن

تتكون الشركة المساهمة من شخصين، أو أكثر، وهذا النوع من الشركات يشبه شركات الأشخاص من حيث أن عدد الشركاء فيها قليل، وإن انتقال حصص الشركاء في هذا النوع من الشركات مقيد، وتشبه أيضا شركات الأموال في كونها تقوم بتحديد المسؤولية لكل شريك فيها عن الديون المترتبة على الشركة بمقدار نصيبه، أو حصته، كذلك من حيث نظام الإدارة والرقابة عليها. [25]

سنتناول الشريك الظاهر في القانون العراقي في المطلب الأول، والشريك الظاهر في القانون المقارن في المطلب الثاني.

### المطلب الأول
### الشريك الظاهر في القانون العراقي

يثير مركز المساهم في شركة المساهمة اهتماماً قانونياً وفقهياً وقضائياً لأهميته في مجال شركات المساهمة، لأن قوامها لا يتم إلا بمشاركة المساهم أو مجموعة المساهمين في رأس مالها.[26]. فحق التصويت مثلا ليس فيه إجبار للمساهم على ممارسته وإنما يخضع لحريته، وبممارسته يتحدد معه دور المساهم كعضو كامل الحقوق داخل الشركة. كما أن حقوق المساهم الأساسية لم تحدد حصرا بنصوص قانونية فحسب، وإنما ورد بعض منها في نصوص القوانين، والأخرى فرضتها الطبيعة العملية لشركة المساهمة[27]

وإذا كان موقع المساهم داخل الشركة يتحدد بنصوص قانونية، أو نظامية تجعله يتدخل إيجابياً كي يمارس حقوقه – خاصة المعنوية– كحق الرقابة أو التفتيش مثلا أو الحضور والتصويت داخل الجمعيات العمومية، إلا أن الواقع العملي كشف عكس ذلك. فنادراً ما يمارس المساهم دوراً داخل الشركة ومرد ذلك راجع إلى سيكولوجية المساهم في البحث عن الأرباح دون اهتمامه بأداء أي دور داخل الشركة في حال اذا كانت أسهمه قليلة. وقد أدى إنشاء شركات وسيطة للتعامل في الأوراق المالية إلى اتساع هذه الفجوة، فأصبحت الشركات تتفرغ لإنجاح مشروعها وتركت مسألة التعامل في الأوراق المالية لشركات مختصة. وهذا يمثل أحد الأسباب التي أدت إلى غياب المساهم عن حضور الجمعيات العامة بالرغم من تأكيد المشرع على إلزام المساهم بالحضور لاجتماعات الجمعية العامة ومنح تيسيرات لعملية الحضور؛ إلا أن الواقع العملي كشف غير ذلك. فتوزيع صكوك الأسهم على عدد كبير من المساهمين أدى إلى غيابهم عن الجمعية العامة وانقيادهم وراء قلة من الشركاء بمنحهم توكيلات على بياض للحضور والتصويت ما عزز من عدم اكتراثهم بالحضور. وهذا ما يعطي البحث في هذا الموضوع أهمية قصوى، من أجل محاولة إيجاد بعض الحلول لتضييق تلك الفجوة بين مركز المساهم قانونا وبين الواقع[28].

أما من زاوية القانون فإن معظم التشريعات والقوانين المختلفة بما فيها التشريع العراقي لم تقم بتعريف المساهم. والقول بذلك لا يعني أنه لم تكن هناك محاولات فقهية لتحديد مفهوم المساهم، إذ ذهب بعض


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الفقهاء إلى القول:'' إن المساهم هو كل من يملك سهما أو أكثر من أسهم الشركة، سواء حصل عليها عن طريق الاكتتاب فيها عند بدء تكوين الشركة، أو آلت إليه ملكيتها بعد تأسيسها بأية طريقة من طرق اكتساب الملكية'' [29]. كما عرف قسم ثانٍ من الفقهاء المساهمين مطلقين عليهم وصف ''أعضاء'': ''بأنهم جميع الأعضاء في الشركة من مؤسسين موقعين على عقدها و مكتتبين بأسهم عند تأسيس وزيادة رأس مالها ومن مكتسبين لملكية لهم فيها لأي سبب من أسباب كسب الملكية من بيع،هبة،ميراث، وصية'' [30]، وراح قسم آخر من الفقهاء يطلق مصطلح الشريك في تعريفاتهم للمساهم مع احتفاظهم بنفس التعريف السابق.

ومن الملاحظ أن جميع هذه التعريفات الفقهية متشابهة في المعنى مختلفة في الصياغة، وهي تقوم كلها على أمرين جوهريين، أولهما تملك المساهم لسهم أو أكثر من أسهم الشركة، وهذا ما يترتب عنه الأمر الثاني، و هو اكتساب المساهم مركزاً قانونياً يترتب عليه بعض الالتزامات، ويخوله مجموعة من الحقوق. وعليه يمكن تعريف المساهم بأنه:''كل شخص طبيعي، أو معنوي يمتلك سهما، أو أكثر من أسهم الشركة وتكون له تبعاً لذلك حقوق والتزامات فيها''.

فإذا كان هذا تعريف المساهم إلا أنه وللإلمام بمفهومه ومعرفة موقعه في شركة المساهمة يستلزم البحث عن مركزه القانوني فيها[31].

قد تحتاج شركة المساهمة أثناء مزاولة نشاطها إلى أموال جديدة فضلًا عن رأسمالها لمواصلة مشروعاتها و التوسع فيها. وللحصول على هذه الأموال قد تلجأ الشركة إلى أحد الطريقين، أما أن تزيد رأسمالها وذلك بإصدار أسهم جديدة و إما أن تقترض ما يلزمها من أموال. وفي الغالب تفضل شركات المساهمة الاقتراض على الزيادة في رأس المال، لاسيما إذا كانت ناجحة وذلك لأن زيادة رأس المال تؤدي إلى زيادة عدد المساهمين، فتهبط نسبة الربح، كما يخشى أن يتغير تكوين الجمعيات العامة فتنتقل الإدارة إلى أيد أخرى. ولتفادي هذه المساوئ التي قد تنشأ عن إصدار أسهم جديدة ،تقوم الشركة بالاقتراض من الجمهور، و ذلك بإصدار سندات للاكتتاب العام [32]. كما يُعدّ المكتتب في هذه السندات دائناً للشركة بمقدار ما اكتتب فيه من سندات و يكون له ضمان عام على جميع أموال الشركة.

ويُعدّ السند ''صك قابل للتداول يمثل مديونية على الشركة للغير نتيجة لتقديم الغير قرضاً للشركة يسدد بعد مدة محددة طويلة الأجل، ويحصل صاحب الصك على فائدة يتفق عليها بصورة دورية'' [33].

وقد عرف الفقه الأسهم'' بأنها صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية، والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأسمالها وتخول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة لاسيما حقه في الحصول على الأرباح'' [34]

يمثل السهم حصة في رأسمال الشركة في حين يمثل السند قرضا للشركة أي أحد الالتزامات الخارجية المستحقة للشركة.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

و قد اعتبر أحد الفقهاء" حامل السند شريكاً من الدرجة الثانية" ذلك نتيجة ظهور أشكال مختلفة من السندات التي تجعل من حاملها مساهماً احتمالياً، وهذه القيم هي سندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم وسندات الاستحقاق ذات قسائم اكتتاب بالأسهم إضافة شهادات الاستثمار، و شهادات الحق في التصويت .

وعبارة شريك من الدرجة الثانية جاءت واضحة لأنها تبين أن حامل مثل هذه القيم لا يُعدّ مساهماً، أو بمعنى أوسع شريكاً إلا إذا اختار تحويل السندات إلى أسهم، أو احتفظ بالقسيمة لممارسة حق اكتتاب الأسهم، أو تم إعادة تكوين السهم بموجب الجمع بين شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت[35].

صاحب السهم يتحمل نتائج مساهمته في الشركة من ربح، أو خسارة و من ثم يُعدّ نصيبه في الربح من عام لآخر بحسب حالة الشركة. في حين أن صاحب السند يُعدّ دائناً للشركة و يحصل على فوائد دورية ثابتة بغض النظر حققت الشركة أرباحاً أم منيت بخسائر [36]. وهذا ما سنبينه وكما يأتي:

## أولاً: التمييزبين الأسهم الظاهرة وحصص التأسيس

ظهرت حصص التأسيس لأول مرة في سنة 1958 بمناسبة تأسيس شركة قناة السويس، لمكافأة مؤسسي الشركة والحكومتين الفرنسية، و المصرية على ما قدموه من جهود و مساعدات في سبيل إنجاح هذا المشروع [37].

وتعرف حصص التأسيس بأنها: "صكوك قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة بغير قيمة اسمية و تمنح أربابها نصيبا في أرباح الشركة و ذلك مقابل ما قدموه من خدمات أثناء تأسيس الشركة" [38]. وبما أن أصحاب حصص التأسيس لهم نصيب من الأرباح، وعليه فإن المبالغة في تقدير هذا النصيب سوف يلحق أضراراً كبيرة بنصيب المساهمين .

وفي المقابل نجد كثيرا من التشريعات الأخرى قد أجازت هذا النوع من الصكوك ولكن بقيود [39]. وقد اختلف الفقه في تكييف هذه الحصص وهذا راجع إلى الاختلاف حول طبيعة مركز صاحب هذه الحصة في الشركة. إذ يرى البعض منه [40] أنه مساهم من نوع خاص، في حين يرى آخر [41] أنه دائن، أو أنه له حق من طبيعة خاصة ينفرد بها دون سائر الحقوق المترتبة عن الصكوك التي تصدرها شركة المساهمة.

لكن في حقيقة الأمر أنه من الصعب مقارنة أو مطابقة مركز صاحب حصة التأسيس مع المساهم وهو الشريك بحصة من رأس المال، ولا مع مركز حامل سند القرض وهو الدائن للشركة بدين مؤكد تربطه بالشركة علاقة تعاقدية، ولذلك يتبين أن صاحب حصة التأسيس بمثابة دائن بحق، أو دين احتمالي. وحصص التأسيس وإن اتفقت مع الأسهم من إذ إنها قيم منقولة قابلة للتداول بالطرق التجارية و كلاهما يمنحان لصاحبهما نصيباً من الأرباح، إلا أن ثمة فروق جوهرية بينهما وأهم هذه الفروق مايأتي:.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

حصة التأسيس لا تدخل في تكوين رأسمال الشركة، إذ لم يقدم صاحبها حصة نقدية، أو عينية و بذلك تختلف عن السهم الذي يمثل حصة نقدية، أو عينية في رأس مال الشركة.

الصك الذي تمثله حصة التأسيس ليس له قيمة اسمية، وإنما يحدد له نصيب في الأرباح وذلك بخلاف السهم الذي يحمل بيانا بقيمته الاسمية بحيث لا يجوز إصداره–كأصل عام–بأقل أو أعلى من هذه القيمة[42].

لا تخول حصص التأسيس أصحابها الحق في التدخل إدارة الشركة، بخلاف السهم حيث يخول صاحبه حق الإدارة والتصويت في الجمعيات العامة.

ومما تقدم تبين جلياً أن ملكية المساهم للسهم تجعله في مركز قانوني يختلف عن باقي المراكز في الشركة وهو مركز متميز من حيث ما يتمتع به من حقوق وما يتحمله من التزامات. وإذا كان هذا المركز القانوني للمساهم يمنحه حقوقاً داخل الشركة هذا ما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه الحقوق[43].

يكتتب مؤسسو الشركة في رأس مال الشركة طبقا للمبالغ التي وافقوا على المساهمة بها[44].

عند انضمام المساهم لشركة المساهمة يلتزم بتقديم حصته في رأس مالها سواء أكانت نقدية أم عينية، والتي تنتقل ملكيتها على الشركة ويقدم المساهم مقابلها أسهما تعبر عن حقوقه في الشركة. ومن هنا تقوم علاقة قانونية بين المساهم والشركة[45].

## ثانياً: المركز الواقعي للمساهم في شركة المساهمة

عزز المشرع المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة وميزه عن جميع المراكز القانونية لأصحاب السندات المختلفة، ومنحه كل الحقوق التي من شأنها أن تعطيه دوراً مهماً وفعالا في الشركة، لا يقل أهمية عن دور مسيريها وأعضاء مجلس إدارتها، وذلك لأن المساهم ليس شريكا في الشركة فحسب، وإنما هو عضو فيها، وهذا ما يسمح له بممارسة دور الرقابة على كيفية تسييرها وعلى أعمال وتصرفات مسيريها من أجل ضمان حسن سير أعمال الشركة .

إن الدور الرقابي الذي منحه المشرع للمساهم في شركة المساهمة مستمد من مجموعة الحقوق الأساسية التي يكتسبها باكتسابه لسهم من أسهم الشركة كحق الاطلاع على وثائق ومستندات الشركة، وحقه في إخطاره بكل ما يجري في الشركة، و بمواعيد الجمعيات العمومية وكذا حقه في طرح استفسارات وأسئلة على أعضاء مجلس الإدارة. وصولاً إلى حق التصويت في الجمعيات العمومية. وممارسة المساهم لهذه الحقوق هو الذي يسمح له بالكشف عن الأخطاء والتجاوزات التي قد يقع فيها أعضاء مجلس الإدارة، كما تسمح له بمناقشة أعضاء مجلس الإدارة، أو مراقبي الحسابات فيما تقدم من تقارير حول أعمالهم التي تطرح أمام الجمعية العامة للمصادقة عليها .

وهذا ما يمكنه من معالجة الأخطاء الواقعة قبل فوات الأوان وتضرر الشركة ومحاسبة من قام بهذه الأخطاء إذ يمكن له إقامة دعاوى المسؤولية عل ذلك العضو ومطالبته بالتعويض إذا اقتضى الأمر ذلك.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0220115

إذا كان هذا هو المركز القانوني للمساهم الذي منحه إياه المشرع واهتم به إلا أن الواقع العملي مختلف كثيراً عما هو قانوني نظري . فالمساهم في شركة المساهمة نادراً ما يهتم ويشارك بدوره في حياة الشركة، ذلك أن معظم المساهمين في مثل هذه الشركات هم من المضاربين، همّهم الوحيد هو الأرباح التي يحصلون عليها، خاصة في الشركات المقيدة في البورصة، إذ يتم مراقبة حركة السهم وعلى هذا الأساس يتم التصرف في هذه الأسهم وبيعها دون أن يهتموا بمصلحة هذه الشركة أو ما يجري بها. وبذلك فهؤلاء المساهمون يتخلون عن حقوقهم التي منحهم إياها القانون، مهتمين فقط بالجانب المالي منها.

وهذا الأمر هو الذي أضعف دور الجمعيات العامة في تسيير الشركة ومراقبتها، ونقل كل السلطات بيد القائمين على الإدارة بالشركة والذين وللأسف وفي الكثير من الأحيان يبحثون عن تحقيق مصالحهم الشخصية حتى لو كان ذلك على حساب مصلحة الشركة.

لذلك أصبح للمساهم مركز واقعي مختلف تماما عن مركزه القانوني في الشركة وهذا الواقع نتج عن ظاهرة غياب المساهمين وتخلّفهم عن حضور الجمعيات العامة وممارستهم لحقوقهم القانونية، كما قد يحضر المساهمين لاجتماعات الجمعية العامة و تغيب فعاليتهم فيها(46).

## المطلب الثاني
## الشريك الظاهر في القانون المقارن

أما موقف القانون الأردني من عدم الممانعة القانونية من إدارة الشركات [47]. فقد صرح بأن لا يكون عضو مجلس الإدارة موظفاً في الحكومة أو مؤسسة رسمية عامة وأن لا يكون محكوماً عليه بعقوبة جناية أو جنحة مخلة بالشرف [48]. وحكمة هذا الشرط أن عضو مجلس الإدارة أمين على مصلحة الشركة ولا يؤتمن على مصلحة الشركة من يحكم عليه بمثل هذه العقوبة [49]. وفي فرنسا فإن عدم ذكر الممنوع لشخصه ولصفته قانوناً قد انتقد من بعض الفقه كون القانون لم يضع شروطاً جدية لشغل منصب عضو مجلس الإدارة باستثناء الشركات التي تختص بإنتاج المواد الصيدلية [50]. إذ اشترط أن يكون أغلبية الأعضاء من الصيادلة التي من دونها لا يتأتى تخطي الصعاب وحل المشاكل بالطرق الملائمة. أما بخصوص شرط منع الأجانب من إدارة الشركة المساهمة الخاصة ومنع استخدام المال الأجنبي في شركات القطاع الخاص فإن بعض القوانين نصت على تمثيل الوطنيين بنسبة معينة [51].

إن القانون الأردني قد حدد سن المرشح لعضوية مجلس الإدارة. بما لا يقل عن احدى وعشرين سنة[52] ولم يشر القانون الفرنسي إلى سن المرشح لعضوية مجلس الإدارة، وانه أحالها إلى القواعد العامة. ولكنه أشار إلى الحد الأعلى للسن [53]. حيث نص على أن ((عمر عضو مجلس الإدارة يتحدد بـ 65سنة)). إلا أن هذا النص قد عدل سنة 1970 إذ أشار التعديل الأخير [54]. على وجوب أن تنص أنظمة الشركات على حد أعلى لسن عضو مجلس الإدارة وإذا لم تنص الأنظمة على ذلك فإن عدد الأعضاء الذين يتجاوزون سن السبعين يجب أن لا يزيد عن ثلث أعضاء مجلس الإدارة وهذا يدل على أن القانون الفرنسي قد رفع سن الحد


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الأعلى لعضو مجلس الإدارة من 65 سنة إلى أكثر من سبعين سنة وعند إشارته إلى أن لا يزيد على ثلث عدد الأعضاء فإذا كان أقل من ثلث أعضاء المجلس قد وصل الحد الأعلى فإن ذلك يعني الجواز القانوني. أما إذا تجاوز الثلث فإن القانون قد عالج هذه الزيادة على ذلك فإن العضو الأكبر سناً يُعدّ مستقيلاً تلقائياً. وقد انتقد بعض الفقه الفرنسي [55].

أما موقف القانون الأردني من شرط ملكية عضو مجلس الإدارة عدد من الأسهم [56]. فقد أطلق على هذه الأسهم تسمية أسهم الضمان واشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس الإدارة. فضلاً عن كونه مساهماً في الشركة أن يحدد نظام الشركة عدد الأسهم التي يشترط أن يكون مالكاً لها [57]. ولفت النظر إلى ما يشوبها فوضع قيوداً عليها كالحجر والرهن أو أي قيد آخر يمنع التصرف المطلق وأضاف تبصيراً آخراً [58]. بأن يبقى النصاب المؤهل لعضوية مجلس الإدارة محجوزاً مادام مالك الأسهم عضواً في المجلس ولمدة ستة أشهر بعد انتهاء عضويته فيها ولم يجز التداول بها خلال تلك المدة وتحقيقاً لذلك فتوضع إشارة الحجز عليها مع الإشارة إلى ذلك في سجل المساهمين وصرح بوصف هذه الأسهم بوصفها رهناً لمصلحة الشركة وضماناً للمسؤوليات والالتزامات المترتبة على ذلك العضو وعلى مجلس الإدارة وحسناً عالج النقص المطلق سواء في مدة الترشيح للعضوية إلى مجلس الإدارة التي يجب أن يكون المساهم مالكاً لها او في أثناء العضوية وتنويهاً بحالات حادثة أثناءها كالحجز عليها بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية، أو تم رهنها خلال مدة عضويته فتلافى ما يحصل على هذه الضمانة من تحايل، أو صورية، وأعطى في معالجة النقص في هذه الأسهم مهلة أقصاها ثلاثون يوماً وحظر على العضو حضور اجتماع المجلس خلال حدوث النقص في أسهمه تحذيراً منه لأهمية الموضوع أولاً ولكي لا يشق على استبعاد الصوت وتأثيره في اتخاذ القرار فجاء التحذير من القانون مسبقاً وكان أجدى بالقانون العراقي لو أخذ بهذا التوضيح وأعطى مهلة معالجة النقص في هذه الأسهم ولكنه حسم الموقف في حالة فقد عضو مجلس الإدارة بإزالة عضوية مجلس الإدارة من تاريخ فقدان[59]. هذا الشرط من شروط العضوية وأكد أن كل قرار يتخذ بحضوره يُعدّ باطلاً إذا كان تصويته بشأنه مؤثراً في اتخاذه. في قرار قضائي [60].

## الخاتمة

وصلنا في ختام دراستنا هذه حول المؤسس الظاهر، و الشريك الظاهر في الأعمال المتعلقة بالشركات (دراسة مقارنة، إذ تناولنا الوضع الظاهر ذلك الوضع الذي أفرزته التطبيقات العملية لأعمال الشركات التجارية، ألا وهو الوضع العملي، أو الفعلي الذي يسبق مرحلة التأسيس القانوني للشركات الشخصية المعنوية أو التأسيس القانوني المعيب لها، الناتج عن سوء النية، مما يؤدي إلى البطلان والتأثير في حقوق الغير المتعامل حسن النية مع هذه الشركة الفعلية ونشاطها، مما يستدعي تدخل القضاء لحماية حقوق هؤلاء الغير إلى جملة من النتائج، وقدمنا بعض المقترحات التي نجدها مفيدة، نعرضها فيما يأتي:


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

## أولاً: النتائج

1- إن أهم ما يميز الوضع الظاهري عن الوضع الصوري هو ان العقد الصوري يبرم بعلم و أرادة اطرافه في حين يكون الغير وهم دائني المتعاقدين والخلف الخاص يجهلون بصورية العقد فأسبغ القانون عليهم الحماية اللازمة من خلال منحهم خيار التمسك بالعقد الصوري او العقد المستتر متى كانوا حسني النية في حين من خلال نظرية الوضع الظاهر نجد ان من يتعامل مع الشركة ( المتعاقد) هو الذي يكون حسن النية متقدم على التعامل مع الشركة وفقاً للوضع الظاهر الذي يبدوا به من أمام الغير.

2- من أهم تطبيقات الوضع الظاهر في أعمال الشركات المؤسس الظاهر، و الشريك الظاهر إذ يعمد البعض من الممنوعين قانوناً من أعمال تأسيس الشركات، أو الاشتراك فيها بنسبة في رأس المال إلى الاتفاق على أحكام النصوص القانونية التي تحظر اشتراكهم في تأسيس الشركات، أو ملكية رأس مالها من خلال الاتفاق مع شخص ليكون هو المؤسس، أو الشريك الظاهر الذي يخفي وراءه المؤسس، أو الشريك الأصلي وذلك لإسباغ مشروعية غير حقيقية على قيام الشخص الممنوع من تأسيس الشركات أو الاشتراك في ملكية رأس مالها بما يخالف النصوص القانونية الأخرى التي تحظر ذلك.

## ثانيا: التوصيات

١- ندعو المشرع العراقي إلى تبني نظريه الوضع الظاهر في الأعمال المتعلقة بالشركات من خلال نصوص قانونية دقيقة تبين أركان الوضع الظاهر والآثار القانونية للوضع الظاهر مع ضرورة الحفاظ على حقوق الغير حسن النية من المتعاملين مع الشركة وفق وضعها الظاهر واستقرار المعاملات وتحقيق مبادئ العدالة.

٢- ضرورة إيراد نص صريح يتضمن تشديد على مسؤولية المؤسس، أو الشريك المستتر والظاهر, وذلك بقطع الطريق أمام الراغبين في الاتفاق على أحكام النصوص القانونية الأخرى التي تمنع البعض من تأسيس الشركات، أو الاشتراك في ملكية رأس مالها.

3- لا بد من تنظيم تشريع صريح قيام الشركة بمزاولة نشاط ظاهر مخالف لحقيقة النشاط الذي تقوم به في الخفاء وأن كان النشاط المستتر مشروعاً وغير مخالف للقانون, وذلك لما لهذا الوضع من آثار سلبية قد تطال اقتصاد الدولة وقوت المواطن وحاجة المستهلك.

## المصادر

(1) محمد، محمد صديق محمد عبد الله. (2010). موضوعية الإرادة التعاقدية (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق)، ص 165–166.
(2) صلاح، شوقي محمد. (2002). نظرية الظاهر في القانون المدني. دار الفكر العربي، القاهرة، ص 13.
(3) جمعة، نعمان محمد خليل. (1977). أركان الظاهر كمصدر للحق. مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم – معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص 5.
(4) عبد الرحمن، محمد سعيد. (2011). نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات: دراسة مقارنة (الطبعة الأولى). منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 10.
(5) محمد، محمد صديق محمد عبد الله. (2010). موضوعية الإرادة التعاقدية، ص 166.
(6) الشكري، علي حميد كاظم. (2014). استقرار المعاملات المالية: دراسة مقارنة. جامعة كربلاء – كلية القانون – قسم القانون الخاص، ص 55–61.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

(7) حليبة، سلامة عبد الفتاح. (2005). أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 102.
(8) عبد الرحمن، محمد سعيد. (2011). المصدر السابق، ص 14.
(9) محمد، محمد صديق محمد عبد الله. (2010). المصدر السابق، ص 167.
(10) جاسم، فاروق إبراهيم. (دون سنة). تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي، ص 431.
(11) جاسم، فاروق إبراهيم. (دون سنة). تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي، مصدر سابق، ص 431.
(12) جاسم، فاروق إبراهيم. (دون سنة). *تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي*، مصدر سابق، ص 431.
(13) جاسم، فاروق إبراهيم. (دون سنة). *تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي*، مصدر سابق، ص 431.
(14) ياملكي، أكرم .(2006) .*القانون التجاري: الشركات – دراسة مقارنة* .دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ص 184.
(15) ياملكي، أكرم .(2006) .*القانون التجاري: الشركات – دراسة مقارنة* .دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ص 184.
(16) ياملكي، أكرم. (1972). الوجيز في شرح القانون العراقي التجاري: الجزء الثاني في الشركات التجارية (الطبعة الثانية). بغداد، ص 119.
(17) المادة 318 من قانون الشركات التجارية؛ ياملكي، أكرم. (دون سنة). الوجيز في شرح القانون العراقي التجاري: الجزء الثاني في الشركات التجارية، ص 121.
(18) الفصل الثاني بعنوان (إجراءات التأسيس) من الباب الثاني في (تأسيس الشركة) منهما، بالنسبة لجميع أنواع الشركات التي ينظمانها، باستثناء الشركة البسيطة، ويتكون من تسع مواد (المواد 17–25).
(19) ياملكي، أكرم. (دون سنة). القانون التجاري: الشركات – دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 185.
(20)المادة السابعة من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981.
(21) جاسم، فاروق إبراهيم. تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي. مصدر سابق، ص 415.
(22) جاسم، فاروق إبراهيم. تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي. مصدر سابق، ص 415.
(23) جاسم، فاروق إبراهيم. تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي. مصدر سابق، ص 415.
(24) جاسم، فاروق إبراهيم. تحديد مفهوم المؤسس في الشركة المساهمة: دراسة في القانون العراقي واللبناني والإنكليزي والفرنسي. مصدر سابق، ص 415.
(25) السردية، وعد عيد محارب. (2019). المركز القانوني للمساهم في الشركة المساهمة الخاصة (أطروحة دكتوراه). جامعة آل البيت، كلية القانون، الأردن.
(26) رضوان، أبو زيد. (السنة غير مذكورة). الشركات التجارية في القانون المقارن. دار الفكر العربي، مصر، ص 526.
(27) بن ويراد، أسماء. (2018). المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع. مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، (28)، ص 40.
(28) بن ويراد، أسماء. (2018). المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع. مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، (28)، ص 40.
(29) الزيني، علي. (1945). أصول القانون التجاري (ج 2). مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ص 268.
(30) ياملكي، أكرم. (1972). الوجيز في القانون التجاري العراقي (ط 2). مطبعة العاني، بغداد، ص 196.
(31) بن ويراد، أسماء. (2018). المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع. مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، (28)، 2018/9/30، ص 40.
(32) الشرقاوي، محمود سمير. المرجع السابق، ص 144.
(33) الضبان، محمد سمير، وهلال، عبد الله العظيم. (2000). المحاسبة المالية في شركات الأموال. الدار الجامعية، مصر، ص 144.
(34) رضوان، أبو زيد. (السنة غير مذكورة). الشركات في القانون المقارن. مصدر سابق، ص 526.
(35) بن ويراد، أسماء. (2018). المصدر السابق، ص 41.
(36)بسيوني، عبد الأول عابدين محمد. (2008). مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة. دار الفكر الجامعي، ص 19.
(37) ملش، محمد أمين كامل. (1957). الشركات. دار الكتاب العربي، القاهرة، ص 248.
(38) ننيس، نغم حنا. (2002). النظام القانوني لزيادة رأس مال شركة المساهمة. دون دار نشر، ص 121.
(39) قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981. المادة 1/34.
(40) [illegible] (2008). [illegible]


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

(41) رضوان، أبو زيد. (دون سنة). المرجع السابق. ص 527.
(42) بن ويراد، أسماء. (2018). المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع. مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 28، ص 41.
(43) بن ويراد، أسماء. (2018). المصدر السابق. ص 41.
(44) قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل لسنة 2004. المادة 15.
(45) بن ويراد، أسماء. (2018). المصدر السابق. ص 41.
(46) بن ويراد، أسماء. (2018). المصدر السابق. ص 43.
(47) قانون الشركات الأردني. المادة 147/ف2.
(48) قانون الشركات الأردني. المادة 278.
(49) العكيلي، عزيز. (دون سنة). مصدر سابق. ص 289.
(50) السباعي، أحمد شكري. (دون سنة). المرجع السابق، ج6. ص 230.
(51) قانون التجارة اللبناني لسنة 1943. المادة 144، قانون التجارة السوري رقم 149 لسنة 1949. المادة 179.
(52) قانون الشركات الأردني. المادة 147/ف1.
(53) قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966. المادة 110/ف1–ف3.
(54) قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 المعدل 1970. المادة 91/ف1.
(55) ريبير وروبلو. مشار إليهما في: السباعي، أحمد شكري. مصدر سابق. ص 231.
(56) قانون الشركات الأردني. المادة 133/ف أ.
(57) النظام الأساس لشركة الفوسفات الأردنية لعام 1993. المادة 47.
(58) قانون الشركات الأردني. المادة 33.
(59) الدباغ، عالية يونس. (2003). مجلس إدارة الشركة المساهمة الخاصة: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ص 25–36.
(60) قانون الشركات الأردني. المادة 106/ثانياً.


هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0