ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية العدد: ١ المجلد: ٢٧ كانون الثاني ٢٠٢٥

Received:1/10/2024 Accepted: 1/11/2024 Published: 1/1/2025

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The problem of a person committing against his will in the commercial law (comparative study)

Assistant Professor Dr. Mohammed Majeed Kareem
Thi-Qar University- College of Law
Dr.mohammed.majeed24@utq.edu.iq

Abstract:

The principle is that all legal actions involve the interests of the parties involved, and therefore a person may not be bound against his will, unless there are actions issued by a group of people who share a common goal and interest. Decisions are taken and actions are concluded in these cases in a collective manner. Due to the large number of people on the one hand, and the difficulty of all opinions agreeing on a single matter, the opinion of the people with the largest number is given precedence over the opinion of the people with the smallest number. This results in the minority being bound by what the majority decides, which raises the question of the legal basis that can be relied upon to justify a person's commitment to a legal act without him having issued a will that tends to produce a legal effect. Several justifications have been presented for this, the most prominent of which is the idea of a legal personality, as these cases cannot be imagined outside the framework of a legal personality.

Keywords: problem, commitment, will, behavior, commercial.

إشكالية التزام الشخص خلافاً لإرادته في إطار القانون التجاري (دراسة مقارنة)

أ.م.د. محمد مجيد كريم
كلية القانون- جامعة ذي قار
Dr.mohammed.majeed24@utq.edu.iq

الملخص:

الأصل إن جميع التصرفات القانونية تكون مصالح أطرافها متعرضة، ولهذا لا يجوز أن يلتزم الشخص خلافاً لإرادته غير إن توجد تصرفات تصدر من مجموعة من الأشخاص يجمعهم هدف واحد ومصلحة مشتركة، فتتخذ القرارات وتبرم التصرفات في هذه الاحوال بصور جماعية، ونظراً لكثرة الأعداد من ناحية، ولصعوب توافق جميع الآراء على أمر واحد، فيتم ترجيح رأي الأشخاص الأكثر عدداً، على حساب رأي الأشخاص الأقل عدداً، ويترتب على ذلك التزام الأقلية بما تقرره الأكثرية، الامر الذي يثير التساؤل عن الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد اليه لتبرير التزام الشخص بالتصرف القانوني دون أن تصدر منه إرادة تتجه إلى إحداث الأثر القانوني، وقد قدمت عدة مبررات لذلك أبرزها فكرة الشخصية المعنوية، فهذه الحالات لا يمكن تصورها خارج إطار الشخصية المعنوية.

الكلمات المفتاحية: إشكالية، التزام، إرادة، تصرفات، تجارية.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير الخلق أجمعين حبيب قلوب المؤمنين نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين وبعد..

أولاً/ التعريف بالموضوع:

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ الحاكمة في مجال التصرفات القانونية، والذي يقتضي أن تكون الإرادة حرة في إبرام ما تشاء من التصرفات، وترتيب آثارها بالكيفية التي يتفق عليها الأطراف، غير إن ذلك لا يعني أن تكون الإرادة حرية مطلقة من كل قيد، فهي محددة بعدم تجاوز أحكام النظام العام والآداب والنصوص الآمرة.

وينبني على مبدأ سلطان الإرادة أن لا يلتزم الشخص بأداء معين خلافاً لإرادته، بيد إنه ثمة حالات يحصل فيها أن يلتزم الشخص خلافاً لإرادته استثناءً من المبدأ المذكور، وهذه الحالات تكون في إطار التصرفات التي تصدر من مجموعة من الأشخاص يجمعهم هدف واحد ومصلحة مشتركة، إذ تتخذ القرارات وتبرم التصرفات في هذه الاحوال بصور جماعية، ونظراً لكثرة الأعداد من ناحية، ولصعوب توافق جميع الآراء على أمر واحد من ناحية أخرى، فيتم ترجيح رأي الأشخاص الأكثر عدداً، على حساب رأي الأشخاص الأقل عدداً، ويترتب على ذلك التزام الأخيرين بما أبرمه الأولين.

ثانياً/ أهمية الموضوع:

يحظى البحث في موضوع التزام الشخص خلافاً لإرادته بأهمية بالغة في إطار الفكر القانوني، ذلك لأن هذا الأمر يعد استثناءً من الأصل، من ثم يجب بيان نطاقه وتحديد أحكامه، لكيلا يتوسع في تفسيره فيشمل حالات لم يرد المشرع شمولها في هذا الإستثناء، فبالرغم من وجود دراسات عديدة تبنت بيان دور الإرادة في التصرفات القانونية، وقاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، بيد إن الجزئية التي نحن بصدد بحثها وبالرغم من كونها من الموضوعات الأصيلة، إلا إنها لم تأخذ نصيبها من البحث، لذا نسعى من خلال هذا البحث إلى سبر أغوار الموضوع وبيان أهميته القانونية من خلال تسليط الضوء على أساسه القانوني وبيان تطبيقاته.

ثالثاً/ إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه في تفسير التزام الشخص خلافاً لإرادته، إذ كيف يمكن للشخص أن يلتزم بموجب التصرف القانوني دون أن تصدر منه إرادة باتجاه إحداث الأثر القانوني، بل أكثر من ذلك قد تكون إرادته متجهة لإحداث أثر معاكس لأثر التصرف الذي سيلتزم به بنهاية المطاف، وهذا خلافاً لما هو ثابت في إطار التصرفات الإرادية؛ فالتصرف

القانوني الذي ينتج عن الإرادة، لا بد أن يكون صاحب الإرادة مريداً لذلك العمل، وقاصداً ترتيب الأثار التي تنتج عنه، ويتفرع من الإشكال المتقدم تساؤلات عديدة منها:

١- ما المقصود بالتزام الشخص خلافاً لإرادته، وما هي الحالات التي يمكن تصورها في الفرضية محل البحث؟

٢- ما هو الأساس القانوني لالتزام الشخص خلافاً لإرادته.

٣- ما هي أبرز الحالات التي أجاز فيها المشرع أن يلتزم الشخص خلافاً لإرادته.

رابعا/ نطاق البحث وأهدافه:

نقتصر في تناولنا لموضوع البحث على التطرق للحالات التي تؤدي إلى التزام الشخص خلافاً لإرادته في إطار التصرفات القانونية ضمن القوانين المنضمة لأحكام الشركات وأحكام الإفلاس والصلح الواقي منه، ولا يدخل ضمن نطاق البحث الحالات الأخرى، ونسعى من خلال البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١- تحديد المقصود بالتزام الشخص خلافاً لإرادته وفي أي إطار ممكن أن تحدث تلك الحالات وإرجاعها إلى قاعدة عامة.

٢- بيان الأساس القانوني السليم الذي يمكن من خلال تبرير الزام الشخص خلافاً لإرادته.

٣- حصر الحالات التي يحدث فيها التزام الشخص خلافاً لإرادته وجمع شتاتها من النصوص المتفرقة، وبيان موقف المشرع العراقي في طريقة معالجتها.

خامساً/ منهج البحث:

نتبع في دراسة موضوع البحث المنهج التحليلي الاستقرائي، من خلال تقصي الحالات التي أشار إليها المشرع والتي تؤدي بالنتيجة إلى التزام الشخص خلافاً لإرادته، وتحليلها وبيان شروطها، ومحاولة ردها إلى قاعدة عامة تحكمها جميعها.

سادساً/ نوع الدراسة:

نتبع في تناولنا لموضوع البحث الدراسة المقارنة، فتكون المقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري، على إن القانون الذي سنتخذه كأساس للمقارنة هو القانون العراقي، أي نبين حكم المسألة في القانون العراقي ثم نبين طريقة معالجة المشرع المصري للمسألة ذاتها.

سابعاً/ خطة البحث:

نتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه على مبحثين، الأول يكون للإطار النظري لالتزام الشخص خلافاً لإرادته الذي ينقسم بدوره إلى مطلبين، نخصص الأول للتعريف بالتزام الشخص خلافاً لإرادته، والثاني يكون لبيان الأساس القانوني لالتزام الشخص خلافاً لإرادته.

أما المبحث الثاني فنتطرق فيه لتطبيقات التزام الشخص خلافاً لإرادته الذي ينقسم بدوره إلى مطلبين، الأول للتطبيقات الواردة في قانون الشركات، والثاني للتطبيقات الواردة في قانون الإفلاس.

المبحث الأول

الإطار النظري لالتزام الشخص خلافاً لإرادته

يستلزم البحث في الإطار النظري لالتزام الشخص خلافاً لإرادته البدء ببيان القاعدة الأصلية لكيفية نشوء الالتزام الإرادي، وما المقصود بالالتزام خلافاً للإرادة عن طريقة استبعاد بعض الفرضيات التي قد يتصور منها انصراف أثر العقد للغير دون صدور عمل إرادي منه، لنتمكن في النهاية من تحديد الفرضية التي يتحقق بها التزام الشخص خلافاً لإرادته، ثم نبحث في الأساس القانوني التي تستند عليه تلك الحالات وما مدى مقبوليته، لذا قسمنا هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الاول التعريف بالتزام الشخص خلافاً لإرادته، أما المطلب الثاني فنخصصه لبيان الأساس القانوني لذلك الالتزام.

المطلب الأول

التعريف بالتزام الشخص خلافاً لإرادته

الأصل إن الأشخاص لا يلتزمون بموجب التصرفات القانونية التي لا يكونون أطرافاً فيها، فالإرادة الحرة المختارة الصادرة من شخص كامل الأهلية، وغير مشوبة بعيب من عيوب الرضا، هي التي تصلح لإنشاء التصرفات القانونية، فالرضا هو عماد التصرفات الإرادية وجوهرها ومصدر قوتها إلى الحد الذي ظهرت معه قاعدة "**أن الإتفاق يغلب القانون**"[1]، ومن البديهي لا يراد بهذا القاعدة إن الإتفاق يغلب القواعد الآمرة بالقانون، وإنما القواعد المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين، طالما التزم الأطراف بعدم تجاوز قواعد النظام العام والآداب[2].

ولا يتوقف دور الإرادة عند حد إبرام التصرفات القانونية، وإنما يمتد ليكون لها دور في تحديد مضمون التصرف، سواء كان عقداً أو إرادة منفردة، ولا يقيد حرية الإرادة في رسم مضمون التصرف

[1] - د. مسعودة همساس ود. سهام براهيمي، دور الإرادة في التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة بالجزائر، المجلد١٠، العدد٢، ٢٠٢٤، ص٢٦١ وما بعدها.

[2] - موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٥٧.

غير المحددات التي أشرنا لها فيما تقدم من نصوص آمرة وقواعد النظام العام والآداب، بل أكثر من ذلك يكون للإرادة دور مهم في إطار آثار التصرف، فهي لا يعتد بها قانوناً؛ إلا إذا اتجهت لإحداث أثراً قانونية[1]، وما أن يتم إنشاء التصرف؛ حتى يصبح ملزماً وليس لأحد لأطرافه النقص من آثاره أو تعديلها أو انهائها إلا بإرادة الطرفين، وهذا هو مقتضى **"مبدأ سلطان الإرادة"** الذي يمنح الأشخاص الحرية التامة في الدخول في التصرفات القانونية بمقتضى إرادتهم، كما يكون لهم الحق التام في رفض أي تصرف لا يرغبون في الدخول فيه، فالشخص غير مجبر على أمر لا رغبة له فيه[2].

ووفقاً لما تقدم فإن التصرف القانوني يكون ذا أثر نسبي من حيث الأشخاص، إي إن أثر التصرف لا ينصرف لغير أطرافه[3]، وبحكم أطرافه يكون الخلف العام والخلف الخاص والدائنين، وعليه لا يمكن أن نتصور أن يلتزم الشخص بالتصرف الذي لم يكن طرفاً فيه، ونحن لا نقصد بالتزام الشخص خلافاً لإرادته بأنه قد وقع تحت تأثير الإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال؛ لأن هذه التصرفات لا تجعل الإرادة منعدمة وإنما معيبة، فتنعقد التصرفات موقوفة على إجازة المكره أو الغلطان أو المغرور، فهو يستطيع أن ينقضها فتبطل، أو يجيزها فتمضي بإرادته[4]، مع مراعاة خصوصية حالة الاستغلال التي لا توقف العقد وإنما تعطي الحق بتقليل الغبن إلى الحد المعقول.

كما لا نقصد بها الطرف المذعن الذي يضطر للتسليم بعقد معد سلفاً من قبل الطرف الآخر الذي لا يقبل التفاوض وتعديل بنود العقد، فالمذعن كان بالخيار بين التعاقد أو الترك، آثر التعاقد على الترك بإرادته الحرة، فيبقى عقد الإذعان ملزماً لأطرافه، إلا إن المشرع أباح للمذعن اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد بإلغاء الشروط المجحفة بحقه[5]، وتشابهها حالة التصرفات الإجبارية التي تلزم فيها الدولة الأشخاص على إبرام تصرفات معينة كالتأمين الإلزامي والتأمين الصحي وما إلى ذلك[6].

كما لا نقصد بالتزام الشخص خلافاً لإرادته حالتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير، فالغير في التعهد لا يلتزم ابتداءً بالتصرف إلا بعد أن يقبل التعهد بإرادته، وفي هذه الحالة يكون قد التزم بإرادته لا بدونها، أما في حالة الاشتراط، فالغير لا يلتزم بالعقد وإنما ينتفع منه بعد أن يبدي رغبته بإرادته بقبول الاشتراط[7]، وبالسياق ذاته نستبعد الحالات التي توصف بأنها استثناءات غير

---

[1] - رفيق نسير، الإرادة والتصرفات القانونية، بحث منشور في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بالجزائر، العدد١، ٢٠١٣، ص٣١٠، ٣٣٨.

[2] - د. مسعودة همساس ود. سهام براهيمي، مصدر سابق، ص٢٦٢.

[3] - د. عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد٣، ٢٠١٤، ص٩.

[4] - د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص٣٠٩.

[5] - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني– مصادر الإلتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٩٣ وما بعدها.

[6] - د. مسعودة همساس ود. سهام براهيمي، مصدر سابق، ص٢٦٥.

[7] - د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦، ص١٦٦، ١٦٩.

حقيقية على امتداد أثر التصرف إلى الغير، كحالتي الدعوى المباشرة التي أباح المشرع بهما للمؤجر أن يقيم دعوى مباشرة على المستأجر من المستأجر من المؤجر (المستأجر من الباطن)، ليطالبه بما بذمته تجاه المستأجر الأول، على أن لا يطالب بما يزيد على ما بذمة المستأجر الأول تجاه المؤجر، ودعوى المقاول الثاني (المقاول من الباطن) وعمال المقاول الأول على رب العمل لمطالبته بما ثبت في ذمته تجاه المقاول الأول، فرغم إن المؤجر ورب العمل لم يعدا طرفاً في عقد الإيجار من الباطن والمقاولة من الباطن، إلا إن آثار تلك العقود انصرفت إليهم[١]، والحقيقة إن تمعن النظر في هاتين الحالتين نجد إن المؤجر وكذلك المقاول الثاني أو عمال المقاول الأول لم يمتد إليهم أثر العقد الذي لم يكونوا طرفاً فيه بوصفها التزامات، وإنما أرادا أن يستفيدا مما تنتجه تلك العقود من حقوق، فأقاما دعاوى ضد مدين مدينهم بأسمائهم الخاصة ولحسابهم[٢].

إن ما تقدم من تصور قانوني يمثل الأصل أو القاعدة، ولكل قاعدة استثناء، فثمة حالات يلتزم فيها الشخص بالتصرفات التي تصدر من غيره، ليس لأنه يعد من الغير بالنسبة لذلك التصرف، فهو طرف معني بالتصرف وعبر عن إرادته بالضد منه وكان قراره بالرفض صراحةً، ومع ذلك تهدر إرادته وترجح إرادة الأخرين وهو يكون ملزماً بما أنشأته إرادة الأغيار من التزامات، ومرد هذه الحالات هو ترجيح رأي عدد من الأشخاص يمثلون الأغلبية ضمن الشركة المساهمة أو اتحاد الدائنين[٣].

ففرضية أن يلتزم الشخص خلافاً لإرادته ترتبط بالالتزامات التي مصدرها التصرف القانوني وليس التي يكون مصدرها القانون بشكل مباشر مثل[٤]، فالأخيرة وإن صح عد التزام الشخص بها خلافاً لإرادته، إلا إن مصدر الالتزام فيها يكون القانون وليس الإرادة، وهي تخرج من نطاق دراستنا، ومن ثم فإن فرضية البحث تتحدد في إطار التصرفات القانونية، وتنحصر في إطار التصرفات التي تتحد فيها مصالح الأطراف، فلا يمكن تصورها في التصرفات القانونية ذات المصالح المتعارضة، فلا يمكن أن ترجح إرادة أحد أطراف العقد على حساب إرادة الطرف الآخر، وإنما تكون عندما تتحد مصالح مجموعة من الأشخاص باتجاه تحقيق هدف معين، كما هو الحال في اتفاق مصالح المساهمين في الشركة المساهمة، ومصالح الدائنين ضمن اتحاد الدائنين، ففي هذه الحالات يمكن أن نتصور انقسام الآراء بين المساهمين أو الدائنين بخصوص تصرف معين، وفي هذه الفروض فإن قرارات

[١] - د. عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٢٢.
[٢] - د. مسعودة همساس ود. سهام براهيمي، مصدر سابق، ص٢٦٤.
[٣] - د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الإلتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص٣٤٠.
[٤] - فالقانون يعد مصدراً غير مباشر لجميع الإلتزامات سواء كان مصدر المباشر هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، بيد إنه يكون أحياناً المصدر المباشر للالتزام، كالتزامات الجوار والنفقة والضرائب، وهذه الحالات يلتزم بها الشخص خلافاً لإرادته لأن مصدرها المباشر هو القانون وليس الإرادة، ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦، ٣٣٥.

الأغلبية يكون لها السيادة والسيطرة، ويجب على الأقلية الاحترام والطاعة[1]، وقد أشار المشرع العراقي صراحة إلى التزام الأقلية بقرار الأكثرية في قانون الافلاس العراقي[2]، فقد نصت الفقرة (١) المادة (٦٨٩) منه على إنه "**يبقى الصلح نافذاً فيما يخص الدائنين الاعتياديين حتى في حالة عدم مشاركتهم في الاجراءات أو لم يوافقوا على الصلح.**"، تقابلها المادة (٦٠) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، ولم نجد نصاً يشير صراحةً إلى التزام أقلية الشركاء بقرار الأغلبية في قانون الشركات العراقي، أما المشرع المصري فقد أشار إليها في المادة (٧١) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتي تنص على إنه"**... وتكون القرارات الصادرة من الجمعية العامة المكونة تكويناً صحيحاً والمنعقدة طبقاً للقانون ونظام الشركة ملزمة لجميع المساهمين سواء كانوا حاضري الإجتماع الذي صدرت فيه هذه القرارات أو غائبين أو مخالفين وعلى مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العامة.**"، ومع ذلك فيمكن الأخذ بالحكم ذاته في القانون العراقي رغم عدم النص عليه؛ لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تفكك الشركة وخروج الشركاء أو المساهمين الذين لا يوافقون على قرارات الأغلبية.

تجدر الإشارة إلى إن مفهوم الأقلية يحدد على أساس حسابي، فهو يمثل العدد الأقل بالنسبة للعدد الكلي[3]، أي ما نسبته تعادل ٤٩% فأقل، لأن معيار الأغلبية هو النصف زائداً واحد، الجدير بالذكر إن الأكثرية أو الأقلية في هذه الفروض لا تقاس على أساس العدد الشخصي للأفراد، وإنما على أساس ما مقدار ما يملكونه من أسهم أو حصص أو ديون[4]، فلعل الأقلية تمثل عدد كثير من الأشخاص لكن مساهماتهم قليلة مقارنة بالآخرين[5].

ولعل سائل يسأل هل إن التزام الشخص خلافاً لإرادته يشمل الأشخاص الذين لا يهمهم المشاركة في صنع القرار؟ وللإجابة نقول إن الأشخاص الذي لا تهمهم المشاركة في صنع القرار ضمن

[1] - د. جعفر كاظم جبر، الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة القابضة، بحث منضور في مجلة أبحاث ميسان، المجلد١٧، العدد٣٤، ٢٠٢١، ص١٦٦.

[2] - الجدير بالذكر إن تسمية "قانون الإفلاس" تطلق على المواد (٧٩١-٥٦٦) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغى بموجب المادة (٣٣١) من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ باستثناء الباب الخامس منه (الإفلاس والصلح الواقي منه) إذ بقيت نافذ المفعول لغاية الآن وقد تم تعديله وتسميته بـ قانون الإفلاس بموجب الفقرة (١) من القسم الأول من قرار سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤.

[3] - د. علي طلال هادي، الحماية القانونية لأقلية المساهمين من مخاطر الاستحواذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد، المجلد٣٢، العدد٢، ٢٠١٧، ص٣٩١.

[4] - د. عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٦، ص٩.

[5] - د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة صوت القانون، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية بجامعة خميس مليانة بالجزائر، العدد٦، ٢٠١٦، ص٧٦.

الجماعة، كالساكتين أثناء النقاش أو المتغيبين عنه، كالمساهمين الذي لا يريدون غير توظيف أموالهم في الشركة[1]، أو الدائن الذي لا يتابع إجراءات أمين التفليسة، فقد لا يصدق على هؤلاء القول بأنهم يلتزمون بما تفرزه قرارات الأغلبية من آثار خلافاً لإرادتهم؛ لأنه عدم اهتمامهم بحضور الجلسات والمشاركة في إتخاذ القرارات يفسر على إنه اكتفاء منهم بالدور الذي سيؤديه الحاضرون بدلاً منهم، فهم غير قلقين على رعاية مصالحهم طالما وجد من يرعاها بدلاً عنهم، وهذا يعني بطريقة أو بأخرى تخويل ضمني للأغلبية وموافقة على نتائج قراراتها، باعتبار إن مجرد الانضمام إلى فكرة يعتبر قبولاً بها، ولكون قرار الأكثرية يتمخض لمصلحتهم بحسبان إن مصالح الجميع متحدة وليست متعارضة[2]، إلا إن الإشكال يتجلى بالنسبة للأقلية التي تحضر في الاجتماعات، وتساهم في مناقشة المقترحات والآراء ويكون لهم قراراً مغايراً لما يتخذه الأغلبية وفي النهاية يترتب عليهم أن يلتزمون بمقررات الأغلبية خلافاً لإرادتهم[3].

المطلب الثاني

الأساس القانوني لالتزام الشخص خلافاً لإرادته

لا يوجد أساس قانوني واضح يمكن أن يبرر من الناحية القانوني لالتزام الشخص خلافاً لإرادة في تصرف قانوني هو طرفاً فيه، بيد إن يمكن أن نقدم جملة من الأفكار يمكن الاستناد اليها في تبرير تلك الحالات، نوضحها في النقاط الآتية:

أولاً/ فكرة المصلحة المشتركة:

إن نية المشاركة في الشركة والتي تعد من أهم الأسس التي تقوم عليها الشركة لكونها تهدف لتحقيق أهداف الشركة وأهمها تحقيق الربح واقتسامه بين المساهمين، فضلاً عن ذلك فإن نية المشاركة تعني الرغبة في الاتحاد وقبول مخاطر مشتركة، وعلى ذلك فإن نية الاشتراك هي المحرك الأساسي الذي دفع الشركاء إلى السعي نحو تحقيق أهداف الشركة[4]، ورغم إن نية المشاركة تعد عنصراً في جميع الشركات، إلا أنها تكون أكثر وضوحاً في شركات الأشخاص[5]، بيد إن هذا لا يعني انعدامها في شركات الأموال، وإنما تكون أقل، ولعلَ تلك النية تختلف في ذات الشركة بحسب نوع المشاركين، فهي تكون أكثر وضوحاً لدى المساهمين الذين يمتلكون الجزء الأكبر من رأس مال الشركة، بخلاف

[1] - د. علي فوزي إبراهيم، مصدر سابق، ص٧٨.
[2] - د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩، ص٢٦٦، وينظر كذلك رفيق نسير، مصدر سابق، ص٣٢٧ وما بعدها.
[3] - د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، مصدر سابق، ص٧٨.
[4] - د. محمد عبد الغفار البسيوني ود. تامر يوسف سعفان ود. محمد عبد الرحمن الصالحي، القانون التجاري، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ٢٠٠٨، ص٢٤٥.
[5] - إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص١١٩.

أولئك الذين يمثلون الأقلية والذين يكون همهم توظيف أموالهم بهدف جني الأرباح دون أن يكون لهم اهتمام بتسيير شؤون الشركة، مكتفين بما ضمنه لهم القانون من حقوق[1]، وبسبب ضعف نية المشاركة لدى هذه الفئة من المساهمين؛ فقد نعتهم البعض بأنهم ليسوا بشركاء وإنما دائنون عابرون للشركة، ولعل ذلك هو السبب الذي حدا بالمشرع إلى التدخل في تنظيم أدق التفاصيل في الشركة المساهمة[2].

وتكمن مصلحة الشركاء أو المساهمين في تحقيق مصلحة الشركة، لأن ما تجنيه الشركة من أرباح يؤول في نهاية المطاف للشركاء أنفسهم، وعلى هذا الأساس أكد المشرع العراقي في مواد عديدة[3]، على أن يكون هدف العاملين في الشركة السعي لتحقيق مصالحها والعمل على منع تضارب المصالح أو تحقيق مصلحة فئة على حساب فئة أخرى، فقد نصت الفقرة (٣) من المادة (١) من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل على إنه "**يهدف هذا القانون إلى: ٣- حماية حاملي الأسهم من تضارب المصالح ومن سوء تصرف مسؤولي الشركة ومالكي أغلبية الأسهم فيها والمسيطرين على شؤونها فعلياً.**".

والمصلحة المشتركة تبدو جلية أيضاً بين الدائنين في حالة إفلاس مدينهم، فهم تجمعهم مصالح مشتركة ومصير واحد، ويتحركون بصورة جماعية لتحقيق هدفهم بما كفله لهم القانون من اجراءات[4]، ولا سيما في الحالات التي يعتبر القانون الدائنين في حالة اتحاد[5]، فهم يكون لهم هدفٍ واحد ومصلحة واحدة، هي الحصول على ديونهم من خلال تصفية أموال المدين، وثمة قرارات عديدة -سنتناول أحكامها بالتفصيل لاحقاً- يرجح فيها رأي الأغلبية، وليس أمام الأقلية المعارضة غير الموافقة على قرارات أغلبية الدائنين[6].

وقد أشار المشرع العراقي إلى مصلحة الدائنين في مواد عديدة، وقد أفرد الفرع الأول من الفصل الخامس من قانون الافلاس لزوال مصلحة جماعة الدائنين، والتي تزول في حالة وفاء كل ديون

---

[1] - د. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد- الجزء الثاني، الشركات التجارية، الطبعة الثانية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، ٢٠١٦، ص٣٢.

[2] - د. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٤٣ وما بعدها.

[3] - منها المواد (٤/ثالثاً/١، ١١٩، ١٢٠، ١٣٤، ١٨٩) من قانون الشركات العراقي، والمواد (٦٦، ٧٢، ٧٦) من قانون الشركات المصري.

[4] - عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية بعمان، المجلد٤٠، العدد١، ٢٠١٣، ص١٢٥.

[5] - نصت المادة ٧٠١ من قانون الافلاس العراقي على إنه: "يعتبر الدائنون في حالة اتحاد بحكم القانون في الأحوال الآتية: ١- إذا لم يقم المدين بتقديم طلب الصلح خلال المواعيد المحددة في المادة (٦٧٨). ٢- إذا طلب المدين الصلح ورفضه الدائنون أو صدر حكم بات بإلغاءه. ٣-إذا حصل المدين على الصلح ثم أبطل".

[6] - د. علي البارودي، الأوراق التجارية والافلاس، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٣٥٧.

الدائنين، وبالتالي تنتهي التفليسة، وهذا ما نصت عليه المواد (٦٧٧-٦٧٦) من قانون الافلاس، ومفهوم المخالفة يعني إن مصالحهم تكون واحدة وتدار بطريقة جماعية ولا يجوز اتخاذ اجراءات فردية طالما كانت التفليسة قائمة، وهذا ما أشارت له المادة (٦٢٠) من قانون الإفلاس.

ومن هذا المنطلق يمكن القول طالما كانت المصلحة مشتركة بين مجموع الأشخاص، فإن اختلاف الآراء لا يفسد للود قضية، فالهدف الذي يسعى اليه الجميع واحد، والاختلاف يكمن في أن كل مجموعة ترى إن هذه الآلية أو ذلك الإجراء هو الأفضل والأسلم في تحقيق مصلحة الجميع، فالخلاف في مثل هكذا فروض لا يعني تعارض المصالح أبداً، فتعددت المنابع واتحد المجرى، لذا فالمنطق القانوني يقتضي الأخذ برأي الأغلبية لصعوبة أو استحالة تحقق الإجماع.

ثانياً/ فكرة النظام القانوني:

يذهب جانب من الفقه التجاري إلى إن مفهوم العقد لم يعد صالحاً للإحاطة بمختلف الجوانب القانونية للشركة المساهمة، لأنه من وجه نظرهم إن حرية التعاقد "مبدأ سلطان الإرادة" لم يعد حراً مطلقاً في ترتيب ما يشاء من آثار بخصوص الشركة المساهمة، فلم يعد تأسيس الشركة وترتيب أوضاعها متروكاً لحرية الأطراف في ظل التدخل التشريعي وبنصوص آمرة لرسم مسار تلك الشركات[١]، فلم يبقَ في نهاية الأمر أمام الشخص إلا حرية الشروع في تأسيس الشركة أو الانضمام اليها أو الترك، والباقي يتكفله برسم آثاره القانون، مما حدا بجانب من الفقه إلى القول بأن الشركة المساهمة لم تعد عقداً، وإنما منظمة يحكمها نظاماً قانونياً تسوده إرادة المشرع لا الأطراف[٢]، الجدير بالذكر إن ورقة العمل المرافقة بقانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ جاء فيها ما يؤكد على تغليب العلاقة القانونية على العلاقة التعاقدية بالقول **"تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية في دائرة العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وايماناً بواجب الدولة في الرقابة على العلاقات القانونية"**، ولعل هذه الفكرة تكون أكثر تجلياً في حالة اتحاد الدائنين على اعتبار إن الشخصية المعنوية للأخير تنعقد وتنقضي بحكم القانون وليس لإرادة الأعضاء الدائنين أي دور في ذلك كما سنرى لاحقاً.

ثالثاً/ فكرة رعاية مصلحة المجتمع:

لقد طرأ تحول كبير في فلسفة الدولة في تعاملها مع النزعة الفردية، فباتت تعطي الأولوية لمصلحة الجماعة وتقدمها على مصلحة الفرد، فقللت من شأن مبدأ سلطان الإرادة، ونتج عن ذلك اعتبار إن الإرادة غير كافية لتحديد كافة آثار التصرف، وأصبح المشرع يتدخل في توجيه إرادة الأشخاص

[١] - د. عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص٦.
[٢] - د. محمد عبد الغفار البسيوني ود. تامر يوسف سعفان ود. محمد عبد الرحمن الصالحي، مصدر سابق، ص٣٠٤.

وتحديد مسارها في ما يخدم إرادة المجتمع[1]، ولعل هذا التفسير يعد مصداقاً لقيام المشرع بترجيح إرادة الأغلبية على الأقلية في الحالات مدار البحث، وقد أشارت ورقة العمل المرافقة بقانون اصلاح النظام القانوني إلى هذه الفكرة بالقول "**إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة بالدولة على مصلحة الأفراد المتمثلة بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العلاقات القانونية وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد أساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي.**".

رابعاً/ فكرة الديموقراطية:

يذهب البعض إلى تبرير الأخذ بقرارات الأغلبية والتزام الأقلية بذلك إلى فكرة الديموقراطية[2]، فالشركات المساهمة تشبه في تنظيمها الدولة الديمقراطية، ففيها تفصل إدارة الشركة عن ملكيتها، ويشبه المساهمون بالشعب وتكون لهم الهيئة العامة أو الجمعية العمومية على اختلاف التسميات، وتكون بمثابة السلطة التشريعية، ويتم اختيار مجلس الإدارة بشكل الذي يكون بمثابة السلطة التنفيذية.

وهذا التشبيه بين الشركة المساهمة والدولة جاء لغرض استيعاب العدد الكبير من المساهمين الذي قد يتجاوز المليون بالنسبة لبعض الشركات، فمن المستحيل بطبيعة الحالة حصول اجماع على أمر معين لدى هذا العدد الكبير، وكذلك الأمر لدى مجلس الإدارة رغم محدودية العدد، ورغم اتحاد الهدف والمصلحة، بيد إن وجهات النظر الإنسانية تكون متباينة بطبيعة الحال[3]، ومن ثم لا يكون ثمة سبيل غير اللجوء إلى الديمقراطية وترجيح الرأي الذي يمثل الأكثرية، وليس أمام الأقلية سوى القبول والالتزام بما ترشح من قرار عن الأكثرية، ورغم صعوبة قبول هذا التشبيه بالنسبة لحالة اتحاد الدائنين، إلا إن الفكرة ذاتها يمكن قبولها في تفسير الأخذ برأي الأكثرية وهدر رأي الأقلية.

خامساً/ فكرة الشخصية المعنوية:

متى ما انعقدت الشركة صحيحة؛ اكتسبت الشخصية المعنوية بمجرد صدور شهادة تأسيسها[4]، وبذلك تثبت لها الحقوق والالتزامات ويكون لها أسم وجنسية وموطن وذمة مالية مستقلة عن ذمة الأشخاص الذين شاركوا في تكوينها، وتبعاً لذلك تكون لها إرادة مستقلة تستطيع أن تقاضي وتقاضى أمام المحاكم[5]، ورغم إن الشخصية المعنوية لا تستطيع أن تباشر التصرفات إلا من خلال شخص

[1] - د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات ئاراس، أربيل، ٢٠٠٦، ص٤٤، وينظر كذلك رفيق نسير، مصدر سابق، ص٣٢٥.

[2] - د. جعفر كاظم جبر، مصدر سابق، ص١٦٨.

[3] - د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٤٥.

[4] - د. أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص٢٥.

[5] - منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٩، وينظر كذلك د. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار البشير، عمان، ١٩٩٤، ص٢٠٨.

طبيعي أو جهاز إداري يتولى مهمة التعبير عن إرادة الشخص المعنوي، ورغم ذلك فإن شخصية الأشخاص الاعتبارية تكون مستقلة عن شخصية وإرادة الشخص أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون إدارته، وهذا ما يؤكده القضاء[١].

أما بالنسبة لاتحاد الدائنين، فرغم عدم وجود نص يضفي الصفة الاعتبارية على الاتحاد، إلا أن الرأي السائد في الفقه والقضاء يعتبره شخصاً معنوياً، بيد إنه ينشأ وينقضي بحكم القانون وليس الاتفاق، ويثار التساؤل حول طبيعة هذه الشخصية، أشركةً هو أم جمعية؟ ويبدو إن اعتباره جمعية هو الرأي الأرجح، كونه لا يهدف إلى تحقيق الربح وإنما تحديد الخسائر، لكنها جمعية من نوع خاص فهي تتألف بقوة القانون[٢]، ويترتب على القول بأن اتحاد الدائنين يتمتع بالشخصية المعنوية أن تثبت له الحقوق وتترتب عليه الالتزامات[٣]، ويتولى تمثيل هذه الشخصية أمين التفليسة[٤]، ويرتبط وجوده به، فما أن تزول عنه هذه الصفة؛ حتى ينحل اتحاد الدائنين[٥].

وبناءً على ما تقدم، فإن التصرفات والقرارات التي يتخذها المساهمون في الشركة أو اتحاد الدائنون، ليست تصرفات شخصية ترتبط بهم شخصياً ومن ثم لا يجوز أن يتم التزامهم دون ارادتهم، وإنما تصرفات ينصرف أثرها للشخص المعنوي (الشركة أو الاتحاد) وهم عندما يعبرون عن إرادتهم في الحقيقية يعبرون عنها بالنيابة عن الشخص المعنوي، فالأخير هو بمثابة الأصيل أو الموكل، الذي يحق له أن يقيد من صلاحيات الوكيل لا العكس، وبما أن القانون حدد الحالات التي يؤخذ بها بقرار الأغلبية عند الخلاف، وبما إن التصرفات تنعقد بأسم الشخص المعنوي وترتب آثارها في ذمته؛ فلا يكون أمام الأقلية غير الالتزام بتلك القرارات وتنفيذها، طالما كفل لهم القانون وسائل الحماية من تعسف الأغلبية[٦].

ونرى إن فكرة الشخصية المعنوية هي الأكثر منطقية في تحديد الأساس القانوني لالتزام الأشخاص خلافاً لإرادتهم، وذلك لعدم امكانية تصور حدوث هذه الفرضيات مع عدم قيام الشخصية المعنوية، أما الأفكار الأخرى فمع التسليم بوجهاتها وإنها أصابت جزءاً من الحقيقة المنشودة، إلا إنها

---

[١] - قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٧٦٠ لسنة ٣٣ق- جلسة يوم ١٩٦٧/١٢/٦، نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، مصدر سابق، ص١٢٧.

[٢] - د. راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٨، ص٢٥٨.

[٣] - د. علي البارودي، مصدر سابق، ص٣١٤.

[٤] - قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٩ق- جلسة يوم ١٩٦٣/١٢/٢٦، نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، مصدر سابق، ص٢٢٧.

[٥] - قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٣ق- جلسة يوم ١٩٦٧/٢/٢١، نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، مصدر سابق، ص٢٣٢.

[٦] - د. جعفر كاظم جبر، مصدر سابق، ص١٨١ وما بعدها.

حسب تقديرنا لا تعدو عن كونها أفكار متفرعة عن الفكرة الأساسية ألا وهي فكرة الشخصية المعنوية، فاتحاد المصالح لا يمكن تصوره خارج إطار الشخصية المعنوية، وكذلك الحال بالنسبة للنظام القانوني، فلكل شخصية معنوية يحكمها نظام قانوني ليس بإمكان الأشخاص المكونين له الخروج عنه، أما رعاية مصلحة المجتمع فيقصد به المجتمع المكون للشخصية المعنوية، وكذلك الحال بالنسبة لفكرة الديموقراطية.

المبحث الثاني

تطبيقات التزام الشخص خلافاً لإرادته

نتناول في هذا المبحث الحالات التي أجاز فيها المشرع أن تصدر التصرفات القانونية بالأغلبية، أي نحاول حصر الحالات التي يمكن أن تؤدي إلى التزام الشخص خلافاً لإرادته، وما هي شروط تحقق كل حالة وبيان سندها القانوني، لذا قسمناه على مطلبين، نخصص المطلب الأول لحالات التزام الشخص خلافاً لإرادته ضمن قانون الشركات، أما المطلب الثاني فيكون لحالات التزام الشخص خلافاً لإرادته ضمن قانون الإفلاس.

المطلب الأول

التزم الشخص خلافاً لإرادته في الشركة المساهمة

ثمة نصوص وردت في قانون الشركات، تعد السند القانوني للحالات التي سمح بها المشرع أن يكون القرار أو التصرف يتخذ بأغلبية المساهمين، أو أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة، ولا يكون أمام الأقلية إلا الالتزام بقرارات الاكثرية، الجدير بالذكر إن ما يتبادر إلى الذهن إبتداءً إن هذه الحالات خاصة بالشركة المساهمة فقط، بيد إنه ثمة حالات تشمل بها الشركة المحدودة وحتى شركات الأشخاص، سنبينها مع تحديد طبيعة الأغلبية المطلوبة لكل قرار في النقاط الآتية:

أولاً/ حالة زيادة رأس مال المصرف استثناءً من أحكام الاكتتاب العام وحق الأفضلية:

لقد أشارت المادة (٥٦) من قانون الشركات العراقي، إلى الشروط والإجراءات التي أوجب المشرع إتباعها عند زيادة رأس المال، أهمها ضرورة عرض أسهم زيادة رأس المال للإكتتاب العام مع إعطاء المساهمين القدامى حق الأفضلية على غيرهم لمدة خمسة عشر يوماً من تاريخ توجيه الدعوة لهم[1]، بيد إن المشرع قد أباح عدم مراعاة ذلك في حالة زيادة رأس مال أحد المصارف إستثناءً من الاجراءات المتقدمة[2]، فقد نص البند رابعاً من المادة المذكورة على إنه **"في حالة زيادة رأس**

[1] - د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص١٧٣.

[2] - الملاحظ إن طريقة صياغة النص تبين إن المقصود هو المصرف الذي يتخذ شكل شركة مساهمة، إلا إنه من الناحية القانونية فإن المادة (١٠) من قانون الشركات بعد أن تم تعديلها سنة ٢٠٠٤ ما عادت تشترط على المصارف

مال أحد البنوك عن طريق بيع أسهم فيه مقابل قيمتها نقداً، يجوز للشركة أن تصدر أسهما من دون إكتتاب عام وبدون عرض الاسهم على المساهمين الموجودين، أو اللجوء لأي من السبيلين، بشرط إستيفاء الشروط التالية: ١- موافقة أغلبية أصحاب الأسهم المكتتب بها التي تكون أقساطها مدفوعة. ٢- موافقة البنك المركزي العراقي، على ضوء كافة ظروف البيع، على أن البيع كان بقيمة عادلة، وإنه كان منصفاً لحاملي الأسهم الذين لم يدعوا للمشاركة بناءً على مصلحة الشركة عموماً."، ومن النص المتقدم يتبين إن شروط هذا الإستثناء تكمن في النقاط التالية:

١- أن تكون زيادة رأس المال متعلقة بشركة مساهمة مصرفية (مصرف) فلا يجوز الحيدة عن الاكتتاب العام أو حق الأفضلية في غيرها من الشركات.
٢- موافقة الجهة القطاعية المختصة متمثلةً بالبنك المركزي على قرار زيادة رأس المال من خلال بيعها بالخروج عن القواعد المرعية في الحالات الأخرى.
٣- موافقة أغلبية أصحاب الأسهم المكتتب بها التي تكون أقساطها مدفوعة بالكامل، الجدير بالذكر إن تقسيط قيمة الأسهم كان ممكن قبل تعديل القانون بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤، إلا إنه بموجب التعديل عدل البند أولاً من المادة (٤٨) لتشترط دفع قيمة الأسهم كاملةً، وقد أبقى التعديل على البنود الأخرى من المادة المذكورة والتي تحدد آلية استيفاء الأقساط ليتم استيفاء قيمة الأسهم التي قسطت قيمتها قبل التعديل[١]، أما في يومنا هذا فلا يمكن تصور وجود أسهم لم تدفع قيمتها بعدُ، فلا ضرورة للقول "التي تكون أقساطها مدفوعةً بالكامل"، لأن هذه الحالة أصبحت سالبة بانتفاء الموضوع.

وعليه فإن الشرط ينصب على موافقة أغلبية أصحاب الأسهم المكتتب بها، والأغلبية المقصودة هنا هي الأغلبية المطلقة، أي نصف زائد واحد من المجموع الكلي لرأس المال وليس الحاضرين في الاجتماع فقط[٢]، لأنه لو كان يقصد أغلبية الحاضرين؛ لنص على ذلك كما فعل في حالات

أن تأخذ شكل شركة مساهمة، ومن ثم يجوز أن يتخذ المصرف شكل شركة محدودة، أو حتى شركة أشخاص، وإن كان من الناحية العملية لا توجد شركات أشخاص تمارس النشاط المصرفي.

[١] - إذ نصت المادة (٤٨) من قانون الشركات على إنه **"أولاً/ يتطلب الاكتتاب في أسهم أحد الشركات المساهمة تسديد قيمة الأسهم الصادرة بالكامل. تسري أحكام هذه المادة على الأسهم التي لم تسدد قيمتها، وتلك التي لم تسدد قيمتها ويبت في أمرها بموجب القانون السابق. ثانياً/ علقت. ثالثاً/ تكون الأقساط المستحقة ديناً ممتازاً واجب الأداء للشركة، وتفرض على المدين بها فائدة تأخيرية لا تقل عن (٥%) خمس من المئة ولا تزيد على (٧%) سبع من المئة سنوياً، عند التأخر عن التسديد في الموعد الذي يحدده مجلس الادارة. ولا تصرف عنها أية ارباح. رابعاً/ تحتفظ الشركة بالأرباح المستحقة للمساهم بما يكفي لتسديد الأقساط المستحقة غير المسددة والفوائد المستحقة عليها لحين تسديد كامل تلك الأقساط وفوائدها التأخيرية."**.

[٢] - د. باسم محمد صالح ود. عدنان أحمد ولي العزاوي، القانون التجاري- الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر، ص٢٠٤.

أخرى[1]، ولعل المشرع هنا اشترط الأغلبية بالنسبة للعدد الكلي لأهمية الأمر كونه يتعلق بزيادة رأس المال.

٤- ضرورة مراعاة العدالة في بيع الأسهم المطروحة لزيادة رأس مال المصرف، مع ضرورة إنصاف المساهمين الذين لم يدعو للمشاركة بناءً على مصلحة الشركة، في الواقع إن هذا الشرط فيه ثلاثة متطلبات، **الأول**، يتعلق بقيمة بيع السهم، فيجب أن يباع بقيمته الحقيقية لا الأسمية[2]، والقيمة الحقيقية تحدد في ضوء وضع الشركة وسمعتها في السوق فالشركة الرابحة ليست كالخاسرة، أما المتطلب **الثاني**، فيتعلق بضرورة أن يكون الهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة الشركة وليس مساهمين بعينهم، فما يهدف لتحقيق مصلحة الشركة يعود بالمنفعة على المساهمين ككل، أما المتطلب **الثالث**، فيتعلق بضرورة إنصاف الشركاء الذين لم يشاركوا بالقرار، ونعتقد إنه يشمل من باب أولى من حضر ولم يؤخذ برأيه (الأقلية)، وشرط الإنصاف هو شرطٌ محوري في هذه الفرضية، لأنها تتعلق بسلب المساهمين من الأقلية حقهم في الأفضلية في شراء الأسهم بقرار من الأكثرية، فمن الضروري أن يتم إنصافهم، وإلا نكون أمام حالة تعسف الأكثرية مما يبيح الطعن بقرار زيادة رأس المال أمام القضاء.

ثانياً/ تعديل جدول أعمال إجتماع الهيئة العامة:

إذا ما تم عقد إجتماع للهيئة العامة؛ فمن الضرورة الإلتزام بجدول أعمال الجلسة المبلغ به المساهمين سلفاً، ولا يجوز الخروج عنه إلا باقتراح عدد من المساهمين يملكون ما لا يقل عن عشرة بالمائة من رأس مال الشركة، وبموافقة أغلبية الحاضرين، فقد نصت المادة (٨٩) من قانون الشركات العراقي على إنه "**كل دعوة إلى إجتماع الهيئة العامة يجب أن تتضمن جدولاً بأعمال الإجتماع، ولا يجوز تجاوزه أثناء الإجتماع إلا بناء على اقتراح ممثلي ما لا يقل عن ١٠% عشر من المئة من رأس مال الشركة، وموافقة أغلبية الأصوات الممثلة في الإجتماع، وبإجماع الأعضاء كافة في**

[1] - الجدير بالذكر إن للأغلبية عدة أنواع منها، الأغلبية النسبية، ويقصد بها النصف زائد واحد من حضور الاجتماع، والأغلبية المطلقة، ويقصد بها النصف زائد واحد من العدد الكلي وليس الحضور فقط، والأغلبية البسيطة، ويقصد بها الأغلبية التي تختل بحذ صوت واحد فقط، كما لو كانت النصف زائد واحد سواءً كانت نسبية أو مطلقة، أما إذا لم تختل بحذف صوت واحد، كما لو كانت نصف زائد اثنين فأكثر فإنها تخرج من دائرة البساطة، والأغلبية الموصوفة، ويقصد بها الحالات التي يشترط فيها المشرع الحصول على رقم محدد من الأعضاء كالثلثين والثلاثة أرباع والأربعة أخماس وما إلى ذلك.

[2] - د. فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٠١.

الشركات التضامنية، وتستثنى من ذلك الأمور المنصوص عليها في البند ثانيا من المادة ٩٢ من هذه القانون.".

وعليه فإن أي تعديل على جدول أعمال اجتماعات الهيئة العامة للشركات المساهمة أو المحدودة يستلزم الحصول على الأغلبية البسيطة، أي الحاضرين في الإجتماع، وبطبيعة الحالة لا تقس الإمور على أساس عدد الشخاص وإنما مقدار نصيبهم في رأس مال الشركة، ولعل لم المشرع لم يتشدد في تطلب الأغلبية المطلقة في هذه الحالة؛ لان الأمر لا ينطوي على خطورة يمكن أن تمس الأقلية، لكون الأمر لا يعدو عن كونه مناقشة أمور إضافية لم تذكر في جدول الأعمال، وتبقى القرارات الجوهرية التي تؤثر في وضع الشركة ومستقبلها مرهونة بالحصول على أغلبية موصوفة كما سنرى.

أما المشرع المصري فلم يجِز تعديل جدول أعمال الجلسات، مؤكداً على ضرورة عدم المداولة بأمور غير المذكورة في الجدول، مستثنياً من ذلك الأمور الخطيرة التي تطرأ أثناء الإجتماع ودون الحاجة لأغلبية معينة لإقرارها، فقد نصت المادة (٧١) من قانون الشركات المصري على إنه **"لا يجوز للجمعية العامة المداولة في غير المسائل المدرجة في جدول الأعمال ومع ذلك يكون للجمعية حق المداولة في الوقائع الخطيرة التي تتكشف أثناء الإجتماع وتكون القرارات الصادرة من الجمعية العامة المكونة تكويناً صحيحاً والمنعقدة طبقاً للقانون ونظام الشركة ملزمة لجميع المساهمين سواء كانوا حاضري الإجتماع الذي صدرت فيه هذه القرارات أو غائبين أو مخالفين وعلى مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العامة."**، بيد إن المشرع المصري لم يبين معيار الخطورة في الوقائع التي تستجد أثناء الإجتماع.

ثالثاً/ نصاب القرارات المتخذة:

الأصل إن الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات في الهيئة العامة للشركة تكون بالحصول على الأغلبية البسيطة، أي الأعضاء الحاضرين في الاجتماع، وتقاس أصواتهم بحسب ما يمثلونه من أسهم في الشركات المساهمة والمحدودة أو حصص في الشركة التضامنية[1]، بيد إنه ثمة قرارات حاسمة تتعلق بتعديل عقد الشركة أو زيادة أو تخفيض رأس مالها، أو بيع أكثر من موجوداتها أو عدم طرح اسهم زيادة رأس المال للاكتتاب العام أو عدم إعطاء المساهمين القدامى حق الافضلية أو دمجها أو تحولها أو تصفيتها، فإن الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية المطلقة، أي النصف زائداً واحد من العدد الكلي للأسهم بالنسبة للمساهمة والمحدودة، والإجماع بالنسبة للتضامنية، مالم يتطلب عقد الشركة

[1] - د. فاروق إبراهيم جاسم، مصدر سابق، ص٥٠.

أغلبية موصفة، وفي حال تعادل الأصوات في الشركة المحدودة واستحالة الاجماع في الشركة التضامنية يمكن اللجوء إلى القضاء لتسوية الأمر.

فقد نص البند ثانياً من المادة (٩٨) من قانون الشركات العراقي على إنه **"لا يتخذ قرار بتعديل عقد شركة مساهمة أو قرار بزيادة أو تقليل رأس مالها أو ببيع أكثر من نصف موجوداتها في صفقة تخرج عن أطار أعمالها الاعتيادية، أو قرار للموافقة على صفقة ما بموجب الفقرة رابعاً من المادة ٥٦، أو قرار بدمج الشركة مع غيرها أو بتحويلها أو تصفيتها، إلا على أساس أصوات الأغلبية من مالكي الاسهم المكتتب بها والتي تم تسديد أقساطها المستحقة، ما لم يتطلب عقد الشركة نسبة أعلى من ذلك، ولا تتخذ أي من تلك القرارات بخصوص شركة محدودة المسؤولية إلا على أساس أغلبية أصوات الأسهم المسددة في تاريخ الدعوة لانعقاد إجتماع جمعيتها العمومية، ما لم يتطلب عقد الشركة نسبة أعلى من ذلك، كما لا تتخذ أي من تلك القرارات في حالة الشركة التضامنية إلا على أساس تصويت الحصص فيها بالإجماع. وفي حالة تعادل الأصوات في الشركة محدودة المسؤولية واستحالة إجماع الأصوات في الشركة التضامنية، يكون اللجوء إلى المحكمة المختصة لتسوية المسالة مسموحاً به. وتتخذ القرارات حول المسائل الأخرى على أساس أغلبية أصوات الأسهم أو الحصص الممثلة في الإجتماع، ما لم يتطلب عقد الشركة نسبة أعلى."**.

ونرى إن المشرع قد حدد جملة من القرارات تستلزم الحصول على الأغلبية المطلقة لا النسبية، لأهمية وخطورة تلك القرارات، فأراد أن يمنع تحكم أغلبية الحاضرين بمصير الشركة؛ لاحتمال أن تكون أغلبية الحاضرين لا تمثل إلا جزءً يسيراً من رأس مال الشركة، فمن الممكن في حالات معينة أن تنعقد الجلسة بحضور من يمثل ربع رأس مال الشركة أو ما دون ذلك، وأغلبية ذلك الربع سيكون ما نسبته ثلاثة عشر من المائة بالنسبة لمجموع رأس المال، فحسناً فعل المشرع عندما استثنى هذه القرارات من ذلك النصاب.

ومن ناحية أخرى جعل القضاء هو الجهة المختصة بتسوية الخلاف أو ترجيح أحد الرأيين في حالة تعادل الأصوات في الشركة المحدودة، ولم يذكر حالة تعادل الأصوات في الشركة المساهمة، ونعتقد إن مرد ذلك يرجع لمحدودية عدد المساهمين في الشركة المحدودة فمن المتصور حدوث التساوي بين الأصوات، بخلاف الشركة المساهمة التي يمكن أن تكون من ملايين الأسهم ومئات آلاف المساهمين أو حتى الملايين وبدون مبالغة، فيكون حصول حالة تعادل الأصوات مستحيلة عملياً وإن كانت ممكنة من الناحية الحسابية.

أما المشرع المصري فإنه تطلب أغلبية موصوفة لحالات بعينها، فضلاً عن التفريق بين القرارات في الجلسات الاعتيادية والجلسات غير الاعتيادية، فهو تطلب لتعديل عقد الشركة أو زيادة رأس المال

أو تخفيضه أغلبية تمثل ثلاثة أرباع رأس المال في شركات الأشخاص[1]، بينما تطلب لإقرار تقدير الحصة العينية المقدمة ضمن رأس المال موافقة الأغلبية العددية (نصف زائد واحد) شرط أن تكون حائزة لثلثي الأسهم أو الحصص[2]، وكذلك الحال بالنسبة لقرار عزل المدير أو المدراء المفوضون فإنه يحتاج إلى الأغلبية العددية (نصف زائد واحد) شرط أن تكون حائزة لثلاثة أرباع رأس المال بدلاً من الثلثين[3]، أما الاجتماعات غير العادية فإنه تطلب لانعقادها حضور من يمثل نصف رأس المال على الأقل ولا تصدر القرارات إلا إذا حصلت على أصوات ثلثي الأسهم الحاضرة في الإجتماع، يستثنى من ذلك القرارات التي تتعلق بتعديل عقد الشركة أو زيادة رأس المال أو تخفيضه أو حل الشركة أو تغيير غرضها أو دمجها فإن القرار يحتاج إلى تصويت ثلاثة أرباع الأسهم الحاضرة في الإجتماع[4]، وكذلك الحكم بالنسبة لقرار تحول الشركة[5].

أما القرارات غير العادية فإن المشرع العراقي تطلب لانعقادها حضور الأغلبية الحصص أو الأسهم، أي النصف زائداً واحد، وإذا لم يتحقق النصاب؛ فيؤجل الإجتماع أسبوع واحد وينعقد في المرة الثانية بحضور من يمثل ربع رأس المال، وللشركة أن تطلب من المسجل أن يتغاضى عن هذه النسبة فينعقد الإجتماع بأي نسبة تحضر، وتتخذ القرارات بالأغلبية النسبية، أي النصف زائداً واحد من الحاضرين[6]، في حين تنعقد الاجتماعات العادية في القانون المصري بحضور ربع من يمثل رأس المال، وفي حال لم يتحقق النصاب يؤجل الإجتماع ويعقد خلال شهر من تاريخ الإجتماع الأول، وتتخذ القرارات بالأغلبية النسبية أيضاً[7].

أما قرارات مجلس الإدارة فتكون بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس[8]، والأغلبية هنا تحسب على أساس عدد الأشخاص وليس بما يمثلونه من ملكية في رأس مال الشركة.

ويبدو لنا إن معالجة المشرع المصري أكثر رصانة من طريقة معالجة المشرع العراقي في تطلب أغلبية الثلثين وثلاثة الأرباع من رأس المال أو الحاضرين، فضلاً عن تطلب أغلبية في عدد الأشخاص، فبهذه الطريقة يضيق حالات التزام الشخص خلافاً لإرادته إلى أبعد حدٍ ممكن، فضلاً عن

[1] - تنظر المادة (١٢٧) من قانون الشركات المصري.
[2] - تنظر المادة (٢٥) من قانون الشركات المصري.
[3] - تنظر المادة (١٢٠) من قانون الشركات المصري.
[4] - تنظر المادة (٧٠) من قانون الشركات المصري.
[5] - تنظر المادة (١٣٦) من قانون الشركات المصري.
[6] - تنظر المادة (٩٢) من قانون الشركات العراقي.
[7] - تنظر المادة (٦٧) من قانون الشركات المصري.
[8] - المادة (١١٤) من قانون الشركات العراقي.

ضمان نجاعة القرار الذي يحصل على تلك النسبة من الأغلبية، لذا نقترح على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري.

رابعاً/ تعيين المصفي في الشركة البسيطة:

وهذه الحالة تكون في الشركة البسيطة التي لا يتجاوز عدد الشركاء فيها على خمسة، ففي الأحوال التي أجاز فيها المشرع أن يتم تعيين المصفي من قبل الشركاء، فإن الأغلبية المطلوبة هنا تكون محسوبة على أساس أغلبية الشركاء[1]، لا ما يملكونه من حصص؛ لأن المشرع لم يشير إلى ذلك كما فعل في غيرها من الحالات المتقدمة، وفي حالة عدم تحقق الأغلبية؛ تولت المحكمة تعيين المصفي، فقد نص البند أولاً من المادة (١٩٦) من قانون الشركات العراقي على إنه "**يقوم بالتصفية عند الاقتضاء إما جميع الشركاء، وإما مصفٍ أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء. فاذا لم يتفقوا على تعيين المصفي تولت المحكمة تعيينه**".

المطلب الثاني

التزام الشخص خلافاً لإرادته في إطار الصلح الواقي من الإفلاس

لا تقتصر تطبيقات لحالات التزام الشخص خلافاً لإرادته على ما ورد في قانون الشركات، وإنما توجد تطبيقات أخرى ورد النص عليها في قانون الإفلاس العراقي، تؤدي إلى النتيجة ذاتها، نتناولها في النقاط التالية:

أولاً/ الموافقة على الصلح القضائي مع المدين المفلس:

لا ينعقد الصلح القضائي مع المدين المفلس إلا بموافقة أغلبية الدائنين الذين أعلن القضاء عن قبول ديونهم في التفليسة نهائياً أو مؤقتاً بعد إنتهاء إجراءات تحقيق الديون، ويراد بالأغلبية في هذا الموطن أغلبية مركبة، فهي تمزج بين الأغلبية المطلقة للدائنين كأشخاص، والأغلبية الموصوفة للديون[2]، وحددها المشرع العراقي بالثلثين، فهي لا تقاس على أساس نسبة ما يملكه الدائن إلى مجموع الديون، فلا يكفي لانعقاد الصلح بموافق أحد الدائنين، أو عدد محدود منهم، يملك ثلثي الديون، كما لا ينعقد إذا تحققت الأغلبية في جانب الدائنين إلا إن تلك الأغلبية لم تملك ثلثي الديون، وإنما يشترط أن تتحقق الأغلبيتين معاً[3]، أي تحقق النصف زائداً واحد من ناحية عدد الدائنين ويملكون في الوقت ذاته ما نسبته ثلثي الديون، فقد نصت المادة (٦٨١) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "**لا**

[1] - د. باسم محمد صالح ود. عدنان أحمد ولي العزاوي، مصدر سابق، ص١٠٣.
[2] - د. راشد راشد، مصدر سابق، ص٣٢٤، وينظر كذلك عمر فلاح العطين، مصدر سابق، ص١٢٩.
[3] - أحمد نصر الجندي، الأوراق التجارية والإفلاس في قانون التجارة الجديد، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢، ص٤٢٧.

يقع الصلح إلا بموافقة أغلبية الدائنين الذين لهم حق التصويت الذين قبلت ديونهم نهائياً أو موقتاً بشرط أن يكونوا حائزين لثلثي هذه الديون. ولا يحسب في هاتين الأغلبيتين الدائنون الذين لم يشتركوا في التصويت كما لا تحسب ديونهم."، وتطابقها الفقرة (١) من المادة (٦٠) قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

لا شك إن المشرع قد تشدد في طلب هكذا نوع من الأغلبية هو لحماية الأقلية من الدائنين والذين بطبيعة الحال تكون ديونهم أقل من الثلث، حيث يترتب على إقرار الصلح التزامهم به[١]، وارتباط مصير استيفائهم لديونهم من عدمه على ما سيتمخض عن الصلح، فقد نصت المادة (٦٨٩) من قانون الافلاس العراقي على إنه " **يبقى الصلح نافذاً فيما يخص الدائنين الاعتياديين حتى في حالة عدم مشاركتهم في الاجراءات أو لم يوافقوا على الصلح.**".

تجدر الإشارة إلى إنه في حال عدم تحقق الأغلبية المطلوبة في الاجتماع الذي يخصص لمناقشة عقد الصلح مع المدين، يصار إلى تأجيل الإجتماع لمرة واحدة ويعقد بعد عشرة أيام من الإجتماع الأول، ولا حاجة لحضور الدائنين الذين ثبتوا موافقتهم في الاجتماع الأول، إلا إذا عدلوا عنها في الاجتماع الثاني، أو غير المدين تغييراً جوهرياً في بنود الصلح المقترح[٢]، فقد نصت المادة (٦٨٤) من قانون الافلاس العراقي على إنه "**... ٢- وفي حالة عدم حصول الموافقة المبينة في المادة ٦٨١ تؤجل المداولات عشرة أيام ولا تؤجل بعد ذلك. ٣- ويجوز للدائنين الذين حضروا الإجتماع الأول أو كانوا ممثلين فيه ووقعوا محضر الجلسة ألا يحضروا الإجتماع الثاني، وفي هذه الحالة تبقى موافقتهم على الصلح في الإجتماع الأول قائمة ونافذة في الإجتماع الثاني إلا إذا حضروا هذا الاجتماع وعدلوا عن مواقفهم السابقة أو إذا أدخل المدين تغييراً جوهرياً في مقترحاته بشأن الصلح في الفترة بين الاجتماعين.**".

وفي حالة كان المدين المفلس يتخذ شكل شركة، فينبغي لكي يصح الصلح معه إن يتم الموافقة على مقترحات الصلح من أغلبية الشركاء أو المساهمين، فقد نصت المادة (٧٢٦) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "**١- توضع مقترحات الصلح بموافق أغلبية الشركاء في شركات التضامن والتوصية البسيطة وبموافقة الهيئة العامة باجتماع غير عادي في الشركات الأخرى...**"، تقابلها المادة (٢٠٢) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل

[١] - د. بحماوي الشريف، الصلح القضائي في نظام الإفلاس، بحث منشور في مجلة الحقيقة تصدر عن جامعة أحمد دراية بالجزائر، العدد٤١، ٢٠١٧، ص٥.
[٢] - د. علي البارودي، مصدر سابق، ص٣٨٤.

بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، مع الاشارة إلى إن المشرع المصري لم يحدد طبيعة الاجتماع المطلوب.

الجدير بالذكر إن قانون الإفلاس، وعلى غرار الصلح القضائي، نظم أحكام الصلح الواقي من الإفلاس من ناحية الأغلبية المطلوبة، وضرورة التزام الأقلية بمقررات الاكثرية، وإن اختلفت الشروط الأخرى التي تخرج عن نطاق البحث[1]، وعليه لن نتطرق لأحكام الصلح الواقي منعاً من التكرار.

ثانياً/ استبدال أمين التفليسة بأمين اتحاد الدائنين:

عند صدور الحكم بإعلان إفلاس التاجر يتوجب على القاضي أن يقوم بتعيين أميناً للتفليسة ليدير شؤونها، إلا إنه بعد قيام حالة الاتحاد بين الدائنين يدعو القاضي المختص الدائنين إلى إجتماع لتدارس أوضاع التفليسة والنظر في إدارة الأمين وتقرير استمراره أو إعفاءه، والأغلبية المطلوبة لهذا القرار هي الأغلبية النسبية، أي نصف زائد واحد من الدائنين الحاضرين للإجتماع[2]، والاغلبية المطلوبة هنا ترتب بعدد الأشخاص لا ما يمثلونه من ديون، فقد نصت المادة (٧٠٢) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "**١- يدعو حاكم التفليسة الدائنين إثر قيام حالة الاتحاد للمداولة في شؤون التفليسة والنظر في إبقاء أمينها أو تغييره. وللدائنين أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المفلس الاشتراك في هذه المداولات والتصويت دون أن يترتب على ذلك سقوط تأميناتهم. ٢- وإذا قررت أغلبية الدائنين الحاضرين تغيير الأمين وجب على حاكم التفليسة تعيين غيره فوراً. ويسمى الأمين الجديد "امين اتحاد الدائنين"**، تقابلها المادة (١٨٩) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، مع التنويه إلى إن المشرع المصري لم يتطرق لتغيير تسمية أمين التفليسة، لكونها ليست مسألة جوهرية.

ثالثاً/ تقرير معونة للمدين أو ذويه من أموال التفليسة:

ينطوي نظام الإفلاس على آثار قاسية، تتمثل بتجريد المدين من حق إدارة أمواله، ثم يتولى أمين التفليسة عملية جرد أموال المدين لتمهيداً لبيعها وسداد الديون، وقد يؤدي هذا الوضع إلى جعل المدين عاجزاً عن الإنفاق على نفسه وعياله، وقد أشار المشرع إلى إمكانية أن تقرر للمدين أو لذويه معونة من أموال التفليسة، لكن تقريرها يتطلب الحصول على موافقة أغلبية الدائنين الحاضرين في الإجتماع،

[1] - تنظر المواد (٧٤٤، ٧٧٤، ٧٧٦، ٧٨٠) من قانون الإفلاس العراقي، والمواد (٧٥٤، ٧٥٦، ٧٦١). من قانون التجارة المصري.
[2] - أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص٤٤٩.

بيد إن دور الدائنين يقتصر على الموفقة على دفع المعونة للمدين، ولا يمتد لتحديد مقدارها، إذ إن ذلك من عمل القاضي المختص بعد التداول مع أمين الاتحاد والمراقب[1]، والملاحظ إن المشرع لم يعطي الأقلية الذين يرفضون تقرير المعونة حق الاعتراض، وإنما أعطاه للأمين، إذ نصت المادة (٧٠٣) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "١- **يؤخذ رأي الدائنين خلال الإجتماع المنصوص عليه في المادة ٧٠٢ في أمر تقرير إعانة عن أموال التفليسة للمدين أولمن يعولهم. ٢- وإذا وافقت أغلبية الدائنين الحاضرين على تقرير الإعانة للمفلس أو لمن يعولهم وجب على حاكم التفليسة بعد أخذ رأي أمين الاتحاد ورأي المراقب تعيين مقدار الإعانة. ٣- ويجوز لأمين الاتحاد دون غيره الطعن في قرار حاكم التفليسة بتعيين مقدار الإعانة وفي هذه الحالة يصرف نصف الإعانة لمن تقررت له لحين الفصل في الطعن.**"، تقابلها المادة (١٩٠) قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، ونرى إن مسألة تحديد الإعانة للمفلس أو لذويه الذين تجب عليه نفقتهم تعد من المسائل الضرورية العاجلة والملحة التي يجب أن يكون أمر تحديها من عدمه بيد القاضي لا الدائنين.

رابعاً/ تفويض أمين اتحاد بالاستمرار بتجارة المدين:

الأصل إنه عند إشهار إفلاس التاجر يتوجب التوقف عن الاستمرار بممارسة تجارته، ليس من قبله فحسب، بل يحظر الاستمرار بالنشاط التجاري حتى من قبل أمين الاتحاد[2]، والحكمة من ذلك هي إن الاستمرار قد يؤدي إلى نشور التزامات جديدة لدائنين جدد مما يؤدي إلى زيادة العبء على أموال التفليسة، ولذلك تشدد المشرع في شروط الاستمرار بالنشاط التجاري للمفلس من قبل أمين الاتحاد معلقاً ذلك على الحصول على الأغلبية المركبة أيضاً، حددها المشرع بثلثي الدائنين عدداً والذين يمثلون ثلاثة أرباع الدين في الوقت ذاته مع موافقة القاضي المختص[3]، فقد نصت المادة (٧٠٤) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "**لا يجوز لأمين الاتحاد الاستمرار في تجارة المدين ولو كان مأذوناً في ذلك من قبل إلا بعد الحصول على تفويض يصدر من أغلبية تمثل ثلاثة أرباع الدائنين عدداً ومبلغاً. ويجب أن يعين في التفويض مدته وسلطة الأمين والمبالغ التي يجوز له استبقاؤها تحت يده لتشغيل التجارة. ٢- ولا يجوز تنفيذ التفويض بالاستمرار في التجارة إلا بعد تصديق حاكم**

[1] - أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص٤٤٨.
[2] - د. إبراهيم إسماعيل الربيعي وعلاء عبد الأمير موسى الربيعي، الإدارة المباشرة لتشغيل أموال التاجر المفلس، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، العدد٣، ٢٠٢٠، ص١٧.
[3] - أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص٤٤٩، وينظر كذلك د. وائل محمد رفعت، آثار الحكم بإفلاس المدين بالنسبة للدائنين، بحث منشور في مجلة روح القوانين، تصدر عن كلية الحقوق جامعة طنطا بمصر، العدد١٠٢، الجزء الثاني، ٢٠٢٣، ص١٥٩٥.

التفليسة. ٣- وإذا نشأت عن الإستمرار في التجارة إلتزامات تزيد على أموال الاتحاد كان الدائنون الذين وافقوا على الإستمرار في التجارة مسؤولين في أموالهم الخاصة دون تضامن بينهم عن الزيادة بشرط أن تكون ناشئة عن أعمال تدخل في حدود التفويض الصادر منهم وتكون مسؤولية كل دائن بنسبة دينه.".

والنقطة الجوهرية في هذه الحالة إن المشرع لا يلزم الأقلية التي لم توافق على قرار الاستمرار بالنشاط بما سيتمخض عن هذا القرار من ديون إضافية، استثناءً من المبدأ العام الذي يقضي بالتزام الأقلية بمقررات الأكثرية، فما أشارت له الفقرة الثالثة من المادة أعلاه، يشير بوضوح إلى إنه في حالة فشل الاستمرار بالنشاط في جلب أرباح ممكن إن تساعد في دفع حقوق الدائنين، وإنما جاء بنتيجة عكسية مما أدى إلى نشوء ديون جديدة تثقل كاهل التفليسة، ففي هذه الحالة يجب فإن من صوتوا على قرار الاستمرار يتحملون تبعة ذلك وحدهم بدون تضامن بينهم، وعليهم وفاء هذه الديون بنسبة ما لهم من ديون في التفليسة، وفي ذلك حماية قوية للأقلية التي عارضت القرار، لكن العكس غير صحيح، فمفهوم النص يشير إلى إنه إذا كتب لقرار الاستمرار بالنشاط النجاح في جلب أموال جديدة للتفليسة، فسيستفيد منها الجميع بما في ذلك من عارضوا القرار.

خامساً/ طلب إشهار إفلاس الشركة:

لا يحق للمدير المفوض في الشركة، وكذلك الحكم بالنسبة للمصفي إذا ما كانت تحت التصفية، أن يطلب من المحكمة المختصة إشهار افلاس الشركة، وإنما عليه أن يحصل على موافقة أغلبية الشركاء في شركات الأشخاص، وأغلبية المساهمين في شركات الأموال[1]، فقد نصت المادة (٧١٧) من قانون الإفلاس العراقي على إنه "**١- لا يجوز لمدير الشركة أو للمصفي على حسب الأحوال أن يطلب إشهار الشركة إلا بعد الحصول على إذن بذلك من أغلبية الشركاء في شركات التضامن والتوصية البسيطة ومن الهيئة العامة باجتماع غير عادي في الشركات الأخرى...**"، تقابلها المادة (١٩٤) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، ولم يبين أي من المشرعين في هذه الحالة مال المقصود بالأغلبية هنا هل هي أغلبية الأشخاص أو ما يملكونه في رأس المال؟ ونرى إن المقصود هنا هو الأغلبية المحسوبة على أساس رأس المال؛ لأن هذا هو المبدأ السائد في إطار الشركات، ولو أراد مشرع الإفلاس غير ذلك لنص عليه صراحة كما فعل في الحالات التي تطلب فيها أغلبيات مركبة، وعليه ليس أمام الأقلية في هذه الحالة غير الإلتزام بقرار الاكثرية.

[1] - عبد الجبار علي محمد، إشهار إفلاس الشركة وآثاره القانونية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، العدد١٠، ٢٠١١، ص١٣٢.

الخاتمة

وفي ختام البحث في موضوع التزام الشخص خلافاً لإرادته، توصلنا لاستنتاجات ومقترحات عديدة، نجملها في النقاط الآتية:

أولاً/ الإستنتاجات:

١- يعد التزام الشخص خلافاً لإرادته في إطار القانون التجاري، إستثناءً من القاعدة العامة المرعية في إطار التصرفات القانونية التي تقتضي موافقة الشخص على التصرف الذي يكون طرفاً فيه بإرادته الحرة، وهذا الإستثناء شرع لضرورة تيسر الاجراءات المتخذة من قبل الشركة أو اتحاد الدائنين، إذ بدون ذلك نكون أمام صعوبة بل استحالة تحقق الاجماع مما يؤدي إلى هدر مصلحة الجميع.

٢- تبين إن فكرة الشخصية المعنوية هي الأصلح والاجدر لتعد الأساس القانوني الذي يفسر التزام الشخص خلافاً لإرادته، إذ إن التصرف يبرم بأسم الشخص المعنوي ولحسابه، لا بأسم ولحساب الأشخاص المكونين له، فهم –الأشخاص الطبيعيين- لا يعدون عن كونهم جزء من الجهاز الإداري الذي يسير الشخص المعنوي، وقد جعل القانون إن إرادة الشخص المعنوي يمثلها أغلبية أعضاء الجهاز الإداري له، وبخلاف ذلك يتعطل الشخص المعنوي عن تحقيق أهدافه.

٣- منح المشرع الأشخاص الذين يلتزمون خلافاً لإرادتهم حق اللجوء إلى القضاء للطعن بقرارات الأغلبية، في حال تعسفت الأغلبية في استعمال حقها، أو سعت لتحقيق مصلحة شخصية على حساب الأشخاص الآخرين، كما إن قرارات الأغلبية في أغلب الأحيان لا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد مصادقة المحكمة أو مسجل الشركات وفي ذلك ضمانة أخرى مقررة لمصلحة الأقلية.

٤- ثمة جزاءات تفرض على الأغلبية تتمثل في عدم التزام الأقلية بالخسارة الناتجة عن قرار الأغلبية، مثال ذلك ما جاء في المادة (٧٠٤) من قانون الإفلاس العراقي من عدم التزام الاقلية الرافضة لقرار الاستمرار بتجارة المدين المفلس في حال نشأ عن الاستمرار ديون جديدة، ويتحملها فقط الأعضاء الذين وافقوا على قرار الاستمرار.

ثانياً/ المقترحات:

١- نقترح أن تعدل النصوص التشريعية التي تشير إلى إمكانية اتخاذ القرارات بالأغلبية في الحالات موضوع البحث لتكون جميعها أغلبية موصوفة تتطلب نسبة لا تقل عن الثلثين لتمرير القرار، وذلك لترصين القرار المتخذ ولتقليل نسبة الأشخاص الذين سيلتزمون خلافاً لإرادتهم، فالحالات التي مرت بنا والتي يتطلب بعضها الأغلبية البسيطة، أي النصف زائداً واحد، سرعات ما تفقد الأغلبية صفتها إذا ما غير صوت واحد وجهة نظره، كما إن نسبة ٤٩% تكون مقاربة لنسبة

٥١% وهي في هذه الفرضية تقتضي المساواة بينهما لا ترجيح الثانية على الأولى، لا سيما إن أثار ذلك القرار ستلقي بضلالها على الجميع، فحتى في النظم السياسية ثمة قرارات لا تمرر إذا ما زاد المعارضون على نسبة الثلث ويسمونه في تلك الفرضيات بالثلث المعطل، فكيف يمكن ان نسلم بان ما نسبة ٤٩% في إطار القانون التجاري لا تعطل التصرف؟

٢- كما نقترح أن يتم اعتماد الأغلبية المركبة أو المزدوجة، أي أن تكون هنالك أغلبيتين، الأولى أغلبية الأشخاص ويجب أن تحقق ما نسبة ٥١%، والثاني أن تمثل أغلبية الأشخاص ما نسبته الثلثين في رأس المال أو الديون، كما رأينا في بعض القرارات التي تصدر من اتحاد الدائنين، فنوصي بتعميمها لتشمل جميع الحالات بما في ذلك الحالات الواردة في قانون الشركات، إذ تبرز اهمية تطلب الأغلبية بالنسبة لعدد الأشخاص، في كون الحكمة من تمرير قرار الأغلبية تكمن في إن مجموعة من العقول توافقت على إن القرار الأصلح يكون بالطريقة التي تتبناها، فلو فرضنا إن شخص واحد أو اثنين يمتلكون ما يمثل اغلبية الديون أو رأس المال في الشركة، كيف نضمن إن عقل واحد أو اثنين أصابوا الحقيقة مقابل عقول عديدة تمتلك رؤى مختلفة لعلها أكثر صواباً من رأي من يملكون أغلبية الديون أو رأس المال، فلا ترجح آرائهم وذنبهم الوحيد إنهم يمثلون نسبة تقل عن أولئك في رأس المال أو الديون.

٣- نقترح تعميم الحكم الذي ورد في المادة (٧٠٤) من قانون الافلاس العراقي وعدم الزام الأقلية بقرار الأكثرية إذا ما تبين عدم صحته وأدى إلى زيادة التزامات الشركة أو الاتحاد، فالأعباء الجديدة يجب أن يتحملها متخذي القرار وحدهم لا معارضيه، على أقل تقدير عدم الزام الأشخاص الذين لديهم تحفظات مسجلة على قرار الأغلبية.

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب:

١- إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩.

٢- د. أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢.

٣- أحمد نصر الجندي، الأوراق التجارية والإفلاس في قانون التجارة الجديد، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢.

٤- د. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

٥- د. باسم محمد صالح ود. عدنان أحمد ولي العزاوي، القانون التجاري- الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر.

٦- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦.

٧- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦.

٨- د. راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٨.

٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني– مصادر الإلتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، بيروت، ٢٠٠٠.

١٠- د. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار البشير، عمان، ١٩٩٤.

١١- د. عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٦.

١٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧.

١٣- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الإلتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧.

١٤- د. علي البارودي، الأوراق التجارية والافلاس، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

١٥- د. فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

١٦- د. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد- الجزء الثاني، الشركات التجارية، الطبعة الثانية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، ٢٠١٦.

١٧- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

١٨- د. محمد عبد الغفار البسيوني ود. تامر يوسف سعفان ود. محمد عبد الرحمن الصالحي، القانون التجاري، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ٢٠٠٨.

١٩- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات ئاراس، أربيل، ٢٠٠٦.

٢٠- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٢١- موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٢٢- د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩.

ثانياً/ البحوث المنشورة في المجلات والدوريات:

١- د. إبراهيم إسماعيل الربيعي وعلاء عبد الأمير موسى الربيعي، الإدارة المباشرة لتشغيل أموال التاجر المفلس، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، العدد٣، ٢٠٢٠.

٢- د. بحماوي الشريف، الصلح القضائي في نظام الإفلاس، بحث منشور في مجلة الحقيقة تصدر عن جامعة أحمد دراية بالجزائر، العدد٤١، ٢٠١٧.

٣- د. جعفر كاظم جبر، الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة القابضة، بحث منضور في مجلة أبحاث ميسان، المجلد١٧، العدد٣٤، ٢٠٢١.

٤- رفيق نسير، الإرادة والتصرفات القانونية، بحث منشور في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بالجزائر، العدد١، ٢٠١٣.

٥- د. عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد٣، ٢٠١٤.

٦- عبد الجبار علي محمد، إشهار إفلاس الشركة وآثاره القانونية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، العدد١٠، ٢٠١١.

٧- د. علي طلال هادي، الحماية القانونية لأقلية المساهمين من مخاطر الاستحواذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد، المجلد٣٢، العدد٢، ٢٠١٧.

٨- د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة صوت القانون، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية بجامعة خميس مليانة بالجزائر، العدد٦، ٢٠١٦.

٩- عمر فلاح العطين، الصح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية بعمان، المجلد٤٠، العدد١، ٢٠١٣.

١٠- د. مسعودة همساس ود. سهام براهيمي، دور الإرادة في التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة بالجزائر، المجلد١٠، العدد٢، ٢٠٢٤.

١١- د. وائل محمد رفعت، آثار الحكم بإفلاس المدين بالنسبة للدائنين، بحث منشور في مجلة روح القوانين، تصدر عن كلية الحقوق جامعة طنطا بمصر، العدد١٠٢، الجزء الثاني، ٢٠٢٣.

ثالثاً/ القوانين:

١- قانون الإفلاس العراقي (الباب الخامس من قانون التجارة الملغى رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠) المعدل بموجب قرار سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤.

٢- قانون اصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

٣- قانون الشركات العراقي المعدل رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل.

٤- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

٥- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل.

٦- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعدل.

٧- قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ المعدل.