الأسس القانونية لعقد الشركة

للدكتور ثروت على عبد الرحيم

١ ــ لاختلاف بين الشريعة الاسلامية والنظامين اللاتينى والانجلوسكسونى فى أن الشركة عقد يؤسس على أركان وشروط يتوقف على توفرها انعقاد العقد وصحته ، وهذا العقد يخضع فى تكوينه للقواعد العامة ، ومن ثم كان متعينا توفر الاركان العامة للتعاقد وهى رضا المتعاقدين الذى لايشوبه عيب من عيوب التراضى وأن يكون الرضا صادرا عن ذى أهلية ، وأن يكون للعقد محل وسبب ، ولما كان عقد الشركة ذى طبيعة قانونية خاصة تعين توفر أركان خاصة به تميزه عن غيره من العقود ، وهى تعدد الشركاء وتقديم كل شريك حصة من مال أو عمل وتوفر نية المشاركة عند الشركاء مما يقتضى اقتسام الربح والخسارة نتيجة تحمل المخاطر المشتركة للنشاط الذى تقوم به الشركة.

٢ ــ وقد اقتضت الصياغة الخاصة التى تتميز بها الشريعة الاسلامية وصور الشركة فيها اختلافا عن التقسيم اللاتينى لشروط العقد الى شروط موضوعية عامة وشروط موضوعية خاصة واختلافا فى الرأى حول مايعد ركنا من أركان عقد الشركة ومايعتبر شرطا لصحته فعند الاحناف ركن عقد الشركة الايجاب والقبول أما الشافعية والمالكية والحنابلة فيرون أن للشركة أربعة أركان هى العاقدان والصيغة والمحل . ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية أن الاشتراك فى الربح والخسارة شرط من الشروط العامة التى يجب توفرها فى جميع صور الشركة والا فسدت الشركة لأن الربح هو المعقود عليه ومن ثم تؤدى جهالته الى فساد العقد ، كما يجعلون من الشروط العامة للعقد أن تتوافر فى الشركاء شروط انعقاد الوكالة باعتبار أن كل منهم وكيل

عن صاحبه وموكلا له ، وهناك شروط خاصة يجب توفرها فى بعض صور الشركات تختلف بحسب طبيعة كل منها .

٣ — واذا كان الفقه الوضعى يشترط لانعقاد الشركة فى أغلب الأحوال شروطا شكلية كأن يكون العقد مكتوبا وأن يكون فى بعض الصور مفرغا فى محرر رسمى وأن يتم شهر العقد حتى يرتب آثارا قانونية خاصة فى مواجهة الغير فان الشريعة الاسلامية وان لم تعتبر الكتابة شرطا لانعقاد العقد أو لصحته ونفاذه فقد أشار بعض فقهاء المسلمين الى أن الكتابة تستحب فى عقد الشركة فهى عقد يرتب حقوقا والتزامات أى ديونا وقد قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فأكتبوه » وقد أورد السرخسى البيانات الأساسية التى يرى اثباتها عند كتابة تحرير عقد الشركة وهى تمثل أهم البيانات التى يدور حولها التعاقد (١) وقد أشترطت التشريعات الوضعية الحديثة الكتابة كشرط انعقاد فى بعض الحالات ، أو كوسيلة اثبات فى صور أخرى .

٤ — وفى المبحث الأول نعرض لتعريف عقد الشركة ودور الارادة فى انعقاد هاوفى المبحث الثانى نبحث الشخصية المعنوية للشركة باعتبار أهم النتائج التى تترتب على ابرام عقد الشركة فى القانون الوضعى باستثناء شركة المحاصة فى النظام اللاتينى وشركة الأشخاص partnership فى النظام الانجلوسكسونى .

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ١٠ ص ١٩٥ .

المبحث الأول

تعريف الشركة ودور الارادة فى انعقادها

٥ — الشركة فى اللغة تعنى الخلط والاختلاط ومنها خلط المالين وخلط الشريكين والخلطاء هم الشركاء وهى مصدر من شرك شركا وشركة ، ويقال شركته أو أشركته فى الأمرى جعلته شريكا ، قال تعالى « وأشركه فى أمرى » أى اجعله شريكى فيه ، كما يطلق لفظ الشركة على عقد الشركة وهو المعنى القانونى والفقهى للشركة ويقصد بالشرك النصيب ، ويقال الشريكان لأن لكل واحد منهما شركا أى نصيبا فى المال ، والشركة فى الشرع هى الخلطة بثبوت الحصة (١) .

٦ — والفقه الاسلامى يتوسع فى مدلول الشركة ، فهى تشمل شركة الاباحة أى اشتراك عامة الناس فى حق تملك الاشياء المباحة وقد أتخذت تسميتها من الحديث الشريف « الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلأ والنار » كما تشمل مايسمى فى الفقه اللاتينى بالملكية الشائعة وتعرف فى الفقه الاسلامى بشركة الملك وهى أن يشترك شخصان أو أكثر فى ملك مال ، سواء بارادتهما كشرائهما هذا المال ، أو بغير فعلهما كما لوورثا مالا ، وحكمهما واحد وهو أن مايتولد من زيادة المال يكون مشتركا بينهما بقدر الملك ويكون كل واحد منهما بمنزلة الأجنبى فى التصرف فى نصيب شريكه (٢) .

---

(١) انظر المصباح المنير ج ١ ص ٣٣ ، لسان العرب المحيط لابن منظور المجلد الثانى ص ٣٠١ ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٨٣ ، مختار الصحاح ، دار التراث العربى ص ٣٣٤ ، الاختيار لتعليل المختار ٣ ص ١٦ ، كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ ص ٤٩٦ .

(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٠ ص ١٥١ ، تحفة الفقهاء ج ٣ ص ٣ ، رسالة الدكتور عبد العزيز الخياط ، الشركات فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ، ١٩٧١ ج ١ ص ٣٥ ومابعدها .

وتعنينا فى هذا المجال شركة العقد فى الشريعة الاسلامية ، وهى الشركة التى تنشأ عن ربط بين كلامين يترتب عليهما أثر شرعى (١) وقد ولدت الشركة كأداة لاستغلال الأموال فى مهد الفكرة التعاقدية وتطورت فيه ، وقد بدأت هذه الفكرة فى التراجع عن مبدأ حرية التعاقد فى التشريعات الوضعية وذلك فى نطاق شركات الأموال وعلى وجه الخصوص فى شركات المساهمة التى تقلص دور المساهمين فى كيفية تكوين الشركة ووضع نظامها وطريقة سيرها وادارتها ، وذلك لحماية المساهمين وهم غالبا من صغار المدخرين وبهدف الاشراف على هذه الشركات اشرافا تمكن الدولة عن طريقه من فرض رقابتها على شركات المساهمة نظرا لخطورة الدور الذى تقوم به فى اقتصاديات الدولة ، والذى قد ينعكس على سياستها وهذا التنظيم القانونى لشركة المساهمة أدى الى قول البعض بأن هذه الشركة أصبحت نظاما يعمل على تحقيق هدف معين (٢) ، ومع ذلك فان الشركة أيا كان نوعها مازالت ترتكز على فكرة التعاقد اذ أن شركة المساهمة تتكون بادىء ذى بدء فى صورة عقد ابتدائى فيما بين المؤسسين (٣) يتعهدون بموجبه بالسعى لانشاء الشركة ثم يتبعه عقد تأسيس الشركة كما يعد المؤسسون نظام الشركة (٤) statut

---

(١) أورد بعض الفقهاء تعريفات للشركة بمعناها الواسع فى الشريعة الاسلامية منها تعريف الشركة بأنها الاجتماع فى استحقاق أو تصرف ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣ .

(٢) Conception institutionelle انظر ريبير ورويلو رقم ٦٧٧ هامل ولاجارد ج١ رقم ٣٨٤ ، هيمار وتيرى ومابيلات ، الشركات التجارية ج ١ رقم

(٣) acte préliminaire ووفقا للمادة ١٥ من قانون شركات الأموال الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يجب أن يكون العقد الابتدائى لشركة المساهمة والتوصية بالاسهم والمسئولية المحدودة رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه ويجب ان يتضمن البيانات التى حددتها المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، كما توجب المادة ٩ من قانون الشركات والمادة ٢ من اللائحة التنفيذية ان يكون العقد الابتدائى الذى يبرمه المسسون طبقا للنموذج الذى يصدره الوزير المختص بقرار منه .

(٤) وتقضى المادة ١٨ من قانون الشركات الجديد بان يصدر الوزير

الذى ينظم نشاطها وادارتها اثناء حياتها ، ولكن من المسلم به أن دور التعاقد فى تكوين الشركة يقف غالبا عند هذا الحد وتخضع الشركة بعد ذلك للتنظيم القانونى الذى تتسم أغلب أحكامه بأنها وردت فى شكل قواعد آمره ومن ثم لايعيش دور ارادة المؤسسين سوى فترة قصير من الزمن .

٧ — واذ كان العقد فى القانون الوضعى هو توافق ارادتين أو اكثر على احداث أثر قانونى يرتبه القانون اعمالا له فان العقد لغة يدل على الربط والتوثيق ومن ثم اطلق العقد فى الشريعة الاسلامية على التصرف الذى يقوم على ارادتين بحيث يقصد المتعاقدان احداث التزام شرعى ، كالبيع والشركة والايجار والوكالة (١) وفى تعريف آخر للعقد انه الربط بين كلامين صادرين من شخصين للتعبير عن ارادتهما فى انشاء التزام شرعى بينهما ، وحين جمع المرحوم أحمد قدرى باشا فى مؤلفه القيم « مرشد الحيوان الى معرفة أحوال الانسان » أحكام المعاملات وفقا للمذهب الحنفى فى صياغة عصرية عرف العقد فى المادة ٢٦٢ بأنه أرتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على

المختص نموذج نظام شركة المساهمة وقد صدر قرار وزير شئون الاستثمار والتعاون الدولى رقم ٧ لسنة ١٩٨٢ بنماذج عقود وانظمة شركات الأموال .

(١) ويدخل فى نطاقه عند فقهاء المسلمين العهد الذى يلزم الانسان نفسه باحترامه من يطلقون لفظ العقد على الحالة التى يقوم فيها على ارادة واحدة أى التصرف القانونى الذى ينعقد بالايجاب وحده دون أن يلحقه قبول ومن ثم يكون التصرف صادرا من جانب واحد ، وهو مايسمى فى فقه القانون بالالتزام بالارادة المنفردة ، واستخدم فقهاء الشريعة المحدثون تعبيرا مقاربا ، انظر على الخفيف ، التصرف الانفرادى والارادة المنفردة ، القاهرة ١٩٦٤ ص٤٧ ومابعدها ، كما أوضح فى مؤلفه مختصر أحكام المعاملات الشرعية ان استخدام كلمة العقد للدلالة على جميع الالتزامات الشرعية سواء أكانت اتفاقا بين طرفين او التزاما من شخص واحد أظهر فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه فى كتب الحنفية ، ص ٧٤ .

وجه يثبت أثره فى المعقود عليه ، وقد نقل المشروع العراقى هذا التعريف حرفيا الى المادة ٨٣ من القانون المدنى ، كما نقله المشروع الكويتى الى المادة ١٠٣ من قانون التجارة •

وقد عرف واضعوا مجلة الأحكام العدلية — العقد فى المادة ١٠٣ بأنه التزام المتعاقدين وعقدهما أمرا ، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول •

٨ — واذا كنا بصدد دراسة مقارنة لاحكام الشركات فنشير الى أننا نؤيد الرأى الذى ذهب الى أن العقود لم ترد فى الشريعة الاسلامية على سبيل الحصر (١) ، وهذا الرأى يفتح المجال أمام تأسيس الشركات التى لم تعرف فى صورتها الحالية عند فقهاء المسلمين الأولين كشركة المساهمة وشركة التوصية بنوعيها والشركة ذات المسئولية المحدودة اذ لاحظنا اتجاها فى الفقه الحديث ينسب كلا من هذه الشركات الى احدى الصور المعروفة فى الشركة وفقا للشريعة الاسلامية (٢) ، خاصة

---

(١) من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقى ، مصادر الالتزام فى القانون الكويتى مع المقارنة بالفقه الاسلامى وأحكام المجلة (طباعة رونيو) ج ١ نظرية العقد ، الكويت ١٩٧٤ — ١٩٧٥ ص ٤٨ ومابعدها وقد أوضح أن الفقه الاسلامى التقليدى لم يلجأ الى تقسيم العقود ولم يكن هذا غريبا لان هذا الفقه لم يتوصل الى تأصيل نظرية عامة للعقد وأن الفقهاء المحدثين حاولوا تقسيم العقود متأثرين بالفقه القانونى الحديث كتقسيم العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وعقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء كالكفالة والرهن ، وتقسيم آخر للعقود الى ودائع وأمانات وهى الوديعة والعارية والرهن والشركة ووكالات وهى الوكالة والشركة والمضاربة والتوثيقات وهى الكفالة والحوالة والرهن ، ويرى أن أقرب تقسيمات العقود الى المنطق وهو تقسيم المرحوم قدرى باشا للعقود بحسب موضوعها الى عقود ترد على الأعيان لتمليكها بعوض وهى البيع أو بغير عوض وهى الهبة ، وعقود ترد على الأعيان لحفظها وهى الوديعة أو لاستهلاكها ورد بدلها وهى القرض وعقود ترد على عمل الانسان .

(٢) على الخفيف ، الشركات فى الفقه الاسلامى ص ٩٤ ومابعدها ، عبد العزيز الخياط رسالته فى الشركات القسم الثانى ص ١٤٦ و ١٥٠ ، ١٩٣ وما بعدها .

شركة المضاربة ، أى القراض أو المقارضة كما شاع اسمها عند أهل الحجاز وهذا الاتجاه يحد من حركة كل من يحاول وضع تشريع حديث للشركات يقوم على الشريعة الاسلامية ، بعكس الأمر لو قلنا بأن العقود لم ترد فى الشريعة الاسلامية على سبيل الحصر ، اذ نستطيع الاحتفاظ لهذه الشركات التى نظمتها القوانين الوضعية باسمائها التى عرفت بها على مر السنين ونخلصها مما قد يشوبها من أحكام لاتتفق مع الشريعة الاسلامية فى قواعدها الأساسية وأصولها الجوهرية •

٩ — والنظرة العابرة الى مادونه فقهاء المسلمين تشير الى أن العقود التى أوردوها قد جاءت على سبيل الحصر ومؤدى ذلك أنه لايجوز ابرام غيرها من العقود خاصة أن البعض مازال يقصر الاجماع والعرف والمصلحة على ما وقع منها فى صدر الاسلام ومن ثم لايعتد بما يقع منها فى عصرنا الحالى ، ووفقا للرأى الذى ذهب الى أن العقود الشريعة الاسلامية ليست سوى ما أورده الفقهاء الأقدمون يقتصر اباحتها على الحالات وفى الحدود التى كانت سائدة عند تقرير مشروعيتها كما يحظر ما يتفق عليه المتعاقدون من شروط ان كانت ليست من مقتضيات العقد ولا من ملاءماته (١) ، الا أن هذه النظرة تحول دون انطلاق أحكام الشريعة الاسلامية لتنظيم ما استجد من عقود فى العصر الحالى لم يكن معروفا لدى الفقهاء الأولين ومن ثم نرى ان العقود فى الشريعة الاسلامية لم ترد على وجه الحصر وان هناك عقودا غير مسماة كما يقال فى الاصطلاح القانونى الحديث ، وبالتالى يجوز ابرام أى من العقود ولو لم ينظمها الفقهاء الأولون طالما أن فيه مصالح الناس ونفعهم وجرى عليه العمل فيما بينهم بشرط ألا يكون مخالفا للأسس العامة والأصول التى نصت عليها الشريعة الاسلامية وتعتبر فيها بمثابة أحكام النظام العام

---

(١) كحظر بعض الفقها اشتراط انتفاع البائع بالمبيع بعد تمام البيع المرجع السابق ص ٥٠ هامش ٢

والاداب وذلك اعمالا للأصل العام الذى مقتضاه أن الأصل فى الامور الاباحة وما ليس بمحظور فهو جائز والمطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة (١) ، والدين يسر لاعسر ، ومارآه المسلمون حسنا فهوعندالله حسن ، بل ان الضرورات تبيح المحظورات فى نطاق الاطار الشرعى لاعمال هذه القاعدة ، ويؤيد هذا الاتجاه أن العقود لم ترد فى الشريعة الاسلامية على سبيل الحصر وان الفقهاء اجازوا عقودا فيها منفعة الناس وجرى بها عرفهم كعقد الايجار رغم أنه يرد على منفعة الشىء المؤجر مستقبلا والشريعة الاسلامية لاتجيز التعامل فى الأشياء المستقبلة كما أباح الفقهاء المسلمون بيع السلم ، رغم أن البيع يرد على شىء مستقبل مقابل ثمن يدفع حالا ، فهو بيع الآجل بعاجل اذ رغم أن الأصل فى الشريعة الاسلامية أن محل العقد هو مايظهر فيه اثره ويشترط فيه أن يكون موجودا وقت انعقاد العقد فان فقهاء المسلمين أوضحوا أن وجود المعقود عليه شرط لتوافره اذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعه هذا الوجود وبالتالى لاينعقد بيع ثمار قبل ظهورها ولابيع نتاج دابة قبل ولادتها اما اذا كانت طبيعة العقد لاتقضى وجود المعقود عليه فلا يشترط وجوده عند انعقاده ولكن يشترط حينئذ امكان وجوده كما هو الحال فى عقد السلم (٢) ويظهر من ذلك أن بيع السلم أبيح بقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم فى شىء فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم» استثناء من المقرر فى الشريعة الاسلامية فى شأن عقد البيع اذ يشترط فيه أن

---

(١) المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ص ٥١ .

(٣) وحتى تنتفى شبهة الغرر فى عقد السلم اشترط الفقهاء ان يكون المبيع موجودا بالاسواق وقت انعقاد العقد وان يستمر وجوده الى وقت الوفاء به ، وذهب مالك والشافعى وأحمد الى جواز السلم فى المعدوم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء به ، انظر على الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩١ .

ما ليس عند الانسان ولكنه رخص فى السلم بشروط مخصوصة (١) يكون المعقود عليه موجودا ، فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ويؤيد مانراه من أن العقود فى الشريعة الاسلامية لم ترد على سبيل الحصر ما أورده بعض الفقهاء المحدثين من أن الرضا هو أساس جميع العقود وهو المبيح لها طالما ان هذه العقود لاتحرم حلالا ولا تحل حراما (٢) كما نورد بوجه خاص رأى أستاذنا فضيلة الشيخ على الخفيف رحمه الله اذ قال ان العقود انما شرعت لحاجة الناس اليها والمصلحة التى تحققها لهم ولم تشرع لمحض العبادة ومقتضى ذلك أن تطلق لهم حرية انشاء ماتدعوهم الحاجة الى انشائه من العقود وان لم يكن معروفا لهم من قبل ، متى كان ذلك فى مصلحتهم ولايتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية فقد قال تعالى : «وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » ، وأشار الى أن أهل الظاهر ذهبوا الى أنه لايجوز احداث عقد لم يرد به الاسلام ، اذ لو استحدث وأم تكن له صفة الالتزام لايعتبر عقدا ولا عهدا ، وان الزم به الناس أنفسهم فقد أحدثوا فى الدين ما ليس منه بان أوجبوا على أنفسهم ما لم يوجبه عليهم الله فى شرعه ، ولاايجاب الا من الله تعالى ، وقد رد على هذا الاستدلال بأن الله أمرنا بأن نوفى بالعقود على وجه العموم ولم يحصرها ومن ثم يجب الوفاء بكل عقد الا ماحرم الله ، ورجح الرأى الذى ذهب الى اطلاق الحرية للناس فى استحداث مايحتاجون اليه من عقود بشرط الايتجاوزوا بها حدود الله ، والا يكون فى التعامل بها تجاوز حد شرعى (٣) .

تعريف عقد الشركة فى التشريعات ذات الاتجاه اللاتينى :

١٠ — عرف المشرع الفرنسى عقد الشركة فى المادة ١٨٣٢ من

---

(١) أحمد أبو الفتح ، كتاب المعاملات ج٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) حسن الشاذلى ، النظريات العامة فى الفقه الاسلامى (طباعة رونيو) الكويت ١٩٧٣ ص ١٨٦ .

(٣) على الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٨٦ ، ٨٧ .

القانون المدنى بأنه عقد بمقتضاه يتعهد شخصان أو أكثر بتقديم حصة فى رأس مال مشترك بقصد اقتسام الأرباح التى يمكن أن تترتب على ذلك (١) وقد ورد نفس التعريف فى المادة ١٨ من المجموعة التجارية الفرنسية .

وقد استمد المشرع المصرى من المشرع الفرنسى تعريفه عقد الشركة فى المادة ٤١٩ من القانون المدنى القديم بأنه عقد بين اثنين أو اكثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصة فى رأس المال لأجل عمل مشترك وتقسيم الأرباح التى تنشأ بينهم ، ويلاحظ أن هذا التعريف يبرز وجهين من المشاركة فى تكوين رأس المال عن طريق تقديم الحصص والمشاركة فى أقتسام الربح ولكنه لم يشر الى الاشتراك فى تحمل الخسارة .

١١ — وقد وضع المشرع المصرى فى القانون المدنى الحالى تعريفا لعقد الشركة يتميز عن التعريف الذى تضمنه القانون المدنى القديم المنقول عن القانون المدنى الفرنسى ، ذلك أنه أبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية فقد نصت المادة ٥٠٥ على أن الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو اكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى (٢) بتقديم حصته من مال أو عمل الاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، ومن هذا التعريف تبين الأركان

---

(١) La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de metter quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en resulter.

(٢) استبدلت كلمة «مالى» بكلمة «اقتصادى» فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن التعريف يذكر أن الشركة تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادى وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التى يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التى لاشأن لها بالكسب المادى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٤ ص ٣٠٢ .

الموضوعية لعقد الشركة وهى على قسمين ، الأركان العامة فى كل العقود ، والأركان الخاصة بعقد الشركة ، أما الأركان العامة فهى الأركان العادية للعقد وهى الرضا الصادر عن ذى أهلية والمحل والسبب، كما تبدو من التعريف الأركان الخاصة بالشركة وهى اتفاق شخصين أو أكثر ، ومساهمة كل منهم بحصة فى رأس المال الشركة ، أو بعمل ، ونية المشاركة أى نية التعاون عن طريق قبول اخطار معينة ومساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر (١) ، ولما كان هذا التعريف جامعا شاملا لعناصر عقد الشركة وأركانه الموضوعية وتوافقه تشريعات الدول العربية بل ان بعضها يطابقه (٢) ، فنرى أنه تعريف جامع لمقومات الشركة بوجه عام (٣) سواء أكانت مدنية أم تجارية .

١٢ — وتختلف الشركة عن عقود أخرى كالبيع والايجار فى أن مصالح الشركاء تكون بعد تكوين الشركة متحدة غير متعارضة ، وقد قسم العميد ديجى العقود الى عقد ذاتى Contrat subjectif واتفاق منظم Convention institutionelle والعقد الذاتى اتفاق بين شخصين مصلحة كل منهما تتعارض مع مصلحة الآخر ، وتكون

---

(١) انظر فى تفصيلات هذه الاركان ثروت عبد الرحيم ، القانون التجارى المصرى ١٩٨٢ ص ٢٣٤ ومابعدها .

(٢) توافقه المادة ٤٨٩٤ مدنى ليبى ، ٦٢٦ مدنى عراقى ، ٨٤٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، وتطابقه المادة ٤٧٣ من القانون المدنى السورى ، السنهورى الوسيط ج٥ رقم ١٥٦ ، محسن شفيق ، الموجز رقم ١٥٧ ومابعده ، محمد حسنى عباس ، المؤسسات العامة والشركات رقم ١ ، ١٣

(٣) انظر فى الفقه المصرى محمد صالح ج١ رقم ٨ ، على يونس ، الشركات رقم ١ ، — مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ج١ رقم ٢١٨ ، ٢٢٠ ، الوجيز فى القانون التجارى ١٦٤ ، على جمال الدين — ، الشركات رقم ١٣ ومابعدها والقانون التجارى رقم ١٧٨ ومابعده ، اكثم الخولى ، الموجز رقم ٣٦٢ وقانون التجارة اللبنانى المقارن رقم ٩ ، سمير الشرقاوى ، الشركات رقم ٢ .

الرابطة بينهما ذاتية عرضية تقتصر عليهما ، كما هو الشأن فى عقد البيع ، ومن ثم تزول هذا الرابطة فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع الى المشترى ، أما الاتفاق المنظم فينشأ عنه مركز قانونى منظم هو أقرب الى القانون منه الى العقد ، كما فى عقد الشركة ، ويسرى هذا التنظيم على الغير كما يسرى على الشركاء الذين لاتتعارض مصالحهم كما هو الشأن فى العقد الذاتى ، اذ يجمعهم غرض مشترك هو اقتسام ماينشأ عن مشروعهم من ربح أو خسارة ، واذا سلمنا بهذه التفرقة بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم من حيث اتحاد مصالح المتعاقدين او تعارضهما فان ذلك لايبدو الا بعد انعقاد العقد ، أما فى دور الانعقاد فتبدو المصالح متعارضة اذ ان كل شريك يهدف الى الحصول على أكبر نسبة من الربح مقابل أقل حصة يسهم بها فى رأس مال الشركة ، كما أن من العقود الذاتية كالوكالة والايجار ماتنشأ عنه رابطة مستمرة بين المتعاقدين ، وقد يتجاوز اثرها الى الغير كمشترى العين المؤجرة ومن يتعامل معه الوكيل (١) .

١٣ — واذا كانت الشركة قد ولدت كأداة قانونية لاستغلال الأموال فى مهد الفكرة التعاقدية وعاشت فيها ، الا أن هذه الفكرة التى قامت على مبدأ حرية التعاقد بدأت فى التراجع خاصة فى نطاق شركات الأموال وعلى رأسها شركات المساهمة ، ومازالت شركات الأشخاص تبدو فيها الصفة التعاقدية حيث مازال للشركاء حرية تنظيم الشركة والاتفاق على تحديد مدى حقوق الشركاء والتزاماتهم ولايتدخل المشرع فى هذا التنظيم الا على وجه الاستثناء فى حدود فكرة النظام العام ،

(١) السنهورى ، الوسيط ج ٥ المجلد الثانى ص ٢١٩ ٢٢٠ وقد أشار الى ان تقسيم العميد ديجى العقد الى عقد ذاتى واتفاق منظم لم يسد فى الفقه المدنى ، وأنه مبتدع فى الفقه الارادى ، كما ذهب المرحوم السنهورى الى أن الشركة بعد تكوينها تصبح أقرب الى نظام منها الى عقد ذاتى ، لاسيما بعد ان تضفى الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم .

أما فى شركات الأموال فقد تدخل المشرع بنصوص آمرة ضمانا لحماية مصالح المساهمين وهم غالبا من صغار المدخرين وحماية للمصالح القومية ولم يترك لارادة للشركاء كيفية تكوين الشركة ووضع نظامها وطريقة سيرها وادارتها وعلة ذلك الدور الخطير الذى تقوم به هذه الشركات وخاصة شركات المساهمة فى الاقتصاد القومى .

١٤ — وقد ظل الفقه التقليدى يدافع عن النظرية التعاقدية لانها تتمشى مع مبدأ سلطان الارادة وتمكن اعمالا لفكرة حرية التعاقد من تعديل أحكام القانون وظل هذا الوضع قائما حتى أواخر القرن التاسع عشر . اذ تمكن أنصار مبدأ الحرية الاقتصادية من تقرير مبدأ حرية تأسيس شركات المساهمة فى فرنسا بصدور قانون عام ١٨٦٧ ، ولكن الفكرة التعاقدية أخذت فى التقهقر تدريجيا ، اذ رغم انها ليست خاطئة فهى غير كافية لاستيعاب النتيجة الهامة التى تترتب على تكوين الشركة قانونا ، ألا وهى خلق شخص اعتبارى وبمقتضى المادة ٥٠٦ مدنى مصرى فيما عدا شركة المحاصة تتمتع جميع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية ، فاذا ما نشأ الشخص الاعتبارى بتكوين العقد، فان العقد لايحدد الحالة القانونية للشركة باعتبارها شخصا معنويا اذ ينتهى دور التعاقد عند هذا الحد ، وتتسلط الشخصية الاعتبارية على الشركة عن طريق ارادة من يمثلونها قانونا فادارة الشركة يقوم بها من يوكل اليهم ادارتها لابوصفهم وكلاء عن الشركاء بل باعتبارهم أعضاء Organes فى تكوين الشخص المعنوى المستقل عن الشركاء ، والسلطة المكلفة بضمان تحقيق الهدف المشترك ، كما يستطيع المساهمون فى شركة المساهمة تعديل عقد تأسيس الشركة ونظامها بقرار من الجمعية العامة غير العادية بل يجوز بيع كل المشروع الذى قامت به الشركة أو التصرف فيه بأى وجه آخر وحل الشركة واندماجها فى شركة أوهيئة أخرى ، فى حين أن تعديل العقد يستوجب موافقة الشركاء بالاجماع ، ولعل فى تداول الأسهم خير شاهد على ضعف فكرة التعاقد فالشخص

يشترى السهم وقد يبيعه دون أن يطلع على عقد تأسيس الشركة ونظامها ، وقد لايعنى بالتعرف على الغرض من الشركة (١) حتى عند الاكتتاب فى رأس مالها (٢) .

١٥ — وهذا مادعا الى ظهور فكرة النظام Conception institutionnelle التى تنكر على الشركة انها عقد وتعتبرها نظاما يعمل على تحقيق غرض معين (٣) يقف وسطا بين مصالح الأفراد والدولة ، وكان من الطبيعى الالتجاء الى النظم الجماعية وصياغتها القانونية فى القانون العام لتقريبها من صياغة القانون الخاص ، ومع ذلك ففكرة النظام القانونى مانزال فى حاجة الى كثير من الايضاح والتحديد وليس كل نظام قانونى يتمتع بالشخصية الاعتبارية ، وفى سبيل ملاءمة فكرة النظام لعقد الشركة تبرز حقيقتان للنظام القانونى تلائمان الشركة هما الاستمرار لأن الشركة تتطلب حدا أدنى من مدة البقاء ، والتنظيم فى سبيل تحقيق الغرض منها (٤) اذا أن هذا التنظيم يبرر سيادة الارادة الجماعية la volonté collective على الاختلافات الفردية ، وقد بالغ أنصار فكرة أضفاء النظام القانونى على الشركة الى حد التشكك فى ابقاء صفة العقد للتصرف القانونى المنشىء للشركة مع تسليمهم بأنه تصرف قانونى أرادى (٥) وحجتهم الرئيسية فى ذلك أن القانون يحيط تكوين عقد الشركة بنصوص آمرة ، مثال ذلك ضرورة افراغ عقد تأسيس الشركة فى سند رسمى أو مصدق على التوقيعات

---

(١) محمد صالح ، ج١ رقم ١٦٦ ص ٢٥٤ .

(٢) حتى تحول المساهمون الى ممولين شأنهم شأن حاملى السندات ، أكثم الخولى الوجيز رقم ٣٦٢ .

(٣) دافع عن هذا الرأى Gaillard فى مؤلفه La société anonyme de demain الطبعة الثانية مشار اليه فى ريبيروروبلو رقم ٦٧٧ وهامل ولاجادر ج١ رقم ٣٨٤ .

(٤) organisation en vue d'un résultat .

(٥) acte juridique volontaire.

فيه يتضمن بيانات محددة (١) .

١٦ — ومع كل المبررات التى أوردها أنصار فكرة النظام القانونى للشركة فهى تصطدم بحقائق لايمكن انكارها فليس ثمة شك فى أن الشركة تنشأ عن عقد يجب أن يتوفر له التقاء ارادة شريكين أو أكثر ويخضع فى انعقاده للقواعد العامة فى ابرام العقود كما أن عقد الشركة لايتولد عنه دائما شخص اعتبارى فشركة المحاصة لاتكتسب هذه الشخصية وبذلك تقضى المادتان ٥٩ و٦١ من القانون التجارى ، كما أن الفقه التقليدى لم يعترف للشركة المدينة بالشخصية المعنوية ، وقد اعترف لها القضاء الفرنسى بهذه الشخصية منذ نهاية القرن التاسع عشر (٢) .

١٧ — وواقع الأمر أن أثر كل من العاملين ، العقد والنظام ، يختلف باختلاف نوع الشركة ففى شركة التضامن لايمكن المساس بشروط عقد الشركة ونظامها وتعديلها الا باجماع الشركاء ، مما يحفظ للعقد سلطان الارادة ، وعلى النقيض من ذلك فى شركات المساهمة تضعف النصوص الآمرة التى يحيط بها المشرع تكوين الشركة وادارتها من سلطان الارادة وفكرة التعاقد ، وحينئذ يبدو تراجع العقد أمام فكرة النظام القانونى التى لاتترك لارادة الشركاء سوى مجالا ضيقا يعمل فيه مبدأ سلطان الارادة ، فمؤسسو الشركة يحددون

---

(١) المادتان ١٥ ومابعدها من قانون الشركات الجديد .

(٢) نقض فرنسى (عرائض) ٢٣ فبراير ١٨٩١ دالوز ١٨٩٩ — ١ ٣٣٧ وسيرى ١٨٩٢ — ٧٣١ ونقض فى ٢ مارس ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٩ — ١ — ١٨٩ وسيرى ١٨٩٢ — ١ — ٤٩٧ ونقض فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٩ — ١ — ٥٩٣ ونقض فى ٢٢ نوفمبر ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٨٣ ونقض فى ١٤ مارس ١٩٣٣ مجلة الشركات ١٩٤٤ ص ٣٠٢ ، وهذا القضاء لم يكسب تأييد الفقه كله فان البعض لايقره ، انظر فى رأى المعارضين اسكاراورو ، الشركات رقم ٣٨ ص ٥٥ هامش ٢ .

غرضها ورأس مالها وكيفية توزيع الأرباح ، فى حين أنه فى نطاق النظام القانونى فى القانون العام لايملك الخاضعون للنظام دورا فى تحديد وظائف النظام ونطاق نشاطه وانما يقبلون بصورة سلبية مايقرره القانون فى هذا الشأن (١) .

١٨ — وقد أرتأى العميد ريبير أن فكرة النظام القانونى تتعلق بالغرض من الشركة بوجه خاص وأن فى هذا بعض الخلط بين الشركة والمشروع فتأسيس الشركة هو الوسيلة المستخدمة لتجميع روءوس الأموال الضرورية للنهوض بمشروع معين ويجب عدم الخلط بين القواعد القانونية للمشروع وتلك الخاصة بالشركات ، ذلك أن الشركة باعتبارها وسيلة لتجميع رؤوس الأموال تبدو كأداة أى وسيلة قانونية (٢) mécanisme juridique وضعها المشرع فى متناول الأشخاص لتحقيق هذه الغاية وظلت هذه الاداة لتجميع الأموال هى عقد الشركة فترة طويلة من الزمن ، ولكن فى الوقت الحاضر لايمكن الاستناد الى العقد اذ أنه لايتصل الا بعدد محدود من الأشخاص وليست له المرونة الكافية اللازمة ، لذلك أنشأ القانون أدوات أكثر تعقيدا تتيح تجميع رؤوس الأموال الضرورية للمشروعات الكبرى ووضع مقدمى الحصص التى يتكون منها رأس المال فى مركز قانونى لم يعد مركزا تعاقديا كما كان الأمر سابقا فالشركة تتطلب وسائل

(١) هامل ولاجارد ، ج١ رقم ٣٨٥ وانظر اكثم الخولى ، الموجز رقم ٣٦٣ .

(٢) مثلها فى ذلك مثل الكمبيالة تعتبر أداة قانونية تترتب عليها نتائجها التى قررها القانون بغض النظر عن نوع الدين الذى أعدت الكمبيالة لاثباته ، محمد صالح ج ١ رقم ١٦٦ ص ٢٥٥ ، ويقترب من فكرة النظام القانونى فكرة تجعل عقد الشركة عمل قانونيا شرطيا acte - condition فبمجرد تكوين العقد المنشىء للشركة تخضع لنظام حدده القانون ، ومن ثم يكون هذا العقد بمثابة شرط اذا تحقق تنطبق أحكام النظام الذى وضعه القانون للشركة ، أنظر أكثر الخولى ، الوجيز رقم ٣٦٢ .

خاصة لحمايتها ودعمها وقد تكفل القانون بتزويدها بهذه الوسائل ، ومن ثم لاتعتمد فى الحماية على ارادة أصحاب المصالح ، ويؤيد أنصار المذهب الحر الحديث هذا الاتجاه (١) ، والأخذ بهذه الفكرة يجعل البحث فى الطبيعة القانونية للشركة بصفة عامة أمرا غير ذى جدوى ، كما هو الشأن بالنسبة لمن يبحث فى الطبيعة لمختلف الآلات والأدوات المستخدمة فى مصنع ، ذلك أن كل شكل من أشكال الشركات يكون أداة قانونية خاصة به mecanisme juridique particulier فكما تدخل التحسينات على الآلات لاتقان وظائفها فكذلك الشأن بالنسبة للأدوات أو الوسائل القانونية فبعض الشركات لاتكاد تتحلل من القواعد العامة للعقود كشركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة بينما شركات أخرى تتطلب جهازا معقدا للشهر وللسندات والحسابات والجمعيات كشركات المساهمة التى تكاد تحيطها طقوس معينة يجب اتباعها بصرامة ، كما أن سير العمل فى هذه الشركات تضمنه جزاءات جنائية ورقابة من الجهة الادارية المشرفة على الشركات وجهات الاشراف المالى ، ولعل مما يوضح أن الشركة أداة ووسيلة قانونية لتجميع رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات أن المشرع الفرنسى استحدث أداة منها هى الشركة ذات المسئولية المحدودة فى القانون الفرنسى عام ١٩٢٥ كما استحدثها المشرع المصرى عام ١٩٥٤ ، وأحيانا ترى الدولة ان ثمة أداة قانونية هى الكفيلة بالقيام بمشروع معين فتنشىء شركة قطاع عام أو تؤمم شركة قائمة شركة فى سبيل المصلحة القومية العليا .

(١) ريبير ، المظاهر القانونية للرأسمالية الحديثة رقم ٤٧ ، طبعة ١٩٤٦ ، (٢)

المبحث الثانى

الشخصية المعنوية

١٩ — تقضى المادة ٥٢ من القانون المدنى بأن الشركات التجارية والمدنية (١) من بين الأشخاص الاعتبارية التى حددتها هذه المادة كما نصت المادة ٥٠٦ من ذلك القانون على أن الشركة تعتبر بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ولكن لايحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون ، ومع ذلك للغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة ان يتمسك بشخصيتها (٢) ويتضمن هذا الحكم قاعدة عامة مقتضاها أن الشركة تعد بمجرد تأسيسها شخصا معنويا وتبدأ شخصيتها منذ اللحظة التى تكتمل فيها اجراءات التأسيس سواء أكانت الشركة مدنية أم تجارية (٣) فلا يحتج بشخصيتها المعنوية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر التى نص عليها القانون ، ومع ذلك للغير أن يحتج بالشخصية المعنوية للشركة حتى لو لم تكن اجراءات الشهر قد استوفيت حتى لايضار من اهمال الشركاء المديرين القيام بهذه الاجراءات .

---

(١) كان اكتساب الشركات المدنية الشخصية المعنوية موضع خلاف بين الفقهاء الفرنسيين ولكن القضاء الفرنسى اقر لها هذه الشخصية كما انتهى الفقه الى التسليم بها وكذلك القضاء المصرى بعد تردد ، الوسيط ج ٥ المجلد الثانى رقم ١٩٤ ، ١٩٥ ، محمد صالح ج١ رقم ١٩٨ وحتى الشخصية المعنوية للشركات التجارية لم يرد بها نص صريح فى القانون التجارى المصرى القديم وانما استدل عليها من نصوص متفرقة فيهما ، محمد صالح ج١ رقم ١٨١ .

(٢) تقابلها المادة ٤٧٤ مدنى عراقى والمادة ٦٢٧ مدنى سورى ، والمادتان ٢ ، ١٠ من قانون الشركات التجارية الكويتى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ اما القانون المدنى الليبى فلم يقرر صراحة الشخصية المعنوية للشركات المدنية ، كما انه يتضح من المادتين ٨٥٣ ، ٨٥٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى أن الشركة المدنية لاتكتسب الشخصية المعنوية .

(٣) باستثناء شركة المحاصة ليس لها شخصية معنوية .

وقد استحدث المشرع الفرنسى حكما مغايرا فى قانون الشركات الجديد الصادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٦٦ اذ تقضى المادة الخامسة منه بأن الشركة لاتكتسب الشخصية المعنوية الا منذ قيدها فى السجل التجارى (١) وأخذ التشريع المصرى بنفس الحكم فيما يختص بشركة المساهمة وبشركة التوصية بالاسهم والشركة ذات المسئولية المحدودة (٢) .

٢٠ — ويترتب على اكتساب الشركة الشخصية المعنوية استقلال ذمتها المالية عن ذمم الشركاء ومن ثم تنتقل الحصص التى يقدمونها على سبيل التمليك الى الذمة المالية للشركة ويبقى لكل من الشركاء حق شخصى فى مواجهة الشركة يخوله الحصول على نصيب من أرباحها اذا حققت أرباحا وعلى جزء من موجوداتها عند تصفيتها ، كما أن دائن الشريك ليس له أن يحجز على الحصة التى تمتلكها الشركة وانما يقتصر حق هذا الدائن على الحجز على حصة الشريك فى أرباح الشركة تحت يدها (٣) ، وعلى الحجز على مايحصل عليه الشريك من موجودات الشركة بعد تصفيتها ، كذلك تمتنع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء فاذا كان دائن الشريك مدنيا للشركة لايستطيع التمسك بالمقاصة بين الدينين لانه دائن لشخص آخر اذ أن المقاصة لاتقع الا عن حقين متقابلين وحق الشركة يختلف عن حق الشريك .

٢١ — كما يترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة أنها تتمتع بأهلية اكتساب الحقوق واستعمالها فى حدود الغرض الذى وجدت

---

(١) ويبدأ سريان المدة المحددة للشركة منذ يوم قيدها فى السجل التجارى وبذلك تقضى المادة الثانية من القانون رقم ٦٧ — ٢٣٦ الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٦٧ — جينوت ص٣٩٨ ، ٣٣٩ ، رودير وهوان رقم ١٠٥ ، جوجلار وايبوليتو ج ٢ رقم ٤٤٢ .

(٢) المادة ٢٢ قانون شركات الأموال المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

(٣) المادة ٥٢٥ مدنى مصرى .

من أجله (١) ويرسم عقد تأسيس الشركة أو نظامها حدود هذه الاهلية، وفى نطاق تلك الحدود تكون لها أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، فلها عن طريق ممثلها أن تشترى وتبيع وتستأجر وتؤجر وترهن وترتهن (٢) وهى تكتسب وصف التاجران توافرت شروط اكتساب هذه الصفة ، وتلتزم بواجباته المهنية ، وتسأل فى مواجهة الغير مسئولية تعاقدية أو غير تعاقدية .

٢٢ — وللشركة بوصفها شخصا معنويا اسم خاص بها ، وموطن هو المكان الذى يوجد به مركز ادارتها (٣) ويعلن ممثلها فيه بالاوراق التى يقع فى دائرتها هذا الموطن ، ويقصد بمركز ادارة الشركة المكان الذى توجد فيه الادارة الرئيسية ، فبالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذى يباشر فيه المدير أعماله ، وبالنسبة لشركات الأموال المكان الذى

---

(١) المادة ٥٣ مدنى وتقضى بأن الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان ملازما لصفة الانسان الطبيعية وذلك فى الحدود التى قررها القانون فيكون له ذمة مالية مستقلة واهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون .

(٢) الرأى الراجح أن للشركة قبول الهبات والوصايا فان ذلك لايتعارض مع غرضها ولايخل بهذا التخصيص الذى مؤداه أن الشخص المعنوى له شخصية فى نطاق الغرض المحدد له ، أى لايعترف به الا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض منه فقبول التبرعات لايعوق الشركة عن تحقيق هدفها وهو تحقيق الربح ، بل انه قد يعينها على ذلك حين يتبرع لها شخص بمبلغ وهى فى ضائقة مالية تهددها بالفلاس والرجح أيضا أنها لاتستطيع التبرع بمالها لأن ذلك يتنافى مع غرضها الا فى حدود التبرعات التى يجيزها العرف والقانون ، مثال ذلك ماتقضى به المادة ١٠١ من قانون شركات الأموال رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ من أنه لايجوز للشركة التبرع فى سنة مالية بما يجاوز ٧٪ من متوسط صافى أرباحها خلال السنوات الخمس السابقة الا أن يكون التبرع للاغراض الاجتماعية الخاصة بالعاملين أو لجهة حكومية و احدى الهيئات العامة ويشترط لصحة التبرع صدور قرار من مجلس الادارة بناء على ترخيص عام من الجمعية العامة متى تجاوزت قيمة التبرع الف جنيه .

(٣) المادة ٥٣ مدنى مصرى .

يجتمع فيه الشركاء ويمارس فيه مجلس الادارة نشاطه .

وللشركة بوصفها شخصا معنويا جنسية تربطها بدولة معينة مستقلة عن جنسية الشركاء ، والراجح أن جنسية الشركة تتحدد بالدولة التى يقع فى اقليمها المركز الفعلى لادارة الشركة (١) .

وتبقى الشخصية المعنوية للشركة حتى بعد تحقق سبب من أسباب انقضائها طوال الفترة التى تستغرقها تصفيتها ، وبالقدر اللازم للتصفية، وقد تضمنت المادة ٥٣٣ مدنى مصرى هذا الحكم مراعاة لمصلحة الشركاء ومصلحة دائنى الشركة ، وعلى ذلك تبقى ذمة الشركة خلال فترة التصفية ضامنة لحقوق دائنى الشركة دون دائنى الشركاء وترفع الدعاوى من الشركة وعليها ممثلة فى شخص المصفى ، ويمكن شهر افلاسها اذا توقفت عن سداد ديونها وهى فى دور التصفية .

ويخلص مما تقدم أن عقد الشركة يترتب عليه ظهور شخص قانونى اعتبارى يظهر الى الوجود القانونى ويعيش حياة مستقلة عن الشركاء الذين كونوا الشركة ، باستثناء شركات المحاصة التى لاتكتسب الشخصية المعنوية لأنها شركة مستترة لاوجود لها الا فيما بين الشركاء ولايعلم الغير شيئا عن وجودها .

---

(١) انظر فى تفصيلات الشخصية المعنوية للشركة السنهورى ، الوسيط جـ٥ المجلد الثانى رقم ١٩٦ ومابعد ، محمد صالح جـ١ رقم ١٨٧ ، محسن شفيق ، الوجيز جـ١ رقم ١٩ ومابعده ، محمد حسنى عباس ، المؤسسات العامة والشركات رقم ٦٠ ومابعده ، مصطفى كمال طه جـ١ رقم ٢٦٨ ومابعده ، أكثم الخولى ، الوجيز ج ١ رقم ٤٠٤ ومابعده ، على جمال الدين ، القانون التجارى رقم ٢٠٩ ومابعده ، سمير الشرقاوى ، الشركات رقم ٢٥ ، اكثم الخولى ، قانون التجارة اللبنانى المقارن ج ١ ، ثروت عبد الرحيم ، القانون التجارى الكويتى رقم ٦٣ ومابعده ، ريبير وروبلو رقم ٨٦٩ ولاجارد جـ١ رقم ٤١٦ وما بعده ، روديير رقم ١٤ .

٢٣ — وقد أدى الى ظهور فكرة الشخصية المعنوية فى القانون الوضعى الى جانب الشخص الطبيعى ضروريات عملية ذلك أن عالم القانون ليس مقصورا على الانسان ومصالحه الفردية ، فقد ظهرت الى جانبه مجموعات من الأشخاص كالشركات والجمعيات ، ومجموعات من الأموال كالمؤسسات ، لها مصالح جماعية تقابل المصالح والأهداف الفردية للانسان (١) ، يتطلب تحقيقها تعاونا مستمرا وتنظيما اقتصاديا واجتماعيا ، وتحقيق هذه الأهداف يستغرق أمدا طويلا لايتناسب مع العمر المحدود للانسان ، كما أن نشاط هذه المجموعات يتطلب أن يكون لها موطن يختلف عن موطن الانسان بوصفه شخصا قانونيا وأن يكون لها ذمة مالية منفصلة عن ذمة الأشخاص ، ومن ثم تقررت لها شخصية قانونية لها بعض سمات الشخص الطبيعى ، حتى تتمكن من اكتساب الحقوق وتتحمل الالتزامات ، وهى شخصية مستقلة عن الأشخاص المكونين لها سواء فى وجودها أم فى أموالها ، ووجود هذه الأشخاص المعنوية تقرر بحيلة قانونية (٢) بمقتضاها شبهت جماعات الأشخاص بالانسان الطبيعى ومن ثم كان للشركة كأحدى هذه الجماعات اسم وذمة مالية وأهلية وموطن وجنسية وظلت فكرة الشخصية المعنوية قاصرة على جماعات الأشخاص فترة طويلة الى أن تم الاعتراف بها لمجموعات الأموال .

٢٤ — وقد مرت فكرة الشخص المعنوى بعدة مراحل حتى استقرت فى القوانين الوضعية ، فعند الرومان لم تتبلور هذه الفكرة حتى القرون الوسطى فقد كان المحشون الأوائل glossateurs يرون أن صاحب الحق فى جماعات الاشخاص ليس مجموع هؤلاء الاشخاص مجسدا فى شخص قانونى واحد قائم بذاته منفصل عن الاشخاص المكونين له ، ومن ثم لم يتصوروا أن هناك ملكية لكائن قانونى جديد منفصلة عن ملكية هؤلاء الاشخاص ،

(١) عبد الحى حجازى ، المدخل ٢ (الحق) رقم ٥٨٢ .
(٢) محمد صالح ج١ ص ٢٨٥ .

وكذلك كانت ديون جماعات الأشخاص فى نظر المحشين هى ديون على أعضاء الجماعة ، ومن ثم تضمن هذه الديون ذمة تلك الجماعة كشخص معنوى بالاضافة الى ذمم الأشخاص المكونين لها وذلك على سبيل الاحتياط ، وكان الكنسيون هم الذين رأوا فى الشخص المعنوى كائنا قانونيا منفصلا عن الأشخاص الذين يكونونه وعنهم اقتبس المحشون اللاحقون هذا التصور واعتبروا الشخص المعنوى مجرد افتراض قانونى (١) . وقد امتدت فكرة الشخص المعنوى بعد ذلك الى الدولة والهيئات الاقليمية والمنشآت الدينية ، وانعكس ذلك على فكرة الأشخاص المعنوية التى كانت قد قويت بانشاء جمعيات وهيئات دينية تملكت ثروات كبيرة ، خاصة أنها كانت لديها صلاحية اكتساب الحقوق بما فى ذلك تملك المنقولات والعقارات وتلقى الوصايا وتضخمت ثرواتها لأن أموالها كانت خارج دائرة التعامل لايجوز التصرف فيها ، فشكلت هذه المجموعات الكبيرة من الأشخاص والأموال خطرا على الدولة التى أرادت أن تخضعها لسلطتها عن طريق التحكم فى وجودها القانونى ، ومن ثم اشترطت الدولة فى فرنسا فى حوالى القرن السادس عشر حصول هذه المجموعات من الأشخاص والأموال على اذن ملكى يرخص بوجودها وبذلك ظهر عنصر شكلى من عناصر وجود الشخص المعنوى ،

(١) تأثر المحشون اللاحقون قبل أن تكتمل لديهم فكرة الشخص المعنوى بانكار المحشين الأوائل فقد أعتبروا ان أموال الشخص المعنوى ترد عليها ملكيتان ، ملكية الشخص المعنوى نفسه وملكية احتياطية للأشخاص المكونين له ومن ثم يسأل الشخص المعنوى عن ديونه بصفة أصلية ، ويسأل عنها كذلك الأشخاص المكونون له بصفة احتياطية ، عبد الحى حجازى ، المرجع السابق رقم ٥٨٨ وحتى هذه المرحلة التاريخية لم يعرف الرومان الشخص المعنوى الذى يتكون من مجموعات الأموال فلم تظهر هذه الفكرة الا فى العصر المسيحى على شكل مؤسسات خيرية .

هو اعتراف الدولة به سواء أكان اعترافا عاما أم خاصا (١) واستمر نفس الوضع حتى مابعد الثورة الفرنسية (٢) .

٢٥ — وقد استغرق تطور فكرة الشخصية المعنوية للشركة حقبة طويلة من الزمن ، فعقد الشركة عند الرومان كان فى بادىء الأمر عقدا رضائيا يولد حقوقا والتزامات بالنسبة للمتعاقدين فيما بينهم ، ولم يكن لهذا العقد أثر بالنسبة الى الغير ، كما لم يكن للشركة وجود قانونى ولا ذمة مالية منفصلة عن ذمم الشركاء ، وحتى بعد أن تبلورت فكرة الشخصية المعنوية كان منحها للشركة لايتم الا باذن من الدولة (٣) ، وكان أصل وجود هذه الفكرة حيلة قانونية للتوصل الى منح الشخص المعنوى بعض خصائص الشخصية القانونيـــة للشخص الطبيعى ، وأهمها تصور ذمة مالية للشخص المعنوى منفصلة عن ذمم الأشخاص الذين يكونونه (٤) بل ان هذه الذمة المالية المستقلة هى مبعث تصوره ، ولذلك هو فى الدرجة الأولى ذمة مالية وليس اسمه أو موطنه أو جنسيته وكل العناصر الأخرى لشخصيته الا نتيجة لتميزه بتلك الذمة المالية ، وحتى على النطاق التاريخى لم يعترف بها الا بعد الاعتراف له بذمـة ماليـة مستقلة .

---

(١) يكون الاعتراف عاما حين ينص فى القانون على طوائف مـن مجموعات الأشخاص والأموال معينة بالذات ويشترط لتكوينها شروطا اذا توافرت اكتسبت الشخصية المعنوية ، ويكون الاعتراف خاصا حين تعترف الدولة بالشخصية المعنوية لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال تريد الدولة اضفاء الشخصية القانونية ويكون منح هذه الشخصية المعنوية بمقتضى قانون انشائها .

(٢) لم يتعرض القانون المدنى الفرنسى فى باب الاشخاص الا للاشخاص الطبيعيين تماما كما هو الأمر فى مجموعة جوستينان ، كاربونييه ، المرجع السابق رقم ٥٧ ص ٢٦٨ .

(٣) محمد صالح ج ١ رقم ١٨٠ .

(٤) كاربونييه ، المرجع السابق ٢٦٧ ، ٢٨٩ .

٢٦ — واذا كان فقهاء القانون الوضعـى قد تصـوروا الشخص المعنوى على كالشخص الطبيعى على سبيل المجاز والافتراض فان فرد ذلك الدور الهام الذى كانت تقوم به هذه الأشخاص المعنوية ، خاصة الشركات وجماعات الأشخاص ومجموعات الأموال التى تكونت على أساس دينى بقصد القيام بأعمال دينية وخيرية ، ومن ثم كـان الكنسيون كما أسلفنا هم الذين بدءوا النظر الى الشخص المعنـوى بوصفه كائنا قانونيا مستقلا عن الأشخاص المكونين له ، وكان الهدف من ذلك فصل ذمته المالية عن ذممهم .

٢٧ — أما الفقه الاسلامى فانه لم يكن بحاجة الى اللجوء للحيلة للوصول الى نفس النتيجة ، ذلك أن الذمة عندهم بنيت على عدم الفصل بين السلوك الدينى والدنيوى وعلى أن طاعة الانسان لربه واتبـاع تعاليم دينه ليست منفصلة عن تعامله مع الناس ومن ثم عنى الفقه الاسلامى بتنظيم الواجبات والفرائض الدينية وجزاء ذلك فى الدنيا والآخرة ، كما نظم فى نفس الوقت حقوق الانسـان والتزاماته فى علاقته بالناس وانعكست هذه الفكرة التى تجمع بين الواجبات الدينية والدنيوية على تعريف فقهاء المسلمين للذمة المالية ، فقد افترضوا ابتداء أنها لاتثبت الا للانسان الذى فرضت عليه الواجبات الدينية ، وأن الذمة كما تجب فيها هذه الواجبات فهى تتشغل أيضا بواجبات مالية كأن يقترض الشخص مبلغا يصبح مدينا به ومن ثم اعتبرت الذمة فى الفقه الاسلامى وصفا شرعا يكون به الانسان أهلا لما يجب له وما يجب عليه ، سواء أكان الواجب عبادة أم غير عبادة (١) وعلى ذلك اقتصرت الذمـة على الانسان الحى ولم يكن وجودها فى الفقه الاسلامى متصورا الا فيه لما له من صفات وخصائص يسوغ معها أن يوجه اليه خطاب الشارع ، فكان أهلا لان يكلف بما يعد عبادة لخالقه بالصلاة وبالصيام وأن يكلف بما

---

(١) على الخفيف ، الشركات ص ٢٣ .

يعتبر واجبات مالية يلتزم بها فى مواجهة غيره من العباد ، وكان منطق هذا التصور للذمة انها لاتثبت لغير المكلف بالواجبات الدينية ، وبالتالى لاتثبت لجماعات من الأشخاص كالشركات وكالجمعيات ولا لمجموعات الأموال كالمؤسسات الخاصة .

٢٨ — واذا كانت التشريعات الوضعية أقرت الشخصية المعنوية لجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال بهدف التسليم لها بذمة مالية منفصلة عن ذمم الأشخاص المكونين لها ، فقد توصل فقهاء المسلمين الى بديل قامت عليه الشركة عندهم اذ أنها على اختلاف أنواعها تتضمن وكالة كل شريك عن صاحبه فى التصرف فى موضوع الشركة بيعا وشراء واستئجارا وتقبلا للاعمال ، لان هذا هو مقتضى الشركة والاصل فيها على العموم مالم تتقيد بقيد ، وانما اشترط ذلك حتى يكون تصرف أحدهم أو عمله لجميع الشركاء ، عن نفسه بالأصالة وعنهم بالوكالة ومن هذا أشتركوا فيما يترتب على هذا التصرف من آثار والتزامات (١) .

٢٩ — وقيام الشركة على الوكالة فى الفقه الاسلامى ، واعتبار تصرف أى من الشركاء لهم جميعا ومن ثم يشتركون فيما يترتب عليه من حقوق والتزامات يقرب من الأثر الذى رتبته التشريعات الوضعية على الشخصية المعنوية للشركات وغيرها من الأشخاص المعنوية ، بوصفها كائنا قانونيا له كيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه ومنشئيه ، فالتشريعات الوضعية تنظر الى الشخص المعنوى على أنه لايقدر بنفسه على القيام بالنشاط الذى يحقق الهدف من تكوينه ومن ثم تحتم أن يباشر عنه هذا النشاط شخص أو أشخاص طبيعيون يمثلونه قانونا ويعملون باسمه ولحسابه فى التصرفات القانونية (٢)،

(١) على الخفيف ، الشركات ص ٢٩ .
(٢) حسن كيرة ، المدخل ، بيروت ١٩٦٧ رقم ٣٣٠ .

ولذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٥٣ مدنى على أن يكون للشخص الاعتبارى نائب يعبر عن أرادته (١) .

٣٠ — وكما تقوم الشركة فى الفقه الاسلامى على الوكالة ، فان من فقهاء القانون الوضعى من أخذ بنفس التصوير فى تحديد مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص المعنوى الذى يباشرون عنه نشاطه بل ان التصور التقليدى لهذا المركز يقوم على فكرة الوكالة بحيث يعتبر الشخص المعنوى فى مقام الموكل والشخص الطبيعى أو الأشخاص الطبيعيون الذين يباشرون عنه نشاطه فى مركز وكلائه ، (٢) وكذلك حين رفض الفقه الحديث فكرة قيام الشخص المعنوى على الحيلة القانونية والافتراض القانونى البحت (٣) فقد نظر الى هذه الشخصية على أنها حقيقة واقعية ، وذهب بعض الفقهاء الى أن للشخص المعنوى ارادة جماعية (٤) مستقلة عن ارادة الاشخاص الطبيعيين المكونين له (٥) وهذه الارادة الجماعية لجماعات الأفراد تكفى لقيام شخصية مستقلة عن شخصيات وارادات الأفراد المكونين لها ، بل ان منهم من ذهب الى أنه ليس ثمة فارق فى التكوين بين الشخص المعنوى والشخص الطبيعى فالأفراد الذين يكونون الشخص المعنوى هم الخلايا التى يتكون

(١) انتقد جانب من الفقه هذا النص لأن الشخص المعنوى بحكم طبيعته لاتتصور له ارادة ، انظر حسن كيرة ، المدخل رقم ٣٣٢ وص ٨١٥ هامش ١ .
(٢) انتقد هذا التصوير بأن الوكالة تفترض وجود ارادتين ارادة الموكل وارادة الوكيل واردة الموكل فى هذه الصورة غير متوفرة لأن الشخص المعنوى نفسه ليست له ارادة .
(٣) انظر فى عرض هذه النظرية عبد الحى حجازى ، المدخل ج ١ رقم ٦٣٧ ، حسن كيرة المدخل رقم ٣١٧ محمد صالح ج ١ رقم ١٨٢ ، كاربونييه ، موجز تميز ص ٢٩٨ .
(٤) volonté collective
(٥) فى عرضها انظر حسن كيرة رقم ٣١٨ ، عبد الحى حجازى ج ١ رقم ٦٤٦ ، محمد صالح ج ١ رقم ١٨٢ ، كاربونييه ، موجز تميز ص ٣٠٠ .

منها ،كما يتكون الشخص الطبيعى من تجمع خلايا متعددة (١) ويبين من اتجاهات فقهاء القانون الوضعى أنهم لايهدرون دور الأشخاص المكونين للشخص المعنوى ويقدرون ارادتهم ويبرزون الاعتبار الشخصى فى الأشخاص المعنوية وهم بذلك يقتربون من الفقه الاسلامى الذى يقيم الشركة على ارادة اعضائها وعلى أن كلا منهم انما يعد وكيلا عن باقى الشركاء فى التصرف ، ويبدو واضحا من رأى فى الفقه الوضعى قال به كثير من الفقهاء مقتضاه أن الشخص المعنوى لايتصور وجوده دون أجهزة ولا أدوات تكون بمثابة العضو فى الجسد (٢) وهـــذه الأجهزة تعتبر أجزاء لاتتجزأ من الشخص المعنوى وهو يستخدمها فى تحقيق نشاطه وأغراضه التى قام من أجلها وعلى ذلك يعد كـل عمل أو نشاط تقوم به عملا أو نشاطا قام به الشخص المعنوى نفسه ، وتتصرف آثاره اليه مباشرة ليس باعتبار العضـــو أو الاعضـــاء وكلاء أو ممثلين للشخص المعنوى وانما باعتبارهم أصلا اذا أنهـم اعضاء فى بنائه القانونى ، وهذا التصور لدور القائم بادارة الشخص المعنوى يقترب من نظرة الفقه الاسلامى للشركاء على أن كلا منهم وكيل عن الآخرين فى التصرف أى أنهم بنيان قانونى واحد ينوب كل من أعضائه عن الآخرين فى القيام بالتصرفات التى تحقق غرض الشركة، بحيث يلزم تصرفه زملاءه ، ومع التسليم بأن هناك فارقا بين تصـور الفقه الاسلامى للشريك على أنه وكيل بينما ينظر اليه فقهاء القانون الوضعى على أنه أصيل ، الا أن قاعدة اعتبار الشريك وفقا للفقـه الاسلامى وكيلا عن باقى الشركاء انما هى قاعدة عامة أى شرط فى

---

(١) La théorie organique.

(٢) من انعكاسات هذه الفكرة فى نطاق الشركات بوجه خاص أن الاتجاه الفقهى الحديث يميل الى النظرة الى مدير الشركة باعتباره عضوا فى جسم الشركة كشخص معنوى وليس بوصفه وكيلا عنها ، ولو أن القضاء لم يقر اتجاه الفقه ودرج على اعتبار المدير وكيـلا عن الشركة ، محسن شفيق ، الوجيز ج ٢ رقم ١٩١ .

توافر جميع أنواع الشركات ، الا أن من الشركات فى الفقه الاسلامى مايقوم على الوكالة وكذلك على الكفالة ، من ذلك شركة المفاوضة وهى احدى صورتى شركة المال ، فعند الحنفية جميع ما يلزم أحد الشركاء بسبب التجارة يلزم صاحبه بناء على كفالته له بمقتضى عقد الشركة لتضمنه الوكالة والكفالة فى ما مايتطلبه الاتجار ، ومن ثم اشترط الحنفية لتحقق هذه الشركة ان تتوافر فى الشركاء أهلية الوكالة ، واهلية الكفالة بأن يكون كل منهم حرا عاقلا رشيدا (١) ، ويتضح من ذلك أن الشريك لايلتزم فقط بما يسمى فى الفقه الوضعى بالتصرفات القانونية التى يقوم بها شريكه وانما بكل مايقع من شريكه ويلزمه حتى لو كان عملا ماديا طالما اقتضته التجارة التى قامت من أجلها الشركة ومن ثم تقترب مسئولية الشركاء فى فقه القانون الوضعى من تصرفات الشريك وأعماله بوصفه عضوا فى بنيان الشركة من مسئولية الشركاء فى الفقه الاسلامى عن تصرفات وأعمال الشريك فى شركة المفاوضة (٢).

٣١ — واذا كان مؤدى عدم ظهور فكرة الشخص المعنوى فى

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاسانى ج ٦ ص ٦٠ ، على الخفيف ، الشركات ص ٦١ ، ٦٢ ، محمد صالح ج ١ رقم ٢٤١ ، عبد العزيز الخياط ج ٢ ص ٢٤ .

(٢) جاء فى رسالة عبد العزيز الخياط ج ١ ص ٢٥٣ ان ابن عرفة من فقهاء المالكية عرف الشركة تعريفا يتفق مع الرأى الذى ذهب فى فقه القانون الوضعى الى أن مدير الشركة عضو فى بنائها القانونى اذ ان الشركة عنده بيع ملك كل بعضه ببعض الاخر ومؤدى ذلك اندماج المالين بحيث يصبح مال كل منهما مالا للآخر ومن ثم تتحد الشركة والشركاء فليس فيها أصالة ولا وكالة وانما يتصرف كل شريك باعتبار الشركة له فهو جزء منها لاينفصل عنها ، وقد أشار فى ص ٤٣ الى أن مصدر تعريف ابن عرفة للشركة وهو حاشية البنانى على شرح الزرقانى ج٦ ص ٤٠ التاج والاكليل لمختصر خليل ٥ ص١١٧ وقد رجح الدكتور الخياط من بين تعريفات المالكية للشركة تعريف الشيخ الدردير بأن شركة العقد هى عقد مالكى مالين فأكثر على التجر فيهما معا أو عقد على عمل بينهما والربح بينهما بما يدل عليه عرفا .

الفقه الاسلامى ان الشركة لاتعتبر شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء وان حصة كل شريك تبقى فى ذمته المالية ، وتصرف كل من الشركاء يعد بالاصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره فالرأى عند الحنفية أن يستمر ملك كل شريك لحصته فى رأس المال الى أن يقع تصرف فيه بالشراء به فيكون مايشترى به شركة بين الشركاء وفقا لشروط عقد الشركة ، ولاتعتبر السلعة المشتراه ملكا خاصا لأى من الشركاء ، بل ملك لجميع الشركاء وذلك فى شركة الأموال (١) ، ولايعنى ذلك سوى الاقرار بطريق غير مباشر بأن للشركة قدرا من الذمة يبرر تملكها مايقع شراؤه من سلع أثناء مباشرة التجارة ، ولو أن استاذنا الشيخ على الخفيف صرح بأن السلعة التى تشترى بحصص الشركاء لاتعد ملكا لمالكخاص ولا ملكا للشركة بل ملك لجميع الشركاء لان الفقه الاسلامى لايجعل للشركة شخصية اعتبارية ولا ذمة مالية (٢) مع ملاحظة ان الفقه الاسلامى يفرق بين شركة الأموال وشركة الملك ، ومن ثم لايمكن القول أن السلعة التى تشترى من حصص الشركاء تعد مالا شائعا بينهم ، ذلك أن شركة الأموال هى اتفاق بين اثنين أو أكثر على اشتراك فى المال وربحه ، بينما شركة الملك تكون أثرا لتصرف أو فعل صادر من الشركاء كاشتراك شخصين فى شراء منزل ، وقد تثبت شركة الملك بغير فعل أو ارادة الشركاء كالشركة بين الورثة فى المال المورث (٣) .

٣٢ — ووفقا للتشريع الوضعى أهم آثار اعتبار الشركة شخصا معنويا مستقلا وقائما بذاته عن أشخاص الشركاء المكونين لها أن للشركة

(١) فى شركة العنان ، على الخفيف ، الشركات ص ٣٣ وفى شركة المفاوضة ص ٥٩ .

(٢) جاء فى الهداية شرح المبتدى أن الشركة ضربان ، شركة املاك وشركة عقود وضرب مثلا لشركة الأملاك بالعين يرثها رجلان أو يشترياتها فلا يجوز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالأجنبى ، ج ٣ ص٣ ، وانظر على الخفيف ، الشركات ص٦ ، ٧ .

ذمة مالية مستقلة بأصولها وخصومها عن ذمم الشركاء ، ويرى فقهاء هذا التشريع أنه بغير هذا الفصل بين ذمة الشركة وذمم الشركاء لايمكن أن تحقق الشركة الغرض الذى تكونت من أجله (١) ومع ذلك فان الشركة فى الشريعة الاسلامية تكونت وحققت أهدافها دون أن يتصور فقهاؤها فكرة الشخصية المعنوية لها ، واستعاضوا عنها بتأسيس الشركة بصفة عامة على الوكالة فهى على اختلاف انواعها تتضمن وكالة كل شريك عن صاحبه فى التصرف فى مال الشركة حتى يكون تصرف كل شريك أو عمله لجميع الشركاء عن نفسه بالاصالة وعنهم بالوكالة ومن ثم يشتركون فيما يترتب على هذا التصرف من آثار والتزامات ، كما اشترط فقهاء الشريعة الاسلامية اشتراك جميع الشركاء فى الربح بنسبة معلومة ذلك أن الربح هو المعقود عليه ومن ثم اذا جهلت هذه النسبة فسد العقد .

٣٣ — واذا كان مقتضى اعتبار الذمة المالية للشركة فى التشريعات الوضعية منفصلة عن الذمم المالية للشركاء بحيث تعد ذمة الشركة ضمانا عاما لدائنى الشركة وحدهم دون دائنى الشركة ، فان هذا الفصل بين ذمة الشركة وذمم الشركاء لايكون فصلا تاما (٢) وذلك بالنسبة الى بعض الشركات وبعض الشركاء ففى شركة التضامن جميع الشركاء مسئولون فى جميع أموالهم على وجه التضامن عن ديون الشركة (٣) وفى شركتى التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم يسأل الشركاء المتضامنون فى أموالهم الخاصة مسئولية تضامنية غير محدودة

(١) مصطفى كمال طه ج ١ رقم ٢٦٩ .

(٢) على يونس ، الشركات ص ٩٧ ، وانظر على جمال الدين رقم ١٢١٢ .

(٣) المادة ٢٢ تجارى مصرى وتنص على ان الشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الامضاء عليها الا من احدهم انما يشترط ان يكون هذا الامضاء بعنوان الشركة .

عن ديون الشركة (١) وعلى هذا فان شركة التضامن وشركة التوصية بنوعيها ليست لهما سوى شخصية معنوية ناقصة (٢) ، ذلك أن شخصية الشركاء فيهما لاتنفصل عن شخصية الشركة انفصالا تاما كما هو الشأن فى شركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة اذ تتوفر لهما شخصية معنوية كاملة نتيجة الفصل التام بين الذمة المالية للشركة وذمم الشركاء لأن كل شريك فيهما لايسأل عن ديون الشركة الا فى حدود حصته فى رأس مالها .

٣٤ — واذا كانت شركة المفاوضة تقوم فى الفقه الاسلامى على الوكالة والكفالة فان التساؤل قد ثار فى فقه القانون الوضعى حول مركز الشركاء المتضامنين ازاء الشركة ذلك أنه وفقه للمادة ٢٢ تجارى مصرى يكون لدائنى الشركة ضمان خاص بهم على الذمة المالية للشركة بوصفها شخصا معنويا ، وضمان اضافى على ذمم الشركاء يتزاحمون عليه مع دائنى الشركاء الشخصين ، وقد ذهب رأى فى الفقه والقضاء الى أن التزام الشركاء بالاضافة الى التزام الشركة لايعتبر التزاما احتياطيا وانما الشريك المتضامن كالكفيل له حق الدفع بالتجريد وطالما ان اعسار الشركة لم يثبت بعدم كفاية أموالها بعد بيعها فان دعوى الدائن التى يرفعها على الشريك لاتقبل اذا ما دفع بالتجريد (٣) ، ولكن

---

(١) فى شركة التوصية المادة ٢٣ تجارى مصرى وفى شركة التوصية بالاسهم المادة ٣٦ من قانون شركات الاموال ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

(٢) مصطفى كمال طه ج ١ رقم ٢٧١ ، جينوت ص ٤٠١ .

(٣) من هذا الرأى برافار ج ١ ص ٢٢ ، روسو ، الشركات ج ١ رقم ٢٨٤ واستئناف مختلط فى ٨ مارس ١٩٣٤ البلتان ٤٦ — ٢٠٨ التى قضت بأنه لايجوز لدائن الشركة مطالبة أحد الشركاء بصفته الشخصية لدين على الشركة قبل أن يجرد ذمة الشركة ابتداء ، مشار اليها فى محمد صالح ج ١ رقم ٢١٤ ص ٣٣٠ هامش ١ ، على يونس ، الشركات التجارية رقم ١٦٧ ص ٢٦٧ هامش ٣ .

لاسند لهذا الرأى فى القانون الوضعى حيث يعد هؤلاء الشركاء مسئولين على وجه التضامن فيما بينهم عن ديون الشركة (١) ، مكا انهم متضامنون مع الشركة فى علاقتهم بالغير ، فالتعاقد الذى يتم بعنوان الشركة تعتبر الديون المترتبة عليه ديونا عليهم فى نفس الوقت ، وعلى ذلك يكون لدائن الشركة أن يوجه مطالبته بدين عليها الى الشركة بوصفها شخصا معنويا أو الى الشركاء مجتمعين ، أو الى أى من الشركاء يقع عليه اختياره ، نظرا لمسئولية الشريك عن ديون الشركة مسئولية مطلقة فى ماله الخاص ، وليس له أن يدفع الدعوى بوجوب الرجوع على الشركة ابتداء والحصول على حكم بالدين فى مواجهتها وبتجريدها من أموالها قبل التنفيذ على أمواله الخاصة (٢) وعلى ذلك فان الشركة باعتبارها شخصا معنويا تعتبر مدينا أصليا بالديون التى تعقدها ويعتبر كل من الشركاء فى مركز الكفيل المتضامن بالنسبة الى هذه الديون (٣) ومن ثم يحرم الشريك من حق الدفع بالتجريد ، كذلك ليس له أن يدفع فى مواجهة دائن الشركة بتقسيم الدين بينه وبين الشركاء الآخرين وانما يلتزم بدفع الدين كاملا حتى لو زادت قيمته على قيمة حصته ، وله بعد ذلك أن يرجع على باقى الشركاء كل بنصيبه فى الدين ،

---

(١) التضامن بين الشركاء من النظام العام ولايجوز الاتفاق على مخالفته فى عقد الشركة أو فى أى اتفاق لاحق ، لكن يجوز أن يتنازل دائن الشركة صراحة بالنسبة لصفقة معينة عن تمسكه بالتضمان بالنسبة لجميع الشركاء أو بعضهم عملا بمبدأ حرية التعاقد ، محمد صالح جـ١ رقم٢١١ ، مصطفى طه ج ١ رقم ٣٠٢ .

(٢) مصطفى كمال طه ج ١ رقم ٣٠٢ والاحكام المشار اليها فيه ص ٣٣٨ هامش ١

(٣) محمد صالح ج ١ رقم ٢١٣ ، محسن شفيق الوجيز رقم ٢١٩ ، محمد حسنى عباس رقم ٧٦ والأحكام المشار اليها فيه ، على يونس ، الشركات التجارية رقم ١٦٧ ص ٢٦٨ ، أكثم الخولى ، الموجز ج ١ رقم ٢٣٧ ، على جمال الدين رقم ٢٨٠ ، محمود سمير الشرقاوى الشركات رقم ٨٨ .

واذا كان أحد الشركاء معسرا فان الشركاء الموسرين يتحملون نتيجة اعساره كل بقدر حصته .

٣٥ — وتطبيق قواعد التضامن سالفة الذكر فيه عنت بالشركاء المتضامنين ويعرضهم لمطالبات كيدية ، ومن ثم اتجه الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا الى أنه ليس لدائنى الشركة الرجوع على أموال الشريك المتضامن الا اذا طالب الشركة بالدين واستصدر ضدها حكما به ، اذ قد يؤدى ذلك الى أن توفى الشركة بدينها ومن ثم لايكون الدائن بحاجة للرجوع على الشريك المتضامن فى ماله الخاص (١)، كما يجب على الدائن قبل التنفيذ على مال الشريك الخاص أن يعذر الشركة بالوفاء ،وان يحدد موعدا لسداد الدين فاذا انقضى هذا الموعد دون أن تبادر الشركة الى السداد كان للدائن الرجوع بدينه على أموال الشريك الخاصة ، وقد سار المشرع الفرنسى فى هذا الاتجاه مؤيدا ما ذهب اليه القضاء (٢) ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون رقم ٦٦ الصادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٦٦ بشأن الشركات التجارية على أن دائن الشركة لايستطيع مطالبة الشريك الابعد اعذار الشركة بالوفاء وانقضاء ثمانية أيام على الاعذار

(١) استئناف مختلط فى مارس ١٩٣٤ البلتان ٤٦ — ٢٠٨ ويكفى ان يصدر الحكم ضد الشركة ممثلة فى شخص مديرها ولايشترط ان يصدر فى مواجهة الشريك ، وقد ذهب رأى الى أن المطالبة القضائية يجب أن توجه الى الشريك وأن يصدر الحكم عليه بالوفاء بدين الشركة استنادا الى مانقضى به الفقرة الأولى من المادة ٢٩٦ مدنى من أن الحكم على أحد المتضامنين لايحتج به على الباقين ، على يونس الشركات التجارية ص ٢٦٩ ويرد على ذلك بأن الشريك ليس بمدين متضامن مع الشركة وانما هو كفيل متضامن معها ، أكثم الخولى ، الوجيز ج ١ ص٤٨٧ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩١٤ دالو ١٩٢١ — ١ — ١٢٠ ونقض مدنى فى ٢٤ اكتوبر ١٩٣٨ دالوز الدورى ١٩٣٩ — ٦٥ ، جوجلار ، وايبوليتو ج٢ رقم ٥١٨ ، موجز دالوز ، الجماعات التجارية ، روديير رقم ٨٦ ، جوفرية رقم ٢٣٦ .

ولرئيس المحكمة أن يأمر بزيادة هذه المدة ، كما يتعين على الدائن أن يثبت ان الدين الذى يطالب بالتنفيذ به فى أموال الشريك دين على الشركة ، ورغم أن القانون المصرى لم يرد به نص مماثل فان الفقه يؤيد الاتجاه القضائى والفقهى فى فرنسا (١) الذى اعتمد المشروع ما استقر عليه فى قانون عام ١٩٦٦ وقد أخذت أغلب التشريعات العربية بوجوب انذار الشركة بالوفاء بدينها قبل التنفيذ على أموال الشريك(٢) وليس مقتضى ذلك أن الدائن يجبر على التنفيذ على أموال الشركة قبل الرجوع على الشركاء وانما عليه أن يطالب الشركة بالوفاء بدينها محددا لها موعدا للوفاء فاذا انقضى هذا الموعد دون أن تدفع له قيمة دينه كان له أن يطالب الشركاء وأن ينفذ عليهم به فى أموالهم الخاصة.

شركة المحاصة ليست لها شخصية معنوية :

٣٦ — واذا كانت التشريعات الوضعية تضفى الشخصية المعنوية على الشركات بحيث تكون لها ذمة مالية خاصة فانها تستثنى من ذلك شركات المحاصة فهذه الشركة ليس لها رأس مال ولاعنوان وفقا للمادة ٥٩ تجارى مصرى ، وانعدام شخصيتها المعنوية هو طابعها المميز الى جانب أنها شركة مستترة occulte ليس لها وجود بالنسبة للغير اذ يؤثر الشركاء أن يظل أمرها قاصرا عليهم خافيا على الغير ، ومن ثم فان عقد الشركة انما ينظم علاقة الشركاء فيما يختص بحقوقهم

(١) محمد صالح ج ١ ص ٣٣١ ، محسن شفيق ، الوجيز ج ١ ص ٢٠٠ ، على يونس الشركات التجارية ص ٢٧٠ ، أكثم الخولى ، الموجز ص ٤٨٧ ، على جمال الدين ص ٢٢٨ .

(٢) المادة ١٨ من قانون الشركات العراقى والمادة ٦٣ من قانون التجارة اللبنانى والمادة ٢٢ من قانون الشركات التجارية الكويتى وقد تضمن مشروع قانون الشركات المصرى أنه لايجوز قبل الحكم على الشركة بدين الحكم على الشريك بدائنه من ماله ، والحكم الصادر على الشركة يكون حجة عليه ولايجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل اعذار الشركة .

وواجباتهم ولايكون له ثمة أثر بالنسبة للغير ولذلك لم يشترط المشرع أن تتوفر لها الشروط الشكلية لانعقاد الشركة فلا يشترط افراغ العقد فى محرر مكتوب واجاز اثباتها بكافة طـرق الاثبات (١) ولم يخضعها لأحكام الاشهار (٢) .

وعدم أكتساب شركة المحاصة الشخصية المعنوية مؤداه انهـا ليست لها ذمة مالية ولكنها مع ذلك شركة لاتقوم الا بتقديم الشركاء حصص وهذه الحصص لاتنتقل من ملكية الشركاء الى ملكية الشركة ومن ثم الأصل ان يظل كل شريك مالكا لحصته الا اذا اتفق الشركاء على نقل ملكية حصصهم الى مدير المحاصة حتى يسهل عليه استغلال أموال الشركة ، وقد يتفق الشركاء على تكوين مال شائع من حصصهم بنسبة حصة كل منهم ، (٣) ويجب ان يتفق الشركاء على اقامة الشيوع صراحة فى عقد شركة المحاصة لأنها لاتتضمن الشيوع بطبيعتهـا ولايفترض معها قيامه .

---

(١) المادة ٦٣ تجارى وانظر نقض فى ١٢/٥/١٩٨٠ مجموعة احكام النقض س ٣١ ص ١٣٢٦ .

(٢) يؤدى الاشهار عن الشركة الى الكشف عن شخصيتها وحقيقة امرها وافصاح للغير عن قيامها ومن ثم تتحول الى شركة تتمتع بالشخصية المعنوية واذا كان نشاطها تجاريا فالأصل أنها تعتبر شركة تضامن فعلية ، نقض مدنى فى ٢٨ ابريل ١٩٤٤ المحاماة س ٢٦ ص ٨٦٩ ويلاحظ أن شركة المحاصة تختلف عن الشركة الفعلية لأن المحاصة شركة صحيحة تترتب عليها آثار ابرام عقد الشركة فى حيـن ان الشركة الفعليـة تتخلف عن شركة باطلة ويعترف لها بشخصيتها الاعتبارية الى أن تتم تصفيتها على عكس شركة المحاصة التى يقصد الشركاء عدم اكسابها ان الشخصية المعنوية ، وعلى ذلك فان شركة التضامن اذا بطلت لاتتخلف عنها شركة محاصة وانما شركة فعلية ، انظر نقض فى ٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٤٧ .

(٣) انظر القانون التجارى المصرى ، ثروت عبد الرحيم ، ص ٣٤٩ و ٣٥٠ .