جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

نظرية الشركة الفعلية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبتين:

- سليماني ليديا
- زقاي ياسمين

إشراف:

أ.د. معزوز دليلة

لجنة المناقشة

1:والي نادية.....رئيسًا
2: معزوز دليلة.....مشْرِفًا ومقّررًا
3: بركات كريمة.....ممتحنا

السنة الجامعية

2023/2022

شكر وعرفان

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا على إتمام هذا البحث العلمي والذي أمدنا بالصحة والعافية والعزيمة فالحمد لله حمدا كثيرا.

نتوجه بعميق الشكر والامتنان إلى الأستاذة الدكتورة « معزوز دليلة» التي أشرفت على هذا العمل وساهمت في إثرائه بما قدمته لنا من توجيهات

ومعلومات قيمة

فجزاها الله كل الخير

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة على بذل الوقت والجهد عند قراءة هذه المذكرة من اجل إثراء الموضوع بمعلومات جديدة

إهـــــداء

أهدي هذا العمل.

إلى:

كل أفراد أسرتي

الأصدقاء وممن كانوا برفقتى وصحبتي أثناء مشواري الدراسي الجامعي

كل من لم يدخر جهداً فى مساعدتي.

كل من ساهم في تلقيني ولو حرف في حياتي الدراسية

زقاي ياسمين

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهم ربنا تعالى : "وبالوالدين إحسانا "

إلى أبي مدرستي الأولى التي تعلمت منها المزج بين الصبر والعلم والأخلاق والكفاح . سندي الذي لا يمل، سر سعادتي، ملاكي في الحياة

أمي أطهر الناس ومنبع الحنان والعطاء، شمعة حياتي، زهرة قلبي، أمي الحبيبة .

إلى إخوتي وزوجاتهم

إلى البراعم الصغار: ريان- ونيسة، أليس – رفيال، سرينة حفظهم الله .

إلى عائلي الكريمة

ليديا

قائمة المختصرات

ق. م. ج	التقنين المدني الجزائري
ق. ت ج	التقنين التجاري الجزائري
ج. ر.ج.ج.د.ش	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ص	الصفحة
ص ص	من صفحة إلى صفحة
د. س. ن	دون سنة النشر
د. ب. ن	دون بلد النشر
ج	الجزء
ط	الطبعة
ع	العدد

مقدمة

تعتبر الشركة التجارية من المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى لما يتميز به نظامها القانوني من خصائص هامة، فلقيام شركة تجارية صحيحة يستلزم توفر جميع الأركان الموضوعية والشكلية وفي حالة تخلف هذه الأركان يتم إبطال عقد الشركة وإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وذلك طبقا للقاعدة العامة، لكن المشرع الفرنسيكان له رأي آخر حيال ذلك لأن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى نتائج ضارة لعل أبرزها الإضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة على أنها شركة صحيحة، فكانت هذه النظرية كأداة للتخفيف من البطلان والآثار الناتجة عنه.

كان قرار سنة 1825 كبداية لإرساء دعائم هذه النظرية حيث استعمل لأول مرة مصطلح الشركة الفعلية من طرف محكمة باريس حين رفضت إعمال الأثر الرجعي للبطلان على شركة تجارية قامت بأعمال صحيحة قبل الحكم ببطلانها على أساس الوجود الواقعي للشركة وتبنتها صراحة بصدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 ونظمت أحكامها.

رغم اعتراف المشرع الفرنسي بهذه النظرية قديما وحديثا وإعترف بها القضاء في معظم الدول إلا أن المشرع لا يزال مترددا حيالها،رغم قدم مصطلح نظرية الشركة الفعلية غير أن تحديد تعريفها ما يزال محل نقاش فقد تعددت التعاريف الفقهية والقانونية بخصوصها، كما أنه قد يتشابه مفهومها ببعض النظم القانونية مثل الشركة المنحلة والمحاصة وتحول العقد إذ يستدعي تمييزها عن بعض النظم المشابهة لها، تجدر الإشارة إلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الشركة الفعلية والتي تبرر الاعتراف بالوجود الفعلي للشركات التجارية، بالإضافة إلى أن الشركة القانونية التي تؤسس بجميع الأركان الموضوعية والشكلية تختلف عن الشركة الفعلية المعتلة لعدم توفر أحد أركانها وقت تأسيس الشركة.

لتحديد مجال تطبيق نظرية البطلان في عقد الشركة الفعلية والتعرض لأنواع البطلان، كما أن القانون حد من تطبيقها فلا تقوم بجميع حالات البطلان، ففي بعض الحالات يمكن الاعتراف بقيام نظرية الشركة الفعلية وفي بعض الحالات لا يمكن الاعتراف بقيامها، وهذا الإعتراف قد يولد جملة من الآثار بالنسبة للشركة والشركاء والدائنين الشخصين للشركاء، وتنتهي الشركة الفعلية بالأسباب التي تنقضي بها باقي الشركات التجارية وتدخل في مرحلة التصفية والقسمة .

تكمن أهمية دراسة نظرية الشركة الفعلية في أنها تحمي الشركة من الزوال بعد ممارستها لنشاطها وذلك للاختلال أحد أركانها، فتضمن استمرارية الشركة الحفاظ عليها من شبح البطلان الذي كان مهتددا لحياتها، ولتحليل هذه النظرية فقد عالجناها من جانبين محتواها ومجال تطبيقها، كما أنها نوع مهمش من الشركات وجب تسليط الضوء عليها نظرا لأهميتها البالغة كشركة من شركات القانون التجاري.

تتمثل أسباب اختيار هذه الدراسة في الأسباب الذاتية التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هو الميل الشخصي لمحور الشركات التجارية والميزة التي حظيت بها نظرية الشركة الفعلية والتي زرعت في نفسنا نوعا من الحماس لاكتشاف ما تحمله في مضمونها، فهي ليست كباقي الشركات لأنها تولد من البطلان، إلا أنها مهمش نوعاما فمن خلال بحثنا تبين لنا أنها لم تحض بأهمية نظرا لهدفها التي وجدت لأجله مما دفقنا لدراسة هذه النظرية.

تهدف الدراسة إلى :

1. إظهار الجذور التاريخية لنظرية الشركة الفعلية.
2. بيان حدود تطبيق نظرية الشركة الفعلية لمعرفة حالات قيامها وحالات عدم الاعتراف بها بالإضافة إلى آثارها.
3. كيفية انقضاء الشركة الفعلية وقسمتها

- إشكالية الدراسة:

- **متىيمكن الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية؟**

للإجابة على الإشكالية المثارة اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال وصف إشكالية وصفا دقيقا وإحاطتها من كل الجوانب وإبداء أركانها، بالإضافة إلى المنهج القانوني وذلك لتوضيح أحكام هذه الشركة من خلال نظرة التشريعات إلى هذه النظرية باعتبارها وليدة القضاء الفرنسي .

الفصل الأول

ماهية نظرية الشركة الفعلية

تخضع الشركات بصفة عامة إلى أحكام تنظمها وتسيرها بغض النظر عن نوعها سواء كانت مدنية أو تجارية، وفي حالة تخلف أحد أركانها يبطل العقد مما سيعود سلباً على الشركة والشركاء والغير، ولتجنب الآثار الناجمة عن البطلان ظهرت نظرية أطلق عليها تسمية الشركة الفعلية والتي تقضي أنه متى تقرر البطلان على عقد الشركة فإن ذلك يقتصر على المستقبل فقط أما الفترة التي قامت فيها الشركة قبل رفع دعوى البطلان فلا مفر من الاعتراف بها.

يعد القرن السادس عشر أولى البدايات لظهور نظرية الشركة الفعلية بفرنسا بعد أن رفض القضاء الإعمال بالقاعدة التي أصدرها أمر مولان في أوت 1566، وصدر بعد ذلك ما يعرف بـ "code michoud" في عام 1629 والذي رفضه القضاء الفرنسي وكذلك الحال للأمر الذي صدر في مارس 1673، وتم تطبيقها من قبل محكمة باريس في سنة 1825 والتي اعتبرت أن الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمال صحيحة على أساس الوجود الواقعي للشركة، وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى تقنين أحكام نظرية الشركة الفعلية في قانون الشركات الفرنسي في سنة 1966.

تفصيلا على ما تقدم سنتطرق للتأصيل التاريخي لنظرية الشركة الفعلية **(المبحث الأول)** ثم نتعرض لمفهوم نظرية الشركة الفعلية **(المبحث الثاني)**

المبحث الأول

التأصيل التاريخي لنظرية الشركة الفعلية

اعتمد القضاء الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشرة على حيلة قانونية وجدت صدى لدى الفقه وأطلق عليها في بادئ الأمر شيوع الواقع أو جمعية الواقع[1]، ثم شركة الواقع وما تضمنته هذه الحيلة أنه متى تقرر بطلان الشركة فإنه يعده في المستقبل فقط، ولا يمتد إلى الماضي ليمحو حياة الشركة فلم تكن مهمة القضاء يسيره إذ أنه لم يصل إلى وضع أحكام الشركة الفعلية إلى بصورة متدرجة.

نجد بالرجوع إلى القانون الجزائري اعتراف المشرع بهذه النظرية ولكن بطريقة غير مباشرة، وهذا ما ينص عليه نص المادة 418 من أمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم[2]، والمادة 545 من أمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم[3].

نتطرق لتبيان نظرية الشركة الفعلية في التشريع الفرنسي **(المطلب الأول)**، ثم نوضح موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية **(المطلب الثاني)**.

(1) رابح عليواة، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري- مجلة التواصل في العلوم السياسية والاجتماعية- ع 28، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة، 2011، ص95.

(2) المادة 418 من أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(3) المادة 545 من أمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

المطلب الأول

نظرية الشركة الفعلية في التشريع الفرنسي

مرت نظرية الشركة الفعلية بعدة مراحل قبل تنظيمها في قانون خاص، وكانت أحكام الشركات فقبل ظهور قانون الشركات الفرنسي في سنة 1966 موزعة بين القانون التجاري والمدني.

نبين الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي **(الفرع الأول)، ثم نوضح** الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي لسنه 1807 (الفرع الثاني)، وأخيرا نتعرض الشركة الفعلية في قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966

الفرع الأول: الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي

ظهرت الشركة الفعلية في القرن السادس عشر بفرنسا حينما كانت السلطة الملكية تهتم بتنظيم شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، فصدر أمر "مولان" في أوت 1566 الذي قرر الإثبات بالكتابة في العقود التي تزيد قيمتها على مئة فرنك ومنها عقد الشركة، فرفض القضاء تطبيق تلك القاعدة على الشركات مما أدى لظهور البناء القضائي للشركة الفعلية، وصدر بعد ذلك أمر blois سنة 1579 الذي أخضع جميع الشركات المنشأة بين الأجانب للإشهار من اجل الاحتجاج بها تجاه الغير وفرض العقوبات على الشركات التي لم تلتزم بالنشر[1].

(1) نقلا عن: زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة تخرج لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص86.

صدر بعد ذلك ما يعرف بـ:"Code michoud" في عام 1629 الذي نصت المادة 414 منه على وجوب النشر الإجباري للشركات التي تنشأ بين الأشخاص، ولكن القضاء لم يأخذ به[1].

وصدر أيضا في مارس 1673 أمر قصد تنظيم التجارة والتجمعات التجارية التي كانت تتمو بصفة فوضوية وذلك لحماية الغير عن طريق فرض الكتابة وإجراءات النشر لتأسيس الشركة، ويترتب على الإخلال به بطلان الشركة والتصرفات التي ابرمها مع الغير[2].

الفرع الثاني: الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي لسنه 1807

غير صدور القانون رقم 1807 النظرة إلى الشركة من مجرد عقد إلى شركة منظمة بإجراءات خاصة يترتب الإخلال بها البطلان، فظهرت منذ تلك الفترة أحكام من المحاكم تستبعد تطبيق البطلان في حالة عدم مراعاة الشركة لشروط تأسيسها[3]، وبقي الأمر كذلك إلى غاية صدور القرار القضائي الذي ظهرت من خلاله الشركة الفعلية عام 1825 أين تم استخدام لأول مرة مصطلح الشركة الفعلية من قبل محكمة باريس التي رفضت في قرارها إعمال الأثر الرجعي للبطلان بخصوص شركة تجارية تأسس دون كتابة ودون إشهار واعتبرت المحكمة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمال صحيحة على أساس الوجود الواقعي للشركة[4].

(1) نقلا عن: سمسوم نسيمة، مقراني حياة، نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه تيزي وزو، 2017/ 2018، ص12.

(2) زكري إيمان، المرجع السابق، ص12.

(3) المرجع نفسه، ص86.

(4) فتاحي محمد، درماش بن عزوز، الشركة الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 9، ع2 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2016، ص99.

الفرع الثالث: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي لسنه 1966

يعتبر قانون 24 جويلية 1966 المتضمن قانون الشركات في فرنسا مرحلة مهمة بالنسبة للشركة الفعلية حيث خفف وقيد دور البطلان فيها وذلك بالتقليل من حالاته[1].

سوف نتطرق إليه التخفيف من حالات البطلان **(أولا)**، ثم التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان **(ثانيا)**، وأخيرا التقليص من آثار البطلان **(ثالثا)**.

أولا: التخفيف من حالات البطلان: ورد في نص المادة 360 [2]من قانون 1966 بعدم جواز الحكم ببطلان الشركة إلا بموجب نص صريح في القانون، أو بموجب نصوص قانونية منظمة للعقود، والبطلان المنصوص عليه في قانون الشركات الفرنسية هو بطلان خاص بمخالفة شركة التضامن والتوصية البسيطة لإجراءات النشر وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 361 من هذا القانون[3].

ثانيا: التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان: ينعكس التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان في صورتين:

الصورة الأولى: عن طريق تخفيض مدة التقادم.

الصورة الثانية: عن طريق تصحيح سبب البطلان باستثناء البطلان المؤسس على عدم مشروعية المحل الذي لا يمكن تصحيحه إلا قبل صدور الحكم، كما تضمن نص المادة 363 من القانون التجاري الفرنسي 1966 الإجراءات الواجب إتباعها من قبل محكمة الدرجة الأولى لتسهيل عملية التصحيح مع تعيين المدة التي تتم فيها عملية التصحيح[4].

(1) سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص37.

(2) voir l'article 360 de la loi N° : 66-537 sur les sociétés commerciales

(3) voir l'article 361 de la loi N° : 66-537 sur les sociétés commerciales

(4) عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية "دراسة مقارنة"، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة، 1993/1992، ص10.

ثالثا: التقليص من آثار البطلان: لقد قصر قانون 1966 من آثار البطلان على المستقبل دون الماضي، وفي حالة بطلان الشركة فإنه يتم تصفيتها وفقا لقواعد تصفية الشركات القانونية وتحتفظ بالشخصية المعنوية، وتسري آثار البطلان على كافة الشركاء إلا في حالة بطلان الشركة التي تصدر بناء على طلب الشريك الذي شب رضاه عيب أو نقص في الأهلية[1].

المطلب الثاني

نظرية الشركة الفعلية في التشريع الجزائري

تبني المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية التي جاء بها القضاء الفرنسي وسانده في ذلك الفقهاء بالاعتراف بها صراحة، وتتضمن هذه النظرية انه متى تقرر بطلان عقد الشركة فانه لا يمتد إلى الماضي ليمحو حياة الشركة، إلا أن رأي المشرع الجزائري كان متذبذبا حيال هذه النظرية.

سنعالج موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية **(الفرع الأول)**، ثم نبين موقف القضاء الجزائري من نظرية الشركة الفعلية **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: رأي المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية في القانون المدني **(أولا)**، والقانون التجاري **(ثانيا)**.

أولا: موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية من خلال القانون المدني

يتبين من خلال نص المادة 418 من القانون المدني على وجوب الكتابة لصحة عقد الشركة لتفادي البطلان، ويشمل البطلان التعديلات التي تطرأ على العقد في حالة لم يكن لها نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، كما لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان قبل الغير ولا ينتج أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم أحدهم بطلب هذا البطلان. [2]

(1) زكري إيمان، المرجع السابق، ص87.

(2) تنص المادة 418 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر على أنه: ***«يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له اثر في ما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم احدهم بطلب البطلان».***

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية من خلال القانون التجاري:

كرس المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية من خلال نص المادة 545 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: « ***تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة، يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء***».

هذا النص على الرغم من اشتراطه الكتابة الرسمية لصحة عقود الشركات التجارية إلا انه لم يجعل للبطلان اثر رجعي، ذلك أن المشرع أعطى للغير حق إثبات وجود الشركة التجارية بكافة طرق الإثبات، ومن ناحية أخرى لا يجيز للشركاء إثبات وجود الشركة الفعلية فيما بينهم إذا تجاوز أو خالف مضمون عقد الشركة. وتقابل هذه المادة كل من المادة 1844 فقرة 15 من القانون المدني الفرنسي[1] ، وكذا المادة 368 و389 من قانون الشركات الفرنسي.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

اعترفت جل التشريعات بنظرية الشركة الفعلية واعترف القضاء الفرنسي قديما وحديثا بنظرية الشركة الفعلية وتأييد الفقه لها إلا أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا اتجاه نظرية الشركة الفعلية، وبناءا على ذلك ظهر اتجاهين اتجاه ينكر صراحة الاعتراف بهذه النظرية **(أولا)** واتجاه آخر يعترف بها **(ثانيا)**، وبالتالي سنتناول هذين الاتجاهين بنوع من الشرح والتفصيل فيما يلي:

أولا: الاتجاه الرافض لفكرة الشركة الفعلية

تمثل هذا الاتجاه في رأي القضاء من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في 18 مارس 1997 من إحدى القرارات الرافضة لفكرة الشركة الفعلية وقد جاء في القرار ما يلي: « من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن قضاء الموضوع قرروا بأن الشركة المودعة إنشاءها لم تثبت

(1) **article 1844 /15 du code civil français « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat.**

A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice ».

قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[1].

وعليه فان هذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية على أساس أن الشكلية تعد من النظام العام.

ولكن رغم تثمين هذا الاجتهاد إلا انه وجه له نقدا من جهتين:

من جهة رغم أن نص المادة 1/418 من أمر 75-58 السالف الذكر قد رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة إلا أن الفقرة الثانية منها لم تجعله أثرا رجعيا للبطلان، مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام، وهذا خلافا لما ذهبت إليه المحكمة العليا، كما أنها وضعت أحكام خاصة بالبطلان سواء في علاقة الشركاء في مواجهة الغير أو علاقة الشركاء فيما بينهم[2].

ومن جهة أخرى نجد نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري تقر صراحة بأن البطلان لا يتعلق بالنظام العام لان المشرع أعطى الحق للغير بان يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الإثبات، وهذا ما يثبت الوجود الواقعي للشركة الفعلية التجارية[3].

كما نجد أن القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1990/12/20[4] يرفض الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية حيث جاء في القرار ما يلي: "**من المستقر عليه قانونا أن إنشاء واثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادة الشهود يكون قد خرقوا المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا، وكذلك نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري**

(1) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د. س. ن، ص145.

(2) محمد فتاحي، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص101.

(3) المرجع نفسه، ص102.

(4) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في1990/12/20، المجلة القضائية، عدد04، 1191، ص50.

التي تشترط إثبات الشركة بموجب عقد رسمي. ومن هنا استوجب نقض القرار المطعون فيه" .

هذا الاتجاه أيضا تم انتقاده من جهتين:

من جهة نجد أنه لم يشار إلى نوع الكتابة في عقد الشركة رسمية أو عرفية والمشرع أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، ، كما أنه ينص على البطلان المطلق وإنما هو بطلان من نوع خاص[1].

ومن جهة أخرى وان تم اشتراط في عقود الشركات التجارية الرسمية، إلا أن المشرع أجاز للغير إثبات وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات وهذا اعتراف بوجود للشركة التجارية فعليا[2].

ثانيا: الاتجاه الذي يعترف بالوجود الواقعي للنظرية

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1985/06/15 أنه: « **متى كان من المقرر قانونا انه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون.**

إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له اثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن... فان المجلس القضائي لما قضى ببطلان الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فانه يكون قد أخطا في تطبيق أحكام المادة 418 من القانون المدني الجزائري»[3]، وهذا القرار دلالة على تأييد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي الذي يعترف صراحة بالشركة التجارية الفعلية.

(1) المادة 418 من أمر 75-58 السالف الذكر.

(2) المادة 545 من أمر 75-59 السالف الذكر.

(3) قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 1985/6/15، يتعلق بالشركة التجارية، بطلان العقد، أثاره بين الشركاء، الشركة الفعلية، مجلة قضائية، عدد 04، 189، ص 414.

المبحث الثاني

مفهوم الشركة الفعلية

تعد الشركة الفعلية في الواقع شركة صحيحة تتمتع بالشخصية المعنوية، وقد تعامل معها الغير حسن النية وباشرت نشاطها إلا أنها أعيبت بسبب اختلال أحد أركانها، ولحمايتها من الزوال فإن الحكم ببطلانها يكون على المستقبل فقط، ولقد تعددت هذه الشركة بعدة تعريفات منها الفقهية والقانونية وذلك بهدف بتمييزها عن بقية النظم المشابهة لها وأيضا التعرف على أساسها القانوني.

تفصيلا على ما تقدم نتطرق لتعريف نظرية الشركة الفعلية **(المطلب الأول)**، **كما نتعرض** للأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية **(المطلب الثاني)**، وأخيرا سنوضح أركان الشركة الفعلية **(المطلب الثالث).**

المطلب الأول

تعريف نظرية الشركة الفعلية

تعددت التعاريف التي أطلقت على نظرية الشركة الفعلية نظرًا لاختلاف الآراء الفقهية والقانونية، كما نجد بعض النظم التي تشترك معها في بعض الخصائص وتختلف عنها في أخرى.

نوضح المقصود بالشركة الفعلية **(الفرع الأول)**، ثم نبين تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المقصود بالشركة الفعلية

حاول الفقه والقانون تقديم تعريفات للشركة الفعلية وسيتم التطرق للمعنى الفقهي للشركة الفعلية **(أولا)**، ثم نتعرض للمعنى القانوني للشركة الفعلية **(ثانيا).**

أولا: المعنى الفقهي للشركة الفعلية

حاول معظم الفقه تعريف هذه الشركة إلا أننا وقع اختيارنا على ذكر البعض منها:

أ- **الفقيه أسكار:** يعرفها بأنها الشركة التي يتم تأسيسها خرقا لمقتضيات قانونية والتي يمكن أن توصف بشركة غير قانونية أو غير نظامية، إلا أن هذا التعريف انتقد على أساس أنه لا يشير إلى فكرة البطلان التي أخذ بها المشرع. [1]

ب- **الدكتور أحمد شكري السباغي:** عرفها على أنها الشركة الناشئة عن بطلان عقدها أو نظامها بنص صريح في القانون أو نظامها الأساسي، ويطلق عليها بعض الفقه اسم الشركة غير نظامية، ويسميها البعض بالشركة المعيبة، إلا أن المعنى الدقيق هو اسم الشركة الفعلية[2].

د- **بعض التعاريف الأخرى:** الشركة الفعلية هي الشركة التي يعتريها عيب في إجراءات التأسيس دون تصحيح عيبها وتستمر تتعامل مع الغير وتدرس نشاطها، قبل أن يحكم القضاء ببطلانها الأمر الذي لو طبق عليها آثار البطلان التي موادها اعتبار تصرفات الشركة باطلة فتنعدم آثارها بما يصطدم مع استقرار المراكز القانونية[3].

ويقصد بها تلك الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثم حكم ببطلانها لتخلف أحد أركانها وعليه يحب الاعتداد بنشاطها السابق وإتمام إجراءات تصفيتها كباقي الشركات القانونية ولقد استند القضاء الفرنسي في إقامة نظرية الشركة الفعلية إلى حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية[4].

([1]) نقلا عن: خالد بن عفان، أسباب انقضاء شخصية الشركة التجارية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، عدد 1، 2013، ص168.

([2]) المرجع نفسه، ص169.

([3]) رميساء مرابطي، فريال قانة، بطلان الشركات التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، 2020/2019، ص71.

([4]) سماعيل أمال، بطلان عقد الشركة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016/ 2017، ص43.

وهناك من يرى بأن الشركة الفعلية تعد شركة اتجهت إرادة الأطراف المشاركين فيها إلى إنشائها وفقا لأحد أشكال الشركات التجارية المعروفة، وغالبا ما يكون المقصود بإحدى الشركات التجارية شركة الأشخاص أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وقامت بمباشرة نشاطها ثم قضى ببطلانها لسبب من أسباب البطلان، علما أنه ليس كل سبب بطلان يخلف وراءه بالضرورة شركة فعلية[1].

ثانيا: المعنى القانوني للشركة الفعلية

لم يستعمل المشرع الجزائري أي عبارة للدلالة على تعريف الشركة الفعلية إلا أنه اعترف بالوجود الفعلي لها، وفي هذا الخصوص نجد المادة 418 من أمر 75-58 السالف الذكر والتي أشار فيها إلى إلزامية كتابة العقد الذي يتضمنها وإلا كانت باطلة.

كما كرس المشرع الجزائري هذه النظرية من خلال نص المادة **545 من القانون التجاري** والتي تنص على أنه: ***«تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة، يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقصاء».***

لم يعرف هذه الشركة وكان موقفه واضح ومتعلق بضرورة احترام الرسمية فيها كركن انعقاد.

الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

تختلف هذه الشركة مع غيرها من النظم القانونية في عدة خصائص، كما تتفق معها في بعض الخصائص.

([1]) حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين بشايره، مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2007، ص53.

أولا: تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة

تعد الشركة الفعلية الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثم يحكم ببطلانها بتخلف أحد أركانها، ومع امتداد نشاطها السابق وتصفيتها فهي التي تنشأ بين أطرافها كشركة ولكن مخالفة حكم القانون فتعد الشركة باطلة في المستقبل[1]، أما شركة المحاصة هي شركة صحيحة لها وجود قانوني ولكن فقط بين الشركاء لوجود خاصية الاستتار والخفاء، كما أن شركة المحاصة معفاة من الأحكام الشكلية (الكتابة، القيد، النشر) [2]، ولذلك فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وذمتها المالية غير مستقلة عن ذمم الشركاء ولا تخضع لإجراءات التصفية، وما يمكن التلميح إليه أنه قد تتحول شركة المحاصة إلى شركة واقع إذا ظهرت للعيان وفي هذه الحالة تنطبق عليها أحكام الشركة الفعلية[3].

ثانيا: تمييز الشركة الفعلية عن نظرية تحول العقد.

يمكن أن يتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إذا ما توفرت فيه مجموعة من الشروط والشكليات مع اتجاه ارادة الأطراف لإبرامه، أما في عقد الشركة الفعلية فيمكن ان يتحول العقد المعيب لعقد شركة قانون حماية لحقوق الغير وتدعيما لعنصر الثقة في المعاملات[4].

رغم أن أوجه التشابه يتمثل في وجود عقد مصحح إلا أن الاختلاف بين النظامين كبير لأنه يترتب على الأخذ بنظرية تحول العقد أن يحول العقد الباطل لعقد أخر، وهذا لا ينطبق على الشركة الفعلية حيث يبقى عقد الشركة قائما ولا يتم تحويلها.

ثالثا: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنحلة.

يقصد بالشركة المنحلة تلك الشركة التي انقضت وانحلت فيها الرابطة القانونية التي تجمع الشركاء ويمكن أن يكون انتهاؤها إراديا أو إلزاميا بقوة القانون، وعندما تنقضي الشركة لا تزول

(1) نسيمة بومعزة، النظام القانوني للشركة الفعلية (شركة محاصة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2015/2014، ص13.

(2) المادة 795 من أمر 75-59 السالف الذكر.

(3) محمد فتاحي، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص100.

(4) بن سعيد خالد، عثماني عبد الرحمان، تكريس مبدأ حماية الظاهر في الشركة (الشركة الفعلية نموذجا)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، ع 28، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012، ص230.

آثارها مباشرة بوجود حالة من حالات الانقضاء فتكون الشركة قد باشرت نشاطها ودخلت في صفقات مع الغير[1]، ومن أجل حماية دائني الشركة الذين لم يحصلوا على حقوقهم ذهب القضاء إلى أن إجراءات إقفال التصفية لا يؤدي إلى سقوط الشخصية المعنوية إلا في حالة تسوية جميع ديون الشركة، وبعبارة أخرى فالشخصية المعنوية تبقى ما دامت هناك حقوق والتزامات مرتبطة بالشركة[2]، أما الشركة الفعلية فهي تهدف بالدرجة الأولى لحماية الغير حسن النية عكس الشركة المنحلة التي تكون صحيحة خالية من العيوب لكنها منتهية قانونا[3].

رابعا: الشركة الفعلية والشركة التي أوجدها الواقع

يقصد بالشركة التي أوجدها الواقع الوضع الذي يوجد فيه عدة أشخاص يتصرفون في كما لو كانوا شركاء في شركة دون أن يكون هناك أي تعبير عن إرادة تكوين شركة، فهي حالة واقعية يستنتج منها القضاء وجود شركة شريطة أن تجتمع هذه الحالة الواقعية جميع الأركان الموضوعية الخاصة بالشركة[4].

تختلف هذه الشركة عن الشركة الفعلية في كونها وجدت دون عقد شراكة ودون نية تأسيس شركة، على عكس الشركة الفعلية التي تبدأ بصفة قانونية ثم تصبح واقعية فعلية بعد إخلالها بأحد الشروط، فيكون فيها الشركاء قد حددوا شكل الشركة وتوفرت لديهم نية الاشتراك منذ البداية[5].

خامسا: الشركة الفعلية والشركة تحت التأسيس

يقصد بالشركة في طور التأسيس الشركة التي اتجهت إرادة الأطراف في تكوينها من خلال قيام الشركاء بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها كالقيد في السجل التجاري والنشر، ولكن نية الشركاء تقصد

(1) زكري إيمان، المرجع السابق، ص104.

(2) سعيد الروبيو، الوجيز في قانون الشركات التجارية، أحكام عامة، د.د.ن، د.ب.ن، 2019، ص107.

(3) زكري إيمان، المرجع السابق، ص104.

(4) فريد العريني، الشركات التجارية -المشروع التجاري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2022، ص65.

(5) الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج1، ط 3، د.د.ن، لبنان، 2008، ص221.

استكمالها والفرق بين الشركة في طور التأسيس والشركة التجارية الفعلية هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة كما أن المؤسسون يتحملون المسؤولية بالتضامن ولا تخضع لإجراءات التصفية ولا لنظام الإفلاس، في حين تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية وتساؤل كشخص معنوي كما أنها تخضع للتصفية والإفلاس[1].

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية

تأثرت العديد من التشريعات بنظام الشركات الفعلية بعد تبنيها من طرف المشرع الفرنسي اعتمادا في ذلك على ما تقتضيه مبادئ العدالة لتجنب النتائج السلبية لبطلان الشركات التجارية والتي تعود سلبا على الغير حسن النية، ولهذا فمن الضروري تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الشركة الفعلية والتي تبرر الاعتراف بالوجود الفعلي للشركات التجارية.

سنتطرق لنظرية العقد المستمر **(الفرع الأول)**، **ثم نبين** نظرية الشخصية المعنوية **(الفرع الثاني)**، وأخيرا نوضح حماية الوضع الظاهر **(الفرع الثالث).**

الفرع الأول: نظرية العقد المستمرة

تعتبر هذه النظرية أن عقد الشركة من العقود المستمرة في تنفيذه حيث يكون الزمن في هذه العقود عنصرا جوهريا والمقياس الذي يقدر به محل العقد، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا وهي مقترنة بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمرور مدة معينة ومن أمثلة ذلك عقد الإيجار، لأنه يقع على المنفعة والزمن عنصر جوهري فيه[2].

([1]) رميساء مرابطى، فريال قانة، المرجع السابق، ص 74.

([2]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 166.

كما أن ما يميز هذه العقود عند فسخها أن الأثر لا ينسحب للماضي حيث لا يمكن استرجاع ما تم تنفيذه نظرًا لطبيعة العقد فإن هذا الأساس يبرر رفض تطبيق الأثر الرجعي على الشركة الفعلية، إذ لا يمكن استرداد المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرجاع الأجرة وهذا يتوافق مع أثر البطلان في الشركة الفعلية خاصة وأن عقد الشركة من العقود المستمرة التنفيذ[1].

يجد هذا التبرير أساسه في نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بعدم جواز الاحتجاج بالشركة قبل الغير، ولا يكون لها أي أثر فيما بين الشركاء إلا إذا قدم أحد الشركاء طلب البطلان لأن ما تم تنفيذه لا يمكن إعادته فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا لا يمكن استرجاع المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرداد الأجرة[2].

وعليه وجه الفقه عدة انتقادات لهذه النظرية إذ أن هذا التبرير لا يستقيم مع الشركة الفعلية، ذلك أن الشركة منذ نشأتها باطلة، أو منذ لحظة احتلال أحد أركانها أو شروطها كما أنها تنشأ شخصا معنويا لا يستند لوجود قانوني، في حين إبطال أو فسخ العقود المستمرة يكون بالنسبة لعقد صحيح نشأ بصفة قانونية صحيحة إلا أن أثر البطلان أو الفسخ يكون محدودا نظرا لاستحالة رد المنفعة أو الخدمة، لذلك يرى البعض أن القول بأن عقد الشركة من العقود المستمرة أمر غير دقيق مصدره الخلط بين مفهوم الشركة كعقد ومفهومها كشخص معنوي كذلك لجأ هذا الفقه لتبرير آخر لوجود الشركة الفعلية والمتمثلة في فكرة الشخصية المعنوية[3].

الفرع الثاني: نظرية الشخصية المعنوية

يرتكز الرأي المستند هنا على فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن الشركة مبنية على فكرة الوقت، والتي هي في الأصل تعد وليدة الاتفاق بين الشركاء، ورغم وجود خلل بالشركة،

([1]) زكري إيمان، المرجع السابق، ص88.

([2]) سمسوم نسيمة، مقراني حياة، المرجع السابق، ص24.

([3]) زكري إيمان، المرجع سابق، ص88.

فإن إمكانية إبطالها لا تمنع تكوينها وإنما تكون مهددة بالزوال، وزوالها بعد بطلانها لا يعني إلغاؤها، لأنها مارست نشاطها قبل البطلان[1].

وترجع الغاية من الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الفعلية إلى تبرير صحة التصرفات التي تبرمها هذه الأخيرة لمصلحة الغير حسن النية، ونالت هذه الفكرة تأييد غالبية الفقه الرافض تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان وانتقدت هذه النظرية لأن الاعتراف بالشخصية المعنوية لجميع الشركاء سواء القانونية منها أو الباطلة لا يكون فيه حماية للغير، حيث لا يمكن الخيار بين طلب بطلان الشركة وإبطال تصرفاتها وبين الاعتراف بصحتها[2].

هناك من يرى أنه يمكن القول بوجود شخصية معنوية واستمرارها إلا إذا كانت الشركة تتمتع بها منذ البداية، ولا يمكن القول بأنها باقية طالما أنها غير موجودة، كما أن بقاء الشخصية المعنوية لضرورة التصفية يكون بالنسبة للشركات العادية القانونية التي تتمتع بالشخصية المعنوية قبل حلها وتصفيتها، إلى جانب ذلك فإن فكرة الشخصية المعنوية لا تستوعب جميع الشركات الفعلية خاصة التي تنشأ بصورة فعلية والتي تتكون بلا إرادة للأطراف في إنشائها وإنما يستدل عليها من سلوكهم [3].

رغم هذا حازت هذه النظرية نجاحا كبيرا كأساس نظرية الشركة الفعلية خاصة عندما استند الفقه على الأساس القانوني في احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية أثناء فترة التصفية، وبما أن القانون يوافق هذا الأمر، فإنه لا بد من أن يعترف المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية للشركات الفعلية[4].

([1]) زكري إيمان، المرجع سابق، ص89.

([2]) رافع محمد شهر الدين، بوافراد بلال، الشكلية في عقود الشركة التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عين تيموشنت، 2021/2020، ص51.

([3]) زكري إيمان، المرجع السابق، ص90.

([4]) المرجع نفسه، ص89.

الفرع الثالث: حماية الوضع الظاهر

استند الفقه والقضاء في تقرير وجود نظرية الشركة الفعلية على حماية الأوضاع الظاهرة وهي إحدى أهم النظريات التي تعمل على التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي، والتي تعد وليدة اجتهاد القضاء الفرنسي حيث بدأت الخطوة الأولى لتبلورها باعتراف مجلس الدولة الفرنسي سنة 1807م في رأي تفسيري بأن كل التشريعات تعترف بتصحيح العيوب التي تشوب بعض التصرفات القانونية وذلك متى وجد غلط شائع وتوفرت حسن النية وتبين أنه لم يكن في وسع الأطراف توقع وتجنب تلك العيوب[1].

يعرف الوضع الظاهر حسب فريق من الفقه، بأنه ذلك الوضع الواقعي المخالف للحقيقة والذي يخفي وضعا حقيقيا يوهم الغير بأنه في مركز يحميه القانون فيبعث في نفس الغير الثقة.

ويمكن تعريفه كذلك على أنه الوضع الغالب أو البارز أو المحسوس الذي تدركه الحواس وعكسه الباطن، غير أن المقصود في هذه الدراسة هو الظاهر المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة[2].

الملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد وجسد هذا المبدأ حماية الوضع الظاهر للشركة طبقا لنص المادة 418 فقرة 2 من أمر 75-58 السالف حيث لا يجوز احتجاج الشركاء بالبطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم حتى يطلبه أحدهم. [3]

وتقوم نظرية الوضع الظاهر على ركنين أساسيين وهم: الركن المادي والركن المعنوي.

- الركن المادي: يتمثل في المظهر الخارجي الفعلي لصاحب الوضع الظاهر الذي يحتل مركزا قانونيا وتكون فيه صفات المظاهر الخداعة مما يجعله كأساس الاعتراف بتصرفات الغير تجاه

([1]) رافع محمد شهر الدين، بوافراد بلال، المرجع السابق، ص48.

([2]) بن سعيد خالد، عثماني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص228.

([3]) المادة 2/418 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر

صاحب المظهر مما يعني أن هذا الأخير محاط بعدة عوامل وعناصر تجعل منه صاحب المركز الحقيقي[1].

وفي الشركة الفعلية باعتبارها تطبيقا من تطبيقات الظاهر فإن الشرط المادي يكون في علاقة واقعية تنشأ بين الشركاء والغير، وهذه العلاقة سببها عقد الشركة الباطل الذي اختل فيه ركن من أركانه فقد منعه القانون من أن ينتج آثاره بين الشركاء أو في مواجهة الغير[2].

بالرغم من ذلك فإن العقد الباطل ليس عدما حقيقيا فهناك دائما المظهر الخارجي للعقد الباطل إذا كان قد فقد وجوده الاعتباري باختلال الشروط التي تطلبها القانون لانعقاده فإن وجوده الحسي يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة [3].

- الركن المعنوي: يتمثل في حسن نية الغير في التعامل مع صاحب الوضع الظاهر على أنه صاحب مركز قانوني حقيقي، وهناك من يشترط أن يكون حسن النية مبررًا أو معقولا.[4].

وما يظهر عمليا عند تطبيق نظرية الظاهر أنه لا يمكن فصلها عن مبدأ حسن النية لأنه هو الذي يرسم حدودها ومجال تطبيقها، وتتجلى أهميتها في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهم في استقرار المعاملات ودعم الثقة[5].

لعل أهم تطبيقات هذه النظرية يتمثل في الشركة الفعلية باعتبارها كانت موجودة فعلا ولها كيانها الذاتي، فمن غير المعقول إنكار وجودها بمحو كل الآثار القانونية للتصرفات التي أبرمها الغير مع الشركة بعد أن اطمأن لهذا الوجود وتعامل معها بوصفها شخصا معنويا وكيانا حيا لأن في ذلك إهدار لحقوق الشركة والغير المتعامل معها قبل الحكم ببطلانها ومن ثم عدم استقرار الأوضاع القانونية[6].

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات الفقهية بحيث يرى البعض أن حسن النية والذي هو من شروط الظاهر سيكون غير دائم إذ أن الأفراد الذين يتعاملون مع شركة تجارية لا يجهلون

([1]) بن سعيد خالد، عثماني عبد الرحمان، المرجع السابق ص228.

([2]) سمسوم نسيمة، مقراني حياة، المرجع السابق، ص25.

([3]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص71.

([4]) برافع محمد شهر الدين، بولفراد بلال، مرجع سابق، ص49.

([5]) المرجع نفسه، ص49.

([6]) سمسوم نسيمة، مقراني حياة، المرجع السابق، ص26.

أن الشخصية لتلك الشركة لا تقرر لها إلا بقيدها في السجل التجاري، كما أن الآثار القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة، وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي، إلا أن الانتقادات الموجهة لعقده النظرية لا تؤثر على أهميتها فهذه الشركة ومنذ لحظة تعاملها مع الغير تدخل في إطار الأوضاع الظاهر بصفتها شركة صحيحة[1].

المطلب الثالث

أركان الشركة الفعلية

يتطلب إبرام عقد الشركة الفعلية وجوب توفر الأركان الموضوعية العامة **(الفرع الأول)** والتي تشترطها جميع العقود، والأركان الموضوعية الخاصة **(الفرع الثاني)** بعقد الشركة بالإضافة إلى لزوم توفر الأركان الشكلية **(الفرع الثالث).**

الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة

يقصد بالأركان الموضوعية العامة نفس الأركان التي تقوم عليها باقي الشركات التجارية المعروفة في القواعد العامة من أهلية ورضا، محل، وسبب.

أولا: الأهلية: يجب أن يكون الرضا صادرًا من ذي أهلية والأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة هي أهلية التصرف لأن عقد الشركة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويعتبر أي شخص بالغ سن 19 سنة ويتمتع بقواه العقلية ولم يتم الحجر عليه كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[2].

يمنع على القاصر المرشد البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة مزاولة التجارة ولا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعماله التجارية، إلا بعد الحصول على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة عند استحالة الحصول على الإذن، ويتم تقديم الإذن دعما للتسجيل في السجل التجاري. [3]

([1]) سمسوم نسيمة، مقراني حياة، المرجع السابق، ص27.

([2]) المادة 40 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر

([3]) المادة 05 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر

ثانيا: الرضا: رضا الشركاء ركن أساسي لإنعقاد الشركة ويجب أن ينصب هذا الرضا على جميع شروط العقد كرأسمال الشركة وعرضها وكيفية إدارتها[1]، يجب تطابق الإيجاب والقبول بناء على رضا جميع الأطراف أثناء إبرام عقد الشركة طبقا لنص المادة **59 من القانون المدني الجزائري** والتي جاء في محتواها أنه : ***« يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»*** ويشترط في الرضا أن يكون صحيحا غير معيب بغلط أو إكراه أو التدليس أو استغلال ولذلك يحب أن يكون الرضا فيه اتفاق على جميع شروط العقد[2].

ثالثا: المحل: يعد محل عقد الشركة الموضوع الذي قامت من أجله الشركة أي النشاط الاقتصادي الذي اتجهت لممارسه إرادة الشركاء والذي من أجله التزم كل شريك بتقديم حصة من المال أو عمل[3]، ويشترط أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وهذا إعمالا بما نصت علية المادة 93 من الأمر 75-58 السالف الذكر والتي جاء فيها أنه: ***« إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلقا ».***[4]

يشترط أن يكون محل الشركة ممكنا، ولذا فمن الصعب أن يكون محل الشركة مستحيلا من الناحية المادية، إلا أنه قد يكون مستحيلا من الناحية القانونية كما في حالة مزاولة الشركة لنشاط يمنعه القانون[5].

رابعا: السبب: يعد السبب الباعث الدافع للتعاقد، والذي يدفع الشركاء إلى إبرام عقد الشركة وهو في أغلب الأحوال يتمثل في تحقيق الربح، وذلك من خلال إنشاء مشروع مالي والقيام بنشاط

([1]) منية شوايدية، تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي، مجلة الأكاديمية للدارسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، ع 02، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، ص 329.

([2]) مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1969، ص12.

([3]) سامي عبد الباقي أبو صالح، الشركات التجارية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2013، ص31.

([4]) المادة 93 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر

([5]) سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص256.

تجاري أو صناعي[1]. وينبغي أن يكون سبب التعاقد موجود، صحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب العاملة. [2]

ثانيا: الأركان الموضوعية الخاصة بالشركة الفعلية

لا يكفي لتأسيس عقد الشركة توفر الأركان الموضوعية العامة وإنما يستلزم توفر الأركان الموضوعية الخاصة والمتمثلة في: **تعدد الشركاء، تقديم الحصص، اقتسام الأرباح والخسائر نية المشاركة.**

1- تعدد الشركاء: يشترط لانعقاد الشركة وجود شخصين على الأقل حيث تنص المادة 416 من أمر 75-58 السالف الذكر على أن : ***« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة***

كما يتحملون الخسائر التي تنجز عن ذلك»[3].

2- تقديم الحصة: هذا الشرط يجب أن يتوفر في عقد الشركة وهو إلزام كل شريك بتقديم حصة سواء كانت مالا أو عملا، فلا وجود لشركة من دون حصص يقدمها الشركاء، وقد قسمها المشرع الجزائري في المادة 416[4] من القانون المدني الجزائري إلى ثلاث أنواع: حصة من عمل أو مال أو نقد.

أ- **الحصص النقدية:** قد تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغا من النقود، وهذا هو الوضع الغالب، ويتعين على الشريك في هذه الحالة دفع حصته النقدية التي تعهد بها في المواعيد المتفق عليها وإلا التزم بالتعويض[5].

([1]) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص32.

([2]) المادة 97 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر

(3) المادة 416 من الأمر نفسه

(4) المادة 416 من الأمر نفسه

(5) مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص21.

ب- **الحصص العينية:** قد تكون الحصة العينية عقارا كما قد تكونوا منقولا، ويشمل العقار الأراضي والعمارات والمصانع والمخازن، أما المنقول يمكن أن يكون منقول مادي مثل الآلات والبضائع كما قد تكون منقول معنوي كبراءه اختراع أو علامة تجارية [1].

تكون الأموال المقدمة للشركة كحصص إما تكون بقصد تمليكها أو لمجرد الانتفاع بها على أن تبقى الملكية لمالك الحصة.

ج- **الحصص بالعمل:** يجوز للشريك أن يقدم عمله كحصة في الشركة والعمل الذي يأخذ كحصة في الشركة هو العمل الفني الذي يكون صاحبة محل اعتبار خاص مثل: عمل المهندس أو عمل مدير أو خبرة فنية، وإذا تعهد الشريك بتقديم حصته في الشركة على شكل عمل وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها وأن يكرس للشركة كل نشاطه ولا يجوز أن يباشر نفس العمل لحسابه الخاص أو لشركة منافسة[2].

1- **اقتسام الأرباح والخسائر:** يجب أن تتوفر نية تحقيق الربح وتحمل الخسائر التي قد تنجز عن المشروع لانعقاد الشركة، وكيفية تقسيم الأرباح والخسائر تخضع للقانون الأساسي للشركة أو اتفاق الشركاء، وإذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس مال[3]، كذلك بالنسبة للشركة الفعلية إذ توزع الأرباح والخسائر باتفاق الشركاء على أن لا يخل ذلك بالقواعد العامة الواردة في القانون[4].

2- **نية المشاركة:** لابد من توفر نية الاشتراك أي تتوحد جهود الشركاء لتحقيق غرض الشركة، والتعرف على نية الاشتراك على هذا النحو عنصر معنوي يجب أن يتوفر في كل الشركات ويكون باتجاه إرادة الشخص لتحقيق غرض معين من خلال مشاركته آخرين فلابد

(1) مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص21.

(2) منية سوايدية، المرجع السابق، ص330.

(3) عمار قندوز، أركان عقد الشركة التجارية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2023، ص657.

(4) سميحة القيلوني، الشركات التجارية، ط5، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص334.

أن يتعاون بشكل ايجابي لتحقيق ذلك الغرض على نحو يمثل قصد المشاركة العنصر المعنوي عند كل شريك بهدف إنشاء مشروع وتحقيق أهدافه[1].

الفرع الثاني: الأركان الشكلية

لا يكفي لانعقاد عقد الشركة قيام الأركان الموضوعية العامة والشروط الخاصة بل يشترط أيضا توفر الأركان الشكلية والمتمثلة في: **الكتابة، الشهر، القيد في السجل التجاري.**

أولا: الكتابة: تنص المادة 418 من الأمر 75-58 السالف الذكر: ***« يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان»***[2]

ويفهم من خلال نص المادة أن القانون أصر على ضرورة الكتابة في عقد الشركة والا كان باطلا.

كما نصت المادة 545 من القانون التجاري على أنه : « ***تثبت الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة»***[3]، اشترط المشرع الكتابة لعقد الشركة سواء كانت الشركة تجارية أو مدنية والهدف منه هو تنبيه الشركاء على خطورة العقد وما يتضمنه من مسائل قانونية مما يستوجب تدخل شخص مختص في تحرير العقود وهو الموثق، ويبقى العقد قائما بين الشركاء طوال المدة المتفق عليها[4].

وبالتالي فشرط الكتابة ضروري في جميع عقود الشركة سواء كانت مدنية أو تجارية وفي حالة تخلف هذا الركن يكون العقد باطلا وهذا البطلان يكون من نوع خاص.

(1) محمود محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، مجلد الخامس، ط1، جامعة عمان الأهلية، 2009، ص29.

(2) المادة 418 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر.

(3) المادة 545 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

([4]) عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر 2000، ص 167.

ثانيا: الشهر: نظرا لكون الشهر يعد وسيلة إطلاع للغير، وأحد العناصر الشكلية الضرورية لعقد الشركة فإنه عند الإخلال به يتقرر نفس الحكم السابق والذي تمثل في البطلان من نوع خاص، إذ يجوز للغير أن يتمسك ببطلان الشركة لعدم شهرها، كما يجوز له التمسك بصحة العقد إذ كانت له مصلحة في ذلك ويمكن إثبات ذلك بكافة الوسائل، على خلاف الشركاء حيث لا يمكنهم الاحتجاج به اتجاه الغير وذلك حماية لمصالحه، غير أنه يمكن لأحدهم المطالبة ببطلان العقد لعدم شهره في مواجهة باقي الشركاء [1].

وقد اهتم القانون التجاري بالنص على ضرورة شهر عقد الشركة، بغرض إلزامية إيداع العقد التأسيسي للشركة التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، لينشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة حسب نص المادة 548 من القانون التجاري والتي تنص: ***« يجب أن تودع العقود التأسيسية العقود والمعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة».***

ثالثا: القيد في السجل التجاري

تنص المادة 548 من القانون التجاري على أنه: ***«يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة».*** وعليه لا يمكن للشركة التجارية أن تباشر نشاطها إلا بعد قيدها في السجل التجاري، كما نصت المادة 549 من القانون التجاري الجزائري أيضا على أنه: ***«لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم***

([1]) برافع محمد شهر الدين، بولفراد بلال، الشكلية في عقود الشركات التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعية تموشنت، 2021/2020، ص39.

الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة

وتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها »[1].

([1]) المادتان 548-549 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر

خلاصة الفصل الأول:

توصلنا في ختام دراستنا لهذا الفصل أن الشركة الفعلية كرسها القضاء الفرنسي حيث استعمل مصطلح هذه النظرية لأول مرة سنة 1825 في محكمة باريس حينما رفض تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على شركة باعتبارها أنها قامت بأعمال صحيحة قبل الحكم بطلانها على أساس الوجود الواقعي لها، وقام بتنظيم أحكامها بصدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 وتبناها بشكل صريح واعترف بها، وكان موقف المشرع الجزائري متذبذب حيال هذه النظرية، وهذا ما خصه المبحث الأول من هذا الفصل تحت عنوان التأصيل التاريخي لنظرية الشركة الفعلية.

بينما شملت دراستنا في المبحث الثاني التعريف بنظرية الشركة الفعلية فعالجنا في المطلب الأول تعريف نظرية الشركة الفعلية فقهيا وقانونيا ثم تطرقنا لتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها مثل شركة المحاصة والشركة المنشأة من الواقع والشركة المنحلة، بعدها تناولنا الأساس القانوني لهذه النظرية بما فيها نظرية العقد المستمر والشخصية المعنوية وحماية الوضع الظاهر.

ثم تعرضنا لأركانها في المطلب الثالث واستنتجنا أن لها نفس الأركان التي تقوم عليها الشركات التجارية بما فيها الأركان الموضوعية العامة والشروط الخاصة بالإضافة للأركان الشكلية.

الفصل الثاني

مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية وانقضائها

إن الفقه والقضاء الفرنسي لم يعترفا بالوجود الواقعي للشركة الفعلية في كل حالات البطلان، بل استثنى حالات أين يقر بإمكانية ممارسة البطلان على هذه الشركة وهذا ما يدل على الوجود الواقعي لها، كما انه اشترط وجود خارجي لهذه الشركة حتى يمكن ترتيب أثار قانونية تنسب إليها.

ففي هذا الفصل تم التعرض لبطلان عقد الشركة الفعلية **(المطلب الأول)**، وبّينا أنواع البطلان الذي قد يكون بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا أو بطلان من نوع خاص، وبما أن حالات البطلان جميعها لا تنطبق على نظرية الشركة الفعلية، فقد بّينا حالات الاعتراف بقيام هذه النظرية والحالات التي لا يمكن الاعتراف بقياه نظرية الشركة الفعلية والحالات الأخرى وذلك من خلال **(المطلب الثاني)**، وتطرقنا في **(المطلب الثالث)** لآثار الاعتراف بهذه النظرية، ولقد تم تخصيص **(المبحث الثاني)** انقضاء الشركة الفعلية فسنتناول في **(المطلب الأول)** أسباب انقضاء الشركة الفعلية، ثم سنتطرق لتصفيتها وقسمتها في **(المطلب الثاني).**

المبحث الأول

مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية

يمكننا اعتبار أن البطلان شبح خطير يهدد الشركات التجارية في مرحلة تأسيسها بالزوال، ولهذا جاءت نظرية الشركة الفعلية كأداة للحفاظ على استمرارها وحماية الغير حسن النية الذين تعاملوا مع الشركة على أنها صحيحة، ولتحديد مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية فقد خصصنا **(المطلب الأول)** لبطلان الشركة الفعلية بما في ذلك من بطلان مطلق وبطلان نسبى وبطلان خاص، ثم درسنا حالات قيام الشركة الفعلية وحالات عدم الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية من خلال **(المطلب الثاني)**، بعدها تناولنا الآثار الناجمة عن تطبيق هذه النظرية من خلال **(المطلب الثالث).**

المطلب الأول

بطلان عقـ الشركة الفعلية

تقضي القاعدة العامة في نظرية البطلان أنه متى تخلفت إحدى أركان العقد بطل العقد بطلانا مطلقا، وكلما تخلفت إحدى شروط الصحة يكون العقد قابلا للإبطال وبالتالي إعمال الأثر الرجعي بإعادة الأمور إلى ما كانت عليه سابقا، وبالعودة لعقد الشركة الفعلية نظرا لخصوصيتها وطبيعتها الخاصة لما يتطلبه تكوينها من إجراءات معقدة فإن المشرع لم يأخذ بالقاعدة العامة سابقة الذكر لذا نظم نوعا خاصا من البطلان وأجاز تصحيحيه في حالات معينة ما جعله يكسب خصوصية وسمي بالبطلان الخاص،

نتطرق في هذا المطلب البطلان المطلق **(الفرع الأول)**، ثم البطلان النسبي في **(الفرع الثاني)**، وأخيرا نبين البطلان الخاص **(الفرع الثالث).**

الفرع الأول: البطلان المطلق

يحدث هذا النوع من البطلان إذا تحقق سبب من هذه الأسباب **(أولا)**، وتترتب من خلاله أحكاما **(ثانيا).**

أولا: أسبابه:

يعتبر عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف فيه ركن من الأركان الموضوعية العامة المتمثلة في ركن الرضا، المحل، والسبب، ويمكن إجمال حالات البطلان المطلق فيما يلي:

1- انعدام الرضا بالنسبة لأحد الشركاء بأن يكون عديم التمييز.
2- انعدام أهلية اكتساب الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد.
3- عدم مشروعية محل الشركة.
4- عدم مشروعية سبب الشركة.

كما يبطل عقد الشركة الفعلية إذا تخلف ركن من أركانها الموضوعية الخاصة سابقة الذكر.[1]

ثانيا: أحكامه:

يترتب الحكم ببطلان عقد الشركة أن يعاد المتعاقدون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فيجب حل الشركة وتصفيتها واعتبارها كأنها لم تكن ويترتب على ذلك يجب رد الحصص إلى الشركاء، وإذا كانت الشركة قد باشرت بنشاطها فربحت أو خسرت فيتم توزيع الأرباح أو الخسائر وفقا لأحكام القانون، وبذلك يجعل هذا البطلان الشركة من العدم فلا يمكن أن تكون فيه إجازة ولا يخضع كذلك للتقادم كما أن للقاضي الصلاحية أن يقضي به من تلقاء نفسه[2].

([1]) بلحاج العربي، نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص50.

([2]) صفوت الهمساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بني يوسف، 2007، ص21.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

هذا النوع من البطلان يكون نتيجة تحقق إحدى هذه الأسباب **(أولا)**، ويترتب عليه أحكام **(ثانيا).**

أولا: أسبابه:

يعتبر عقد الشركة الفعلية باطلا نسبيا إذا كان الشريك المتعاقد ناقص الأهلية أو إذا شاب إرادة الشريك عيب من عيوب الرضا كغلط أو إكراه أو تدليس عند تكوين الشركة ويعتبر هذا النوع من البطلان نسبيا لأنه لا يؤثر على التزام الشريك ناقص الأهلية أو الواقع في الغلط أو الإكراه دون غيره من الشركاء، كما أن لهذا الشريك حق طلب البطلان أو إجازة العقد[1].

ثانيا: أحكامه:

يعد عقد الشركة الفعلية عقدًا صحيحا ومنتجا لكافة أثاره غير أنه مهدد بالزوال والإبطال والحق في طلب إبطال العقد مقصور على الشريك الذي شرع البطلان لمصلحته ويزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ولا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها، ويسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات ويبدأ سريان المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، ولا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد[2].

الفرع الثالث: البطلان الخاص

يتميز البطلان في الشركة الفعلية بكونه بطلان خاص والذي سوف نعرفه **(أولا)**، ويتقرر إذا ما تحققت أسبابه **(ثانيا)**، كما سنتطرق إلى خصوصية هذا البطلان طبقا للقانون المدني والقانون التجاري **(ثالثا).**

([1]) سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص94.

([2]) المادة 101 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

أولا: تعريفه:

يعد هذا البطلان خاص بعقد الشركة فقط وهو ليس بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي وإنما هو مجموعة قواعد خاصة تتضمن تحريرًا في الأحكام العامة لنظرية البطلان[1]، وهذا البطلان يتقرر إذا تخلف ركن الشكلية كعدم كتابة العقد أو عدم القيد في السجل التجاري أو النشر.

ثانيا: أسباب تقرير البطلان الخاص

يتقرر هذا البطلان إذا تخلف ركن الشكلية أي عدم كتابة عقد الشركة أو عدم القيد في السجل التجاري والنشر بالنسبة للشركات التجارية، وسمي بطلانا من نوع خاص لأنه لا يشبه البطلان المطلق من جهة، ولا البطلان النسبي من جهة أخرى، ولا هو ببطلان مطلق، وأساس ذلك أن المحكمة لا تستطيع إثارته من تلقاء نفسها ولا هو بطلان نسبي أساس ذلك أن الغير يستطيع التمسك به[2].

ثالثا: خصوصية البطلان من نوع خاص

يقع عقد الشركة باطلا إذا لم يكن مكتوبا ويقع كذلك باطلا إذا لم يتم شهر عقد الشركة خلال 30 يوم من إنذار الشركة للقيام بإتمام الإجراءات الشكلية، وذلك إعمالا بنص المادة 739 من ق . ت . ج وتتلخص خصوصية البطلان من نوع خاص فيما يلي[3]:

أ- ليس للمحكمة أن تقضي بالبطلان الناشئ عن إهمال الإجراءات الشكلية من تلقاء نفسها، وإنما يجوز لكل شريك أن يتمسك بالبطلان في مواجهة باقي الشركاء، ولكن لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان قبل الغير[4].

([1]) سامي عبد الباقي الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص63.

([2]) عمرون رقية، يعقوني وفاء كميلية، المرجع السابق، ص24.

([3]) المادة 739 من أمر رقم 59- 75 السالف الذكر

([4]) عمار قندوز، المرجع السابق، ص664.

ب- إذا تخلفت إجراءات النشر الخاصة بعقد الشركة أو المداولة يؤدي ذلك إلى بطلان الشركة بطلانا خاصا يقبل التصحيح ويجوز للغير التمسك به كما يجوز للشركاء في مواجهة بعضهم البعض وتطبيق لذلك يحق لكل شريك عند مطالبته بالوفاء بحصته أو ما تبقى الدفع بالبطلان لعدم الشهر.[1].

المطلب الثاني

حدود تطبيق نظرية الشركة الفعلية

لم يعترف القضاء في جميع حالات البطلان بوجود الشركة الفعلية، بل هناك أسبابا للبطلان لا يجوز معها الاعتراف بوجود الشركة، لهذا سيكون محور دراستنا من خلال هذا المطلب بإبراز حالات الاعتراف بقيام نظرية الشركة الفعلية في **(الفرع الأول)**، وثم الانتقال لحالات عدم الاعتراف بهذه النظرية في **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: حالات الاعتراف بقيام نظرية الشركة الفعلية

اعترف المشرع بقيام نظرية الشركة الفعلية في بعض حالات البطلان وذلك في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها في الحالات التالية:

أولا: الحالة الأولى: البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية.

أ- انعدام شرط الكتابة: تكون شركة فعلية إذا كان بطلانها مؤسسا على عدم إدراج عقدها في مستند خطي رغم أنه هذا مخالف لنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي اشترطت الكتابة في عقد الشركة وإلا كانت باطلة، ولكن بوسع الشركاء من أجل تصفيتها فيما بينهم اللجوء إلى كافة طرق الإثبات لإثبات وجودها الواقعي[2]، كما أنه لا يجوز

([1]) أكلي نعيمة، خصوصية بطلان عقد الشركة التجارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09 ، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البويرة ، 2022، ص871.

(2) الياس ناصيف، موسوعة شركة التجارية، الأحكام العمل للشركة، ج1، دار النشر، لبنان، د.ب.ن 1994، ص204.

للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير حسن النية ولا فيما بينهم إلا من وقت طلبه من أحدهم وعليه يترتب على هذا البطلان قيام الشركة الفعلية[1].

ب- انعدام إجراءات الشهر: رتب المشرع الجزائري بطلان الشركة على عدم إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة 548 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر والتي جاء فيها: "**يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة**" وعليه فحسب هذه المادة فالشركة التي لم تخضع لهذا الإجراء تعتبر باطلة، وهذا البطلان هو من نوع خاص، وفي حالة ما إذا تقرر البطلان لعدم الشهر، تقوم الشركة الفعلية وتكون تصرفاتها صحيحة وملازمة للشركاء والغير[2].

ثانيا: الحالية الثانية: البطلان بسب نقص الأهلية أو عيوب الرضا

إذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو عيب شاب رضاه فالشركة كأنها لم تكن بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو الشريك الذي شاب العيب رضاه، أما لباقي الشركاء فتعتبر الشركة في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها قائمة فعلا[3].

أجمع الفقه والقضاء على أن بطلان شركة من شركات الأشخاص بسبب نقص الأهلية أو عيب في رضاه يستتبع رد مقدماته وقيام شركة فعلية بين سائر الشركاء إذا كان قد قضى بالبطلان النسبي بعد انطلاق الشركة وممارسة بعض الأعمال[4].

(1) عليوة رابح، المرجع السابق ص5.

(2) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق ، ص172.

(3) فريد العريني، المرجع السابق، ص67.

(4) الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص209.

الفرع الثاني: حالات عدم الاعتراف بقيام نظرية الشركة الفعلية

رغم أن المشرع اعترف في بعض الحالات بقيام نظرية الشركة الفعلية لكن الراجح فقها وقضاءا لا محل للاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الحالات التالية:

الحالة الأولى: البطلان المبني على عدم توفر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة.

إذا كان البطلان مبنيا على عدم توفر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس البطلان وإنما انعدام وجود الشركة نظرا لفقدانها المقومات والأسس التي تقوم عليها لتصبح شخص معنوي يتمتع بكيان مستقل[1]، فعدم توفر ركن تعدد الشركاء وانعدام تقديم الحصص يعني أن الشركة لم تقم أصلا، فلا يتصور الحديث من شركة واقعية وكذلك الحال فيما لو انعدمت نية المشاركة فلا محل لقيام شركة فعلية فعدم توفر هذه الشروط ينفي فكرة الشركة ذاتها فلا تقوم لا فعلا ولا قانونا[2].

الحالية الثانية: القضاء ببطلان الشركة قبل مباشرة نشاطها.

إذا تحقق سبب بطلان الشركة وقضي ببطلانها قبل أن تباشر أي نشاط لها فلا محل للكلام عن شركة فعلية، بل يكفي عندئذ إعادة الحصص لمقدميها وتوزيع نفقات التأسيس بين الشركاء بنسبة حصصهم، يشترط أن تكون الشركة تكونت فعلا ودخلت في معاملات مع الغير، وبناء على ذلك لا مجال للأخذ بهذه النظرية إن لم تكن الشركة قد شرعت في نشاطها إذ تنفي العملية من عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان[3].

([1]) نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري ، شركات أشخاص، دار هومة ، الجزء الأول، الجزائر، 2008، ص48.

([2]) فريد العريني، المرجع السابق، ص35.

([3]) الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص215.

الحالة الثالثة: البطلان القائم على سبب يتعلق بالنظام العام أو يخالف أحكام القانون.

لا تنطبق نظرية الشركة الفعلية في حالة بطلان الشركة بسبب مشروعية المحل الذي تنشأ الشركة وذلك باستغلال مشروع مخالف للنظام العام أو الآداب مثل الاتجار بالمخدرات أو إدارة محل للقمار، أو عدم مشروعية سبب الشركة بأن يكون الباعث الدافع لدى الشركاء من الدخول في الشركة ليس النية لتحقيق الأرباح، ولكن لأمور غير مشروعة كتخريب الاقتصاد الوطني، وفي كل هذه الحالات يكون لبطلان الشركة أثره المطلق في الماضي والمستقبل على السواء ولا يكون هناك مجال للحديث عن الشركة الفعلية[1].

المطلب الثالث

آثار تطبيق نظرية الشركة الفعلية

يقوم النظام القانوني للشركة الفعلية على أنها شركة صحيحة في الفترة ما بين تأسيسها إلى تاريخ المطالبة ببطلانها وهو ما يرتب جملة من الآثار تختلف باختلاف طرف ومجال انصرافها ، ولذلك لا بد من البحث في مسألتين الأولى تخص الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد إلى غاية الحكم بالبطلان سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء **(الفرع الأول)** أو بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصين **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية (بالنسبة للشركة والشركاء)

ينجم على وجود الشركة الفعلية آثار على قدر كبير من الأهمية سواء بالنسبة للشركة (أولا) و بالنسبة للشركاء **(ثانيا)** وسنعرض فيما يلي هذه الآثار.

أولا: بالنسبة للشركة : تعتبر الشركة الفعلية وكأنها شركة صحيحة ، بكل ما يترتب عليها من نتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- تحتفظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية المعنوية، وبذمتها المالية.

([1]) فريد العريني، المرجع السابق، ص36.

2- تبقى الشركة محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته عند التأسيس كما لو كانت شركة صحيحة وبالتالي فإن البطلان[1] لا يغير من شكلها أو نوعها، أي تبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء.

ثانيا: بالنسبة للشركاء: وتعد الشركة قائمة بين الشركاء قبل المطالبة بإبطال عقد الشركة وينتج عن ذلك أن أثرها يسري على الشركاء، وإن من حق هؤلاء أن يقتسموا الربح إن وجد كما أنه تطبق القواعد التي نص عليها عقد الشركة من أجل تصفيتها وقسمتها [2].

الفرع الثاني: آثار الاعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين.

إن آثار الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية لا تتوقف على الشركة والشركاء فقط بل هناك آثار تمتد إلى الغير **(أولا)** الذي تعامل مع الشركة ودائني الشركاء **(ثانيا)** .

أولا: بالنسبة للغير: تعد التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لأثارها إلى غاية الحكم بالبطلان ويجوز للغير التمسك ببقاء الشركة تفاديا لمزاحمة الدائنين الشخصين للشركاء، والتمسك ببطلانها حتى يتمكن من التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد التصفية نتيجته الحكم ببطلانها[3].

وإذا تمسك بعض الغير بصحة الشركة وآخرون ببطلانها رجح البطلان، إذ يتعذر تكريس وجود الشركة وصحة تصرفاتها قبل الحكم ببطلانها، كما أنه باستطاعة الغير تبين أسباب البطلان فيما لو بذلوا العناية في الوقوف على أوضاع الشركة[4].

ثانيا: بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين.

إن لدائني الشركاء الشخصيين الحق في التمسك بالبطلان والدفاع عن مصالحتهم، فمتى أبطلت الشركة وصفيت أصبحت حصة الشريك المدين قابلة للحجز عليها من قبلهم ، وإذا تمسك بعض دائني الشركة الشخصيين ببطلانها والبعض الأخر ببقائها تعين تغليب البطلان

(1) راج عليوة، المرجع السابق، ص10.

(2) جمال الدين مكناس، القانون التجاري، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية - سوريا - 2018 - ص 50.

(3) نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 22.

(4) جمال الدين مكناس، المرجع السابق، ص 6.

وذلك وفقا للقاعدة العامة التي تقضي بحماية الغير، وللدائنين الشخصيين التمسك بالبطلان بأحد الطريقتين:

الطريقة الأولى: بطريق الدعوى غير مباشرة: إذ أنهم لا يستطعون التمسك بهذا البطلان إذا تمسك دائني الشركة ببقائها وذلك لان مدينيهم لا يستطعون الاحتجاج ببطلان الشركة قبل دائني الشركة.

الطريقة الثانية: بطريق دعوى مباشرة: فتكون ببطلان الشركة باعتبارهم من الغير[1].

(1) أحمد عبد الله سليم الحبوري، المرجع السابق، ص239.

المبحث الثاني

انقضاء الشركة الفعلية

تتمتع الشركة التجارية بالشخصية الاعتبارية فلها كيان قانوني مستقل، فهي كالشخص الطبيعي تحيا وتموت، فبانقضاء الشركة تنتهي الرابطة القانونية التي تربط بين الشركاء وانقضائها يعود إلى مجموعة من الأسباب، منها أسباب مباشرة وأسباب غير مباشرة وهذا ما ستطرق إليه في **(المطلب الأول)** المعنون أسباب انحلال الشركة الفعلية، كما يترتب على انقضاء الشركة أيا كان سبب زوالها ضرورة قسمة أموالها وتصفيتها، ولهذا خصصنا **(المطلب الثاني)**، وكما يتم في الأخير قسمتها **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

أسباب انقضاء الشركة الفعلية

تنقضي الشركة الفعلية بذات الأسباب التي تنقضى بها جميع الشركات، والتي تنقسم إلى الأسباب المباشرة **(الفرع الأول)**، والأسباب الغير مباشرة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الأسباب المباشرة.

تنحل الشركة الفعلية بالأسباب المباشرة في حالة بطلان العقد (أولا)، أو بالأسباب القانونية التي تنتهي بها الشركات التجارية (ثانيا).

أولا : بطلان عقد الشركة.

يعد البطلان السبب الرئيسي والمباشر لانقضاء الشركة التجارية الفعلية، فإذا تمسك الغير بحقه بالبطلان فإن القاضي ملزم بالاستجابة لطلب البطلان وذلك بالإسناد إلى المادة 418 فقرة 2 من ق.م.ج، بالإضافة إلى المادة545 من ق، ت ج والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه: ***«لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة، البطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي في حالة نقص الأهلية أو عيوب الإرادة»***، كذلك حالة البطلان الخاص فإذا حكم القضاء ببطلان الشركة الفعلية يكون له حجية مطلقة في مواجهة الغير، كما أن آثار البطلان في الماضى تعتبر صحيحة لكافة آثارها القانونية قبل

الحكم ببطلانها أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية التسوية أعمالها وتصفيتها،فتختفي الشركة من الوجود[1].

ثانيا: الانحلال بالأسباب القانونية

1-الانحلال

قد يطرأ على الشركة ظروف أو أحداث تؤدي إلى عدم استمرارها ويترتب عليها انحلال الشركة، وإن كانت مرتبطة بالشركة القانونية إلا أن ذلك يضع تطبيقها على الشركة الفعلية لا سيما تلك الشركة التي تنشأ صحيحة وتباشر نشاطها ثم تنهار لسبب من أسباب البطلان مما يجعل وجودها فعليا بعد أن كان قانونيا، أو تلك الشركة التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في الواقع لمدة معينة ثم يظهر سبب قانوني يلجأ فيه الشركاء لحلها، وتنقسم هذه الأسباب القانونية إلى أسباب عامة وأسباب خاصة.

أ- الانحلال بالأسباب العامة:

- **انتهاء المدة المحدد للشركة:**

إن مدة الشركة يتم تعيينها في العقد التأسيسي، أو في عقد لاحق بشرط أن تتجاوز ميعاد 99 سنة وذلك وفق ما نصت عليه المادة 546[2] من ق. ت. ج ، لكن هذا فيما يخص شركات الأموال، أما شركات الأشخاص فمدتها تتراوح ما بين 5 إلى 25 سنة دون أن تتجاوز 30 سنة وهذا راجع لطبيعة الشركات القائمة على الإعتبار الشخصي[3].

تنتهى الشركة بإنتهاء الميعاد الذي عين لها لتحقق الهدف الذي أنشأت لأجله وهذا ما أقرته المادة 437 من ق م ج [4].

([1]) محمد فتاحي، المرجع السابق، ص 106.

([2]) المادة 546 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

([3]) عمار عمورة، شرح القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر، 2010، 158.

([4]) انظر المادة 437 من ق م ج. السالف الذكر

- **تحقيق الغرض الذي أنشأت الشركة التجارية من أجله.**

تنشأ الشركات التجارية لتحقيق هدف معين أو لإنجاز مشروع ما ومتى تحقق هذا الغرض بشكل نهائي ينتفي سبب وجودها، ولكن قد يستمر الشركاء على القيام بعمل من الأعمال التي تأسست من أجلها الشركة فتعتبر الشركة ممتدة سنة فسنة بالشروط ذاتها ويجوز لدائني أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 437 من ق . م . ج [1].

- **هلاك مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه.**

تعد أموال الشركة من المقومات الأساسية لوجودها واكتسابها الشخصية المعنوية، كما تعتبر عنصرا جوهريا لاستمرارها لكن تهلك هذه الأموال لسبب من الأسباب مما يؤدي حتما لانقضائها وهذا ما قضت به المادة 438 من ق . م .ج ويلاحظ من نص المادة 438 أنه ليس من الضرورة أن يهلك كل مال الشركة لتنحل بل يكفي أن يكون الهلاك جزئيا في هذه الحالة يتم النظر إلى أهمية الجزء المتبقي ومدى قدرة الشركة على مواصلة نشاطها [2].

- **تخلف ركن تعدد الشركاء**

إذا اجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنقضي الشركة بقوة القانون حيث لا يجوز تكوين شركة بوجه عام إلا بوجود شريكين على الأقل، استثناءا لكن أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس بشخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلاّ في حدود ما قدموا من حصص[3].

- **اتفاق الشركاء على حل الشركة**

يمنح القانون للشركاء حق في حل الشركة في أي وقت ويعد هذا الحق بديهيا طالما أن الشركاء هم الذين أنشئوا الشركة بإرادتهم فإنهم يستطيعون حلها متى أرادوا، وهذا ما تنص عليه

([1]) راجع المادة 437 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر.

([2]) المادة 438 من ق م ج، السالف الذكر

([3]) المادة 564 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

المادة 440 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه: « ***وتنتهي الشركة أيضا بإجماع الشركاء على حلها*** ».

- **الحل القضائي وفصل الشريك**

1- **الحل القضائي:** يملك القضاة سلطة حل الشركة ويعتبر ذلك فسخا لها، فالشركة كسائر العقود تنشأ التزامات متقابلة فإذا لم ينفذ جانب ما عليه من التزامات كان للقاضي أن يفسخ العقد[1].

2- **فصل الشريك:** قد يكون الشريك المعترض عليه قد أوفى بجميع التزاماته ولم يصدر غش أو خطة يبرر فصله، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أساسا معقولا لهذا الرفض، فيجوز لأي شريك آخر في هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة لأجل جديد[2].

ب- **الأسباب الخاصة:**

1-**موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه**: تنقضي الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه، بحيث يعتبر موت أحد الشركاء في الشركات التجارية القائمة على الاعتبار الشخصي سببا لانقضائها وبالتالي فزوال هذه الشخصية يؤدي إلى انحلال الشركة، ولا يجوز الاتفاق في حالة ما إذا مات الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كان قاصر[3].

2- انسحاب أحد الشركاء: جاء في المادة 440 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر أنه تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذ كانت مدتها غير محدودة وذلك بمجر إعلان رغبته في الانسحاب غير أن الشريك لا يمكنه استعمال هذا الحق إلا إذا توفرت فيه

([1]) المادة 439 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر

([2]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 382.

([3]) المادة 564 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

شروط كأن يعلن مسبقا عن إرادته في الانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الأمر وهذا لمبدأ حسن النية .

كما يجب أن يكون الانسحاب على حسن نية، وأن يكون في الوقت المناسب فلا يصح الانسحاب الذي يشوبه غش.[1].

الفرع الثاني: الأسباب الغير مباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء إلى إصلاح العيب الموجود في الشركة، وتتحول الشركة المعتلة بذلك إلى شركة قانونية مهما كان نموذج الشركة، ومهما كان العيب الموجود فيها فقد يكون متعلق بالشركة بأكملها كأن يلجأ الشركاء إلى تكوين نوع من الشركات لا يجيز القانون تكوينها، وقد يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوينها، أو بسبب يتعلق بصفقة الشركاء[2]، ولهذا سوف نتناول **(أولا)** في حالة تعلق العيب بصفة الشرك، **(ثانيا)** عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة.

أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك

كأن يكون الأطراف ممنوعين من تكوين الشركة التجارية بسب يعود إلى صفة يحملها الشريك يمنع القانون عليه أن يكون عنصرا في مثل هذه الشركات،كصفة الأطباء أو المحامين الممنوعين من تكوين شركة تجارية فإذا لجأ الأطرف لتحويلها إلى شركة مدنية يسمح لهم القانون بإنشائها وبالتالي تتحول الشركة الفعلية من شركة قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة[3].

ثانيا: عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة.

يحدث في حالة كون رضا أحد الشركاء مشوبا بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه الغلط التدليس، الغبن)، أو أن يمتنع أحد الشركاء عن دفع حصته للشركة، فلو كان أحد الشركاء

([1]) المادة 440 من أمر 75-58 السالف الذكر.

([2]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص 202.

([3]) سمسوم نسيمة، المرجع السابق، ص46.

ناقص أهلية وكان رضاه معيبا فإن إصلاح العيب يتم عند موافقة الشريك ناقص الأهلية على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد وعندئذ تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.

أما البطلان بسبب عدم تقديم حصة الشريك فيمكن تصحيحه بقيام الشريك بتقديم حصته ويترتب على ذلك تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية[1].

المطلب الثاني

تصفية الشركة الفعلية وقسمته

يعتبر تصفية الشركة نتيجة طبيعية لحلها بحيث تنتقل بعد الحل إلى مرحلة التصفية بغض النظر عما إن كانت ناتجة عن بطلان الشركة الفعلية أم لا، بعدها تأتي عملية القسمة فبعد الوفاء بديون الشركة ورد القروض يصبح الباقي مملوكا للشركاء كل منهم بقدر نصيبه وتحصل القسمة بينهم.

نتطرق إلى تصفية الشركة الفعلية **(الفرع الأول)**، ثم نتعرض لقسمة أموال الشركة الفعلية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية

إن عملية التصفية من الأعمال اللازمة لتحديد صافي أموال الشركة لقسمة ما تبقى من الأموال وذلك بعد أن تشمل سداد ديون الشركة سواء كانت على عاتق الشركة أو الشركاء، وسنتناول من خلال هذا الفرع **(أولا)** مفهومها ثم النظام القانوني للمصفي **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم التصفية

يجب تحديد مفهوم التصفية نظرا لأهميتها في انقضاء الشركات لأنها المرحلة الأخيرة التي ستعطي لكل شخص له علاقة بالشركة حقه.

([1]) سمسوم نسيمة، المرجع السابق، ، ص46.

1- تعريف تصفية الشركة التجارية

أ- فقهيا:

- عرفها الدكتور مصطفى كمال بأنها مجموعة من العمليات اللازمة لتحديد الصافي من أموال الشركة الذي يوزع بين الشركاء بما في ذلك إنجاز الأعمال الجارية واستفاء حقوق الشركة والوفاء بديونها[1]، وهناك من يرى ان التصفية هي مجموع الأعمال التي من شأنها تحديد حقوق الشركة قبل الشركاء، وقبل الغير للمطالبة بها، وكذلك ديونها قبل الغير، وإذا ما نتج عن هذه العمليات بقاء موجودات بالشركة فإن مهمة المصفي هي تحديد الموجودات وتحويلها لمبالغ مالية تمهيدا لقسمتها بين الشركاء، أي هي تحديد صافي أموالها الذي يوزع على الشركاء[2].

ب- تعرف التصفية قانونا:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للتصفية ولكن أشار إليها في نص المادة 766 من القانون التجاري الجزائري وجاء فيها:

« تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، ويتيح عنوان واسم الشركة بالبيان التالي: شركة في حالة تصفية.

- ***وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها.***
- ***ولا ينتج حل الشركة آثاره على الغير إلا إبتداءا من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري».*** ومن خلال هذا التعريف القانوني يمكن تعرف التصفية بأنها انتهاء او حل الشركة مع إبقائها على الشخصية المعنوية مؤقتا لاحتياجات التصفية.

2- أصول تنظيم التصفية:

تتم التصفية بطريقتين نص عليها المشرع في القانون المدني، فنجد المادة 443 منه تنص على ما يلي: ***«تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبنية في العقد فإن خلا من حكم خاص تتبع الأحكام التالية»،*** كذلك نص عليها في القانون التجاري من خلال المادة

([1]) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 343.

([2]) سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص234.

765 حيث جاء في مضمونها: ***« مع مراعاة أحكام هذه الفقرة، تخضع تصفية الشركة للأحكام التي يشتمل عليها القانون الأساسي».***

أ- التصفية الاختيارية:

نص القانون التجاري على طريقة التصفية الاختيارية أو الودية حيث جاء في مضمون الفقرة الأولى من نص المادة 782 منه ***« يعين مصفي واحد أو أكثر من طرف الشركاء إذا حصل الانحلال مما يضمنه القانون الأساسي أو إذا قرره الشركاء»*** وفي هذه الحالة يجب إتباع العقد التأسيسي للشركة لتنظيم تصفيتها.

يعين المصفي من طرف الشركاء ولهم حرية مطلقة وفقا للعقد التأسيسي ويكون ذلك من خلال:

- بإجماع الشركاء في شركة التضامن
- بأغلبية رأس مال الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة
- بشرط النصاب القانوني فيما يخص الجمعيات العامة العادية في شركات المساهمة [1].

ب- التصفية القضائية:

كما يتضمن القانون التجاري النص على الطريقة الإجبارية لعملية التصفية حيث جاء في نص المادة 778: ***« في حالة إنعدام الشروط المدرجة في القانون الأساسي أو الاتفاق الصريح بين الأطراف تقع تصفية الشركة المنحلة طبقا لأحكام هذه الفقرة وذلك من دون الإخلال بتطبيق الفقرة الأولى من هذا القسم.***

كما أنه يمكن الحكم بأمر مستعجل بأن هذه التصفية تقع بنفس الشروط المشار إليها أعلاه بناء على طلب من:

1- أغلبية الشركاء من شركة التضامن.

2- الشركاء الممثلين لعشر رأسمال على الأقل من شركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة.

([1]) المادة 782 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

3 - دائني الشركة.

وتعتبر في هذه الحالة أحكام القانون الأساسي المخالفة لهذا القسم كأن لم تكن» .

ثانيا: النظام القانوني للمصفي.

1- تعيين المصفي:

يتم تعيين المصفي من طرف القاضي أو عم طريق الشركاء لتكليفه بمهام تصفية الشركة، حيث يتم تعيين المصفي من قبل الشركاء في عقد الشركة التأسيسي وذلك وفقا لنص المادة 782 منا ق . ت .ج[1]، وإن لم يتفق الشركاء في تعيين المصفي في عقد الشركة الأساسي فيعود للقضاء عندئذ أن يوكل أمر التصفية إلى شخص أجنبي عن الشركة حيث ورد في نص المادة 783 من ق . ت.ج أنه: ***« إذا لم يتمكن الشركاء من تعيين مصف فإن تعيينه يقع بأمر من رئيس المحكمة».***

كما يجوز لكل من يهمه الأمر أن يرفع معارضة ضد الأمر في أجل خمسة عشرة يوما اعتبارا من تاريخ نشره طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 757، وترفع هذه المعارضة أمام المحكمة التي يجوز لها أن تعين مصفيا آخر[2].

2- نشر تعيين المصفى:

إن الهدف من نشر تعيين المصفي هو إطلاع الغير على شخصيته، وهم من أصحاب المصلحة في ذلك[3]، وبمقتضى المادة 767 من ق. ت. ج ينشر أمر تعيين المصفي في أجل شهر من تاريخ هذا التعيين في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، يجب أن يتضمن النشر كل المعلومات المتعلقة بالشركة عنوانها ونوعها وسبب التصفية، اسم المصفى، رقم قيد الشركة في السجل التجاري، مبلغ رأس المال، ومكان إيداع الأوراق المتعلق بالتصفية[4].

([1]) المادة 782 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

([2]) المادة 783 من الأمر نفسه.

([3]) إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع عشرة، تصفية الشركات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2011، ص100.

([4]) المادة 787 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

3- مهمة المصفي

تنحصر مهمة المصفي في مطالبة الشركاء بالباقي من حصصهم إذا اقتضت ذلك أعمال التصفية بشرط مراعاة المساواة بينهم والقيام بجميع ما يلزم للمحافظة ما يلزم للمحافظة على أموال الشركة وحقوقها كما يلتزم بالوفاء بما على الشركة من ديون[1].

4-عزل المصفي:

من البديهي أن تنتهي مهمة المصفي بإقفال التصفية ولكنها قد تنتهي أيضا بأسباب أخرى تتعلق إما بشخصه أو بإرادة الشركاء أو بقرار قضائي، فيما يتعلق بالشخص المصفي من أسباب انتهاء مهمته وفاته أو عجزه أو إستقلاله، أما فيما يتعلق بإرادة الشركاء تقضي القاعدة العامة أنه يحق للشركاء عزل المصفي وذلك وفق شروط وبحسب نوع الشركة، أما وفقا للقرار القضائي فإذا عين بقرار لا يصح عزله إلا من قبل السلطة الذي عينته[2].

ثالثا: إفلاس الشركة الفعلية.

عند الانتهاء من عمليات التصفية ويتبين أن الشركة الفعلية معتلة نكون أمام مشكلة تتعلق بإفلاس الشركة الفعلية، والإفلاس هو عبارة عن نظام التنفيذ على المدين الخاضع لنظام الإفلاس سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ويتوقف عن دفع ديونه وترمي قواعد هذا النظام إلى التصفية وتوزيع أموال الشركة بين الدائنين ما دامت مراكزهم القانونية بالنسبة لديونهم متساوية، ويطبق هذا النظام على شركات الأشخاص وشركات الأموال[3].

تخضع إجراءات إفلاس الشركة الفعلية إلى ذات النظام الذي يخضع له إفلاس الشركات سواء من حيث شروط الإفلاس أو آثاره أو أشخاص التفلسة أو أموالها[4] كما أنه إذا تم إشهار إفلاس الشركة الفعلية خلال فترة التصفية يتم وضع اليد على أموالها وكل موجوداتها، كما ستعامل معاملة الشركة المنحلة انحلال طبيعيا[5].

([1]) سميحة القيلوبي، المرجع سابق، ص247.

([2]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص102.

([3]) خالد عفان، المرجع السابق، ص 165.

([4]) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص458.

([5]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص244.

طبقت محكمة النقض المصرية فكرة نظرية الشركة الفعلية على شركة تضامنية باطلة لعدم اتخاذ إجراءات شهرها فقضت على ما يلي: إذا كانت المحكمة قد أثبتت أن شركة الطاعن الأول فعلية هي شركة تضامن واقعية لها عنوان ظاهر تعاملت به مع المطعون عليها كما اشترك كل من شركائها في نشاط تجاري، فإنه يكون صحيحا كما قررته المحكمة، من أن هذه الشركة التضامنية الفعلية شخصية معنوية تبرر الحكم بإشهار إفلاسها بناء على طلب الشركة هي دائنة لهذه الشركة ورأت في هذا طلب تحقيق مصلحة لها[1].

رابعا: علاقة الشركاء بالغير أثناء مرحلة التصفية.

تختلف علاقة الشركاء بالغير في مرحلة التصفية باختلاف العلاقة المترتبة عن الشركة حيث يمكن أن تكون هذه العلاقة بين الشركاء كما يمكن أن تكون بين الشركة والغير.

1- في العلاقة بين الشركاء .

تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة فتتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها سواء فيما يتعلق بالشركاء أو بالنسبة للغير[2].

يترتب على تصفية الشركة الفعلية تقسيم الأرباح والخسائر بين الشركاء ويكون ذلك على ضوء ما تضمنه عقد الشركة من الشروط وكذلك الحال فيما لو كان سبب البطلان يرجع إلى تخلف ركن الكتابة أو الشهر[3].

2-علاقة الشركة مع الغير:

تعد جميع التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لآثارها وتسري في مواجهة الغير لكنه لا يستطيع أن يتمسك ببطلان الشركة لكي يتخلص من التزاماته تجاه الشركة وهذا بخلاف ما إن كان الغير دائنا شخصيا لأحد الشركاء، أو من دائنين الشركاء الشخصين.

([1]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص246.

([2]) نادية فوضيل، المرجع السابق، ص45.

([3]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص237.

- **إذا كان الغير من الدائنين الشخصين:** إذا كان مقررا بالنسبة للشركاء أنهم يستطعون الاحتجاج ببطلان الشركة فيكون ذلك محصورا بينهم فقط، ويترتب على عدم جواز تمسك الشركاء ببطلان الشركة في مواجهة الدائنين أن تكون التصرفات التي أبرمتها الشركة صحيحة ومنتجة لآثارها وبالتالي يحق للدائنين مطالبة الشركاء بتنفيذ العقود التي تعهدوا بها للشركة[1].
- **إذا كان الغير من دائني الشركاء الشخصين:** يحق لدائني الشركاء الشخصين التمسك بالبطلان، إذ كان لهم مصلحة في ذلك وتمثل هذه المصلحة في التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد التصفية إثر الحكم بالبطلان[2].

قد يكون لدائني الشركاء الشخصين مصلحة في التمسك بقيام الشركة الفعلية، كما لو أدى وجودها إلى زيادة حقوق مدينيهم الشركاء عند التصفية عن الحصص المقدمة منهم، أو عندما ينال الشريك المدين نصيبا من الأرباح ، لدى قسمة الشركة بالاستناد إلى أحكام العقد، يتعدى النصيب الذي يعود له بإجراء القسمة بنسبة الحصص المقدمة [3].

الفرع الثاني: قسمة أموال الشركة الفعلية.

بعد إتمام عملية التصفية تأتي مرحلة قسمة الأموال المتبقية، إذ لابد من تحديد مصيرها فلا يمكن اعتبار ما تبقى من أموال الشركة كأنه معدوم وغير موجود، سوف نعرض تعريف القسمة **(أولا)**، ثم ذكر طريقة قسمة أموال التصفية **(ثانيا).**

أولا: تعريف القسمة:

يقصد بالقسمة في مجال الشركات إيصال كل شريك إلى حقه في أموال الشركة المنقضية ففي عملية تتبع التصفية، ويتفق الشركاء عادة على من يتولى القسمة وغالبا ما يسندونها إلى

([1]) سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص239.

([2]) نادية فوضيل، المرجع السابق، ص55.

([3]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص231.

المصفي نفسه، فيعد وكيلا عن الشركاء لأن الشركة زالت من الوجود تماما كشخص اعتباري بعد انتهاء التصفية[1].

ثانيا: طريقة قسمة أموال التصفية.

تكون طريقة القسمة بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في عقد الشركة إذ كان يتضمن بندا، وفي حالة غياب هذا الأخير فإن القسمة تتم بعد سداد الأسهم أو حصص الشركة بين الشركاء بنفس نسب مساهمتهم في رأس مال الشركة. [2]

وتكون طريقة التوزيع أو القسمة على النحو التالي:

1-**توزيع الأرباح والخسائر:** بعد استرداد الشركاء لحصصهم ويبقى شيئا من المال يتم تقسيمه بين الشركاء بنسبة كل واحد في الأرباح التي تم تحديدها في العقد. [3]

في حالة ما إذا كانت أموال الشركة غير كافية للوفاء بحصص الشركاء يعني أن الشركة في حالة خسارة ففي هذه الحالة يتم توزيع الخسائر على الشركاء بحسب ما اتفقوا عليه إعمالا بنص المادة 447 فقرة 4 من ق . م .ج.

يجوز للشركاء الاتفاق على توزيع الأرباح والخسائر بالتساوي بينهم بالرغم من عدم التساوي في الحصص، وفي حالة ما إذا كان العقد يتضمن على نسبة الربح دون خسارة اعتبرت نسبة الربح المحددة أيضا هي نسبة الخسارة ونفس الشيء في حالة ما إذا لم تتحدد نسبة الخسارة دون الأرباح[4].

2- توزيع ما يعادل حصص الشركاء:

تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا سواء تمت القسمة بصورة ودية أو بواسطة القضاء، يجب أن يوزع على الشركاء بعد استفاء ديون الشركة ما يعادل قيمة الحصص المقدمة

([1]) جمال الدين مكناس، المرجع السابق، ص101.

([2]) المادة 793 من أمر رقم 75-59 السالف الذكر.

([3]) المادة 3/447 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر.

([4]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص118.

من كل منهم عند تأسيس الشركة، والتي كانت تشكل رأس مالها، فهذه الحصص تستحق للشركاء فور انتهاء التصفية وسداد الديون[1].

أما إذا قدم الشريك حصته على سبيل الانتفاع فإنه يستردها قبل القسمة، وفي حالة هلاك الشيء وجب رد قيمتها إليه وقت الهلاك من صافي أموال الشركة قبل قسمتها، وإذا ارتفعت قيمة الحصة طوال مدة عمل الشركة تدخل القيمة الزائدة في فائض الموجودات بعد استفاء الشركاء لحصصهم[2].

ثالثا: أشكال القسمة.

يمكن أن تتخذ القسمة أحد الأشكال التالية:

1-القسمة الاتفاقية:

يمكن أن تجري القسمة تدريجيا، إذا اتفق عليها الشركاء وكانوا كلهم حاضرين، ومن ذوي الأهلية، أما إذا كان بينهم غير ذي أهلية أو غائب غيبة متقطعة، فلا تكفي موافقة ممثله الشرعي بل يجب أن يحكم القاضي المدني بالتصديق على القسمة لتصبح نافذة، أما إذا اختلف الشركاء على القسمة أو لم يصدق القاضي عليها إذا كان من بين الشركاء من هو غائب أو غير ذوي الأهلية فلا مجال لإجراء القسمة حبيا ويقتضي إجراءها قضائيا[3].

2-القسمة القضائية:

إذا لم يتفق الشركاء على القسمة رضائيا جاز للمصفي أو لأي من الشركاء مراجعة المحكمة المدنية لقسمة أموال الشركة عينا، أو مباشرة إجراءات بيعها في المزاد العلني وتوزيع الثمن على الشركاء كل ذلك مع مراعاة أحكام عقد الشركة واتفاق الشركاء بهذا الصدد.[4]

([1]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص320.

([2]) عزيز الكيلي، المرجع السابق، ص65.

([3]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص321.

([4]) جمال الدين مكناس، القانون التجاري، مرجع سابق، ص102.

3-القسمة العينية:

يمكن للشركاء أن يطالبوا بالقسمة بحصة عينية تتضمن أموالا منقولة وغير منقولة، إذ كانت القسمة العينية ممكنة ولكن هذا الأمر لا يبدو سهلا في التطبيق ولذلك يتم الإتجاه إلى تحقيق القسمة على أساس تقدير قيمة الحصة فيستوفي كل شريك قيمة حصته، وعادة ما يستبعد نظام الشركة إمكانية إجراء القسمة عينا ويفضل إجراءها نقدا[1].

رابعا: الآثار المترتبة على القسمة.

ينتج عن قسمة الشركة آثار متعددة نذكر أهمها فيما يلي:

1-الآثار الكاشفة للقسمة:

تخضع قسمة الشركة لأحكام المادة 713[2] من ق.م.ج وكل شريك يفترض أن يصبح مالكا بعد حل الشركة لكل الأشياء الموضوعة في حصته بعد القسمة أو التي اكتسبها عن طريق المزايدة المغلقة وليس له أي حق على أموال الشركة التي آلت إلى الشركاء في القسمة كما يترتب على الأثر الكاشف عدة نتائج أهمها[3]:

أ- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز أي يعتبر مالكا لنصبيه منذ بدأ الشيوع، لا من وقت القسمة عملا بالمفعول الكاشف للقسمة.

ب- عدم اختيار القسمة سببا صحيحا في مرور الزمن القصير أي إذ اخرج عقار بنتيجة القسمة في حصة أحد الشركاء فإن هذا الأخير لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة طالما أنا للقسمة مفعولا كاشفا[4].

2- بطلان القسمة:

يجوز لأحد المتقاسمين طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أنه قد لحقته منها غبن، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، وبإمكان الدائنين أن يطالبوا

([1]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص328.

([2]) المادة 713 من أمر رقم 75-58 السالف الذكر.

([3]) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص3342.

([4]) المرجع نفسه، ص324.

بإبطال القسمة بعد إعلان معارضتهم في إجراء القسمة التي جرت دون حضورهم وتؤدي دعوى إبطال القسمة في حال قبولها إلى إعادة تكوين الكتلة المخصصة للقسمة وتوزيعها مجددا[1].

3- ضمان التعرض والاستحقاق

يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمون معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين[2].

(1) جمال الدين مكناس، القانون التجاري، مرجع سابق، ص103.

(2) المرجع نفسه، ص103.

خلاصة الفصل الثاني:

تبين لنا من خلال دراسة الفصل الثاني أن فكرة الشركة الفعلية ترتبط ارتباطا وثيقا بالبطلان عموما ومدى تطبيقها، إلا أنه لا يمكن قيام هذه النظرية في جميع حالات البطلان فهناك حالات لا يمكن الاعتراف بقيام هذه النظرية، تقوم هذه النظرية في حالات البطلان النسبي أو البطلان الخاص.

أما في حالات البطلان المطلق فلا يعترف بوجود نظرية الشركة الفعلية أساسا، وذلك في حالة عدم وجود ركن من الأركان الخاصة، عدم مشروعية المحل، كما أن الاعتراف بهذه النظرية قد تنتج آثار بالنسبة للشركة والشركاء.

كما يمكن أن تكون بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصين، كما أن انقضاء الشركة الفعلية كالشركات القانونية تسري عليها جميع الأحكام فتنقضي لعدة أسباب منها الأسباب المباشرة والأسباب الغير مباشرة، بالإضافة إلى ذلك فإنها تخضع لأحكام التصفية التي تضمنتها قوانين الشركات التجارية.

خاتمة

تعرف نظرية الشركة الفعلية بأنها الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة ما بين تأسيسها والحكم ببطلانها، أوجدها القضاء الفرنسي لحماية الشركة التجارية من الزوال وحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة باعتبارها شركة صحيحة ولكنها في الواقع شركة معتلة لتخلف أحد أركانها، وللاعتراف بهذه النظرية يجب أن تكون الشركة قد باشرت بنشاطها وتعاملت مع الغير قبل الحكم ببطلانها.

شملت دراستنا موضوع الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية في الواقع، وكنا قد توصلنا في هذه الدراسة إلى تجسيد عدة نتائج وكذا اقتراحات متعلقة بالموضوع.

أولا: النتائج:

1- الأصل التاريخي لنظرية الشركة الفعلية راجع للقضاء الفرنسي الذي أقرها سنة 1825 في محكمة باريس التي رفضت إعمال الأثر الرجعي للبطلان بخصوص شركة تجارية تأسست دون كتابة واعتبرها القضاء شركة صحيحة على أساس الوجود الواقعي للشركة.

2- أوجب الأمر التمييز بين الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها وذلك لإبراز الفروق الجوهرية بينها وبين الشركة المنحلة وشركة المحاصة وغيرها من النظم المشابهة لها، حتى لا نقع في اللبس بينها.

3- تعتبر الشركة الفعلية كأداة للحد من الآثار التي ينتجها البطلان والذي يهدد الشركات التجارية بالزوال.

4- تملك الشركة الفعلية الشخصية المعنوية لذلك يمكن حلها وتصفيتها إذا ما حكم ببطلانها وفسخ العقد فيها.

5- لا يمكن الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان وفي بعض الحالات تؤدي لزوال الشركة نهائيا خاصة في حالة البطلان المطلق.

6- يمكن الاعتراف بنظرية الشركة الفعلية في حالة البطلان النسبي والبطلان الخاص.

7- يجب الأخذ بعين الاعتبار الوجود الفعلي للشركة قبل الحكم ببطلانها.

8- تنتهي الشركة الفعلية بجميع الأحكام المطبقة على الشركات التجارية بما فيها من أسباب خاصة وعامة والتصفية والقسمة.

ثانيا: الاقتراحات

- ضرورة الاهتمام بنظرية الشركة الفعلية نظرا لأهميتها البالغة في تخفيف آثار البطلان التي تهدد معظم الشركات التجارية.
- توحيد موقف المشرع الجزائري من هذه الشركة.
- ادراج أحكام الشركة الفعلية وفق نصوص قانونية صريحة ودقيقة كباقي الشركات التجارية الأخرى.
- ضمان استمرار الشركات التجارية وحمايتها من الزوال وذلك بتطبيق نظرية الشركة الفعلية.
- إدراج الشركة الفعلية كنوع من أنواع الشركات التجارية وتنظيم قانون خاص بها وإدراج نصوص متعلقة بها في القانون التجاري.
- على المشرع آن يقلص من الحالات الموجهة للبطلان وذلك لحماية الشركة والغير وضمان استمرارها.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولا: المؤلفات

1- الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، طبعة 3، لبنان، 2008.

2- ـــــــــــــ، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الرابع عشر، تصفية الشركات التجارية، ط1، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، ب ب ن، 2011.

3- بلحاج العربي، نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

4- جمال الدين مكناس، القانون التجاري، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية - الجمهورية العربية السورية - 2018 .

5- سامي عبد الباقي أبو صالح، الشركات التجارية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.

6- سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

7- سعيد الرويبو ، الوجيز في قانون الشركات التجارية، أحكام عامة، بدون بلد النشر، سنة 2019.

8- سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، طبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

9- سميحة القيلوني، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

10- صفوت الهمساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بني يوسف، 2007.

11- عامر عمورة، الوجيز في القانون التجاري للشركات التجارية 1، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، طبعة 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

13- ـــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، الجزء الاول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

14- عزير العكيلي، شرح القانون التجاري للشركات التجارية، ج1، ط1، دار الثقافة عمان الأردن 1998.

15- فريد العريني، الشركات التجارية المشروع التجاري، كلية الاسكندرية، مصر، 2000.

16- محمد الطاهر بلعساوي، الشركات التجارية، النظرية العامة، وشركة الأشخاص، ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، مطبعة الإرشاد، ب س ن.

17- محمود محمد الكيلانى، الموسوعة التجارية والمصرفية للشركات التجارية، دراسة مقارنة، المجلد 5، ط1، جامعة عمان، 2009.

18- مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد.

19- مصطفى كمال طه، الأحكام العامة في شركات الاشخاص، شركات الأموال، الأنواع الخاصة من الشركات، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 1998.

20- منصور محمد حسين، دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأ المعارف، الاسكندرية، ب س ن.

21- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري الشركات الاشخاص، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر 2008.

22- نسرين شريقى، الشركات التجارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

ثانيا: الاطروحات والرسائل والمذكرات الجامعية:

1-زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

2- عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، في القانون، جامعة عنابة، 1991.

3-إسماعيل أمال، بطلان عقد الشركة التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر فى القانون، تخصص، قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2016.

4- رافع محمد شهر الدين، بوافراد بلال، الشكلية في عقود الشركة التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت 2021/2020.

5- رميساء مرابطي، فريالة غانية، بطلان الشركات التجارية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قالمة، 2020/2019.

6-سمسوم نسيمة، مقراني حياة، نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، ة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2017.

7-نسيمة بومعزة، النظام القانوني للشركة الفعلية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2015/2014.

ثالثا: المقالات العلمية

1- أكلي نعيمة، خصوصية بطلان عقد الشركة التجارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09 ، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، 2022، ص871.

2-بن سعيد خالد، عثماني عبد الرحمان، تكريس مبادئ حماية الظاهر في الشركة، الشركة الفعلية كنموذج، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 13، عدد 28، ص ص: 223، 236.

3-خالد بن عفان، أسباب انقضاء شخصية الشركة التجارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الدكتور مولاى الطاهر السعيد، عدد1، 2013، ص ص: 165، 168.

4- رابح عليواة، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري- التواصل في العلوم السياسية والاجتماعية-، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 28، 2011، ص2.

5-علي عبد الرحمن أبو الحلو، محمد حسين بشايرة، مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، العدد3، 2007، ص53.

6-عمار قندوز، أركان عقد الشركة التجارية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ، ص 654.

7-مينة شوادية، تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، مجلد 12، العدد 02، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، ص ص: 329، 330.

8- فتاحي محمد، الشركة الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الجزائر 2010، ص ص: 90، 110.

رابعا: النصوص القانونية

1-أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 09/26/ 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم.

2- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري ج ر ج ج، عدد 101، الصادرة بتاريخ 19/ ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

خامسا: القرارات القضائية:

1- قرار المحكمة العلياء المؤرخ في 1997/03/18، المجلة الاجتهاد القضائية، عدد خاص، د . س. ن، ص145.

2- قرار المحكمة العلياء المؤرخ في 1980/12/20، المجلة القضائية ، العدد 04، 1991، ص50.

3-قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 1985/06/15، يتعلق بالشركة التجارية بطلان العقد،د آثاره بين الشركاء، الشركة الفعلية، المجلة القضائية عدد 04، 189، ص 44.

4- قرار مؤرخ في 2005/11/19، نشره القضاء العدد 59، ص 279 نقل عن محمد فتحي، ص103.

سادسا: القوانين الفرنسية

1- Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

2- code civile français Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كلمة شكر	
إهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية نظرية الشركة الفعلية	
تمهيد	**02**
المبحث الأول: التأصيل التاريخي لنظرية الشركة الفعلية	**03**
المطلب الأول: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي	**04**
الفرع الأول: الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي	**04**
الفرع الثاني: الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي لسنه 1807	**05**
الفرع الثالث: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي لسنه 1966	**06**
المطلب الثاني: نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري	**07**
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية	**07**
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من نظرية الشركة الفعلية	**08**
المبحث الثاني: مفهوم نظرية الشركة الفعلية	**11**
المطلب الأول: تعريف نظرية الشركة الفعلية	**11**
الفرع الأول: المقصود بالشركة الفعلية	**11**
الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها	**13**
المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية	**16**
الفرع الأول: نظرية العقد المستمر	**16**
الفرع الثاني: نظرية الشخصية المعنوية	**17**
الفرع الثالث: حماية الوضع الظاهر	**19**
المطلب الثالث: أركان الشركة الفعلية	**21**
الفرع الأول: الأركان الموضوعية	**21**
الفرع الثالث: الأركان الشكلية	**25**

خلاصة الفصل.	**28**
الفصل الثاني: مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية وانقضاءه	
تمهيد	**30**
المبحث الأول: مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية	**31**
المطلب الأول: بطلان عقد الشركة الفعلية	**31**
الفرع الأول: البطلان المطلق	**32**
الفرع الثاني: البطلان النسبي	**33**
الفرع الثالث: البطلان من نوع خاص	**33**
المطلب الثاني: حدود تطبيق نظرية الشركة الفعلية	**35**
الفرع الأول: حالات الاعتراف بقيام نظريه الشركة الفعلية	**35**
الفرع الثاني: حالات عدم الاعتراف بقيام نظرية الشركة الفعلية	**37**
المطلب الثالث: آثار تطبيق نظرية الشركة الفعلية	**38**
الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية (بالنسبة للشركة والشركاء)	**38**
الفرع الثاني: آثار الاعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين	**39**
المبحث الثاني: انقضاء الشركة الفعلية	**41**
المطلب الأول: أسباب انقضاء الشركة الفعلية.	**41**
الفرع الأول: الأسباب المباشرة	**41**
الفرع الثاني: الأسباب الغير مباشرة	**45**
المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها	**46**
الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية	**46**
الفرع الثاني: قسمة أموال الشركة الفعلية	**52**
خلاصة الفصل	**57**
خاتمة	**59**
قائمة المراجع	**62**
الفهرس	**68**