القسم الثاني

اثر التحول على الشركة المخصخصة ومظاهره

لايختلف التحول عن الخصخصة في أن كلاهما يؤدي إلى تغيير النظام القانوني للشركة. إذ أن التحول[١] مدلولين : أحدهما موسع (الحديث) والآخر مضيق (تقليدي). فالتحول وفقًا للمدلول الواسع يعني تغيير النظام القانوني الذي يحكم الشركة سواء اقترن بتغير شكلها من عدمه[٢] .

وفي ضوء هذا المفهوم فإن التحول يعد في الواقع تغييراً في الطبيعة القانونية للشركة يستتبع تغير الأحكام التي تخضع لها، فضلاً عن تغير بعض آثاره الخاصة بالنسبة للشركاء والغير . وهو وفقًا لمدلول مضيق كما جرى الفقه على تعريفه، بأنه تغيير شكل الشركة، أو عملية تتم بانتقال الشركة من شكل إلى آخر من أشكال الشركات، أي بترك شكلها القديم واتخاذ شكل جديد[٣] . وبهذا المدلول أخذت اللائحة التنفيذية لقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ عندما نصت في المادة (٢٩٩) "يجوز تغيير الشكل القانوني لشركة التوصية بالاسهم إلى شركة ذات مسئولية محدودة أو العكس، كما يجوز تحويل اي من الشركتين المشار إليهما إلى شركة مساهمة، ويتم التغيير بأغلبية ثلاثة أرباع الشركاء أو المساهمين في اجتماع غير عادي للجمعية العامة للشركة ".

وتعريف التحول وفقًا لمدلول التقليدي منتقد لأنه ينقصه التحديد، ولايحيط ببعض الصور الخاصة التي يتسع لها النطاق القانوني الحالي للفكرة. بخلاف المدلول الواسع حيث يتسع ليشمل كافة صور التحول الذي يجيزه القانون ومثالاً على ذلك ففي مصر أجاز قانون القطاع العام الملغي تحول شركة القطاع العام إلى شركة مساهمة خاصة[٤].

كما يلاحظ أن قانون الشركات العراقي سلك نفس مسلك القانون المصري بصدد التحول باعتباره تغييرفي نوع الشركة إلى نوع آخر(تغييرالشكل)، وهذا ما جاء في نص المادة ١٥٣ من قانون الشركات العراقي النافذ .

وبما أن الغاية من التحول كفكرة قانونية هي الإبقاء على شخصية الشركة، فيتحدد نطاقه -إذاً- بالشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية، وبحياة الشركة[٥]. وهو بذلك يتميز عن الاندماج الذي يهدف إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة. كما تختلف عملية التحول عن التأميم في أن الأولى عملية إرادية تتم بموافقة الشركاء وينتفي فيه عنصر الإجبار، أما الثانية فإنه يتم بقوة القانون إذ يبدو عنصر الإجبار فيه

---

(١) د. مراد منير فهيم، تحول الشركات(تغير شكل الشركة) المرجع السابق، ص١٨ ومابعدها .
(٢) د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق ، بند ١٦، ص٢١ .
(٣) د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق، ص١٨.
(٤) حيث نص الفقرة (٢) من المادة ٧٣ من قانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ الملغي على أنه "وتتحول شركة القطاع العام إلى شركة مساهمة خاصة إذا أصبح الشخص العام غير مساهم فيها" .
(٥) د. فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٣٥٧ .

واضح لانتفاء إرادة الشركاء. وهناك تساؤل يثور عن أثر هذا التحويل على الشخص المعنوي للشركة وهذا ما تم بحثه في الباب الأول .

وبما أن المشرع هجر بمقتضى قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعيار الموضوعي لتجارية الشركات المتمثل في غرض الشركة أو موضوعها، وأخذ بالمعيار الشكلي المتمثل بالشكل القانوني الذي أتخذته الشركة لنفسها. لذا فإنه حدد نطاق التحول لبعض الشركات دون غيرها وإن هذا التحديد لايعني عدم جواز تحويلها؛ لأن التحول جائز بالنسبة لجميع الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية[١] .

ويفرق الرأي السائد بين التحول المرخص به بنص القانون أو في عقد الشركة، والتحول غير المنصوص عليه في القانون أو في عقد الشركة (نظامها الأساسي) حيث ميز بين هاتين الحالتين من خلال الأثر المترتب على كل منهما إذ في حالة التحول الذي يجيزه القانون أو عقد الشركة لايترتب عليه إنهاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية بل تظل هذه الشخصية قائمة ومستمرة في الشكل الجديد. أما التحويل غير المنصوص عليه في القانون أو العقد فإنه يتضمن إنها الشركة الأولى وإنشاء شركة جديدة[٢]. ومن منظور ما تقدم، يمكن القول مع خلو القانونين الحالي المصري[٣] والعراقي[٤] من نص خاص يرخص بتحول شركة المساهمة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، فإن هذا التحول يمكن أن يتحقق عملاً عن طريق تنازل الشخص العام عن أسهمه في الشركة. وذلك إذ وجد نصاً في عقد الشركة أو نظامها الأساسي يجيز ذلك، وهذا ما يسمى (بالتحول الاتفاقي) [٥] بخلاف (التحول القانوني) الذي ينص القانون عليه ويحدده.

نستعرض في القسم الثاني من الدراسة، الآثار المترتبة على عملية التحول باعتبارها ظاهرة قانونية في الأساس يستند إلى فكرة تغير نظام الشركة، مما يستتبع معها اتخاذ بعض الإجراءات القانونية ،حيث نبين تلك الإجراءات في كل من القوانين المقارنة وبالأخص في القانون الفرنسي مع المقارنة تغير نظام بينه وبين قانوني مصر والعراق كلما دعت الحاجة بالقواعد المطبقة في الدول الأخرى ولاسيما القانون

---

(١) ماعدا الشركة المحاصة لأنها لاتتمتع بالشخصية المعنوية وكذلك الشركة الباطلة لأنها شركة منقضية .

(٢) د.حسني المصري، القانون التجاري، شركات القطاع الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٨٦، ص١٠١ . وكذلك د. مصطفى كمال طه ،القانون التجاري، المرجع السابق، رقم ٣٧،ص٤٦-٤٥ .

(٣) المادة ١٣٦ من قانون الشركات لسنة ١٩٨١ حيث نص على أنه"يجوز تغيير الشكل القانوني لشركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسئولية المحدودة.."

(٤) المادة ١٥٣ من قانون الشركات على المعنى المتقدم حيث نصت أنه" يجوز تحول الشركة من نوع إلى نوع آخر من الأنواع التي نص عليها القانون مع مراعاة الاستثناءات الآتية :

أولاً: لايجوز تحول شركة المساهمة إلى المحدودة أو التضامنية أو إلى مشروع فردي ولا الشركة المحدودة إلى التضامنية.

ثانيًا : لايجوز تحول الشركة المحدودة أو التضامنية إلى مشروع فردي في حالة نقصان عدد أعضائها إلى عضو واحد .

ثالثًا : لايجوز تحول شركة المساهمة أو المحدودة أو التضامنية أو المشروع الفردي إلى شركة بسيطة .

(٥) د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص٣٤ .

المصري والعراقي، وكذلك نبين الاثر المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة.

ولما كان الغرض من التحول للشركة من القطاع العام إلى شركة القطاع الخاص هو استمرار الشخصية المعنوية المترتبة عن القواعد المقررة في قوانين الشركات لحماية حقوق الدائنين والمساهمين وتحديد الشكل القانوني للشركة الناجمة عن التحول. وكيفية الإدارة للشركة المحولة مع بيان البعد الاجتماعي المتمثلة بالعاملين والمركز القانوني للمستثمرين في القوانين المقارنة.

فإنه ترتب على ذلك تقسيم هذا القسم إلى بابين :

الباب الأول: تغييرالنظام القانوني للشركة المخصخصة .

الباب الثاني: البناء القانوني للشركة المخصخصة .

obeikandl.com

الباب الاول

تغيير النظام القانوني للشركة المخصخصة

إن تغيير الشكل القانوني للشركة يستتبع تغيير خضوع الشركة لنظام قانوني معين يحكم الشركة كشخص معنوي، فإذا ترتب على تغيير شكل الشركة تغيير خضوعها لنظام قانوني معين فإننا نكون أمام تحول الشركة. اذ إن للتحول أو تغيير شكل الشركة على حد قول البعض " نطاقاً قانونياً يتحدد بالنظر إلى غايته وهي استمرار الشخصية المعنوية وعدم إنشاء شخص معنوي جديد"[١]. ولاشك في أن التحول لايستتبع انقضاء الشركة (فقدان شخصيتها القانونية) فهل تستتبع الخصخصة إنقضاء الشركة؟ وفي هذا المجال يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للخصخصة وهل تعد من أنواع تحول الشركات؟.

للجواب عن هذا السؤال يجب الرجوع إلى الأحكام العامة لتحول الشركات والمقصود بالتحول عندئذ يتم التوصل إلى طبيعة الخصخصة. وبعبارة اخرى هل إن الخصخصة هي تغير لشكل الشركة أم لا؟ إذا كان الجواب بالإيجاب بمعنى تغيير الخصخصة لشكل الشركة فإنه يمكن اعتبار الخصخصة تحولاً للشركات. أما إذا كان الجواب بالنفي، بمعنى عدم تغيير الخصخصة لشكل الشركة عندها لايمكن أعتبار الخصخصة تحولاً للشركات .

وإن تغير الشكل القانوني للشركة، هو مجرد تعديل يطرأ على نظامها ولايمس كيانها ووجودها، إذ تستمر شخصيتها القانونية قائمة وان تغيير شكلها الخارجي فحسب، ويجب أن لا نفسر مصطلح تغير الشكل القانوني للشركة بالمعنى الضيق الوارد بقانون الشركات ولكن يلزم أن يتسع معنى هذا الاصطلاح ليشمل الخصخصة وكل تغير يطرأ على نظام الشركة تفرضه مقتضيات وضرورات التطور الاقتصادي .

وترتب التشريعات المقارنة هذا الأثر على التحول ،وتطبيقاً لذلك ما جاء في التشريع المصري حيث يعد من مزايا التحول إلى القطاع الخاص بطريق بيع الأسهم استمرار الشخصية المعنوية للشركة. ولا ينال من ذلك أن الشركة تخرج من نطاق تطبيق القانون شركات قطاع الأعمال العام المصري رقم ٢٠٣ لسنة١٩٩١ وتتنقل إلى نظام قانوني اخر، إما للقانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة١٩٨١ أو قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة١٩٨٩[٢].

يعد تغير النظام القانوني للشركات ظاهرة قانونية في الأساس؛ لذا يجب اتخاذ إجراءات قانونية من شأنها تسهيل عمليات التحول إلى القطاع الخاص، وقد تتخذ لذلك بعض الدول سياسة إصدار قوانين ولوائح تعطيها هذه الاختصاصات، وقد يتطلب الأمر تشريعاً يتضمن تفويض الحكومة في تنفيذ مراحل الخصخصة. إذ تنظم عمليات التحول إلى القطاع الخاص بموجب التشريع العراقي على مرحلتين: يعاد في

---

[١] نقلاً عن د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق، ص٢٢ .

[٢] د. حسام الدين عبد الغني الصغير،بيع اسهم شركات قطاع العام ، المرجع السابق، هامش ٨ ص١٥.

الأولى هيكلة الشركات أو المشروعات العامة بتحويلها إلى شركات مساهمة تملك الدولة رأسمالها بالكامل، ومما يجدر ذكره أن المشاريع المراد تحويلها إلى القطاع الخاص قد لا تتخذ بداية شكل شركة المساهمة، كما هو الوضع في العراق والأردن[١]، حيث يتخذ المشروع المراد إجراء عملية خصخصة عليه شكل المؤسسة أو الهيئة أو السلطة العامة، وهذا يتطلب تغير الشكل القانوني للمنشأة العامة إلى شكل شركة المساهمة، حتى يتسنى لها تداول أسهمها في بورصة الأوراق المالية، وبالتالى تحقق الغرض من التحول وتتوسع قاعدة الملكية الخاصة.[٢]

وتحول في المرحلة الثانية هذه الشركات إلى القطاع الخاص وفقاً للإجراءات المقررة في القانون، إذ لا تقل أهمية هذه المرحلة عن المرحلة الأولى، وهذه المرحلة تؤدي إلى فقدان صفة العمومية، حيث إن الشركة تخرج من نطاق القطاع العام، وتدخل ضمن إطار القطاع الخاص بعد بيع أسهمها له أو دمجها بشركات خاصة أو زيادة رأسمالها بأموال مملوكة للقطاع الخاص، وهو ما يؤدي إلى تغير النظام القانوني الذي تخضع له الشركة العامة أو لبعض أوجه هذا النظام. وينبغي في هذا السياق مراعاة احترام حقوق الملكية للمساهمين واحترام تنفيذ الالتزامات التعاقدية وصيانة الملكية الخاصة، إذ تعد هذه الإجراءات مفتاحاً لسياسات الإصلاح الاقتصادي وحافزاً مشجعاً للاستثمارات أو الإسهامات في مشاريع القطاع العام.

ويلاحظ أن عملية تحويل الشركات العامة إلى القطاع الخاص، وفقًا للتشريعات المقارنة، تتم بشكل مباشر دون اللجوء إلى إعادة هيكلية الشركات بعبارة أخرى، يتم على مرحلة واحدة خلافًا للتشريع العراقي، والذي تتم تحويلها من على مرحلتين كما أشرنا إليه أعلاه ، بخلاف التشريعات المقارنة حيث يتم تحويل ملكية الشركات القطاع العام إلى القطاع الخاص مباشرة، مما يؤدي إلى تغير نظامها كشركة ناجمة عن التحول.

ويستلزم ضمان حقوق العاملين الذين من المحتمل أن تتغير أوضاعهم الوظيفية إبان عملية تغير نظام القانوني للمشروعات المخصخصة تحديد حقوق القائمين عليها والتزاماتهم، فقد حرص المشرع الفرنسي على تنظيم هذه المسألة في قانون التحول الفرنسي لسنة ١٩٨٦، ومن الملاحظ أن شركات

---

[١] د. محمد سعيد النابلسي،التخاصية الأردنية بين النجاح والتعثرة،مجلة أخبار التخاصية،عدد ١٧١لسنة ١٩٩٩،ص٩ وما بعدها.

[٢] وهذا ما حدث في الجزائر، حيث تطلب الأمر تعديل الهياكل القانونية السابقة والمتعلقة بوضع القطاع العام قبل الخصخصة، حيث عمم تطبيق القانون الخاص وألغيت النصوص المتضاربة وعدلت القوانين الموجودة مثل: القانون التجاري والمدني وقانون الإجراءات المدنية وقانون العمل والقوانين المتعلقة بمهام موثقي العقود ومراقبي الحسابات ومجلس المحاسبة.
لمزيد من التفاصيل ينظر: محمد بو سماح، الإطار القانوني للخصخصة في الجزائر، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلامية، مركز الأبحاث الإحصائية والاجتماعية والاقتصادية والتدريب، أنقرة، مجلة عدد ١٤ لسنة ١٩٩٣، ص ٢.

المساهمة التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل تخضع لقانون الشركات التجارية الفرنسي لسنة ١٩٦٦، غير أن سيطرة القطاع العام على هذه الشركات يجعل لها بعض السمات الخاصة التي تميزها عن شركات القطاع الخاص التي تخضع لقانون الشركات التجارية الفرنسي، كما أنها تؤدي إلى خضوع تلك الشركات لبعض القوانين الخاصة التي تتعلق بإدارة هذه الشركات[١]، والملاحظ أن النظرية الحديثة لا تعد مجلس الإدارة ومراقبي الحسابات وكلاء عن الشركة والمساهمين، بل هم أعضاء فيها، بيد أن هذا لا يؤدي إلى إغفال فكرة الوكالة تماماً، ذلك أن عزل أعضاء مجلس الإدارة أو المراقبين لا يمكن تفسيره إلا بقواعد الوكالة[٢].

وعلى هذا الأساس أوجب المشرع الفرنسي على مجلس الإدارة دعوة الهيئة العامة للشركة لعقد الاجتماع خلال شهرين من تاريخ تحول الشركة، وذلك بقصد تعيين الهيئات الإدارية (المدراء) من قبل الهيئة العامة للشركة ووضع نظام ينسجم مع قانون الشركات التجارية الفرنسي، ما لم يكن هذا القرار قد صدر قبل تحول الشركة إلى القطاع الخاص، ففي هذه الحالة الأخيرة تجتمع الهيئة العامة للشركة قبل عملية التحويل لتعديل نظامها، ويكون قرار الهيئة العامة الخاص بالتعديل معلقاً على شرط واحد، وهو تحويل الشركة إلى القطاع الخاص، ولا بد من عقد اجتماع ثان للهيئة العامة للشركة بعد تحويلها للقطاع الخاص، بغية تعيين الهيئات الإدارية اللازمة للشركة وتحديد صلاحيتها المالية عند الضرورة[٣].

ومن أبرز المسائل القانونية التي ينصب عليها تعديل نظام الشركة النص على إمكانية إصدار الأسهم الممتازة التي تخول حامليها صوتا مضاعفاً[٤]، أو تخول الشركة حق إصدار أسهم للحامل[٥]، وكذلك حق الشركة في شراء أسهمها في حدود (١٠٪) من رأسمال الشركة[٦]، وأجازت ذلك إذ لم يستطع العمال الاكتتاب في الأسهم المخصصة لهم، فقد أجاز القانون هذا للشركة على أن تباع للعمال مرة أخرى خلال سنة[٧].

---

[١] قانون تحرير القطاع العام الفرنسي رقم ٦٧٥ – ٨٣ في ١٩٨٣/٧/٢٦، ينظر

Yves Guyon, Le Régime Juridique des Sociétés Privatisées en France et en Italie, Petites affiches, 15 dec, 1997, P.5. Pierre Guislain, Les Privatisations: Un Défi Stratégique Juridique et Institutionnel, De Boeck Université, 1995, p.118.

[٢] د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية والملكية التجارية والصناعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣٣١.

[٣] الفقرة الثانية من المادة ٦٩ من القانون الفرنسي المرقم ٤١٦ – ٨٧ في ١٩٨٧/٦/١٧.

[٤] المادة ١٧٥ من قانون الشركات التجارية الفرنسي.

[٥] المادة ٢٦٣ الفقرة ١ من قانون الشركات التجارية الفرنسي.

[٦] المادة ١ الفقرة ٧ من قانون الشركات التجارية الفرنسي.

[٧] Guyon (Y), Les Privatisations en France, op. cit, P.47. et s.

كذلك فإن هذا الحق مقرر في قانون التحول الفرنسي الصادر في ٦ أغسطس ١٩٨٦، حيث قرر نقل جزء من رأسمال هذه المشروعات إلى العمال العاملين فيها إذا رغبوا في ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للفروع التابعة لها. وقد نُظِّم الأمر في المادتين ١١ و١٢ من القانون السابق، ومنه مسألة شروط الاستفادة من الاكتتاب في الأسهم المقررة للعاملين والكمية التي يمكن الاكتتاب فيها.

أما بخصوص تعديل نظام شركة المساهمة، فتختص الجمعية العامة غير العادية بتعديل نظام الشركة[١]، ونظام الشركة هو قانون المتعاقدين، إذ بموجب القواعد العامة لا يجوز تعديله إلا بموافقة جميع المتعاقدين[٢]، وهذا الأمر يكاد يكون مستحيلاً فيه من الناحية العملية والواقعية الحصول على موافقة إجماعية من المساهمين في شركات المساهمة لذا فإن الضرورات العملية تقضي بالعدول عن حكم القواعد العامة.

وقد أعطى القانون أعضاء الجمعية العامة غير العادية للمساهمين حق تعديل نظام الشركة بأغلبية خاصة، إذ تتميز شركة المساهمة بمركز قانوني منظم أقرب إلى القانون منه إلى العقد، بقصد تشكيل مجلس الإدارة في الشركة بعد تحويلها إلى القطاع الخاص، وقد أوجب المشرع[٣] إضافة ثلاثة أعضاء إلى مجلس إدارة الشركة الناجمة عن التحول: اثنان يمثلان العاملين في الشركة، وعضو واحد يمثل بقية المساهمين، وذلك عندما يكون عدد أعضاء مجلس الإدارة خمسة عشر عضواً فأكثر[٤]، ويشير جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يمكن تعديل نظام الشركة بعد ذلك؛ بقصد حرمان العمال من حق التمثيل في مجلس الإدارة على النحو المشار إليه.

ومن منظور ما تقدم يتضح لنا أن عدد الأعضاء الذين يضافون إلى مجلس إدارة الشركة الناجمة عن التحول يختلف بحسب عدد أعضاء مجلس إدارة الشركة قبل تحويلها إلى القطاع الخاص، وقد نصت المادة (٥) من قانون تحرير القطاع العام الفرنسي لسنة ١٩٨٣ على كيفية تشكيل مجلس إدارة شركة المساهمة (العامة) قبل تحويلها إلى القطاع الخاص، إذ يتكون من ثلاث فئات من الأعضاء: ممثلي الدولة، وممثلين عن العمال، وأشخاص آخرين من ذوي الكفاءة والاختصاص، ومن وقت نفاذ التحول لحين عقد أول اجتماع للهيئة العامة للشركة بعد تحويلها يتولى إدارة الشركة رئيس مجلس يختار من الأشخاص ذوي الكفاءة.

---

(١) د. فريد العريني، ود. جلال وفاء البدري محمدين، وكذلك د. محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٨، ص٣٠٥.

(٢) د. مصطفى كمال طه ،القانون التجاري، مقدمة الاعمال التجارية، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

(٣) المادة (٨) الفقرة (١) من قانون التحول الفرنسي لسنة ١٩٨٦.

(٤)

Jean-Philippe Colson, Droit Public Economique, L.G.D.J, Paris, 1997, P. 153.

أما فيما يتعلق بقانون شركات التجارة الفرنسي، فقد بينت المادة (٨٩) منه كيفية تشكيل مجلس إدارة شركة المساهمة، إذ نصت على أنه "تدار شركة المساهمة من قبل مجلس الإدارة الذي يتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل واثني عشر عضواً على الأكثر، ويمكن أن يصل عدد الأعضاء إلى خمسة عشر عضواً إذا كانت أسهم الشركة لها سعر رسمي في البورصة، ومع ذلك يجوز في حالة الاندماج أن يزيد عدد الأعضاء إلى اثني عشر عضواً أو خمسة عشر، إلى عدد يساوي العدد الكلي لجميع أعضاء مجالس إدارة الشركات الداخلة في الاندماج"[١].

وقد خول المشرع الفرنسي سلطات واسعة لوزير الاقتصاد، إذ منحه الحق في تعيين ممثل أو ممثلين في مجلس الإدارة للشركة الناجمة عن التحول، دون أن يكون لهذا الممثل أو الممثلين الحق في التصويت على قرارات مجلس الإدارة، وذلك بموجب الصلاحيات التي تخولها السهم الخاص لوزير الاقتصاد، فضلاً عن سلطته في الاعتراض على السعر الذي حددته اللجنة، إذا كان السعر منخفضاً وذلك لضمان نجاح عملية الخصخصة في مرحلة التقييم للمشروعات المراد تحويلها إلى القطاع الخاص[٢].

وأما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري، فمقتضى القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن قانون قطاع الأعمال العام فإنه يقصد بقطاع الأعمال الشركات القابضة التي حلت محل هيئات القطاع العام، وكذلك الشركات التابعة لها، وهي الشركات التي كانت تشرف عليها هذه الهيئات التي كان يسري بشأنها القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته.

ولا شك في أن الفلسفة من وراء إصدار قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ توسيع قاعدة ملكية القطاع الخاص في شركات القطاع العام، وهو ما عرف بسياسة الخصخصة، ومحاولة من جانب المشرع أن يتخذ هذا القانون ركناً أساسياً له، وهو مبدأ فصل الملكية عن الإدارة، وما يترتب على ذلك من الحد من التدخلات في إدارة الشركات[٣].

وبتحويل الشركات من ملكية قطاع الأعمال العام تخرج الشركة التابعة من نطاق هذا القانون إذا انخفضت مساهمة الشركة القابضة والأشخاص المعنوية العامة وبنوك القطاع العام في رأسمال الشركة عن (٥١٪)[٤]، فإذا اشترك في هذه النسبة أكثر من شركة قابضة، يصدر قرار من رئيس الوزراء لتحديد الشركة القابضة التي تتبعها الشركة.

---

[١] المادة (٨٩) من قانون الشركات التجارية الفرنسي.

[٢] P. Pochet: Réflexion sur le régime juridique des privatisation, Rev. trim. Droit com, Juillet – Septembre 1988, P.374.

[٣] د. عبد الحكم محمد عثمان، التطور التشريعي في تنظيم القطاع العام في مصر ومدى الحاجة إلى القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الرابعة والثلاثون، العدد الأول، يناير، ١٩٩٢، ص ٢٠.

[٤] المادة (١٦) من قانون قطاع الأعمال العام المصري.

ونلاحظ أنه لا بد أن يكون رأسمال الشركة القابضة مملوكا كله وبالكامل للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة، في حين يمكن تأسيس الشركة التابعة من قبل الشركة القابضة وحدها أو بالاشتراك مع شركات قابضة أخرى أو أشخاص اعتبارية عامة أو بنوك القطاع العام أو أفراد أو أشخاص اعتبارية من القطاع الخاص، وللشركات القابضة بيع أسهمها التي تملكها في الشركات التابعة، وجعل المشرع هذه الأسهم قابلة للتداول، وللشركة القابضة شراء أسهم شركات أو بيعها أو المساهمة في رأسمالها[١].

وقد بات الأمر محسوماً بالنسبة لأموال هذه الشركات في ظل قانون شركات قطاع الأعمال العام بعد أن كان محلاً للخلاف في ظل قوانين شركات القطاع العام السابقة بإعتبارها أموالاً خاصة[٢]، إذ جعل المشرع أسهم شركات القابضة قابلة للتداول سواء عن طريق بيع أو الشراء أو المساهمة في رأسمالها بإعتبارها أموالاً خاصة، ويثار التساؤل في هذه الحالة عن مصير الشركة التابعة: هل ستصبح إحدى شركات قانون شركات الأموال المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أم إحدى شركات قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٨٩؟

وللإجابة عن هذا التساؤل، يذهب جانب من الفقه المصري[٣] إلى أن قانون شركات قطاع الأعمال العام ولائحته التنفيذية لم يعالجا هذه المسألة، وهو ما يشير إلى أن المشرع ترك للمساهمين حرية اختيار النظام القانوني الذي تخضع له الشركة بعد خروجها من نطاق تطبيق قانون شركات قطاع الأعمال العام، ويرى البعض الأخر[٤] أن المشرع أراد أن يحقق المنافسة الحرة بين القطاعين العام والخاص، وأن يشجع التقدم في جميع المجالات، وتخلى بذلك عن دور القطاع العام في هذا الخصوص، لما كان من أحد الأهداف الرئيسة لنقل الملكية العامة للقطاع الخاص الحماية من السلوك الاحتكاري، وهذه الحقيقة يجب أن يكون لها أثر في كل إجراء حكومي؛ لذا فإن الحكومات تتعامل مع أصول قانونها أو دستورها، وعليه يكون للجمعية العامة غير العادية أن تقرر الدخول في نطاق قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، على أن تستوفي المستلزمات وأن تتخذ الإجراءات التي ينص عليها هذا القانون، أو أن تدخل في نطاق قانون الاستثمار، وهو ما يوجب موافقة هيئة الاستثمار على ذلك بعد استيفاء جميع متطلبات هذا القانون.

ويستطيع نقل الملكية الخاصة أن يسهم في كل من إحساس الحكومة بمسئولياتها والوفاء بها بصفتها وكيلة عن ممتلكات الآخرين ومراعاتها للإجراءات القانونية والإفصاح والشفافية؛ لكي لا تفاجأ مصلحة

---

[١] المادة الثانية من الباب الأول من قانون قطاع الأعمال العام المصري.

[٢] إبراهيم عبد العزيز شيحة، الأموال العامة، منشأة المعارف، ٢٠٠٦، ص ٢١٥.

[٣] د. محمود سالم، قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، دورة في برنامج الإصلاح الاقتصادي ودور المكتب الفني لوزير قطاع الأعمال العام في تصحيح تكملة مسيرة شركات قطاع الأعمال العام، مطبعة الأوفست، بشركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٥٦.

[٤] د. إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢١٦.

الشركات وهيئة سوق رأس المال أو هيئة الاستثمار بشركات مساهمة كانت أصلاً من شركات القطاع العام وأصبحت نتيجة بيع أسهمها للقطاع الخاص من شركات القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أو من شركات قانون الاستثمار، دون اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة، وهو الأمر الذي يأباه المنطق القانوني السليم[١].

وبالرغم مما تقدم يبقى السؤال قائماً حول ماهية الإجراءات التي ينبغي أن تتبعها الشركة التابعة لكي تتحول إلى شركة خاصة خاضعة لقانون الشركات أو قانون الاستثمار المصري، ويرى البعض[٢]" أن قواعد التأسيس الواردة في هذه القوانين لا تصلح على إطلاقها للتطبيق على حالة تحويل الشركات التابعة إلى القطاع الخاص، فقواعد التأسيس الواردة في هذه القوانين وضعت للتطبيق على الشركات عند بداية تكوينها، ولا تسري على حالة التحول إلى القطاع الخاص؛ لأن الشركة التابعة لا تفقد شخصيتها المعنوية بموجب هذا التحويل، وإنما تظل محتفظة بشخصيتها بعده"[٣]. وهذا ما سنفصله في الفصل الأول من هذا الباب عند البحث عن الأثر المتعلق بالشخصية القانونية للشركة المخصخصة.

وأما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فقد نصت المادة (١٠٤) من قانون الشركات العراقي على أنه "**أولاً**: يتكون مجلس الإدارة في شركة المساهمة الخاصة من أعضاء أصليين لا يقل عددهم عن خمسة، ولا يزيد على تسعة، يختارونه كما يأتي: أعضاء لا يقل عددهم عن ثلاثة، ولا يزيد على سبعة تنتخبهم الهيئة العامة للشركة[٤]؛ عضوان يمثلان العاملين في الشركة يختاران من قبل الاتحاد العام لنقابات العمال من بين العاملين فيها. **ثانياً**: يكون لمجلس الإدارة في شركة المساهمة الخاصة أعضاء احتياطيين يختارون بالطريقة والنسب المقررة للأعضاء الأصليين.

وعلى هذا الأساس يترتب على التحول فقدان الأعضاء الثلاثة الممثلين للقطاع الاشتراكي لعضويتهم في المجلس، وبذلك نكون أمام حالتين: **الأولى**: تعيين أعضاء جدد في مجلس الإدارة محل الأعضاء الثلاثة الممثلين للقطاع الاشتراكي الذين انتهت عضويتهم في المجلس نتيجة التحول، إذ يحل الأعضاء الاحتياط الممثلون للقطاع الخاص الذين عينتهم الهيئة العامة محل هؤلاء الأعضاء الذين فقدوا عضويتهم.

أما الحالة الثانية: فتتمثل في الاكتفاء بالأعضاء الستة المتبقين وعدم تعيين أي عضو جديد في مجلس الإدارة؛ لأن قانون الشركات حدد عدد أعضاء مجلس الإدارة بما لا يقل عن (٥)، ولا يزيد على

---

[١] د. محمود سالم، المرجع السابق، ص٥٦، وستيف.هـ هانكي، المرجع السابق، ص١٠٠- ١٠١، وكذلك بخصوص تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص : د.جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص٧٨ .

[٢] د. حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع أسهم شركات قطاع الأعمال العام للعاملين، المرجع السابق، ص١٣٥ وما بعدها.

[٣] د. حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع أسهم شركات قطاع الأعمال العام للعاملين، المرجع السابق، ص ١٣٦.

[٤] بعض القوانين تطلق على الهيئة العامة إسم الجمعية العامة كقانون الشركات الفرنسي والمصري في حين ان قوانين اخرى تطلق عليها الهيئة العامة كقانون الشركات العراقي والاردني .

(٩)[١]. ونصت المادة (١٠٥) من قانون الشركات العراقي على أن "تستثنى شركات المصارف والإستثمار المالي من تمثيل العاملين في مجلس الإدارة".

ويتضح من المادة السابقة أن التعيين لا يكون لازماً بالنسبة للأعضاء الجدد، إلا في حالة كون الشركة من شركات المصارف أو شركات الاستثمار المالي التي لا يجيز القانون تمثيل العاملين في مجلس إدارتها؛ لذا ففي حالة بقاء أربعة أعضاء فقط في مجلس الإدارة نتيجة انتهاء عضوية بعضهم، يستوجب الأمر عندئذ تعيين عضو واحد جديد على الأقل من الأعضاء.

ومجلس الإدارة طبقاً لأحكام قانون الشركات العراقي هو عدد من الأشخاص محدد قانوناً من الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية يتولون ادارة الشركة في حدود اختصاصاتهم وتحت رقابة الهيئة العامة [٢] وإن القانون العراقي حدد عدد الاعضاء بحدين أعلى وأدنى شأنه في ذلك القانون الفرنسي والأردنى .

بالإضافة إلى ذلك لم يمثل قانون الشركات والبنوك والاستثمار المالي. العمال في الادارة وكانت أحد المطالب التي نادى بها المستثمرون ورجال الأعمال العرب في المؤتمر الشركات المساهمة والذي عقد في المدة من ٤٢ -٢٧ مارس١٩٨٠ تحت إشراف الهيئة العامة للاستثمار، وعلى الرغم من أن هذا الإستثناء تمثل ضمانة قانونية يحقق جذب مزيد من الاستثمارات، إلا أنه ينبغي أن يسود تمثيل العاملين حتى في إدارة الشركات الخاصة كالبنوك والاستثمار المالي إذا أريد للعمل نصيب حقيقي في ادارتها وهذا مانصت عليه المواد ٢٥٣-٢٥٦ من اللائحة التنفيذية من القانون المصري .

وإن هذا المبدأ يجب أن يسود في القطاعين العام والخاص وإنه سائد حتى في النظم الرأسمالية المعاصره وهذا ما ينطبق على ما آل إليه المشرع الفرنسي كما بيناه من قبل[٣]، وتكمن الحكمة في ذلك حماية لتآلف عنصري الانتاج (العمل ورأس المال) ويمكن اقتراح المعالجة الآتية التي يمكن أن يأخذ بها المشرع العراقي عن طريق ممازجة التجربة الفرنسية وماهو مقرر في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري ، مما يعود على الاقتصاد القومي بالازدهار بالإضافة إلى زيادة الانتاجية في تلك المشروعات ورفع كفاءتها.

---

[١] المادة (١٠٤)الفقرة أولاً من قانون الشركات العراقي.

(٢) عالية يونس عبد الرحيم الدباغ ، مجلس ادارة شركة المساهمة الخاصة ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة موصل،٢٠٠٣، ص٩.

(٣) راجع المطلب الثالث من الفصل الثاني (القسم الاول) من هذه الدراسة .

الفصل الأول

الشخصية القانونية للشركة المخصخصة

كقاعدة عامة لا يترتب على تغير النظام القانوني لشركة أية آثر متعلق بالشخصية القانونية للشركة المخصخصة، وبما أن التحول لايؤدي إلى انقضاء الشركة المخصخصة ولا إلى زوال شخصيتها الاعتبارية، ويبنى على ذلك أن الشركة تظل تحتفظ بشخصيتها المعنوية .إذ جل مايترتب على التحول هو حل مجلس إدارتها وزوال صفته في تمثيلها، ومما لا شك فيه أن هذا الوضع يثير قلق أعضاء مجلس إدارة الشركة، فمن المحتمل عدم تمثيلهم في مجلس إدارة الشركة الجديدة (المخصخصة)، وهو ما يؤدي إلى دفعهم لعرقلة عملية الخصخصة وإعاقتها، على الرغم من تحقيقها للمصلحة العامة.

وقد تنبهت التشريعات المقارنة لخطورة هذا الوضع وأدركت أهمية تنظيم هذه المسألة، إذ على هذا الأساس أوجب المشرع خلال شهرين من تاريخ التحول عقد اجتماع مجلس إدارة الشركة ودعوته للهيئة العامة وإجراء تعيين المدراء من قبل هذه الهيئة، ما لم يكن هذا الإجراء أو القرار قد صدر من قبل عملية التحول ، حتى يبلغ عدد أعضاء المجلس الحد الأدنى، أي خمسة أعضاء[1]. وخول المشرع الفرنسي لوزير الاقتصاد حق التعيين، كما خولهُ الصلاحيات التي خولها السهم الخاص لوزير الاقتصاد.

ويثار التساؤل في هذه الحالة عن الأثر المتعلق بالشخصية المعنوية للشركة المخصخصة: هل تفقد شخصيتها بعد إجراء عملية التحول أم هل تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية في القانون العراقي ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نرى أن الجوانب القانونية لنقل الملكية العامة إلى القطاع الخاص واسعة النطاق، وترتبط بكثير من فروع القانون، ومع أنه ليس هناك نص واحد يستطيع الإجابة عن كل الأسئلة، فإذا ما حدثت عملية تحول الشركة إلى شركة مساهمة خاصة، فإن ذلك لايؤدي إلى انقضاء الشركة وتأسيس شركة جديدة، إلا أن ذلك يكون بحسب الأحوال، فكل التجمعات للشركات وتكوينها ما هي إلا نتاج للعلاقات: علاقات هيكلية وعلاقات تعاقدية وتجمعها الشركة لتحقيق التركيز الاقتصادي، والحقيقة أن أغراض العلاقة الواحدة بكل وحدة اقتصادية هي التي تحدد سمة العلاقة: هل تكون في إطار التبعية أو لا، وينقسم المساهمون إلى مساهمين إيجابين تهمهم إدارة الشركة ومساهمين استثماريين، هدفهم من الإسهام مجرد الاستثمار[2].

ومما تجدد الإشارة إليه أن نص المادة (٣) من قانون هيئات القطاع العام المصري وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ كان يعد الشركة فيه من قبيل الشركات العامة الخاضعة لأحكامه، فقد كانت هذه الشركات

---

[1] المادة ١٠٩ من قانون الشركات العراقي ١٩٨٦.

[2] د. محمد شوقي شاهين، الشركات وطبيعتها، بدون مكان وسنة طبع، صـ١٨٩.

تعد من شركات القطاع العام لأسباب سياسية أو اجتماعية أو تاريخية[١]. اما المادة (١٦) من قانون شركات قطاع الأعمال العام فتنص على "أن لا يقل ما يملكه القطاع العام عن (٥١%) من رأسمال الشركة التابعة"، وهذا يعني أن تلك الشركات تفقد وصف الشركات العامة بمجرد تطبيق قانون شركات قطاع الأعمال العام، وتصبح من الشركات الخاصة[٢].

والحقيقة أن الآثار القانونية الناجمة عن تحويل شركة المساهمةالعامة إلى القطاع الخاص وفقاً للتشريعات المقارنة تشبه إلى حد كبير الآثار الناجمة عن تحول الشركات المختلطة إلى شركات خاصة وفقاً للتشريع العراقي، إذا ما حدثت عملية التحول عن طريق زيادة رأسمال الشركة المختلطة بأموال مقدمة من قبل القطاع الخاص، أما في حالة تحول الشركة المختلطة إلى شركة خاصة عن طريق الدمج أو تحويل الشركة المحدودة المختلطة (تغير شكلها القانوني) إلى شركة مساهمة خاصة، فإن ذلك لايؤدي - كما سبقت الإشارة إليه – إلى انقضاء الشركة المختلطة وتأسيس شركة جديدة، وتنتقل الحقوق والالتزامات للشركة الناتجة عن التحول[٣].

ولا تستلزم عملية تحول الشركة المختلطة عن طريق زيادة رأسمالها على هذا النحو انقضاء هذه الشركة وتأسيس شركة جديدة، بل إن كل ما يترتب على التحول من آثار فقدان هذه الشركة لوصفها شركة مختلطة وما يستتبعه من آثار قانونية، لعل أبرزها ضرورة إعادة النظر في تشكيل مجلس إدارة الشركة المختلطة بعد تحويلها إلى شركة خاصة، وذلك أن تشكيل مجلس إدارة شركة المساهمة المختلطة يختلف عما هو مقرر بالنسبة للشركة المساهمة إلخ ..[٤].

كذلك يؤدي تحويل الشركة من مختلطة إلى خاصة إلى ترتيب آثار قانونية أخرى، إذ ينبغي للشركة المساهمة الخاصة الناجمة عن التحول أن تعدل عقدها لتغير إسمها وحذف كلمة (المختلطة) من إسم الشركة[٥] ، ويترتب على التحول إمكانية زيادة نسبة مساهمة الشخص الطبيعي أو المعنوي من غير القطاع الاشتراكي عن الحد الأعلى المقرر لنسبة مساهمته في شركة المساهمةالمختلطة، وهي (١٠%) من رأس المال أو أقل من ذلك بحسب التحديد الذي تقره الجهة القطاعية المختصة، على أن لا تتجاوز نسبة إسهام هذا الشخص في الشركة المحولة عن (٢٠%) من رأسمالها[٦] ، ويترتب أيضاً على هذا

---

[١] بخلاف ذلك اذ ان الشركات القابضة والشركات المساهمة والتي تخضع للقانون المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ومن ثم تعد من أشخاص القانون الخاص.

[٢] د. محمود سالم، المرجع السابق، صـ٥٧.

[٣] صهيب موسى جفال، المرجع السابق، صـ٤٦.

[٤] كما سبقت الإشارة إليه في تغير نظام الشركة.

[٥] تنص المادة (١٣) الفقرة أولاً من قانون الشركات العراقي على أن إسم الشركة يجب أن يكون مستمداً من نشاطها، ويذكر فيه نوعها، مع إضافة كلمة المختلطة إن كانت مختلطة.

[٦] المادة (١٣٢) الفقرة أولاً من قانون الشركات العراقي.

التحول عدم خضوع الشركة الناجمة عن التحول لرقابة سلطة الرقابة المالية[١] وتدقيقها، كما تخرج من نطاق تطبيق قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الذي كانت تخضع له الشركة قبل عملية التحول[٢].

مما تقدم يتضح لنا أن الركيزة الاساسية في هذه المسألة تكمن في إمكانية أن تؤدي عملية التحول إلى خلق شخصية اعتبارية جديدة ام تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية. وعلى هذا الأساس يمكننا التمييز بين تغير شكل الشركة، أي تحول الشركة يعنى خصخصتها والاندماج لأنه يترتب على حالة الأخيرة، انقضاء شخصية معنوية لشركة وبالتالي يؤدي إلى خلق شخصية معنوية جديدة، وعندما يجتمع الافراد لتأسيس شركة، ويتفقون على أن يكون لها شكل قانوني معين، ويحددون لها غرضا معيناً، ويستلزم تأسيس شركة جديدة وضوابط كما هوالمشار إليه في البحث، علماً بأن هذه النقطة هي المفتاح للمسألة ولايترتب على خصخصة انقضاء الشخصيه المعنوية لذا نعرض الأثر المتعلق بها (أهليتها القانونية، وزوال سلطة مجلس إدارة)، وهذا يعني أن الخصخصة لايمس جوهر الشركة، أي لايمس الشخصية المعنوية في حين أن الاندماج يمس جوهر الشركة أو الشخصية المعنوية، بخلاف تحول أوتغييرالشكل للشركة إذ تظل الشركة قائمة ومتمتعة بشخصيتها القانونية، لطالما ان الجوهر لايمس بخلاف ذلك يؤدي إلى انقضاء الشخصية المعنوية وهذا ما سنستعرضه في المبحث الأول من هذه الدراسة .

---

[١] المادة (١٣٣) من قانون الشركات العراقي وكذلك المادة (٧) الفقرة (ب) من قانون الشركات العامة العراقي، ونشر التعديل الثاني لقانون الشركات العامة في الوقائع العراقية العدد ٣٩٢٥ في ٢٠٠٢/٤/٨.

[٢] أمير محسن جاسم الجناوي، النظام القانوني لإدارة الشركات العامة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣ ، صـ٤٠.

obeikandl.com

المبحث الأول

موقف التشريعات المقارنة من الأثر المتعلق بالشخصية القانونية للشركة المخصخصة

لقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا – قبل صدور قانون الشركات الفرنسي الحالي– إلى أن الشركة لا تنقضي بسبب تغيير شكلها ولا تفقد شخصيتها الاعتبارية شريطة أن يكون مصرحًا بتغير الشكل القانوني للشركة في القانون أو نظامها الأساسي(العقد) .

أما إذا كان لا يوجد نص في القانون أو في النظام – يسمح بذلك – فإن تغير الشكل القانوني يترتب عليه إنقضاء الشركة وحلول شركة أخرى محلها ليس لها أدنى صلة بالشركة القديمة.

وبناء عليه، فإن الرأي السائد في فرنسا قديمًا كان يفرق بين التحول الذي ينص القانون أو عقد الشركة على جوازه، والتحول غير المنصوص عليه في القانون أو العقد. فالتحول الذي يجيزه القانون أو عقد الشركة لا يترتب عليه أنهاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية بل تظل هذه الشخصية قائمة ومستمرة في الشكل الجديدة، أما التحويل غير المنصوص عليه في القانون أو العقد فإنه يتضمن إنهاء الشركة وانقضاء لشخصيتها الاعتبارية وإنشاء شركة جديدة محلها [١] .

وموقف قانون الشركات الفرنسي واضح في هذا الخصوص والذي قرر على أن تغيير شكل الشركة لايترتب عليه نشوء شخص اعتباري جديد . فالقاعدة إذاً إن الشركة تظل محتفظة بوجودها وكيانها وشخصيتها المعنوية بعد تغيير شكلها بالشرط أن ألا يصاحب تغير الشكل القانوني تعديلات أخرى في نظامها على درجة كبيرة من الأهمية كتعديل غرضها مثلاً[٢]. ثم عدلت عن هذه شرط باعتبار ان التحول تغيير نظام الشركة .

أما بصدد موقف القانون المصري فقد نصت المادة (٥٣) الفقرة (١) من القانون المدني المصري على أنه تتمتع الشركة كشخص معنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون [٣] .

---

(١)
J. Le Gall, French Company Law, European Commercial Law Library, Oyez Publishing Limited, London, 1974.
د. حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الثاني، شركات القطاع الخاص، ١٩٨٦،رقم ٨٠ ص١٠١، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق، رقم ٣٧، ص٤٥-٤٦ .

(٢) د. مراد فهيم ، تحول الشركات، المرجع السابق، ص٦.

(٣) يقابلها المادة ٤٨ الفقرة (٢) من قانون المدني العراقي والتي ينص على أنه " يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ماكان منها ملازمًا لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

وتتمتع هذه الشخصية المعنوية باستقلال ذاتي وشخصية قانونية متميزة عن الأشخاص المكونين لها، بحيث إنه يمكنها القيام بذات الأعمال التي يقوم بها الشخص الطبيعي في الحياة القانونية[١] .

والأصل أن شركات الأموال تكتسب الشخصية المعنوية قانونًا منذ استيفتاء إجراءات التأسيس التي نص عليها القانون والذي يلزم لكي تكتسب الشركة الشخصية القانونية اتخاذ إجراءات الشهر التي يقررها القانون. حيث نصت المادة ١٧ من شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه (....وتشتهر الشركة وتكتسب الشخصية الاعتبارية بعد مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري) [٢].

إذ أن الغرض من الشهر هو إعلام الغير بوجود الشركة كشخص معنوي فقط حتى يتسنى لغيره الاحتجاج بعد ذلك بوجود الشركة. وبناء على ذلك تنتفي العلاقة بين نشوء الشركة، كشخص معنوي، وإتخاذ إجراءات الشهر، إذ يحق للغير أن يحتج بوجود الشركة[٣] ويتمسك بشخصيتها المعنوية ما دام لم يقرر طلب بطلانها. وهذا ما نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، على أن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة لاتثبت لها شخصيتها الاعتبارية ولايجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا من تاريخ الشهر في السجل التجاري .

وتختلف الشخصية المعنوية للشركة عن الشخصية الطبيعية في أمرين: الأول يتعلق بالحقوق والإلتزامات الملازمة لطبيعة الشخص الطبيعي كالسن أو الجنس أو القرابة أو الجسد. وهذا ما أكدته المادة (٥٣) المشار إليها في القانون المدني المصري رقم٣١ لسنة ١٩٤٨ وكذلك المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

وتطبيقًا للنصين المذكورين فإنه لايمكن للشخص المعنوي اكتساب حقوق وتحمل التزامات الأسرة الناشئة عن الزواج مثل النفقة أو الطلاق، كذلك الألتزامات المتصلة بالكيان الجسدي كواجب الخدمة العسكرية أو الحقوق كحق السلامة الجسدية أو البدنية. أما الأمر الثاني: فهو يتعلق بضرورة تخصيص صلاحية الشخص المعنوي لتحقيق غرض معين يتحدد بموجبه حقوقه والتزاماته [٤].

---

(١) د. محمد علي سويلم، الشركات التجارية في الأنظمة العربية المقارنة (ما هي الشركات، خصائصها، أركانها (الموضوعية والشكلية) أنواعها- شركات الأشخاص (شركة التضامن، التوصية البسيطة، المساهمة)، لشركات الأموال (شركة المساهمة، التوصية بالأسهم، وأموالها، وانقضاؤها- التصفية، والقسمة والإفلاس والاندماج- في ضوء الفقه وأحكام القضاء) دار المطبوعات الجامعية ،٢٠١٣ ، ص٨٣.

(٢) المادة ١٧(مستبدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ واضيفت جزء إلى الفقرة الأخيرة بالقانون ٩٤ لسنة ٢٠٠٥) والتي تنص في مادة (٤) على أنه"يسري على شركات الأموال التي تؤسس وفقاً لاحكام الواردة في المواد (١٧و١٨و١٩) من قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٣) د.هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة (الاعمال التجارية – التجار- الملكية التجارية)، دار جامعة الجديدة، ٢٠١٥ ، ص١٠٦ ومابعدها.

(٤) د. أكرم ياملكي ، قانون الشركات ، مكتبة الذاكرة، بغداد، الاعظمية، ط١، ٢٠١٢، ص٥٠ .

فالشركة يتوقف وجودها على الغرض الذي وجدت لأجله، وأن للشركة ممثلين لمباشرة حقوقها، وأن لها إسم وموطن وجنسية تميزها عن غيرها، وأهلية قانونية محددة في حدود الغرض الذي أنشأت من أجله، وذمة مالية مستقلة.

لذا نستعرض الآثار القانونية المترتبة على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية إذ يؤدي تحول الشركة إلى تغير النظام القانوني للشركة المخصخصة كما سبقت الإشارة اليه، وكذلك إلى زوال دور مجلس إدارتها وسلطاته وصلاحياته في ممارسة اختصاصاته، سواء أكان في إدارة الشركة أم تمثيلها[1]، وهذا ما نعرض له في المباحث الآتية:

المطلب الأول: الذمة المالية المستقلة للشركة .

المطلب الثاني: الأهلية القانونية للشركة .

المطلب الثالث: إسم الشركة وموطنها.

المطلب الرابع: جنسية الشركة.

[1] د. حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، المرجع السابق، ص٤٨٣.

obeikandl.com

المطلب الأول

الذمة المالية المستقلة للشركة

يترتب على استمرار الشخصية المعنوية للشركة تمتعها بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين لها[١]. ومعروف أن الذمة المالية هي (مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من إلتزامات مالية) بحيث تكون الشركة مالكة لأموالها بمعزل عن الأموال الشخصية للشركاء الذين لا يتمتعون باي حق ملكية على أموال الشركة ولا يكون لهم أي حق إلا فيما تدره الشركة من أرباح، وهذا أثناء تمتعها بالشخصية المعنوية. أما عند أنتهاء الشخصية المعنوية للشركة مثلاً بتصفيته، فإن أموال الشركة وموجوداتها تصبح مملوكة للشركاء على الشيوع وحكمه تكمن وراء ذلك في أن أنتهاء الشخصية المعنوية يؤدي بالضرورة إلى زوال الذمة المالية للشركة.

وإذا كان في قاعدة وحدة الذمة المالية ضمان عام للدائنين، فإن هذا الضمان ليس مطلقًا قدر تعلق الأمر بالشركات لذلك يلاحظ وعلى الأخص في شركات المساهمة اهتمام المشرع في هذا النوع من الشركات لحماية الدائنين من الاحتيال، أوضمان الرقابة على هذا النوع من الشركات لمنع الشركات الوهمية[٢].

وتتكون الذمة المالية للشركة عمومًا من الحصص التي يقدمها الشركاء (حصص نقدية أو عينية) والأموال الاحتياطية التي تكونها الشركة أثناء حياتها[٣]. ويفقد الشريك حق ملكية الحصة المقدمة منه على سبيل تمليك كما يفقد حق الانتفاع بالمال إذا كانت حصته مقدمة منه على سبيل الانتفاع. ويتقرر ذلك بمجرد إبرام عقد الشركة في بداية تكوينها لأنه يترتب على تكوين الشركة اكتسابها الشخصية المعنوية، فتكون لها نتيجة لذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء. لذا فإن الذمة المالية للشركة تصب فيها حصص الشركاء التي تخرج من ذمتهم المالية لتستقر في الذمة المالية للشركة المحولة، ونتيجة لذلك تكون الذمة المالية للشركة منفصلة عن الذمة المالية للشركاء. ويرى الفقهاء[٤] ان استقلال الذمة المالية للشركة له جانبان أحدهما إيجابي والآخر سلبي. ويقصد بالجانب الإيجابي ما للشركة من حصص التي قدمها الشركاء

---

(١) الفقرة (٣) من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي، والفقرة (٢/أ) من كل من المادة (٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (٥١) من القانون المدني الأردني .

(٢) د. حسين فيض الله، المرجع السابق، ص٨٨ .

(٣) د. سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص٩١ .

(٤) د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، رقم ٩٣، ص١٣١، د. حسني المصري، دروس في القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية – التاجر – الشركات التجارية الخاصة، ١٩٨٥ ، رقم ١٩٤، ص٣٣٩ ومابعدها، وكذلك د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٢، رقم ٤٣، ص١٠٠-١٠٢ . ود. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية(الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، رقم ٥٩، ص٧٠ .

من مال، فلا يكون لأي شريك سوى حق دائنية في مواجهة الشركة على الأرباح السنوية التي تحققها أثناء حياتها أو على ما يبقى من موجوداتها عند انقضائها وتصفيتها. ومفاد ذلك أنه لا يجوز للدائن الشخصي للشريك أن يتقاضى حقه من التنفيذ على الحصص المقدمة من الشركاء، لأنها مملوكة للشركة وليس للمدين الشريك، وإنما له أن ينفذ على نصيب الشريك في الأرباح أو على ما يبقى من أموال للشركة بعد انقضائها وتصفيتها، لأنها تكون عندئذ مملوكة للشريك وليس للشركة. أما الجانب السلبي، فيتمثل في ما على الشركة من الإلتزامات التي تنشأ للغير من تعاملات مع الشركة. ويمكن لدائني الشركة التنفيذ على أموالها ما دامت محتفظة بشخصيتها المعنوية وذمة مالية مستقلة عن شركائها، وبخلاف ذلك لايثبت هذا الحق للدائنين الشخصين للشريك ويترتب على أستقلال الذمة المالية للشركة منفصلة عن الذمة المالية للشريك عدة نتائج[١].

أولاً : تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها

تعد اصول الشركة ضمانًا عامًا لدائني الشركة وحدهم دون دائني الشركاء الشخصيين. ومفاد ذلك أن دائني الشركاء الشخصيين لا يستطيعون أقتضاء حقوقهم من أموال الشركة – بحجة ان لمدينه نصيبًا فيها – عن طريق الحجز على أموال الشركة. وبالمقابل لا يجوز لدائني الشركة أقتضاء حقوقهم التي بذمة الشركة عن طريق الحجز على أموال الشركاء الخاصة.

أما الشركات التي تكون ديونها مضمونة بأموالها وبأموال الشركاء فيها في آن واحد كشركات التضامن، فإن الوضع فيها لا يختلف عن باقي الشركات بالنسبة للذمة المالية[٢].فبالرغم من مسئولية الشركاء عن ديون الشركة في ذممهم الخاصة. فإن جانبا من الفقه يرى أنه يؤدي إلى أختلاط الذمم المالية للشركاء بذمة الشركة أو الانتقاص من الشخصية المعنوية لهذه الشركات[٣].

وعلى خلاف ذلك، يرى البعض، "ان الشركاء يعتبرون ضامنين لديون الشركة، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسئوليته إلى مسئوليته عن وفائها ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة"[٤].

ونحن بدورنا نتفق مع ما ذهب اليه الرأي الثاني باعتبار أن ما يقوم به الشركاء وما يقدمونه من أموالهم الخاصة وبجانب أموال الشركة تعد نوعا من الضمان الإضافي لدائنيها وهذا لا ينطوي على أي إنقاص من الشخصية المعنوية للشركة ومن استقلالية ذمتها المالية .

---

(١) د. أكرم ياملكي، قانون الشركات، المرجع السابق، ص٤٧. ود.أبو زيد رضوان ، المرجع السابق، رقم ٩٤ ص١٣٢ .

(٢) د.هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة،(الاعمال التجارية – التجار- الملكية التجارية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣،ص١٦٥ ، ود. أحمد البسام، القانون التجاري، بغداد، ١٩٦١، ص٢١١.

(٣) د. مصطفى طه، المرجع السابق، رقم ٤١، ص٤٨، و د. محمود مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركات التجارية، دار الفكرالعربي، ١٩٨٥، رقم ١٦٣، ص٢٢٧ .

(٤) د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٥٤ .

ثانياً : إن آثار التصرفات المالية التي تصدر عن ممثلي الشركة في حدود اختصاصاتها تنصرف مباشرة إلى ذمة الشركة ولاتتعلق بذممهم .

ثالثاً : أن الحصص التي يقدمها الشركاء تعد ملكًا للشركة، فالحصة التي يقدمها الشريك إلى الشركة تخرج من ذمته المالية للشريك وتصبح دينًا في ذمة الشركة، فيكون للشركة حق التصرف فيها، وبالمقابل لايكون للشركاء قبل الشركة سوى الحق في قبض الأرباح أن تحققت واقتسام أموال الشركة عند تصفيتها. وكل من هذين الحقين من الحقوق الشخصية، أي الديون، فهو مجرد حق دائنيه من طبيعة منقولة ولو كانت الحصة المقدمة من قبل الشريك عقارًا [١].

رابعًا : إن إشهار إفلاس الشركة لا يؤدي إلى إشهار إفلاس الشركاء عليه ولايترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء وبالمقابل لايترتب على إفلاس الشركاء إفلاس الشركة [٢].

خامسًا : لاتقع المقاصة بين دين الشركة ودين الشريك وتفريغًا على مبدأ استقلال الذمة المالية للشركة فإنه لايجوز وقوع المقاصة بين ما للشركة أو عليها من ديون وبين الديون التي للشركاء أو عليهم، ومن ثم لايجوز لمدين الشركة أن يتمسك بالمقاصة إذا أصبح دائنًا للشريك. ولايجوز لمدين أحد الشركاء أن يتمسك بالمقاصة إذا أصبح دائنًا للشركة، لأن المقاصة تفترض وجود ذمتين ماليتين كلتاهما دائنة ومدينة للأخرى في ذات الوقت، بعبارة أخرى إن المقاصة تفترض أتحاد ذمة الدائن والمدين في شخص واحد، وليس اتحاد بين ذمة الشركة وذمم الشركاء [٣].

المطلب الثاني

الأهلية القانونية للشركة

تنص الفقرة ثانيًا من المادة الثامنة والأربعين من القانون المدني العراقي " يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان ملازمًا لصفته الشخصية وذلك في الحدود التي يقررها القانون" كما تنص الفقرة رابعًا من المادة ٤٨ "وله أهلية الأداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون" ويقابلها الفقرة (٢) من المادة ٥٣ من القانون المدني المصري والذي نص على أن الشخص المعنوي يكون له "أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها، والتي يقررها القانون" .

ويتضح مما تقدم أن للشركة شخصية قانونية وتتمتع بأهلية أداء مع مراعاة القيود التي يفرضها عقد

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص٢٧. د. أحمد ابراهيم البسام، المرجع السابق، ص٢١٢ .

(٢) لاينطبق هذا الحكم على شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة "إذ أن إفلاس الشركة يترتب عليه إفلاس الشركاء لأنهم جميعهم يكتسبون صفة التاجر، فضلاً عن مسؤليتهم الشخصية عن ديون الشركة في اموالهم الخاصة" ينظر: د.عبد الحميد المنشاوي،التعليق على القانون التجاري الجديد رقم١٧ لسنة ١٩٩٩ في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٥٤٦ .

(٣) د. أحمد البسام، المرجع السابق، ص٢١١ .

الشركة أو القانون. ويترتب على تمتع بأهلية الشخصية المعنوية للشركة تمكنها من التصرف في أموالها كافة التصرفات القانونية الجائزة، كالبيع أو الرهن أو الاقتراض وشراء الأموال وغيرها[١] .

ويقصد بأهلية الشركة تحديد مجال النشاط الإرادي المعترف به لها لتحقيق أغراضها، دون أن تطلب الإرادة عندها هي لأنها بحكم طبيعتها لا تتصور لها إرادة، اكتفاء بوجود إرادة مسخرة لخدمتها هي إرادة ممثليها [٢].

وعلى ذلك فإن أهلية الأداء التي تتمتع بها الشركة، وخلافًا لأهلية الأداء التي يتمتع بها الشخص الطبيعي مقيدة بقيود معينة منصوص عليها في القانون، وعقد الشركة[٣].

ويمكن أجمالي الفروق بين أهلية الشركة وأهلية الشخص الطبيعي على النحو الآتي:

١- **من حيث نوع الأهلية** : تثبت للشركة بمجرد اكتسابها الشخصية المعنوية أهلية الوجوب، أي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل الالتزامات، وليس أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانونًا أي مباشرتها بنفسها التصرفات القانونية[٤]. بيد أن الشركة لاتستطيع مباشرة التصرفات القانونية بنفسها ولايمكن لها التعبير عن إرادتها بذاتها وإنما يتولى تمثيلها أشخاص طبيعيون هم هيئات إدارة الشركة، كمجلس الإدارة أو المدير المفوض، هؤلاء الأشخاص يباشرون التصرفات القانونية بإسم الشركة ولحسابها حيث يتولون تمثيل الشركة أمام الغير ويبرمون التصرفات القانونية نيابة عنها في حدود الغرض الذي قامت من أجله[٥] وإذا تجاوز هؤلاء الصلاحيات فيسألون بشكل شخصي عن هذه التصرفات ويمكن للشركة أن تسأل عن هذه التصرفات وفق أحكام المسئولية المدنية لتعويض الأضرار الناشئة عن أخطاء مستخدميها .

٢- **من حيث نطاق التصرفات** : الشركة تتمتع باهلية محدودة بغرضها بخلاف الشخص الطبيعي فله أن يمارس ما يشاء من التجارة والتصرفات وفي أي وقت، دون أي قيد. أما الشركة فهي تتمتع بأهلية في حدود الغرض الذي أنشئت من أجل تحقيقه، وبذلك تستطيع في حدود ذلك الغرض أن تبرم كل التصرفات القانونية اللازمة لتحقيقه بغير قيود. وبخلاف اهلية الشخص الطبيعي، قد يقيد الشارع أهلية الشركة بقيود معينة في نصوص قانونية خاصة. وتطبيقًا لذلك ما قررته المادة الخامسة من قانون شركات الأموال رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ من حظر اشتغال كل من شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة بأعمال التأمين أو البنوك أو الادخار أو تلقي الودائع. ويطلق عليها بمبدا

---

(١) إيجار وأستئجار وتقاضي فيسمح لها برفع الدعاوي بأسمها كما يجوز رفع الدعاوي عليها .

(٢) د. محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٥٤-٥٥ ؛ د. علي البارودي، القانون التجاري – الأعمال التجارية والتجار – الشركات التجارية – القطاع العام – منشأة التجارية، ١٩٩٠ ، رقم ١٤١ ، ص١٦٣-١٦٤ .

(٣) وقد يحظر نصوص القانون تمتع الشركة ببعض الحقوق منها السياسية وحقوق الشخصية ملازمة للشخص الطبيعي وحقوق الناشئة عن روابط الأحوال الشخصية لأن حقوق الشركة تقتصر على دائرة المعاملات المالية .

(٤) د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١ ، أربيل ، ٢٠٠٧ ، ص٤٢ .

(٥) د. محمود مختار بريري. الشخصية المعنوية، المرجع السابق، ص١٣٣ .

تخصيص القانوني للشخص المعنوي[١] . يضاف إلى ما تقدم أن عقد الشركة قد يورد بعض القيود التي تحد من أهلية الشركة. ويعرف هذا المبدأ بمبدأ تخصيص الشخص المعنوي المنصوص عليه في عقد الشركة وهو تخصيص بموجب العقد: فعقد الشركة يحدد أغراضها ولايجوز للشركة ممارسة اي أعمال خارج هذه الأغراض[٢]، كما لايجوز ممارسة التصرفات التي تتعارض مع هذه الأغراض فلا يجوز مثلاً لشركة تأسست من اجل القيام بأعمال الحفر والتنقيب عن النفط أن تباشر أنشطة سياحية .

٣- **من حيث نطاق المسؤولية** : إذا كانت الشركة تسال كالشخص الطبيعي مسؤولية مدنية للتعويض عن الأضرار الناشئة عن أخطاء مستخدميها أو وفقًا للقواعد العامة في القانون المدني، إلا أنه لايجوز مساءلته جنائيًا .

وان القاعدة هي أن الشركة لاتسأل مسؤولية جنائية عن الجرائم التي يرتكبها مديرها أو العاملون فيها، ذلك لأن العقوبة المترتبة عن هذه المسؤولية هي عقوبة شخصية لا يتحملها إلا من أرتكب الجريمة شخصيًا. إلا أن ذلك لا يمنع من إيقاع عقوبة الغرامة على الشركة في القوانين التي تأخذ بفكرة المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري [٣] .

المطلب الثالث

إسم الشركة وموطنها

فيما يتعلق بإسم الشركة باعتبارها شخصًا معنويًا، حيث يكون لكل شركة إسم تعرف به ويميزها بوضوح عن الشركات أو الأشخاص المعنوية الأخرى وقد نص قانون الشركات العراقي النافذ[٤]على أنه يجب أن يتضمن عقد الشركة على ما يدل على "إسم الشركة ونوعها ويضاف إسم الشركة كلمة "مختلط" إذا كانت الشركة من القطاع المختلط ويضاف لأسمها أية عناصر أخرى مقبولة" .

وغالبًا ما يستمد إسم الشركة من الغرض الذي خصصت من أجله كما هو الحال في شركات المساهمة[٥]، وتبدو أهمية إسم الشركة في المعاملات التي توقع الشركة على تعهداتها مستخدمة هذا الأسم. والقاعدة هي حرية الشركة في أختيار ما يناسبها من إسماء. غير ان النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم

---

(١) د. محمد علي سويلم، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٨٨ .

(٢) فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٢٦ .

(٣) المادة ١٦٢من قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ط٣٤، ٢٠١٠، ص٦٩، والتي نصت على أنه "مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه – يتحملها المخالف شخصياً – أو باحدى هاتين العقوبتين" .

(٤) الفقرة أولاً من المادة الثالثة عشر من قانون الشركات العراقي النافذ .

(٥) د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، رقم ٥٠، ص٥٥. وكذلك د. باسم محمد صالح ود. عدنان أحمد ولي، القانون التجاري، المرجع السابق، ص٢١٣ .

إسم شركة الأموال يختلف عن إسم شركة الأشخاص[١]، والسبب يكمن في قصد الشارع تحقيق حماية للغير ولتحديد مسئولية الشركاء[٢].

أما فيما يتعلق بموطن الشركة، فللشركة موطن مستقل عن موطن الشركاء وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها. وهذا ما أستقرت عليه المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي حيث نص على أن موطن الشخص المعنوي "هو المكان الذي يوجد فيه مراكز إدارته والشركات التي تكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي يوجد فيه إدارة أعمالها في العراق" .

ومن استقراء النص يتبين لنا أن موطن الشركة هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للشركة. ولتحديد هذا المكان يتعين أن ينص عليه في عقد الشركة، وأساس ذلك المركز فإنه بمثابة المحرك للشركة وفيه يتركز نشاطها وحياتها القانونية[٣]. لأنه المكان الذي تنعقد فيه جمعياتها العمومية ومجلس إدارتها وتصدر الأوامر والتوجيهات. ومركز الإدارة يختلف عن مركز الاستغلال المكان الذي تباشر فيه الشركة أعماله[٤]. وقد بين القانون أن الشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيسي خارج العراق ولها أعمال في العراق فإن المشرع – فيما يتعلق بالشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في العراق- فإن مركز إدارتها بالنسبة للقانون العراقي هو المكان الذي تباشر فيه أعمالها في العراق. وعليه فإن حماية المصلحة الوطنية للأشخاص الذين يتعاملون مع هذه الشركات أملت وضع معيار مزدوج هو مركز الإدارة الرئيسي كقاعدة عامة ومركز النشاط إذا كانت الشركة أجنبية ومركز إدارتها خارج العراق ولكنها تباشر نشاطها في العراق [٥].

وقد طبق التقنين المدني المصري نفس الحكم فيما يتعلق بالشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر، فقضى بأن موطنها بالنسبة إلى القانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية[٦]. فضلًا عن ذلك بين قانون المرافعات في المادة ٥٢ الفقرة (٢) منه أنه : إذا كان للشركة فروع متعددة في أماكن مختلفة، فإنه تيسيرًا للتعامل أجاز المشرع أعتبار المكان الذي يوجد به كل فرع

---

(١) يلاحظ على سبيل المثال المواد (٢١و ٢٦ و٢٧و٢٩و٣٢) من قانون التجارة المصري قد نص أنه قد يستمد إسم الشركة من إسم شريك أو أكثر كما هو الحال في شركات الأشخاص. ولكن في هذه الحالة يجب إضافة عبارة "وشركاه" كما هو الحال في شركات التضامن. أما عنوان شركة التوصية البسيطة فهو يتكون من اسماء الشركاء المتضامنين فحسب أو أحدهم مع عبارة وشركاه دون شركاء الموصين، وإلا ألتزموا بالتضامن وفي جميع أموالهم. أو بإسم أحد الشركاء أو الغرض من الشركة بالنسبة للشركات ذات المسئولية المحدودة.

(٢) د. أبو زيد رضوان، شركة المساهمة، المرجع السابق، رقم ٧٩، ص١١٧ .

(٣) د. محمد علي سويلم، الشركات التجارية،المرجع السابق، ص٩١ .

(٤) د. مصطفى طه، المرجع السابق، رقم ٤٨ ص ٥٢. د. محمد فريد العريني،الشركات التجارية، المرجع السابق، رقم ٥٢، ص٥٦ .

(٥) د. باسم محمد صالح ، د. عدنان أحمد ولي ، القانون التجاري،المرجع السابق، ص٢١٤ .

(٦) المادة ٥٣ من القانون المدني المصري .

موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به. ومن ثم يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة، وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع .

ولفكرة الموطن أهمية كبيرة فهو بمثابة عنوان الشركة من الناحية القانونية[١] ، إذ يحدد موطن الشركة النظام القانوني الذي ينطبق عليها والاختصاص المكاني (المحلي) للمحاكم. كما أنه المكان الذي يتم إعلان الشركة فيه بالأوراق القضائية والدعاوي ..ألخ .

المطلب الرابع

جنسية الشركة

يكون للشركة جنسية خاصة لا تختلط بجنسية الأشخاص الطبيعيين المكونين لها. وبما أن الجنسية هي رابطة قانونية سياسية تربط بين الفرد والدولة[٢]، فقد اختلف الفقه في إمكانية تمتع الشخص المعنوي بجنسية من الجنسيات وبضمنها الشركات، بجنسية دولة معينة.

ذهب البعض إلى قصر هذا الحق على الأشخاص الطبيعيين وأنكروا أن تكون للشركة كشخص اعتباري جنسية إذ تعد الجنسية رابطة تقوم على الولاء بين الفرد والدولة وهذه الرابطة لا يتوافر في الشخص الاعتباري فهو عبارة عن تركيب قانوني وليس فردًا من الأفراد، كما أن حق الدم - وهو من أهم الأسباب الموجبة لكسب الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي – مثل هذا السبب يستحيل إعماله بالنسبة للاشخاص المعنوية عمومًا والشركات على وجه الخصوص. وعليه لا يمكن للشخص المعنوي أن يحمل جنسية معينة [٣].

ويذهب البعض الآخر[٤]، بخلاف الرأي الأول إلى القول أن الشخص المعنوي (الشركة) يمكن أن تحمل جنسية دولة معينة ليس على أساس الولاء أو لسبب من أسباب كسب جنسية كحق الدم وإنما على أساس الارتباط القانوني بدولة معينة. يعد الرأي الثاني الرأي الراجح في التشريع والفقة والقضاء: وقد أخذ قانون الشركات العراقي بهذا الأتجاه حيث نصت المادة ٢٣ منه على أن (تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق أحكام هذا القانون، عراقيًا).

مما سبق يتضح أنه لا بد من وجود رابطة تربط بين الدولة والشخص الاعتباري بحيث تجعل هذه الأخيرة خاضعة لأنظمتها وقوانينها، وتمتع الشركة بالحقوق التي تقصرها كل دولة على رعاياها ومنها الحق في التجارة في مجالات محددة، ولتحديد الدولة التي يكون له الحق في حماية الشركة في المجال

---

(١) بمقتضى المادة ٢٠٠ من قانون الشركات العراقي فإن عنوان مركز إدارة الشركة يعد هو عنوانًا لمراسلاتها وتبليغاتها. وعلى الشركة إشعار المسجل بكل تغيير يطرأ على هذا العنوان .

(٢) د. حسن محمد الهداوي ، و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج١، ص٢٩٧ .

(٣) د. هشام خالد، جنسية الشركة، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٠، ص٣٧-٤٥ .

(٤) د. هشام خالد، المرجع السابق، ص٣٧-٤٥ .

الدولي[١] . فضلًا عن ذلك أن جنسية الشركة هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بصحة تكوينها وأهليتها وإدارتها وحلها وتصفيتها بوجه عام[٢].

ومن هنا يثور الخلاف بصدد جنسية الشركات ذلك لأن تأسيسها قد يكون في بلد آخر وقد يكون معظم مؤسسيها أجانبًا أو أن يكون نشاطها في بلد آخر أو رأسمالها أجنبيًا ...ألخ .

حيث طرح فقهاء القانون معايير متعددة يتم على اساسها منح الجنسية لشركة ما ومن هذه المعايير ما يأتي:

أولاً : معيار مركز إدارة الشركة الرئيسي :

ويقصد بمركز إدارة الشركة الرئيسي المكان الذي تباشر فيه الشركة أنشطتها القانونية والإدارية وتوجد فيه الهيئات الأساسية[٣]. وبموجب هذا المعيار تتحدد جنسية الشخص المعنوي أو الشركة بجنسية البلد الذي يكون فيه المركز الرئيسي لإدارة أعمالها وتوجد فيه الهيئات الأساسية للشركة. وهذا المعيار يسمح بتحديد جنسية الشركة فيما إذا كانت وطنية أو أجنبية والقانون الواجب التطبيق عليها[٤]. ويستفاد من نص المادة ٤٩ الفقرة (١) من القانون المدني بصدد النظام القانوني للأشخاص المعنوية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري عليه قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي أما إذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فيسري القانون العراقي عليه طبقا لحكم الفقرة (٢) من المادة نفسها[٥]. إذ قد يكون الشركاء قد أخطئوا أو هدفوا إلى التهرب من القيود القانونية وأحكام القوانين المالية، لذا فإن القانون لا يعتد بالمكان الذي ينص عليه الشركة في نظامها إذا كان صوريًا لا يتفق مع حقيقة الواقع .وهذا ما نصت عليه المادة ١١ من القانون المدني المصري .

ثانيًا: معيار محل إصدار رأس المال:

ووفق هذا المعيار تكون جنسية الشركة من جنسية الدولة الذي يتكون فيها رأسمالها وتصدر أسهمها وسنداتها فيها للتداول. إلا أن هذا المعيار لم يسلم من انتقاد فقد وجه اليها انتقاد على أساس أن الشركة قد تصدر أسهمها وسنداتها للتداول في عدة بلدان مختلفة مما يتعذر معها تعيين البلد الذي يعتد بها على أساس ان رأسمالها قد تكون فيه بغية تعيين جنسية الشركة .

ثالثاً: معيار الرقابة والإشراف:

بموجب هذا المعيار يتم التمييز بين التبعية القانونية والتبعية السياسية للشركة وذلك من خلال ضابط الرقابة والإشراف. حيث يتم تحديد جنسية الشركة على اساس الرقابة والاشراف والاعتداد بجنسية

---

(١) د. مصطفى طه، المرجع السابق، رقم ٤٩، ص٥٣-٥٤ .
(٢) د.احمد ابراهيم بسام، المرجع السابق ،ص٢١٢ .
(٣) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص١٥٨ .
(٤) د. هشام خالد، المرجع السابق، ص١٥٨ .
(٥) د. غالب الداودي ، ود. حسن الهداوي ، المرجع السابق، ص٣٠٠ .

الشركاء أو القائمين على الإدارة[١]، أي على أساس التبعية السياسية مع بقاء نظامها القانوني خاضعاً لقانون البلد الذي يوجد فية مركز ادارتها رئيسي (التبعية القانونية) .

وعلى هذا الأساس يكون جنسية الشركة من جنسية البلد الذي ينتمي الاشخاص الذين يكونونها ويديرونها ويراقبونها ويملكون كل رأسمالها أو أغلبه. فإن كان هؤلاء من الوطنيين ثبتت للشركة الجنسية الوطنية، وان كانوا من الأجانب فإنها تعتبر شركة أجنبية، ويبقى نظامها القانوني خاضعاً لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز ادارتها الرئيسي. وقد وجد هذا المعيارخلال الحرب العالمية الأولى عندما ارادت فرنسا فرض الحراسة على اموال الشركات الالمانية العاملة في فرنسا ولجأت اليها لتعين تبعيتها السياسية واعتبرتها المانية وفرضت عليها الحراسة تمهيداً لتصفيتها[٢]. كما برزت هذا الضابط في مصر خلال الحرب العالمية الثانية، وإبان العدوان الثلاثي على مصر عام ١٩٥٦ حيث عمد المشرع إلى استخدامه لفرض الحراسة على اموال الشركات المصرية ذات رأس المال الأجنبي. وتطبيقاً لذلك كان الشارع يشترط أن تكون أغلبية أعضاء مجلس الادارة في شركة المساهمة مصريين [٣]، لهدف حماية المصالح القومية في شركة المساهمة[٤].

(١) د. محمد سويلم ، الشركات التجارية،المرجع السابق،ص٩٣.
(٢) د. غالب الداودي ، ود. حسن الهداوي ، المرجع السابق، ص١٣٨ .
(٣) الفقرة ١من المادة ٩٢ من قانون شركات االمساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .
(٤) وقد تم إلغاء شرط الأغلبية الوطنية في شركات المساهمة بموجب قانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨- الجريدة الرسمية العدد ٣ (مكرر) في ١٩٩٨/١/١٨.

obeikandl.com

المبحث الثاني

زوال سلطة مجلس إدارة الشركة المخصخصة

يترتب على التحول للشركة المخصخصة أثر منطقي، وهو زوال سلطة مجلس إدارة الشركة التي تحولت إلى القطاع الخاص و زوال اختصاصاته بل زوال صفة أعضاء مجلس الإدارة، سواء أكان من حيث القيام بالأعمال الإدارية، أم من حيث تمثيل رئيس مجلس الإدارة للشركة أمام الغير وأمام السلطات المختصة والقضاء[١].

ولما كان أثر تغيير النظام جراء التحول هو استمرار الشخصية المعنوية للشركة فتكون الغاية من عملية التحول هي دعم وتطوير المشاريع الاقتصادية التي تديرها الشركات العامة عن طريق تحويلها إلى القطاع الخاص لكي تتولى إدارتها شركات مساهمة خاصة أو مختلطة، فلابد من أن تنسجم الآثار القانونية المترتبة على عملية التحول إلى القطاع الخاص مع الأهداف الاقتصادية التي يراد تحقيقها من خلال هذه العملية، بحيث لا تؤدي عملية التحول إلى إلحاق آثار سلبية بالمشاريع الاقتصادية التي كانت تديرها الشركات العامة قبل التحول.

ومن منظور ما تقدم يتضح لنا أن الأمر لا يعني تصفية الشركة، فإنه لا مجال لتعيين مصف لتمثيل الشركة في حالة زوال سلطة مجلس إدارتها وصفتهم، ومرد ذلك أن الشركة المخصخصة ممثلة في مجلس إدارتها أو مديريها بحسب الأحوال تصبح الواجهة القانونية للشركة بعد التحول فيما يتعلق بحقوق الشركة المخصخصة والتزاماتها[٢].

ففي فرنسا استقر الوضع على أنه لا يترتب على التحول انقضاء الشخصية المعنوية للشركة وعلى الرغم من انه يفقد مديرو الشركة سلطتهم وصفتهم في تمثيل الشركة وتصريف شئونها، غير أن فقد صفة المدير بالشركة لا يعني – على النحو السابق ذكره – إخلاء مسئوليته إخلاءً كاملاً، حيث تظل هذه المسئولية قائمة سواء أكانت مدنية أم جنائية، بالنسبة للوقائع التي حدثت قبل عملية الخصخصة أو التحول أو بالنسبة للأفعال السابقة على العملية، ولا يجوز لمديري الشركة قبل إتمام إجراءات عملية الخصخصة أن يقصروا في القيام بواجباتهم التي تحتمها صفتهم التمثيلية للشركة، ويتقاعسوا عن التصدي لأية أخطار تحدق بالشركة المراد خصخصتها أو التعديل في مركزها القانوني[٣].

---

[١] د. محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية – شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها – دراسة مقارنة، القانون المصري والفرنسي والإنجليزي، دار النهضة العربية ، ط١، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٧٣ وما بعدها.

[٢] د. حسام الدين الصغير، النظام القانوني للاندماج، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

[٣] Cozian (M) et Viandier (A.): Droit des Sociétés commerciales, 9 éd. 2007, Litec, Paris, P 586.

وعلى هذا الأساس أوجب المشرع الفرنسي على مجلس إدارة الشركة دعوة الجمعية العامة لها للاجتماع خلال شهرين من تاريخ تحول الشركة، وذلك بقصد تعيين أعضاء المجلس من قبل الجمعية العامة للشركة ووضع نظام لها ينسجم مع قانون الشركات التجارية الفرنسي، ما لم يكن هذا القرار قد صدر قبل تحويل الشركة إلى القطاع الخاص، ففي هذه الحالة الأخيرة تجتمع الجمعية العامة للشركة قبل عملية تعديل نظامها، ويكون قرار الجمعية العامة الخاص بالتعديل معلقاً على شرط واقف، وهو تحويل الشركة إلى القطاع الخاص، وفي هذه الحالة، لابد من عقد اجتماع ثان للجمعية العامة للشركة بعد تحويلها للقطاع الخاص، بغية تعيين أعضاء مجلس الإدارة وتحديد صلاحياتهم المالية عند الضرورة[١].

أما بالنسبة للوضع في مصر، فذهب رأي في الفقه[٢] إلى إمكانية تحول الشركات الخاضعة للقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ إلى القطاع الخاص في حدود ضئيلة، وذلك في حالة تنازل هيئة القطاع العام أو الشخص العام المساهم في الشركة عن جميع أسهمه إلى شركات القطاع العام وبنوكه، بحيث تصبح الهيئة أو الشخص العام غير مساهم في الشركة، إذ تنتفي المساهمة العامة وتصبح الشركة مكونة من أشخاص القانون الخاص وحدهم، وتفقد في هذه الحالة صفتها شركة قطاع عام فتتحول إلى شركة قطاع خاص.

ويرى جانب آخر من الفقه[٣] أن التصرف في أسهم الشركات التابعة يدخل أصلاً في اختصاص مجلس إدارة الشركة القابضة، على أساس أن هذه الأسهم مملوكة للشركة القابضة وتدخل ضمن حافظة أوراقها المالية، وقد نصت المادة (٦) من القانون قطاع الاعمال المصري ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على ذلك صراحة بقولها:

"لمجلس إدارة الشركة (القابضة) مباشرة كل السلطات اللازمة لتصريف أمور الشركة والقيام بجميع الأعمال اللازمة؛ لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وذلك فيما عدا ما تختص به الجمعية العامة للشركة، ولمجلس الإدارة في سبيل ذلك على الأخص ما يأتي:

١- .....

٢- .....

٣- إدارة محفظة الأوراق المالية للشركة بيعاً وشراءً بما تتضمنه من أسهم وصكوك تمويل وسندات وأية أدوات وأصول مالية أخرى.

٤- ....."

ونظراً لخطورة التحول إلى القطاع الخاص فقد جعلت اللائحة التنفيذية للقانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ اختصاص التصرف في

---

[١] الفقرة الثانية من المادة (٦٩) من القانون الفرنسي المرقم ٤١٦-٨٧ في ١٩٨٧/٦/١٧.

[٢] د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق، ص ٥٨.

[٣] د. حسام الدين الصغير، بيع أسهم للعاملين، المرجع السابق، ص ١٣٥.

الأسهم في هذه الحالة للجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة، ونصت المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية على ذلك بقولها: "تختص الجمعية العامة غير العادية بما يأتي:

..... خامساً: بيع أسهم الشركة التابعة أو بعضها، مما يؤدي إلى خفض حصة الشركة القابضة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبنوك القطاع العام في رأسمالها عن ٥١%".

مما سبق يتضح بجلاء أن من أهداف القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ تحول الشركات التابعة إلى القطاع الخاص، وأن من أهم وسائل هذا التحول بيع الأسهم، ويفترض في تحول شركة القطاع العام إلى القطاع الخاص في التطبيق المتقدم أن تظل الشركة محتفظة بالشكل نفسه الذي تتخذه قبل التحول، وهو شركة المساهمة، ومن ثم لا يتحقق التحول لا بتغير الشكل، بل بتغير النظام القانوني للشركة، ومن هنا تخضع للنظام الأصلي لشركة المساهمة بأحكامه المقررة في تشريع الشركات بعد أن كانت تخضع لنظام شركات قطاع الأعمال العام، وتنتهي سلطة المديرين في إدارة الشركة، ويحل محلها الجهاز المعروف للشركة الجديدة، ألا وهو مجلس الإدارة والذي يكون له الهيمنة على إدارة الشركة الناجمة عن التحول. وينتقل إلى الجهاز الإداري كل الاختصاصات والسلطات في تمثيل الشركة أمام الغير وأمام القضاء، ويتعامل باسمها ولحسابها. وأعضاء مجلس الإدارة مجرد ممثلون للشركة فهم ليسوا وكلاء لها لأن الوكالة تفترض تطابق إرادتين، إرادة الموكل وإرادة الوكيل، في حين أن إرادة الموكل وهو الشركة غير موجودة، لأن الشخص المعنوي ليست له إرادة[١].

وكذلك لا يعد عضو مجلس الإدارة وكيلاً عن الشركاء إذ أنه لو كان الأمر كذلك للزم توكيله من جميع الشركاء على الإجماع، لأن شركات المساهمة تضم عدداً ضخماً من الشركاء فلا يتحقق ذلك على غرار تمثيل المدير للشركة لايتم بإجماع الشركاء ولكن يتم تعيينه بأغلبية الشركاء[٢] .

فرغم أن القانون لم يتضمن النص صراحة على زوال سلطة مجلس إدارة الشركة المخصخصة وانتهاء صفة أعضائه التمثيلية للشركة، إلا أن هذا الحكم يمكن أن يستشف من استقراء حكم محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، حيث قضت بأنه "... متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى في الشركة المطعون ضدها اندماجاً كلياً، وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها، وانتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفة له في تمثيلها وفي التصرف في حقوقها، فإن توجيه اليمين الحاسمة إليه عن واقعة الوفاء بالدين الذي لها في ذمة الطاعن (المدين) بعد أن زالت صفته في تمثيلها، وأصبح لا يملك التصرف في حقوقها، ومن بينها الحق المطالب به، ولم يعدله حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن يكون غير جائز قانوناً، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه على حق، إذ رفض توجيه اليمين"[٣].

---

(١) د. سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص١٠٧ .

(٢) د. محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص٥٤٢ .

(٣) الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧،س١٨،ص١٨٥١،المشار إليه لدى د.أحمد محمود حسني، المرجع السابق، ص٤٤٧.

ويختلف الحكم في العراق عن مثيله في مصر، فعملية تحول الشركة وما يترتب عليها من آثار هي فقدان هذه الشركة لوصفها[١] وما يتبع ذلك من آثار قانونية، لعل أبرزها ضرورة إعادة النظر في تشكيل مجلس إدارة الشركة بعد تحويلها إلى شركة خاصة، ذلك أن تشكيل مجلس إدارة شركة المساهمةالمختلطة يختلف عما هو مقرر بالنسبة لشركة المساهمة الخاصة[٢]، إذ يترتب على هذا التحول فقدان الأعضاء الثلاثة الممثلين للقطاع الاشتراكي لعضويتهم في المجلس.

ويتضح مما سبق موقف المشرع العراقي – سالف الذكر – يتمثل في أن مجلس إدارة الشركة ينقضي ويؤدي ذلك إلى انتهاء عضوية الأعضاء الممثلين في حالة التحويل، إلا أنه قد يستمر في الاضطلاع بعمله والقيام بواجباته ومباشرة اختصاصاته في تسيير أمور الشركة المخصخصة، وذلك لحين اجتماع جمعية عامة غير عادية لاتخاذ القرار باختيار مجلس إدارة جديد للشركة الناتجة عن عملية التحول، وعلى ذلك تزول سلطة مجلس الإدارة أو المديرين في تمثيل الشركات المخصخصة بانتهاء المدة المقررة[٣] في القانون العراقي، وهي (٣٠) يوماً، ومع ذلك نلاحظ أن قانون الشركات العامة لم ينص صراحة على توثيق عقد الشركة الناجمة عن التحول لدى مسجل الشركات، غير أنه يمكن أن يستفاد ضمناً من استقراء نص المادة (٣٧/ ثانياً) من قانون الشركات العامة العراقي، إذ تنص على أن "تنشر الوزارة قرار التحول في الجريدة الرسمية وفي النشرة التي يصدرها المسجل، فنشر قرار التحول في النشرة الخاصة للشركات التي يصدرها المسجل يدل على أنه يتولى توثيق عقد الشركة الناجمة عن التحول ثم نشره في النشرة الخاصة بالشركات التي يصدرها".

أما بالنسبة لوضع مراقبي الحسابات في الشركة المخصخصة، فالسؤال الذي يثور: هل تنتهي مهمتهم بمجرد عملية التحول للشركة أم لا ؟

---

[١] مثلاً إذا كان تحويل الشركة المختلطة إلى شركة خاصة يترتب عليه آثار قانونية منها تعديل عقدها لتغير إسمها وحذف كلمة المختلطة من إسم الشركة، إذ تنص المادة (١٣) الفقرة أولاً من قانون الشركات العراقية على أن إسم الشركة يجب أن يكون مستمداً من نشاطها ويذكر فيه نوعها، مع إضافة كلمة مختلطة إن كانت مختلطة.

[٢] المادة (١٠٣) من قانون الشركات العراقي.

[٣] وقد يكون ثلاثة أشهر من تاريخ قيد قرار الخصخصة أو الاندماج في السجل التجاري ليحل محلها مجلس إدارة جديد يمثل الشركة الناتجة عن التحول أو الاندماج، وهذا ما نصت عليه المادة ١٥ من القرار الوزاري رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٢ الكويتي؛ كذلك ذهبت المادتان (١٢، ١٣) من القرار الوزاري رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٢ إلى الحكم نفسه المقرر في العراق، حيث تنص المادة (١٢) على أنه "في الاندماج بطريق الضم، يستمر مجلس كل من الشركة المندمجة والشركة الدامجة في تسيير أمور الشركة – خلال المدة المشار إليها بالمادة (١٥) من هذا القرار، إذ تنص على أنه "يقيد قرار الاندماج في السجل التجاري وينشر في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين محليتين تصدران باللغة العربية في يومين متتالين، ولا يعد هذا القرار نافذاً إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ قيده في السجل التجاري.

وحتى قيام الجمعية العامة التي تضم المسهمين أو الشركاء في الشركتين باختيار مجلس إدارة جديد، كما تنص المادة (١٣) من القرار نفسه على أنه "في الاندماج بطريق المزج، إذا وافقت الجمعيات العامة غير العادية على مشروع عقد الاندماج، فإن على كل منها أن تصدر قراراً بحل الشركة، ويستمر مجلس إدارة كل شركة بتسيير أمورها لحين الدعوة لعقد اجتماع يحضره الشركاء أو المسهمون في جميع الشركات الداخلة في الاندماج في هيئة جمعية واحدة تأخذ في شركات المساهمة حكم الجمعية التأسيسية، من حيث الانعقاد والصلاحيات".

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي التميز بين فرضين: **الأول** يتعلق فيما إذا كان تغير شكل الشركة إلى شكل آخر لايلتزم قانوناً بنظام مراقبي الحسابات، فيجب أن تنتهي مهمة مراقبي الحسابات اما **الفرض الثاني** فيتعلق بالالتزام شكل الشركة المحولة بنظام مراقبي الحسابات، وبما أن الشركة الناجمة عن التحول تأخذ شكل شركة المساهمة وأن شركة المساهمة تلتزم بنظام مراقبي الحسابات، عليه فلا يتأثر وضع مراقبي الحسابات، ويستمر في أداء عمله، ولايعد هذا الاستمرار تعييناً جديداً، فمن المسلم به أن وظيفة مراقبي الحسابات، هي مراقبة مجلس الإدارة في الجوانب المادية. فلا أثر إذاً للتحول من شركة المساهمة إلى شركة ناجمة عن التحول على وضع مراقبي الحسابات[1] وتحسب هذه المدة من تاريخ التحول، بالرغم من أن الأصل ان تحسب من تاريخ تعيين المراقب[2].

في حين نصت المادة (١٣٣) من قانون الشركات العراقي، على عدم خضوع الشركة الناجمة عن التحول لرقابة وتدقيق ديوان الرقابة المالية إذ لم تعد أموال الشركة أموالاً عاماً، فليس هناك داع لاستمرار الرقابة المالية. يبدو لنا ان هذا النص يؤدي إلى إهدار دور الدولة في الرقابة، ونعتقد ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً بصدد الالتزام بنظام مراقبي الحسابات ويا حبذا لوسلك نفس مسلك المشرع المصري في تحديد أحكام رقابة الدولة على المشروعات المخصخصة. على الرغم من أن المادة ٣٨ من قانون الشركات العراقي نص على جواز إتخاذ الشركة الناجمة عن التحول شكل شركة المساهمة الخاصة أو المختلطة، فإن هذا الشكل الأخير يحقق العديد من المزايا، منها الخضوع لرقابة وتوجيه القطاع العام بما يضمن استمرار المشروع بعد تحويله إلى القطاع الخاص، ومن ثم يجنب القطاع الخاص المخاطر التي سبق وأن تحمله القطاع العام. أما فيما يتعلق بشركة المساهمة الخاصة، فلا تلتزم بنظام مراقبي الحسابات لأن أموالها أموال خاصة وليست عامة.

(1) هذا ما أكد عليه المادة ١٢٨ من القانون الشركات المشاهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

(2) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٧١/١١/٢٢ ، مشار اليه في كتاب د. محمد توفيق سعودي، المرجع السابق، ص٤٣٦ .

obeikandl.com

المبحث الثالث

شروط التحول في شركة المساهمة والسلطة التي تملك تقريره

يعد تغيير الهيكل القانوني للشركة المساهمة من الوسائل المهمة لتحول الشركة من القطاع العام إلى شركة القطاع الخاص، فيشترط للتحول إلى نوع آخر ما يأتي:

أولاً : ألا يؤدي التحول إلى فقدان الشخصية القانونية للشركة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة لمصلحة شركة أقل أهمية. نظراً لأن تحول شركة المساهمة إلى شكل آخر من أشكال الشركات قد يترتب عليه زيادة التزامات المساهمين[١] أو المساس بحقوقهم الأساسية[٢] .

ثانيًا : يعد التحول أو تغيير شكل الشركة من قبيل تعديل النظام، وطبقًا للقاعدة السائدة في التشريعات المقارنة من يملك التعديل يملك التحول. لذا فإن السلطة التي تملك تقريره هي الجمعية العامة غير العادية[٣] وذلك بصدور قرار منها ويلزم موافقة أغلبية خاصة وبما أنه من المتعذر الحصول على الموافقة الإجماعية للمساهمين في شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام نظراً لكثرة عددهم، لذا فإن التحول هذه الشركات يكاد يكون معدوماً، بخلاف شركات المساهمة المقفلة، أي التي لاتطرح اسهماً لأكتتاب العام، على الرغم من عدم نص المشرع على تحويل شركات المساهمة إلا أنه يمكن تحولها بموجب نص في نظامها الأساسي يخول شركة المساهمةذلك.

ثالثًا : ويشترط كذلك للتحول وجوب مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة التي يتم التحول اليها في حدود ما تتضمنه قوانين الشركات، وتراعي القواعد الخاصة التي نص عليها القانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر وقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته في العراق.

مما لاشك فيه أن الشركة التي تم تحويلها قد تستثنى من بعض الإجراءات المنصوص عليها في التشريعات المقارنة وذلك لاختلاف أوضاعها وظروفها عن الشركة العادية، حيث إنها تستثنى من إجراءات إبرام العقد التأسيسي المتمثل بالعقد الإبتدائي للشركة وتقييم موجوداتها (حصص عينية) وإكتفاء

---

(١) ففي حالة تحول شركة المساهمة إلى شركة ذات المسئولية المحدودة أو إلى شركة تضامنية تحتاج موفقة الإجماعية للمساهمين نظرًا لأنه يترتب على ذلك تشديد المسؤلية بعد أن كانن مسؤليتهم محدودة وتحول إلى مسؤولية مطلقة تضامنية .

(٢) أما في حالة تحول شركة المساهمة إلى شركة التوصية بالأسهم أو التوصية البسيطة ففي الشركة الأخيرة، يوجد نوعان من الشركاء: شركاء متضامنون وشركاء موصون. وشريك متضامن مسؤليته غير محدودة وتضامنية عن ديون الشركة بخلاف الشريك الموصي فلابد من موافقة المساهمين الذين يصبحون شركاء غير متضامنين بعد تحول إلى شركة التوصية البسيطة . كما لابد موافقة المساهمين الذين سيصبحون موصين، لأن الشريك الموصي محظور عليه التدخل في إدارة الشركة . وإن في هذا الحظر إعتداء على الحقوق الأساسية للمساهمين في شركة المساهمة الذي تقتضي للسماح به؛ موافقتهم الإجماعية. ونفس الحكم ينطيق على التحول إلى شركة توصية بالأسهم. نقلاً عن الدكتور فريد العريني ، المرجع السابق، ص٣٧٧.

(٣) بعض القوانين تطلق على الهيئة العامة إسم الجمعية العامة كقانون الشركات الفرنسي والمصري في حين ان قوانين اخرى تطلق علبها الهيئة العامة كقانون الشركات العراقي والاردني والسوري .

بما جاء في دفاتر الشركة وميزانيتها من بيانات[١]، والسبب وراء ذلك الاستثناء أن التحول لا يعد إنشاء للشركة الجديدة حتى يبرم لها عقد ابتدائي، كما أن تقييم موجودات الشركة قد تم عند التأسيس للشركة فلا حاجة لإثارة تلك الإجراءات مرة أخرى عند التحول. بيد أن المشرع قد تغاضى عن تلك الإجراءات بهدف تشجيع عملية التحول وتيسيرها.

على الرغم مما سبق يشترط المشرع على الشركة نشر قرار التحول في النشرة وفي صحيفة يومية[٢]، إذ يتعين على شركة المساهمة فضلاً عن ذلك القيد في السجل التجاري[٣]، والنشر في الوقائع المصرية أو النشرة الخاصة لهذا الغرض[٤]. كما يرد الشهر على نظام الشكل الجديد الذي تتحول إليه الشركة. ففي التحول إلى شكل شركة المساهمة مثلاً يجب أن يشهر نظام هذه الشركة مع قرار التحول[٥]. ويجب المصادقة على نظام الشركة التي تقرر التحول اليها واختيار مجلس الإدارة الشركة ومراقب الحسابات، لأن التحول يستتبع زوال صفة المديرين في ظل الشكل الذي كانت تتخذه الشركة قبل التحول[٦]. ومن الجدير بالذكر إن الالتزام بالشهر يقع على عاتق المديرين للشكل الذي تحولت اليه الشركة(الشركة المحولة)، أي أن مجلس الإدارة الذي يتم اختياره بعد تحول الشركة يقوم بهذا الالتزام .

يترتب على تحول شركة المساهمة العامة إنها تفقد صفتها كشركة قطاع عام، أي تتحول إلى شركة قطاع خاص، لأنه نوع من تغيير النظام القانوني الذي تخضع له الشركة وهو تغيير يتم إما بموجب القانون أو وفقا لنص في عقد الشركة أو في نظامها الاساسي. ولايترتب على عملية التحول تلك انقضاء الشخصية الاعتبارية لشركة القطاع العام واكتساب الشركة القطاع الخاص لشخصية جديدة، فشخصية شركة القطاع الخاص ليست شخصية مبتدأة بل هى استمرار لشخصية شركة القطاع العام ولأن شركة القطاع العام تظل محتفظة بشكلها القانوني كشركة مساهمة وبالتالي فإنها تخضع للنظام القانوني الذي يخضع له الشكل الجديد الذي تحولت اليه[٧]، وهي تخضع له في كل نشاطها، سواء في شئونها الداخلية

---

(١) المادة ١٣ من قانون الشركات العراقي، وكذلك فقرة ٢ من المادة ٢٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الأموال المصري فقد نصت على أنه "يجوز تغيير الشكل القانوني لشركة التوصية بالأسهم إلى شركة ذات مسئولية محدودة أو العكس، كما يجوز تحويل أي من الشركتين المشار إليهما إلى شركة مساهمة، ويتم التغيير بأغلبية ثلاثة أرباع الشركاء أو المساهمين في اجتماع غير عادي للجمعية العامة. كما يجوز تغيير الشكل القانوني لشركات الأشخاص إلى شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم أو شركة مسئولية محدودة، بموافقة ثلاثة أرباع الشركاء مع عدم الإخلال بحقوق الغير لدى الشركة".

(٢) المواد ١٥٤-١٥٥ من قانون الشركات العراقي.

(٣) المادة ٢١-٢٢ من قانون الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٤) وهي صحيفة الشركات طبقًا لمادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري .

(٥) د. مراد فهيم ، تحول الشركات،المرجع السابق، بند ٨٤، ص٩٩ .

(٦) وهذا ما نبحث عنه في المبحث الثالث من هذا القسم .

(٧) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع اسهم شركات القطاع العام، المرجع السابق، ص٤١ .

وعلاقات المساهمين أم في شئونها الخارجية وعلاقاتها بالغير[١]. ويتأثر تبعًا لذلك المركز القانوني للشركاء لما يحدثه من تغيير في نظامها. واختيار النظام الجديد يخضع لإرادة المساهمين اصحاب رأس المال. فقد يفضلون خضوع الشركة لقانون الشركات. وقد يختارون قانون الاستثمار[٢]. ومع ذلك فلا يجوز أن يترتب على تحول الشركة أي إخلال بحقوق دائنيها أو الغير بصفة عامة. وهذا ما نبحثه في المطالب الآتية .

المطلب الأول: أثر التحول على حقوق دائني الشركة والمساهمين .

المطلب الثاني : تحديد الشكل القانوني للشركة الناجمة عن التحول .

المطلب الثالث: التوسع في تطبيق القانون التجاري على الشركات التي خصخصت الإدارة فيها .

المطلب الأول

أثر التحول على حقوق دائني الشركة والمساهمين

كمبدأ لايجوز أن يترتب على تحول شكل شركة المساهمة أي إخلال بحقوق دائني الشركة أو المساهمين. على الرغم من أن الشركة تفقد ركناً من أركانها التي يتطلبها القانون لوجود الشركة والذي يترتب عليه بعض التعديلات في نظامها فقد تؤدي إلى تغيير إسم الشركة أو صفتها أو غرضها. وهذه التعديلات يجيزها القانون بشروط معينة[٣]. ومن ثم يترتب على التحول بتغيير الشكل خضوعها للأحكام الخاصة بالشكل الجديد. هذا في شركات الأموال، أما في شركات الأشخاص فالأمر مختلف نظرا لتشديد مسؤولية الشريك المتاضمن عند التحول الى شركة تضامن أو إلى شركة توصية بسيطة.

فالتحول إلى شركة مساهمة يقوم على التخفيف من مسئولية الشركاء لأن مسئولية المساهمين مسئولية محدودة بقدر حصة كل منهم في الشركة. وهذه الخصيصة من خصائص شركة المساهمة ورد النص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الشركات المصري والتي جاء فيها "تقتصرمسئولية المساهم على أداء قيمة الاسهم التي اكتتب فيها، ولا يسال عن ديون الشركة إلا في حدود ما اكتتب فيه من اسهم" . وتعني ان مسئولية الشريك تجاه الغير لاتتجاوز قيمة مساهمته في رأسمال الشركة حتى ولو كانت ديون الشركة تتجاوز حصته، إذ إنه لا يسال بأمواله الخاصة عن ديون الشركة. وعلى ذلك فإنه لا اثر لوفاة احد الشركاء اوالحجر عليه أو إفلاسه على بقاء الشركة[٤]. وبالمقابل فإن

---

(١) د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق، ص١٨٢ .

(٢) كماهو مقرر اذ قد يخضعون لقانون الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أو لقانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ والتي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار، وبعد خروج تلك الشركات من نطاق تطبيق القانون قطاع الاعمال العام رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩١.

(٣) د أحمد محمد محرز، النظام القانوني للتحول، المرجع السابق، ص٤٧-٤٨ .

(٤) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج١، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٦،ص٤٥٩ .وكذلك د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص١٢٤ .

إفلاس الشركة لا يتبعه بالضرورة إفلاس الشركاء المساهمين .وكقاعدة العامة لايجوز في اي حال من الاحوال المساس بحقوق الدائنين وزيادة التزامات المساهمين وهذا ما نبحثه في ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: عدم الإخلال بحقوق الدائنين .

الفرع الثاني:عدم الإخلال بحقوق المساهمين .

الفرع الثالث: القيود التي ترد على سلطة المستثمر .

الفرع الأول

عدم الإخلال بحقوق الدائنين

يعد رأسمال الشركة الضمانة الرئيسة لدائنيها، فإن ذلك يؤدي إلى مبدأ هام، وهو ثبات رأس المال وسلامته، وبمقتضى هذا المبدأ، فإن رأس المال يجب أن يظل ثابتًا ولايجوز المساس به حتى تنقضي الشركة، وعلى هذا الأساس لايجوز توزيع أرباح صورية على الشركاء لأن الأرباح في هذه الحالة ستقتطع من رأس المال، وإلا جاز لدائني الشركة طلب استردادها إذا علم المساهمون بأن التوزيع قد تم بالمخالفة[1].

وقد حرصت التشريعات المقارنة على قاعدة حماية الغير المقررة في حالة التحول، لم يجز أن يترتب على التحول أي إخلال بحقوق دائني الشركة. وهذا ما أكدت عليه المادة ١٣٦ فقرة ٣ من قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ شركات لسنة ١٩٨١ في مصر حيث نص على أنه "لايجوز أن يترتب على تغيير شكل الشركة أي إخلال بحقوق دائنيها..."

وتطبيقًا لقاعدة عدم الإخلال بحقوق الدائنين فإنه لايجوز لمساهم في حالة تحول الشركة وفقدان صفتها كشركة قطاع عام، واكتسابها صفة شركة قطاع الخاص، أن يتمسك بهذا التغيير في شكل الشركة تجاه الدائن إذ تظل مسئوليته كما هي عن ديون الشركة. كما لا يجوز للشركة الاحتجاج بذلك ايضاً، وذلك حماية لحقوق دائنيها.

أما بصدد موقف المشرع العراقي، فقد أغفلت النصوص القانونية الإشارة إلى تلك الحالة رغم أنه يحقق حماية لحقوق الغير، فإن الامر ليس بهذا القدر من الوضوح، كما هو مقرر في التشريع المصري، إذ لم ينص صراحة على هذا الامر استناداً إلى النصوص الصريحة التي أقرها القانون المصري على النحو السالف الذكر، بل اتخذ موقفاً سلبياً جراء هذا الموضوع ،حيث لم يشر في قانون الشركات العامة العراقي اليها،إلا أن ذلك لايمنع من اعمال القاعدة بغير نص حماية للغير فيما إذا تحول الشركة وهي محملة بحقوق الآخرين. وبما أن القانون فرض الشكل الذي تتخذه الشركة بعد التحول وهو شكل شركة

(1) المادة (٤٣) من قانون شركات المساهمة والتوصية بالاسهم وذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

المساهمة[1]، حيث لا يتغير الشكل بل يتغير النظام القانوني للشركة، لذا يلاحظ بأنه ليس هناك تشديد في مسئولية المساهم لأن المسئولية المحدودة كانت مقررة في ظل الشكل الذي كانت تتخذه الشركة وقت نشأة الدين. ويمكن تبرير ذلك بأن العبرة في الرجوع على الشركة المحولة بنظام الشكل الذي تتخذه بالتحول[2].

الفرع الثاني

عدم الإخلال بحقوق المساهمين (حق التخارج وحق إسترداد قيمة الأسهم)

لاتجيز التشريعات المقارنة الإخلال بحقوق المساهمين نتيجة تغيير نظام الشركة، إذ قد يترتب على التحول خروج الشريك من الشركة المحولة خلافًا لما يقتضيه مبدأ استمرار الشخصية المعنوية بقاء الشركة قائمة بين الشركاء.

فقد جاء في المادة ١٣٦ الفقرة ٣ من قانون الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه"ويجوز للشركاء أو المساهمين أو أصحاب الحصص الذين اعترضوا على قرار التغير (التحول) أو لم يحضروا الاجتماع الذي صدر فيه القرار بعذر مقبول، طلب لتخارج من الشركة وبالشروط والأوضاع المنصوص عليها بالمادة ١٣٥ ..." .

وطبقًا للنص المذكور فإن المشرع أجاز للمساهمين أو أصحاب الحصص حق التخارج من الشركة واسترداد قيمة أسهمهم وذلك في حالتين: أو**لهما**: حالة الاعتراض على قرار التحول من قبل المساهمين. **وثانيهما**: حالة غياب المساهمين عند اتخاذ قرار التحول شريطة أن يكون الغياب بعذر مقبول .

من منظور ما تقدم لايجوز ان يؤدي تغيير الشكل القانوني للشركة إلى إخلال بحقوق المساهمين أو الشركاء أو أصحاب الحصص الذين لم يوافقوا على القرار أو لم يحضروا الاجتماع الذي تم فيه تمرير قرار تغيير الهيكل القانوني للشركة بل يجب أن تعطي لهم الفرصة والحق في طلب التخارج من الشركة واسترداد قيمة الأسهم المملوكة لهم . وأما عن الإجراءات الواجب اتباعها، فقد عالج المشرع المصري ذلك أيضًا إذ أوجب على الشركاء أو المساهمين أو أصحاب الحصص الذين أعترضوا على قرار التحول والذين لم يحضروا الإجتماع بعذر مقبول، تقديم طلب كتابي إلى الشركة وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ شهر قرار التحول، ويقدم الطلب ويبت فيه وفقًا للشروط والأوضاع والإجراءات التي حددتها اللائحة التنفيذية للقانون. وتدفع قيمة الأسهم أو الحصص المتخارج عنها إلى أصحابها بعد تقدير قيمتها بالإتفاق أو بطريق القضاء[3]. على أن يراعي في ذلك القيمة الجارية لكافة أصول الشركة. ويجب أن

(١) المادة (٣٥) من قانون الشركات العامة العراقي .
(٢) د.باسم محمد صالح ود.عدنان العزاوي ،القانون التجاري، المرجع السابق ،ص١٣ .
(٣) المادة ٢٨٦ من اللائحة التنفيذية للقانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، وتسري هذه المادة في حالة التحول بموجب الإحالة عليها بنص المادة ٢٩٩ من اللائحة التي تعرض للتحول.

تؤدي القيمة غير المتنازع عليها للأسهم المتخارج عنها إلى أصحابها قبل تمام عملية التحول[١]. هذا وقد تعفى الشركات التي يتم تحويلها والشركات المحولة والشركاء فيها من جميع الضرائب والرسوم المستحقة[٢].

أما عن موقف المشرع العراقي فلم نجد نصاً صريحاً يجيز ذلك للمساهمين لا في قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته، ولا في قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧. إذ يلاحظ من استقراء النصوص القانونية في القانون المصري أنه أقر تلك الإجراءات إستثناء على قاعدة التزام الشريك بالبقاء في الشركة طول مدتها مادامت محدودة، وهذه القاعدة لا تتأثر تطبيقاتها بالتحول للشركة المساهمة من القطاع العام إلى القطاع الخاص وذلك لعدة أسباب منها: **أولاً**: إن التحول في هذه حالة لا يتبعه زيادة التزامات المساهم، **وثانياً**: لايتبع التحول انقضاء الشركة بل تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية، **ثالثًا**: من اليسير على المساهم التصرف في حصته أو اسهمه في شركات المساهمة. لذا نعتقد أن المشرع العراقي لم يُشرْ إلى تلك الإجراءات للأسباب المشار اليها، فضلاً عن عدم جدوى تلك الإجراءات في حالة التحول إلى شركة المساهمة، إذ أن القانون هو الذي يتكفل بالتعويضات في حالة التخارج إن كان لها مقتضى[٣].

(١) المادتين ٢٩٥ و٢٩٦ من اللائحة التنفيذية للقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .
(٢) الفقرة ٢ من المادة ١٣٦ من قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة.
(٣) المادة ١٣٥ من القانون نفسه .

obeikandl.com

الفرع الثالث

القيود التي ترد على سلطة المستثمر

وقد يرد في التشريعات المقارنة عدة قيود تحد من سلطة المستثمر وذلك حماية لحقوق المساهمين منها قيدان أساسيان، أو**لهما**: يتعلق بعدم جواز زيادة التزامات المساهمين،اذ يقع باطلاً كل قرار تتخذه الجمعية العامة العادية أو غير العادية للمساس بحقوق المساهمين القدماء، والتى يستمدها من صفتة كشريك في الشركة حيث لايجوز حرمانهم منها؛ ومن هذه الحقوق ، حق التصويت في الجمعية العامة ، أو من صرف الارباح، أو زيادة التزاماته فوق نسبته في راس المال[١] وإن تحول الشركة تستلزم صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية بالإضافة إلى الحصول على ترخيص من الوزير المختص، فاذا كان سيترتب على التحول زيادة التزامات الشركاء أو المساهمين فإنه يلزم ان يصدر القرار بإجماع الشركاء أو المساهمين [٢]. وأما **ثانيهما**: تتعلق بعدم جواز تغيير الغرض الاصلي للشركة المحولة إلا لأسباب توافق عليها الجهة المختصة، مع جواز إضافة أغراض مكملة أو مرتبطة أو قريبة من غرض الشركة الأصلي. وعلى هذا فإن تغيير غرض الشركة الأصلي يستلزم فضلاً عن صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية للمساهمين بذلك، موافقة الجهة الإدارية على ذلك إلا وقع القرار باطلاً[٣]، ونعتقد ان فرض تلك الاجراءات على جواز تغيير غرض الشركة من اجل حماية المساهمين وللابقاء على الشركة بوضعها وغرضها السابق. ومن الجدير بالذكر أن القوانين المقارنة اقرت ضمانتين قانونيتين مهمتين للمساهمين والمتمثلة في اللجوء إلى الجهة الادارية المختصة أو القضاء لطلب إلغاء قرار الجمعية العامة الصادر بالإضرار بمصالحهم، كما يجوز للمساهمين الحق في طلب عقد الجمعية العامة العادية أو غير العادية إذا دعت الحاجة إلى ذلك للنظر في قرارات مجلس الإدارة التي صدرت بالإضرار بمصالحهم، أو رفع دعوى أمام القضاء الوطني للتعويض عن الأضرار الحاصلة .

---

(١) المادة ٣٧٣من القانون الشركات التجارية الفرنسي رقم٥٣٧ لسنة ١٩٦٦ المعدل ويقابلها المادة ٦٨ من القانون المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

(٢) المادة ٣٥ من قانون الشركات العامة العراقي .

(٣) استاذنا د.هاني دويدار،القانون التجاري، (التنظيم القانوني للتجارة- الملكية التجارية والصناعية - الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٨ ، ص٨٧١ .

المطلب الثاني

تحديد الشكل القانوني للشركة الناجمة عن التحول

أوجب المشرع المصري أن تتخذ الشركة القابضة شكل شركة مساهمة، ويدل اقتباس هذا الشكل على رغبة المشرع في التقريب بين الشركات القابضة وشركات المساهمة التي يملك رأسمالها القطاع الخاص[١].

ويرى البعض[٢] أن تحديد شكل الشركة الناجمة عن التحول بشركة المساهمة من شأنه أن يحقق العديد من المزايا، فالخصائص التي تتمتع بها هذه الشركة من حيث قدرتها على القيام بالمشروعات الاقتصادية الكبيرة وتقسيم رأسمالها إلى أسهم والمسئولية المحددة للمساهمين فيها تجعل منها النموذج الأمثل للشركات الناجمة عن التحول، ذلك أن الشركات العامة تتولى في الغالب مشروعات اقتصادية كبيرة يصعب تحويلها إلى القطاع الخاص ما لم تتخذ هذه المشاريع شكل شركة المساهمةبعد تحويلها، ولما كانت شركات المساهمة تمثل أهمية اقتصادية قصوى، فإن المشرع نظم وجودها على نحو يضمن جديتها، ولضمان الجدية علق المشرع تأسيس هذه الشركات على اتخاذ إجراءات معينة واستيفائها[٣]، كما رتب على الإخلال بهذه الإجراءات جزاءات شديدة[٤]، فضلاً عن الانخفاض النسبي لقيمة الأسهم يشكل حافزاً مشجعاً لجذب صغار المستثمرين ليستثمروا أموالهم في الشركة الناجمة عن التحول.

وبالرغم من أن قراءة نص المادة ١٣٦ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ قد توحي بأنه لا يجوز تغيير الشكل القانوني لشركة المساهمة إلى شركة التوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة، وإن جاز العكس، فإننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من ذلك[٥]، أي أنه يجوز تغيير شكل شركة المساهمة إلى جميع أشكال الشركات الأخرى بما في ذلك شركات الأشخاص، كما يجوز العكس طالما لا يترتب على تغيير شكل الشركة أي إخلال بحقوق دائنيها، إذ أن التحول جائز بالنسبة لجميع الشركات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية بما فيها شركة المساهمة بشرط أن يتضمن نظامها الأساسي نصاً يخول لها ذلك. وطبقاً للمادة ٢/١٣٦ من قانون الشركات، تعفي الشركة التي تغير شكلها القانوني، والشركة التي يتغير إليها والشركاء فيهما من جميع الضرائب والرسوم المستحقة بسب تغيير شكل الشركة، ونعتقد أن هذا يعد ميزة قانونية مقررة للأطراف كافة، ويحقق مزيداً من جذب رؤوس الأموال المحلية، بالإضافة إلى رؤوس الأموال الأجنبية.

---

[١] د. حسام الدين عبد الغني الصغير،بيع أسهم للعاملين، المرجع السابق، ص ٣٠.

[٢] د. محمد مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٥٣ ــ ٢٥٤.

[٣] مادة ٢٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة المصري طبقاً للتعديل المقرر بمقتضى القرار الوزاري رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٥.

[٤] د. محمد فريد العريني، ود. محمد جلال محمدين، ود. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص٢٦١.

[٥] انظر بخلاف هذا الرأي: د. مراد منير فهيم، تحول الشركات، المرجع السابق،ص٣٦. واستاذنا د.هاني دويدار،القانون التجاري، (التنظيم القانوني للتجارة - الملكية التجارية والصناعية- الشركات التجارية)، المرجع السابق، ص٨٧١ .

ومن الجدير بالذكر أن اتخاذ الشركة الناجمة عن التحول شكل شركة المساهمة من الضمانات المهمة التي تكفل استمرار المشروع الاقتصادي الذي كانت تتولاه الشركة العامة قبل عملية التحول، إذ أن شركة المساهمة تحمل بذاتها مقومات الاستمرار في الاستغلال الاقتصادي لهذا المشروع، ولا يتصور إنهاء المشروع وتصفية أعماله، وذلك قياسا على حالة التحول التي تقع عن طريق بيع الأصول وفقاً لقانون بيع أموال الدولة وإيجارها[١].

أما بخصوص موقف المشرع العراقي فإنه أوجب أيضاً أن تتخذ الشركة الناجمة عن التحول شكل شركة المساهمة، وذلك وفقاً للتحديد الذي جاءت به المادة (٣٥) من قانون الشركات العامة العراقي والذي تنص منه على أنه "يجوز تحول الشركة العامة إلى شركة مساهمة بموافقة مجلس الوزراء"، كما حدد قرار مجلس الثورة المنحل رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٥ شكل الشركة الناجمة عن التحول بشركة المساهمة[٢]. ونعتقد أن تحديد شكل الشركة الناجمة عن التحول بشركة المساهمة في التشريع العراقي يكمن في العلة نفسها التي سبق أن أشرنا إليها في التشريع المصري.

ومما سبق يتضح لنا من موقف المشرع المصري القانوني أنه يعد تغيير شكل الشركة تحولا للشركة، حسبما نص عليه المشرع المصري في المادة ١٣٦ من قانون شركات الأموال رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ويقابله في العراق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٧٣) الملغي، الفقرة أولاً من هذا القرار، وهو الأمر الذي لا يمكن القول معه إن الخصخصة في جميع صورها تعد تغييراً لشكل الشركة وذلك لأنه يتباين بحسب الأسلوب المتبع في التطبيق، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، وقد تكون عملية بيع شركة القطاع العام لعدة مستثمرين أو لمستثمر واحد، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يقوم بنيان الشركة أياً كانت صورتها، كذلك يختلف النظام القانوني لعرض الأسهم، سواء أكان عرضاً عاماً للشراء أم عرضاً لبيع عن طرح خاص أو نظام التأجير التمويلي أو عقد الإيجار والإدارة، فلكل نظامه القانوني الخاص به، ومن هنا يمكن القول إن الخصخصة تشكل مجموعة من الأشكال القانونية المعروفة والمستحدثة، وما يصل إليه الفكر القانوني في المستقبل يتفق ويواكب التطور والنظام الاجتماعي السائد الذي يقبل اعتناقها، وغايته المصلحة العامة، وقوامها الفكر السائد في المجتمع، وهو المهيمن على تقرير مصلحته، سواء أخذ بالاقتصاد الاشتراكي أو بنظام الاقتصاد الحر.

وعلى هذا تعد الخصخصة ظاهرة عالمية ذات طبيعة مركبة من عمليتين تتحول بها شركة القطاع

---

[١] كما هو الحال في العراق إذ قامت الحكومة ببيع كثير من أصول المشروعات العامة بهذه الطريقة، ومن تطبيقاتها تحويل معمل إسمنت المثنى ومعمل طابوق القادسية ومعمل نسيج الناصرية ومعمل نسيج الديوانية إلى شركات مساهمة.

[٢] وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة رقم (٢٧٣) لسنة ١٩٨٩ الملغي، يجب أن تتخذ الشركة الناجمة عن التحول شكل شركة المساهمة حصراً "الفقرة أولاً من هذا القرار، كذلك الحال بالنسبة لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٠) لسنة ١٩٩٣ الملغي الذي حدد شكل الشركة الناجمة عن التحول بالشركة المساهمة، وأطلق عليها تعبير شركة المساهمة العامة الفقرة (١) من هذا القرار.

العام إلى مشروع جديد، فتكون مشروعاً فردياً إذا اشترى الشركة مستثمر واحد[1]، والذي كرسه القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ وفي ظل عدم أخذ القانون المصري بنظام شركة الشخص الواحد، وقد تكون شركة تضامن إذا اشتراها مستثمران أو مسئولية محدودة ، أو شركة مساهمة إذا اشتراها ثلاثة أو أكثر، حسبما يرغب المستثمرون، وهكذا يعاد إنشاء المشروع بالشكل الذي يتخذه بالخصخصة، ويسري عليه النظام القانوني الخاص به، ولابد من إدراك أن الخصخصة تفترض: **أولا**: التحول من العام إلى الخاص دون إحداث تغيير في الشكل القانوني للشركة (المساهمة)، **ثانياً**: إذا انى للمساهمين بعد ذلك تغيير الشكل فلهم اتخاذ القرر طبقاً لأحكام قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

وبالرغم مما تقدم يمكن التساؤل حول طبيعة شركة المساهمة الناجمة عن التحول، من حيث كونها خاصة أو مختلطة. وللإجابة عن هذا التساؤل نلاحظ أن قانون الشركات العامة العراقي لم ينص صراحة على ذلك، غير أن المادة (٣٨) منه نصت على أنه "تحدد مساهمة القطاع الاشتراكي في الشركة الجديدة وفق الأحكام القانونية النافذة"، فدلالة هذا النص جوازية بعد أن كان وجوبياً بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم (٢٧٣)، هذا يعني أن المشرع العراقي عاد وتراجع عن موقفه السابق ليواكب المستجدات العصرية بالنص على جواز اتخاذ الشركة الناجمة عن التحول شكل شركة المساهمةالخاصة أو المختلطة.

ويتبين من النص أنه كما يمكن أن تكون الشركة الناجمة عن التحول خاصة، يمكن أن تكون شركة مختلطة، إلا أن ذلك يستلزم بعض الإجراءات القانونية، على الرغم من أنها تختلف عن المستلزمات المقررة لتأسيس الشركات الأخرى التي تؤسس ابتداءً وفقاً لأحكام قانون الشركات[2]، والباحثة ترى أن هذا النص يتفق ومتطلبات التحول، ويحقق المزايا المرادة من الخصخصة، إذ يمكن تحقيق الرقابة والإشراف وتجنب السلبيات التي تنجم عن عملية الخصخصة.

---

[1] هذا ما نبحثه في مبحث الثاني من الفصل الثاني لاحقاً .

[2] تنص المادة (٣٧) من قانون الشركات العامة العراقي، على أنه "بعد موافقة مجلس الوزراء على التحول تقوم الوزارة بإعداد عقد جديد للشركة تقدمه مع موافقة مجلس الوزراء إلى المسجل.

obeikandi.com

المطلب الثالث

التوسع في تطبيق القانون التجاري على الشركات التي خصخصت الإدارة فيها

توجد علاقة طردية بين اتباع أساليب الإدارة الخاصة في الشركات العامة من ناحية واتساع دائرة تطبيق القانون الخاص، وانحسار دائرة تطبيق القانون العام من ناحية أخرى، إذ أن تطبيق القانون الخاص في إدارة الشركات المخصخصة إداريا من قبل القطاع الخاص ليس بظاهرة جديدة.

وتبدو هذه الحقيقة واضحة عند نقل إدارة شركات القطاع العام إلى القطاع الخاص، وأن دائرة تطبيق القانون الخاص في إدارة شركات القطاع العام تزداد اتساعاً، وذلك - في رأي بعض الفقه[١] - يرجع إلى سببين: **أولهما**: تحرير الاقتصاد الذي أصبح ظاهرة عالمية، وليس فقط في البلدان النامية، بل في البلدان المتقدمة على حد سواء، و**ثانيهما**: تحول المشروعات العامة التي تتخذ شكل مؤسسات أو هيئات عامة إلى شركات مساهمة.

ويرى البعض[٢]، أن التحول أقل شمولية من الخصخصة التي تشمل أي إجراءات يترتب عليها نقل ملكية أو إدارة الأصول الإنتاجية أو النشاط من هيئات القطاع العام أو الدولة إلى القطاع الخاص، وتضم فيها عقود الإدارة وعقود إدارة الخدمات عادة التي كان يقوم بها أشخاص القطاع العام أو هيئات الدولة سابقاً، وكذلك العقود التي تمول بمعرفة أشخاص القطاع العام والدولة، ولكن طرف العقد هو القطاع الخاص، بل أكثر من ذلك فإن المستفيد هو القطاع الخاص أيضاً، كذلك عقود الإيجار للمشروعات العامة، سواء أكانت معدات أم أصولاً إنتاجية، ولو تضمن عقد الإيجار الحق في الشراء، يعد في هذه الحالة تحويلاً للملكية، وكذلك إسناد إدارة المشروعات بعد إقامتها وجميع أشكال عقود الامتياز.

هذا فضلاً عن إلغاء الاحتكارات العامة لبعض الأنشطة الاقتصادية المحددة، مثل النقل بالحافلات في الإقليم، وتراخيص مزاولة الأنشطة الخدمية التلفونية واستغلال الشواطئ وغيرها دون ارتباط ذلك بنقل ملكية الأصول الخدمية إلى القطاع الخاص.

وبصدد خصخصة الإدارة ومدى اتساع دائرة تطبيق القانون الخاص، يثور التساؤل عن مدى تطبيق قواعد هذا القانون. وللإجابة عن هذا التساؤل حول مدى تطبيق قواعد القانون الخاص على الشركات المدارة من قبل القطاع الخاص، يلاحظ أن تطبيق القانون التجاري على تلك الشركات يعد ضرورة يفرضها الواقع العملي، إذ إن المسائل القانونية تبرز في كل مرحلة من مراحل عملية الخصخصة حتى تمام التنفيذ ونقل إدارة الشركة إلى القطاع الخاص وتوفيق أوضاعها القانونية، طبقاً لقوانين الشركات وتشريعاتها، وبعبارة أخرى فإن القانون يتخلل كل عمليات نقل الإدارة برمتها؛ لذا رأينا أن نستعرض في

---

[١] د. محمد محمد عبداللطيف، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص١٠٠ .

[٢] د.عاطف صدقي، خصخصة المشروعات المملوكة للدولة والهيئات العامة السياسات-الأطر القانونية، مركز البحوث والدراسات الاقتصادية والمالية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٢٦ .

هذا المطلب أهم المسائل القانونية المتعلقة بهذا الأمر، وذلك في ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول: التكريس التشريعي لخضوع المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص للقانون التجاري.

الفرع الثاني: مدى اكتساب المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لصفة التاجر .

الفرع الثالث: عدم خضوع المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لنظام الإفلاس .

الفرع الأول

التكريس التشريعي لخضوع المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص للقانون التجاري

إن إخضاع المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص تستند إلى الشخص الذي يتولى الإدارة، إذ تكون الإدارة بواسطة شخص خاص؛ لذا تكون قواعد القانون التجاري قابلة للتطبيق، وقد أكدت التشريعات المقارنة التكريس التشريعي، من خلال النصوص القانونية في قانون الشركات، ففي فرنسا نص قانون رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٤٨ الذي أنشأ شركة Air France على إخضاعها لقانون الشركات التجارية الفرنسي فيما لا يتعارض مع الأحكام التي أوردها، وعاد المشرع مؤخراً لتأكيد هذه القاعدة في المادة الأولى من القانون رقم ٦٦٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تحويل مشروع France Telecom إلى شركة مساهمة.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨،على تحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة تخضع لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢[١]. وأما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فقد نصت المادة ٣٥ من قانون الشركات العامة على تحويل بعض تلك الشركات إلى شركة مساهمة بموافقة مجلس الوزراء. ولا جدال في أن تحويل بعض الشركات العامة للبريد والاتصالات والشركة العامة للنقل الخاص إلى شركات مساهمة يجعلها مشمولة بتطبيق قانون الشركات المرقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٧[٢] .

ومن منظور ما تقدم يتبين لنا أن التشريعات المقارنة لم تضع قيوداً فيما يخص تطبيق قواعد القانون التجاري على المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص، ولكن هل تطبيق قواعد القانون التجاري على تلك المشروعات يمنحها صفة التاجر أو لا؟ هذا ما نحاول بيانه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

---

[١] د. محمد علي سويلم، الشركات التجارية، المرجع السابق، صـــ٣٤٠-٣٤١، وكذلك د. محمد عبد اللطيف الاتجاهات المعاصرة في الخصخصة، المرجع السابق، صـــ١٥٥ وما بعدها.

[٢] حسن محمد على حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير والتطوير، دراسة مقارنة في تطوير نشاط المرافق العامة الاقتصادية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، صـــ٢١٩.

الفرع الثاني

مدى اكتساب المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لصفة التاجر

القاعدة العامة أن المشروعات العامة لا تستهدف صفة التاجر حتى لو اعتاد القيام بالأعمال التجارية الذاتية. لأنها تستهدف غايات عامة تتضاءل إلى جانبها غايات التاجر، ولأنه من غير المستساغ أو الممكن خضوع الدولة لنظام التجارة (وخاصة نظام الإفلاس) [1]، وذلك لأنه من خصائص القانون التجاري المضاربة والسعي إلى الربح، وهو هدف لا يستقيم والفلسفة الاشتراكية.

والأشخاص الذين وضعت أحكام هذا القانون خصيصاً لهم- وهم تجار أفراد وشركات تجارية خاصة - قد تغيروا في الوقت الحاضر إذ حلت محلهم الدولة وأصبحت التاجرة التي تهيمن على الإنتاج والاستهلاك على السواء، ومن غير المقبول أن تخضع الدولة في نشاطها التجاري لأحكام لم توضع لها.

وتعد مسألة منح صفة تاجر للمشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص مسألة صعبة ودقيقة للغاية، وتزداد صعوبة معرفة هل المشروع يكسب تلك الصفة أو لا، ويكمن السبب وراء ذلك إلى أن هناك سلسلة من النتائج تتعلق بالآثار المرتبطة بمفهوم التاجر، مثل تطبيق التشريعات الخاصة بالتجار.

ويرى البعض[2] أن الصعوبة في الإجابة ليست وراء الإدارة فيما يتعلق بالمشروعات التي تدار في شكل شركات مثل بنوك التأمين وشركاته، حيث إن تطبيق هذه المفاهيم ليس محل جدل.

أما بصدد مدى اكتساب المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لصفة التاجر فهناك رأيان:

يذهب **الرأي الأول** إلى إنكار صفة التاجر على المؤسسات العامة التجارية، بحجة قيام التعارض بين مباشرتها للنشاط التجاري وطبيعة سلطاتها بوصفها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، إذ تباشر هذه المؤسسات سلطاتها لمصلحة الجماعة، في حين يعد نشاط التجارة خاصاً أو نفعياً يستهدف تحقيق الربح المالي. وفضلاً عن ذلك فإن النشاط التجاري والصناعي يقتضي الاستقلال ويقوم على المنافسة، ويستتبع المسؤولية الشخصية، في حين تزاول المؤسسات العامة نشاطها بعيداً عن هذا المنظور وتخضع لرقابة الجهة المنشئة.

وبهذا الصدد أوجب المشرع الفرنسي خضوع المؤسسات الاقتصادية في إدارتها المالية والمحاسبية للقواعد التجارية السارية على الشركات الصناعية والتجارية، غير أن ذلك لا يعني إلا أمرًا من أمرين، أما إخضاعها للقانون التجاري، وإما إخضاعها للقانون الخاص.

---

[1] د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري في مائة عام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٣، صـــ١٥، د. حسني المصري، قانون التجاري، المرجع السابق صـــ٧٤. وكذلك د. علي البارودي، القانون التجاري، (العقود التجارية- عمليات البنوك- الأوراق التجارية- الإفلاس)، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٤، صـــ٦٦٦.

[2] د. عزت فوزي حنا، المرافق العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢، صـــ٢٥٢، وكذلك حسني محمد علي، المرجع السابق، صـــ٢١٩.

أما **الرأي الثاني**: فيذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من القول بأن هذه المؤسسات تحترف التجارة، بل إنها لم تنشأ إلا من أجل ذلك، بخلاف القول بالرأي الأول بأن هناك تعارضًا بين سلطات المؤسسات العامة التجارية وممارسة التجارة، إذ يرى أصحاب هذا الرأي الثاني أن هذا القول مدحوض فيه. لأن هذه المؤسسات لها إدارة تنقل من السلطات الاستثنائية المعترف بها إلى أشخاص القانون العام الآخرين[١].

يتضح مما سبق أن المشرع في فرنسا يؤيد الرأي الثاني، ونحن نرجح هذا الرأي أيضاً طالما كانت الشركة العامة متمتعة بالشخصية المعنوية وبالذمة المالية المستقلة، واحترفت الأعمال التجارية فكان من الحق القول بأنها تكتسب صفة التاجر، وتثبت هذه الصفة، على الرغم من عدم إعمال بعض النتائج المترتبة عليها، كالخضوع لنظام الإفلاس، وسنعرض لها لاحقاً في هذه الدارسة.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري[٢] فإن المشروعات العامة لا تزال تخضع بسبب نشاطها لقواعد القانون التجاري في علاقة بعضها ببعض، وفي علاقاتها مع العملاء من جهة أخرى. والمشرع نفسه يوجب عليها اتباع طرق الإدارة المتبعة في المشروعات التجارية دون التقيد بالنظم الإدارية والمالية المتبعة في المصالح الحكومية، بيد أن اتخاذ المشروعات الحكومية شكل الشركات المساهمة يعرب عن إرادة المشرع في التسوية بينها وبين الشركات المساهمة الخاصة وإخضاعها لأحكام القانون التجاري. وإذا كان المشرع المصري قد اتجه إلى إخضاع المشروعات العامة لقواعد القانون التجاري، فذلك لأن قواعد القانون التجاري أكثر صلاحية ومرونة من قواعد القانون العام؛ لمواجهة حاجات النشاط التجاري الذي يقوم على السرعة والائتمان.

وإذا كانت المشروعات العامة تخضع لقواعد القانون التجاري بسبب طبيعة نشاطها، فإن هذا لا ينفي أن يكون لها طابع عام؛ بسبب ارتباطها الوثيق بالدولة، وهو ما يستتبع خضوعها لبعض[٣] قواعد القانون العام، ولا سيما في نطاق الرقابة المفروضة عليها من الدولة، ويذهب جانب من الفقهاء[٤] إلى أن مزاولة النشاط التجاري يفقد هذا النشاط الصفة التجارية إذا قام به الشخصي المعنوي العام؛ لأن العمل التجاري لا يدخل ضمن أغراضه.

---

[١] نقلاً عن حسني محمد علي، المرجع السابق، صـــ٢٢٢.

[٢] تطبيقاً لذلك تنص المادة ١٥١ من القانون التجاري المصري على تطبيق أحكام الفصل الخامس من مجموعة القانون التجاري الخاص بالنقل على هيئة السكك الحديدية، وهو ما يعني أن المشرع يعتبر قيام الدولة بمقاولة النقل من قبيل الأعمال التجارية.

[٣] د. عزت فوزي حنا، المرجع السابق، صـــ٢٥٦.

[٤] د. مصطفى كمال طه، ود. وائل أنور بندق، المرجع السابق ص٢٣.

ويذهب بعض آخر من الفقهاء [١] إلى أن العمل يحتفظ بصفته التجارية بصرف النظر عن صفة القائم به، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً عاماً، إذ متى باشر الشخص المعنوي العام نشاطًا من نوع النشاط الذي يباشره الأفراد ونزل إلى ميدانهم، فقد أوجب أن يعامل معاملتهم.

ونؤيد هنا الرأي الثاني الذي يذهب إلى القول بأن قانون التجارة يطبق على المشروعات الاقتصادية المدارة من قبل القطاع الخاص أسوه بالمشروعات الخاصة، ويكتسب صفة التاجر، وفضلاً عن ذلك فإن هناك حدوداً ينبغي على الدولة ألا تجاوزها في تدخلها في الحياة الاقتصادية التي لا تزال تقوم على مبدأ الحرية الاقتصادية حتى لا يترتب على تداخلها القضاء على الحرية التعاقدية.

وبالرغم مما تقدم، ومن استقراء المادة ٢٠ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تبين لنا أنها قد حسمت الأمر والجدل الفقهي التي تدور حول اكتساب المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لصفة التاجر، إذ نصت على أنه "لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام ومع ذلك تسري أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التي تزاولها إلا ما يستثنى بنص خاص".

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فإن الشركات العامة تخضع لقوانين تأسيسها، إلا أن هذه الشركات في الغالب تمارس نشاطاً تجارياً، ومن ثم تخضع في نشاطها للقانون التجاري إذا مارست أحد الأعمال التجارية المنصوص عليها في قانون التجارة المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وعلى سبيل الاحتراف[٢] فإنها تكتسب صفة التاجر، حيث كان يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه وعلى وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون[٣]. وقد أكد قانون التجارة صراحة تطبيق الأحكام المتعلقة بالتاجر على مؤسسات القطاع الاشتراكي إذ تنص المادة العاشرة من القانون على أن " تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الأحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في هذا القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي يؤديها".

ويتضح مما سبق أن المشرع العراقي لا يختلف عن المشرع الفرنسي والمشرع المصري بصدد اكتساب المشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص لصفة التاجر. ولكن بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي يؤديها، إذ هناك ضوابط لابد أن تراعي من قبل الدولة بهذا الصدد، مقترحة من قبل شراح القانون، وهي:

١- أن الدولة إذا فرضت شروطاً خاصة على المتعاقدين، فيجب عليها أن تترك لهم قدراً أدنى من الحرية، وأن تحتفظ لهم بدائرة معينة يبدون فيها النشاط الفردي.

---

[١] د. علي حسن يونس، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتجار، بلا دار نشرة ١٩٥٩، ص١٦٥، وكذلك د. حسني المصري، المرجع السابق، ص٧٧.

[٢] المادتان (٥، ٦) من قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٣] الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٢- إذا أبرم العقد فيجب على الدولة أن تحترم القوة الملزمة للعقود المبرمة، وأن تمتنع عن تعديل شروطه أو إعاقة تنفيذه بإصدار قواعد ذات أثر رجعي تنطبق على العقود المبرمة من قبل.

٣- أن الدولة إذا ما زاولت التجارة فيجب عليها أن تخضع للقواعد التي يخضع لها التجار، والحقيقة التي يجب أن تمارس الدولة التجارة على أساسها أن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي تعد الباعث على النشاط المهني لكل من التاجر الفرد أو الشركة.

ويجب على الدولة في علاقتها مع عملائها أن تعمل كما يعمل التجار حتى لا تمنى بخسائر تقع في النهاية على عاتق دافعي الضرائب، فضلاً عن ذلك فإن توفير الدولة الحوافز والمزايا واستقرار الأوضاع السياسية والاقتصادية يصب في مصلحة الدخل القومي، حيث يؤدي إلى اجتذاب الاستثمارات المحلية والأجنبية، ومن ثم يتوفر المناخ المناسب لهذه الاستثمارات.

الفرع الثالث

عدم خضوع الشركات المدارة من قبل القطاع الخاص لنظام الإفلاس

يترتب على عدم ثبوت صفة التاجر للمشروعات المدارة من قبل القطاع الخاص عدم خضوعها لقواعد نظام الإفلاس[١]. ففي التشريعات المقارنة، يثير ثبوت صفة التاجر تساؤلاً يتعلق بإمكانية خضوع تلك المشروعات لقواعد الإفلاس. من البديهي أن هذه المسألة لا تثير إشكالية في حالة الإدارة المباشرة من قبل الدولة، وهي لا تكتسب أبداً صفة التاجر، وإنما تثور في حالة ما إذا ما كان هذه المشروعات تدار من قبل القطاع الخاص فلا يمكن اخضاعها لقواعد الإفلاس وإن اكتسبت وصف التاجر، حتى لو بلغت المشروعات درجة كبيرة في التجارة، إذ إنها مازالت تاجراًعاماً ، فالصفة العامة للشركات تستغرق هنا طبيعة النشاط الذي يقوم به القطاع الخاص ولأن الشركة لها شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركاء فضلاً عن استقلال ذمة المالية، فللشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء .

وبهذا الصدد يقرر بعض الفقه الفرنسي[٢] أن قانون ٢٥ يناير (كانون ثاني) ١٩٨٥ بشأن التقويم القضائي لا يطبق على المؤسسات العامة[٣]، وحتى المشروعات العامة التي لها وصف الشركات الخاصة فإن القضاء يستبعد فكرة تطبيق التصفية القضائي عليها؛ لأن المشرع لم يخضع هذه الشركات لقواعد

---

[١] د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٣٤٢ .

[٢]

De Laubadere (A.) Venezia (J.C.), Gaudmet (Y.): Traité de droit administratif T.1, LGDJ, 1996, n.418.

[٣] أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه الفقهي المستمد من النصوص التشريعية إذ قررت عدم جواز ممارسة طرق التنفيذ المقررة في القانون الخاص تجاه جميع الأشخاص العامة سواء كانت إدارية أو صناعية أوتجارية.

Cass. Soci. 1er Dec. 1987, Bull., I, n348. P.249.

المشار إليه لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، المرجع السابق،ص١٠٥.

القانون التجاري إلا بشرط اتفاقها مع موضوع الشركات العامة، وإن القانون الخاص بالتصفية القضائية يبدو متعارضاً مع هذا الهدف، وقد رفضت محكمة النقض في فرنسا حديثاً تطبيق قواعد التصفية القضائية المنصوص عليها في قانون ٢٥ يناير (كانون الثاني) ١٩٨٥ على الخطوط الفرنسية.

وفيما يتعلق بموقف التشريع المصري فقد كانت المبادئ المستقرة في القوانين السابقة المتعاقبة التي كانت تحكم القطاع العام تقرر في الغالب أن شركات القطاع العام لا يجوز إشهار إفلاسها[١]. كذلك لا يجوز شهر إفلاس رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام وهو من ينتدب لإدارتها بوصفه أجنبيًا عن الشركة وغير شريك فيها وبالتالي لا يسأل عن ديونها بصفة تاجر. وحيث أن نظام الإفلاس يعد نظاماً خاصاً بالتجار، فلايجوز شهر افلاس من لايكتسب صفة التاجر[٢]. غير أن القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الخاص بتنظيم شركات قطاع الأعمال العام لم ترد به نصوص في هذا الشأن. كما ويلاحظ أن قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لم يغير في القواعد الموضوعية للإفلاس التي كانت واردة بالقانون القديم وتعد متعلقة بالنظام العام والتي لا يزال يقوم عليها نظام شهر الإفلاس[٣].

وطبقاً للنصوص القانونية[٤] الواردة في القانون رقم ٢٠٣ لسنة١٩٩١ تطبق على شركات قطاع الأعمال العام الأحكام الواردة في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة التي تجيز إشهار إفلاسها والحجز على أموالها طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون التجاري والقانون المدني[٥] الذي انتقد الاتجاه القديم وتساءل عن الفائدة من تقرير عدم جواز شهر إفلاس شركة القطاع العام دون إيجاد المخرج القانوني لحالة الإفلاس الواقعة التي تواجهها هذه الشركة حين تتوقف عن دفع ديونها التجارية.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي بشأن إخضاع شركات القطاع الاشتراكي لقانون التجاري، فعلى الرغم من أن هذه الشركات تخضع لقواعد القانون التجاري، فإنها لا تخضع لنظام الإفلاس، والسبب الذي يكمن وراء ذلك هو تعارض هذا مع طبيعة نشاطها ودورها الأساسي في تنفيذ خطط التنمية القومية، بالإضافة إلى أن أموال هذه الشركات لا يجوز الحجز عليها.

ويتضح مما سبق، أن المشرع العراقي لا يخضع الشركات المدارة من قبل القطاع الخاص لنظام

---

[١] المادة الأولى من قانون شركات قطاع العام المصري ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

[٢] د.هاني دويدار، القانون التجاري،المرجع السابق،ص١٢٠.

[٣] الطعن رقم ٥٥لسنة ٧٠ في جلسة ٢٠٠٣/١/١٥ .والمشار اليه عند د.عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق،ص٤٨٧،هامش ٢ .

[٤] د. عزت عبد الحميد البرعي، الإطار القانوني والاقتصادي لتنظيم قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد الثامن، السنة الرابعة، أكتوبر ١٩٩٥، ص٥٥٠.

[٥] د. أبو زيد رضوان، د. حسام عيسى، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص١٩٦-١٩٧، وكذلك د. محسن شفيق المرجع السابق، ص٣٣، د.محمد فريد العريني، د. جلال وفا، البدري محمد بن، د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص١٠٧.

الإفلاس، بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري الذي أجاز إشهار إفلاسها والحجز على أموالها. ونؤيد هنا موقف المشرع المصري في هذا الصدد، ومن مسوغات تأييدنا لهذا التوجه أنه يواكب مقتضيات العصر، وكذلك لضمان حقوق الغير واستقرار المعاملات لابد من وجود آليات قانونية لحل الإشكالات الناجمة عن أي خلل في العلاقة بين المتعاقدين، ولا سيما المستثمرين والقطاع الخاص عندما يدير الشركات العامة؛ لأنه يبحث عن الضمان والاطمئنان مع الجهة التي يتعامل معها، وهو ما يؤدي إلى جذب مزيد من رؤوس الأموال الخاصة وزيادة كفاءة الأداء في تلك الشركات، وقد جذبت التطورات التي تشهدها الساحة المصرية حالياً اهتمام العديد من الأكاديميين والممارسين على حد السواء؛ للبحث في سبل التطوير الإداري المنشود في شركات قطاع الأعمال وشكل الممارسات الإدارية المطلوب استخدامها للعمل في ظل آليات جديدة للسوق وتوجيهات تعكس فلسفة التغيير المطروحة.

وندعو المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري فيما ذهب إليه بشأن إخضاع تلك الشركات لنظام الإفلاس والحجز على أموالها وإجراء التغييرات والتطويرات اللازمة لقوانينها في إطار منظم. والقصد من إجراء هذه التغييرات وتقديمها في إطار قانون الشركات أو قانون خاص بإجراء عمليات الخصخصة هو إطلاق يد القيادات في اتخاذ القرارات الإدارية على أسس مدروسة وفي ظل التوجه الجديد نحو آليات السوق الحرة بما يمكنها من مواجهة المنافسة المتوقعة والقدرة على خدمة الأسواق المحلية الدولية على حد سوء.

ويستلزم نجاح هذه التغييرات أن يواكبها في الوقت نفسه تحول في توجيهات قيادات الشركات والعاملين فيها باختلاف مستوياتهم الإدارية، فجاءت العديد من المفاهيم الأساسية والضرورية لرفع أداء هذه الشركات وتبنى مداخل أكثر ابتكارية للنظر إلى المشاكل الإدارية المزمنة ومواجهة التحديات المعاصرة.

ومن الجدير بالذكر أن عدم جواز شهر إفلاس الشركات وعدم جواز الحجز على أموالها يثير تساؤلاً عن حماية حقوق الدائنين وضماناتها وكيفية تحصيل ديونهم على شركات القطاع الاشتراكي العراقي، ونرى أن علاج هذه المشكلة يكون بنص تشريعي مفاده ضرورة قيام الدولة بتغطية التزام الشركة في مواجهة دائنيها أو إخضاعها لنظام قانوني للتصفية إذا قدرت الدولة عدم إمكانية علاج حالاتها المالية والائتمانية، حتى لا يكون عدم جواز شهر إفلاس شركات القطاع الاشتراكي إهدارًا لحقوق الدائنين من ناحية، وحافزاً للإهمال وربما العبث من ناحية أخرى.