جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

الشركة الفعلية في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص : قانون أعمال

من إعداد الطالب:
- معمري نذير

تحت إشراف الدكتـــور:
- د.الدح عبد المالك

لجنة المناقشة		
- الدكتور	- شويرب جيلالي	رئيسا
- الدكتور	- الدح عبد المالك	مشرفا و مقررا
- الدكتور	- خضرون عطاء الله	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2023/2022 م

ملخص باللغة العربية

-تعتبر الشركة الإطار القانوني الذي يحتضن المشروعات الصناعية و التجارية الكبرى لما يتميز نظامها القانوني، الشركة الفعلية لا تخرج الأمر الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنهال شركة صحيحة.

-فقد إعترف المشرع الجزائري بالشركة الفعلية بموجب قانون المادة 414 من القانون المدني يجب أن يكون عقد شركة مكتوبة و إلا كانت باطلة كل ما تدخل عن العقد.

-كذلك نص المشرع في مادة 545 من القانون التجاري تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة.

-مضمون الشركة الفعلية من شأنه التميز بين الشركة القانونية المستوفات بجميع الأركان الموضوعية العامة و الخاصة و منها أركان الشكلية الكتابة و الشهر وقد إتضح بعض العراقيل على الشركة من شأنها أن يتعارض مع تطبيق القاعدة الأخرى.

الكلمات المفتاحية :

الشركة الفعلية في القانون الجزائري: التشريع الجزائري: الشركة الفعلية هي الشركة القانونية: الشركة الفعلية في القانون التجاري: مضمون الشركة الفعلية

abstract

The company considers the legal framework that embraces major industrial and commercial enterprises to the advantage of its legal system, the actual company does not depart from the fact that it is a legal company that is treated by others as a valid company.

- The Algerian legislator recognized the active company under article 414 of the Civil Code. A company's contract must be in writing, but it is null and void.
- The legislator also stipulates in article 545 of the Commercial Code that the company is established by an official contract and is invalid.

- The actual content of the company would distinguish between the legal company meeting all the general and special substantive pillars, including the elements of the writing form and the month. Some obstacles to the company would be found to be inconsistent with the application of the other rule.

مقدمة:

تعتبر الشركة الإطار القانوني الذي يحتضن المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى لما يتميز به نظامها القانوني من خصائص, الشركة الفعلية لا تخرج من الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنها شركة صحيحة, ولكن سرعان ما يظهر بعد ممارستها لنشاطها أنها شركة معتلة أي مخالفة لأحكام القانون.

توجد أسباب كثيرة دعت الى وجود مثل هذا النوع من الشركات, فقد تنشأ لقصور في القانون على وضع نظام كامل لتوين الشركات أو تنشأ مخالفة لأحكام والقواعد القانونية المنظمة للشركات, أو الاتجاه إرادة المتعاقدين عمدا لقيامها.

قد اعترف المشرع الجزائري بالشركة الفعلية بموجب المادة 418 من القانون المدني " **: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 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.**"

كذلك نص المشرع في المادة 545 من القانون التجاري على أنه "**:تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة .يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء.**"

بالرغم من رسوخ نظرية الشركة الفعلية في التشريعات المقارنة واعتراف القضاء الفرنسي قديما وحديثا بهذه النظرية، واعتراف القضاء في معظم الدول العربية بنظرية الشركة الفعلية وتأييد الفقه لها، إلا أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا اتجاه نظرية الشركة الفعلية، وأساس ذلك أن هناك بعض الاجتهادات تنكرها صراحة والبعض الآخر يعترف بها صراحة.

ومن القرارات التي تعترف بوجود الشركة الفعلية القرار الصادر بتاريخ 1985/06/15 عن المحكمة العليا "متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم به أحدهم بطلب البطلان، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

وتجدر الإشارة الى أن الشركة الفعلية قد تختلط بعد قيامها من حيث المفهوم مع بعض النظم القانونية المشابهة لها, كالشركة المنشأة من الواقع, وشركة المحاصة, وشركة في طور التأسيس والبحث في

مضمون الشركة الفعلية من شأنه التمييز بين الشركة القانونية المستوفاة لجميع الأركان الموضوعية, "العامة والخاصة" والأركان الشكلية "الكتابة, الشهر, القيد" التي يتطلبها القانون في جميع الشركات عامة والشركات التجارية خاصة, وبين الشركة الفعلية التي تخلفت فيها أحد الأركان الخاصة بتأسيس الشركة.

من الواضع أن بطلان الشركة السابق على مباشرة للنشاط الذي قامت من أجله لا يثير إشكالية جدلية, إذ يعود الشركاء الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد, وكأن الشركة لم توجد أصلا ويتحمل المؤسسون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم.

وقد اتضحت بعض العراقيل على الشركة من شأنها أن يتعارض مع تطبيق قاعدة أخرى تتمثل في ضرورة حماية الغير الذي دخل في معاملات قانونية, وطبقا للقواعد العامة لنظرية البطلان متى بطل العقد, ارتد البطلان الى الماضي بأثر رجعي, وهذا ما نصت عليه المادة 1/103 من القانون المدني الجزائري: **« يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله, فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل»**

وتطبيق هذه القاعدة على الشركة من شأنها أن يتعارض مع تطبيق قاعدة أخرى تتمثل في ضرورة حماية الغير الذي دخل في معاملات مع الشخص المعنوي, وحفاظا على استقرار المعاملات, والمراكز القانونية التي ترتبت تبقى الشركة صحيحة خلال هذه الفترة, أي أنه متى تقرر بطلان عقد الشركة فإنه وان كان البطلان يعدم العقد والشخص المعنوي في المستقبل سواء فيما بين الشركاء وفي مواجهة الغير, إلا أنه بالنسبة للماضي تعتبر الشركة قائمة, بمعنى لا تمتد أثر البطلان الى الماضي ليمحو حياة الشركة.

هناك حالات ل يعترف بيها القانون بتطبيق الشركة الفعلية لا من الناحية القانونية و لا من الناحية الواقعية, وهناك حالات يعترف بها القانون بتطبيقها ويترتب عن هذا الاعتراف أثار بالنسبة للشركة, والشركاء والغير والدائنين الشخصيين للشركاء, ومتى حكم على الشركة الفعلية بالبطلان تدخل في مرحلة التصفية والقسمة.

و في هذه الدراسة نبحث عن الشركة الفعلية فقي القانون الجزائري وعلى هذا الأساس نتساءل:

- ما مضمون الشركة الفعلية؟
- ما مجال تطبيق الشركة الفعلية وأثارها؟

ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي لكونهما يتلائمان مع طبيعة الموضوع, وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المراد دراستها وتقديم صورة شاملة وواضحة للموضوع, وذلك بتقسيم هذه الدراسة الى فصليين:

الفصل الأول: يتضمن مفهوم الشركة الفعلية

الفصل الثاني: خصصناه لأحكام تطبيق الشركة الفعلية

الفصل الأول

مفهوم الشركة الفعلية

تعرف الشركة الفعلية بأنها اعتراف بوجود فعلي لشركة ما يتم هذا الاعتراف بين شركائها، لكن لا يتم أمام القانون في المدة بين تأسيسها والحكم ببطلانها .وجاءت نظرية الشركة الفعلية هذه من أساس قانوني مفاده أن عقد الشركة يعد من العقود المستمرة، التي ما دامت تعمل فالشركة قائمة، وإذا توقفت حل عقد الشركة وتوقف عملها.

الشركة الفعلية هي بناء قانوني نشأ أساسا بجهد القضاء الفرنسي إثر ما ظهر من مساوئ تطبيق الأثر الرجعي لبطلان الشركة, وذلك أن المبدأ العام في أثر البطلان هو اعتبار العقد المبرم كأنه لم يكن, ويرجع أثره للماضي فيلغى وجود هذا العقد فيه. انطلاقا من ضرورة الحفاظ على مصالح الغير وحمايتها واتساقا مع قواعد العدالة فقد لجأ القضاء منذ مجابهته لهذا الواقع الى فكرة الشركة الفعلية, لتفادي الأثار السلبية المترتبة جراء تقرير بطلان الشركة المعتلة.

اخذت الشركة الفعلية وجودها من اجتهاد القضاء الفرنسي التي تبناها وسانده في ذلك الفقه القانوني, بعد أن حلل معطياتها, بعدها تبنتها مختلف القوانين الخاصة بالشركات من بينها القانون الجزائري.

لإدراك بهذا الصنف من الشركات فإنه من المطلوب حسب تقديرنا أن نتعرض أولا الى نشأتها (مبحث أول) سواء في القانون الفرنسي الذي تبناها وسانده في ذلك الفقه القانوني الجزائري, ثم الى مضمونها (مبحث ثاني) من خلال تعريفها وذكر مبررات قيامها, وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها.

المبحث الأول

نشأة الشركة الفعلية

نشأة الشركة الفعلية على يد القضاء الفرنسي الذي ساهم في إيجاد فعليا بعد أن وجدها غير معين لتفادي الأثار الغير مقبولة والسلبية التي تترتب جراء بطلان عقد الشركة غير النظامية, من الضروري التنويه الى أن مهمة القضاء هذه لم تكن باليسيرة إذ أنه لم يصل الى وضع أحكام للشركة الفعلية إلا بصورة متدرجة, وقد ساند فقه القانون التجاري الاتجاه القضائي. وأخذ المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية أسوة بالمشرع الفرنسي, وبالتالي نتعرض الى دراستها في القانون الفرنسي (مطلب أول) ثم في القانون الجزائري(مطلب ثاني).

المطلب الأول

الشركة الفعلية في القانون الفرنسي

لم يكن في فرنسا قانون خاص بالشركات يجمع كل أحكامها, وانما كانت تلك الأحكام موزعة بين القانون التجاري والقانون المدني, وعدد من القوانين الخاصة, وعليه فإن ظهور الشركة الفعلية في القانون الفرنسي مرى معدة مراحل والمتمثلة في: قبل صدور القانون التجاري الفرنسي (فرع أول), وفي القانون التجاري الفرنسي 1807 (فرع ثاني), وفي ظل قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 (فرع ثالث).

الفرع الأول

الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي

صدر أمر "مولان"[1] في فبراير 1566, وتم النص فيع على أن اثبات العقود التي تزدادا قيمتها عن 100 فرنك يكون بالكتابة. ومنها عقد الشركة, إلا أن القضاء رفض في ذلك الوقت تطبيق هذه القاعدة المطلقة, وموقف القضاء هذا أدى فيما بعد الى البناء القضائي للشركة الفعلية.

صدر بعد ذلك أمر"blois" سنة 1579 الذي أخضع جميع الشركات المنشأة بين الأجانب للشهر, وفرض جزاءات قاسية على الشركات التي تخالف هذا الإجراء, كعدم الاحتجاج بها ضد الغير[2].

جاء بعد ذلك ما يعرف ب "code michoud"[3] في عام 1629 الذي نصت المادة 414 منه على وجوب النشر الإجباري للشركات التي تنشأ بين المواطنين, إلا أن القضاء لم يأخذ بما جاء به الأمر, وظل إثبات الشركات خاضع لقاعدة حرية الاثبات[4].

[1] امر مولان: أول تشريع بشري أعطى للكتابة مرتبة أسمى من الشهادة بعد الإسلام صدر بفرنسا في فبراير عام 1566, إذ نص في المادة 56 منه وجوب تدوين المعاملات التي تزيد عن مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود وقد تأكد أيضا هذا المبدأ بصدور قانون لويس الرابع عشر: من الموقع: .forums. Othkalah. Ozkorallah 1780

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري, ص 37

[3] يسمى هذا الآمر بقانون michoud وقد أصدره الوزير michel de marillac (لمزيد من التفاصيل راجع مفلح عواد القضاة, الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن, مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن, د.س.ن, ص20.

[4] مفلح عواد القضاة, مرجع نفسه, ص 25.

في 23 مارس 1673, صدر أمر قصد تنظيم التجارة التي كانت تنمو بصفة فوضوية وذلك حماية للغير. من خلال فرض الكتابة وإجراءات النشر لتأسيس الشركة.

ويترتب على عدم إجراءات التأسيس حسب هذا الأمر ببطلان الشركة والتصرفات التي أبرمتها مع الغير.

في القرن 19, صدر عن محكمة النقض الفرنسي قرار يقضي ببطلان الشركة لعدم قيدها في السجل التجاري, وبأن أثار البطلان لا يمكن الاحتجاج بها اتجاه الغير لعدم اشتراكهم في السبب الذي أدى الى بطلان عقد الشركة[1].

الفرع الثاني

الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي 1807

وحد القانون التجاري الصادر عام 1807, جميع التجمعات التجارية تحت اسم واحد هو "عقد الشركة", والشخصية المعنوية التي لم تكن تمنح إلا في حالات استثنائية, منحت لجميع الشركات ما عدى شركة المحاصة[2]. وتغيير مفهوم الشركة من عقد الى نظام لأن القانون فرض في تأسيس الشركة عدة إجراءات منها, الكتابة, والقيد, حيث قرر على مخالفتها جزاء خاصا وهو البطلان, وبذلك أصبحت الكتبة ركنا للانعقاد بعدما كانت شرط للإثبات. إلا أن القضاء اكتشف عد ملائمة هذه النصوص, لأن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان أمر صعب التطبيق[3]. ففي قرار محكمة باريس الصادر عام 1825[4] في قضية شركة عرضت أمامها, ذهبت المحكمة الى ما يلي:

[1] عليوة رابح, نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة), دراسة لنيل شهادة الماجستير في القانون, جامعة عنابة, د.س.ن, ص 06.
[2] شركة المحاصة, هي شركة مستترة ليس لها وجود ظاهر أمام الغير, ويقوم أعمالها أحد الشركاء باسمه الخاص وبشرط قسمة الأرباح والخسائر بين جميع الشركاء. راجع المادة 795 مكرر 2 ومكرر 4 من القانون التجاري الجزائري.
[3] عليوة رابح, نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة), مرجع سابق, ص07.
[4] راجع حكم محكمة باريس في 8 افريل 1825, نقلا عن سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص38.

1- الحكم ببطلان الشركة

2- رفض الحكم بسريان الأثر الرجعي للبطلان

3- استخدام المحكمة صراحة لمصطلح " الشركة الفعلية " " société de fait " لغرض حماية الغير.

4- صحة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل صدور قرار البطلان.

رفض القضاء نتائج الأثر الرجعي للبطلان, حماية للغير واستعمل الأول مرة مصطلح " الشركة الفعلية ", ومنذ هذا التاريخ أصبح القضاء يطبق نظرية الشركة الفعلية كلما سمحت له الظروف بذلك.

ميز الفقه بعد ذلك بين نوعين من الشركات الفعلية, الأولى أطلق عليها تسمية الركة الفعلية, والثانية أطلق عليها تسمية الشركة المنشأة من الواقع[1].

الفرع الثالث

الشركة الفعلية في قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966

ضيق قانون 1966 من نطاق البطلان كجزاء على مخالفة شروط التأسيس ويتضح هذا التضييق من دون البطلان, والحد من نطاق الشركة الفعلية كما يلي:

أولا: التخفيض من حالات البطلان

نصت المادة 360[2] من قانون 1966, بعدم جواز الحكم ببطلان الشركة إلا بموجب نص صريح في القانون, أو بموجب نصوص قانونية منظمة للعقود.

[1] مفلح عواد القضاة, نظرية الشركة الفعلية دراسة مقارنة, مرجع سابق, ص28

[2] راجع المادة 360 من ق.ش.ف 1966, من الموقع: https books. Google. Dz

كما نصت المادة 361 [1] بالبطلان الخاص لمخالفة الشركات التضامن والتوصية البسيطة لإجراءات النشر.

ثانيا: التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان

ويتجلى ذلك في صورتين: الأولى عن طريق تخفيض مدة التقادم, والثانية عن طريق تصحيح سبب البطلان, باستثناء البطلان المؤسس على مشروعية المحل الذي لا يمكن تصحيحه إلا قبل صدور الحكم.

كما أشارت المادة 360 من قانون رقم 1966 السالفة الذكر على الإجراءات الواجبة اتباعها من قبل محكمة درجة أولى من أجل عملية تصحيح مع تبيان مدة التصحيح والنتائج المترتبة عنها[2].

ثالثا: التقليص من أثار البطلان

لقد قصر قانون 1966 السالف الذكر, أثار البطلان على المستقبل دون الماضي, وفي حالة بطلان الشركة فإنه يتم تصفيتها وفقا لقواعد تصفية الشركات القانونية, وتحتفظ الشركة بالشخصية المعنوية, وتسري أثار البطلان على كافة الشركاء إلا في حالة بطلان الشركة التي تصدر بناء على طلب الشريك الذي شاب رضاه عيب أو نقص في الأهلية.

أما فيما يخص علاقة الشركاء مع الغير, فإن قانون الشركات 1966 أعطى للغير حسن النية الحق في الاختيار بين طلب بطلان الشركة أو صحتها وفقا لمصلحته [3].

المطلب الثاني

الشركة الفعلية في القانون الجزائري

القول بإعادة الشركاء الى الحالة التي كانوا عليها قبل تأسيس الشركة أمر غير منطقي, وذلك بالنظر الى الغير حسن النية الذي تعاقد معها. باعتبار هذا الأخير لاحظ الشكل الخارجي للشركة, حيث تبين له

[1] راجع المادة 361 من ق.ش,ف 1966, من الموقع: https books. Google. Dz
[2] عليوة رابح, نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة), مرجع سابق, ص 10.
[3] مفلح عواد القضاة, مرجع سابق, ص 35 و 36.

من خلال مظهرها أنها شركة قانونية ومكتملة الأركان, وبالتالي فإن فرصة ابطال الشركة وإعادة الشركاء الى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد ليس بالحل العملي.

ولذلك تم اعمال ما يعرف بنظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري, وبالتالي نتناول موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية (فرع أول) ثم موقف القضاء الجزائري المتردد في هذه الشركة (فرع ثاني).

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية

اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية, كما يظهر من نص المادة 418 من القانون المدني والتي تقضي ب « **يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا, وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذ لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذاك 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 »[1].

يتبين من خلال النص أن المشرع اعتبر عقد الشركة باطلا الى أن يستوفي إجراء الكتابة, ولا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير, ولا يكون له أثر على الغير.

[1] المادة 418, من الأمر رقم 75_58 المتضمن القانون المدني, السالف الذكر.

لا تمتد أثار البطلان على الماضي, كما هو الحال على نظرية العقد, إذ أن تطبيق الأثر الرجعي يؤدي الى اعدام كل العقود التي أبرمتها الشركة قبل البطلان, فحفاظا, على استقرار المعاملات التجارية وحماية للغير, أعطى المشرع للغير حسن النية الحق في التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء [1]

كما كرس المشرع الشركة الفعلية في القانون التجاري من خلال نص المادة 545 ق.ت.ج التي تنص على أنه: « **تثبت الشركة بعقد رسمي إلا كانت باطلة.**

لا يقبل أي دليل اثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير اثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء»[2].

يتضح من خلال نص هذه المادة, أن الشركة قائمة فعلا لا قانونا في الفترة ما بين انعقادها والحكم ببطلانها, وهذا البطلان يعتبر كحل للشركة قبل حلول أجل انتهاءها. كما تخضع الشركة الفعلية لإثبات وجودها فعلا الى القواعد العامة والخاصة بالقانون التجاري, بمعنى يمكن اثباتها بكل طرق الإثبات.

وإضافة الى ما سبق فإن الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية التي تبرر الحكم بشهر إفلاسها إذا ما كانت متوقفة عن دفع ديونها, وبالتالي تصفية الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر إذا كانت قد مارست فعلا عملها.

[1] محمد فتاحي, الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري, مجلة العلوم القانونية والسياسية, جامعة الشهيد حمى لخضر, الوادي , الجزائري, 2010, ص 101.

[2] المادة 545 من الأمر رقم 75_59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب أخر تعديل للقانون رقم 15_ 20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015, جريدة الرسمية 71 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

أما إذا لم تكن قد باشرت في ممارسة النشاط, فلا مجال لإعمال قاعدة عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان, على اعتبار أن السبب قد انتفى وهو ممارسة الأعمال. أي عدم وجود الغير الذي تعامل مع هذه الشركة [1]

الفرع الثاني

موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية

بالرغم من رسوخ الشركة التجارية الفعلية في التشريعات المقارنة واعتراف القضاء الفرنسي قديما وحديثا بهذه النظرية وتأييد الفقه لها, إلا أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا اتجاه نظرية الشركة التجارية الفعلية, على هذا الأساس ظهر اتجاهين اتجاه ينكر صراحة قيام الشركة الفعلية, واتجاه اخر يعترف بها صراحة بالتالي سنتناول هذين الاتجاهين كما يلي:

أولا: الاجتهادات الرافضة لفكرة الشركة التجارية الفعلية

يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 18 مارس 1997 [2] من بين القرارات الرافضة لفكرة الشركة الفعلية وقد جاء في القرار ما يلي: « **من المستقر عليه قانونا أن انشاء واثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا في قضية الحال, إن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المودعة انشاءها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح**

[1] بالعيساوي محمد الطاهر, الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص), الجزء الأول, دار العلوم للنشر والتوزيع, د.ب.ن, د.س.ن, ص 108.

[2] قرار المحكمة العليا مؤرخ في 18_03_1997, مجلة الاجتهاد القضائي, عدد خاص, د.س.ن, ص 145.

باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفع الطعن ».

وعليه فإن هذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية على أساس أن الشكلية في النظام العام, إستنادا الى المادة 418 [1] من ق.ت.ج [2] .

لكن هذا الاتجاه تم انتقاده من جهتين: من جهة أولى: فإن المادة 418 ق.م.ج, وإن كانت رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة إلا أن الفقرة الثانية منها تنص على: **« غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكن له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ».**

لم تجعل هذه المادة أثرا رجعيا للبطلان, مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام, وهذا خلافا لما ذهبت إليه المحكمة العليا, كما أن المادة 2/418 ق.م.ج سالفة الذكر وضعت أحكام خاصة بالبطلان سواء في علاقة الشركاء في مواجهة الغير, أو في علاقة الشركاء فيما بينهم.

من جهة ثانية: بخصوص المادة 545 [3] ق ت ج, فإن أيضا صريحة في أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام لأن المشرع أعطى الحق للغير بأن يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الاثبات, وهو اعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية التجارية [4].

كما أن القرار الصادر عن المحكمة العليا [5] المؤرخ في 20_12_1990 هو أيضا 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**

[1] تنص المادة 418 من ق. م. ج: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ..... ".

[2] تنص المادة 545 من ق. م. ج : " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ..... ".

[3] راجع المادة 545 من الأمر رقم 75_59 المتضمن القانون التجاري, السالف الذكر.

[4] محمد فتاحي, مرجع سابق, ص 101.

[5] قرار المحكمة العليا, المؤرخ في 1980/12/20, المجلة القضائية, عدد 04, 1991, ص 50.

الموضوع أسسوا قراراهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادة الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418

ق م ج, التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا. وكذلك المادة 545 ق ت ج التي تنص لا يمكن اثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

وهذا الاتجاه أيضا تم انتقاده:

من جهة أولى: أن المادة 418 ق م ج التي يستند اليها القرار لا تشير الى نوع الكتابة في عقد الشركة والمشرع أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا, والكتابة قد تكون رسمية وقد تكون عرفية.

كما أن المشرع في الفقرة 2 من المادة 418 ق م ج لم يرتب البطلان المطلق فهو بطلان من نوع خاص.

ومن جهة أخرى: فإن المادة 545 ق ت ج وإن اشترطت في عقود الشركات التجارية الرسمية, إلا أن المشرع أجاز لغير اثبات وجود الشركة بكافة وسائل الاثبات طبقا للمادة 3/545 ق ت ج وهذا اعترافا بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية[1].

ثانيا: الاجتهادات التي تعترف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية

من القرارات التي اعترفت بنظرية الشركة الفعلية يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 15 جوان 1985[2], حيث جاء فيه: **« متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا. غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما**

[1] محمد فتاحي, مرجع سابق, ص 102.

[2] قرار المحكة العليا, مؤرخ في 15_06_1985, " يتعلق بالشركة التجارية _ بطلان العقد _ أثاره بين الشركاء _ شركة فعلية ", مجلة قضائية, عدد 04, 1989, ص 414.

بينهم إلا من يوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

إذ كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء, فكان على الطاعن .. فإن مجلس القضائي لما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 418 ق م ج ».

بالتالي فإن استعمال هذا القرار لمصطلح " الشركة الفعلية " استنادا الى أحكام المادة 418 ق م ج هو راي سليم بنظرنا ".

وكذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 9_11_2005 الذي جاء فيه « **أن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج أثار إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الأثر القانونية »**[1].

وهذا القرار أيضا يؤيد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي في الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية ونحن ندعوا الى أن تجتمع المحكمة العليا بغرفها مجتمعة وتوجد الاجتهاد القضائي بخصوص نظرية الشركة الفعلية ونتمنى أن يكون هذا ا لاجتهاد نحو الاعتراف بالشركة التجارية الفعلية[2].

المبحث الثاني

مضمون الشركة الفعلية

إن التعرض الى مضمون الشركة الفعلية يعد أمرا عسيرا فعلى الرغم من أن فكرة الشركة الفعلية معروفة منذ زمن طويل في بعض النظم القانونية, إلا أن تحديد تعريفها وعوامل قيامها, ما يزال محل نقاش, أضف الى ذلك بعض النظم القانونية المشابهة في بعض جوانبها مع الشركة الفعلية مما يثير اللبس والغموض في تمييز هذه الشركة عن تلك النظم القانونية المشابهة لها, وعليه سنتطرق في هذا المبحث الى تعريف

[1] قرار مؤرخ في 19_11_2015, نشرة قضائية, عدد 59, ص 279, نقلا عن محمد فتاحي, ص103.

[2] نفس المرجع, ص 103.

الشركة الفعلية ومبررات قيامها (مطلب أول) ثم نتعرض الى تمييزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تعريف الشركة الفعلية

تقتضي فكرة الشركة الفعلية نشأة على هامش نصوص القانونية القانون المدني والقانون التجاري, وان هذه الفكرة تستمد وجودها من الضروري استبعاد النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للبطلان إلا أن أسباب البطلان أدى بدوره الى اختلاف التصور القضائي والفقهي لفكرة الشركة الفعلية, وبالتالي نتعرض الى المقصود بالشركة الفعلية (فرع أول) ثم تبيان مبررات قيامها (فرع ثاني).

الفرع الأول

المقصود بالشركة الفعلية

الشركة لغة:

هي مشتقة من شرك, شركا, وشركة, شركت بينهما مالا وأشركت جعلته شريكا

الفعلية لغة:

هي مشتقة من الفعل وهو العمل, فهو كناية عن عمل متعد أو غير متعد حركة الانسان فعلت كذا أفعله فعلا

الشركة الفعلية اصطلاحا:

الشركة الفعلية هي الشركة الباطلة قانونا, هي الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة في الفترة ما بين التأسيس والحكم ببطلانها, بحيث يدل تعبير الشركة الفعلية عن شركة باطلة قانونا, إلا أن الشركاء أرادوا تكوينها فباشرت نشاطها قبل اعلان بطلانها, [1]. وإنما تظهر أهمية الاعتراف بالشركة الفعلية من حيث منع سريان البطلان بأثر رجعي, ومن حيث افساح المجال أمام تصفية الشركة وفقا لأحكام تصفية الشركات .

[1] حلو عبد الرحمان أبو حلو, محمد حسي يشايرة, مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية, د س ن , ص 50.

وبناء على ذلك يمكن القول ان الشركة الفعلية هي شركة اتجهت إرادة الأطراف المشاركين فيها الى انشاء وفقا لأحد أشكال الشركات التجارية المعروفة, حيث ان نظرية الشركة الفعلية مرحلة نشاط الشركة السابقة على اعلان بطلانها.

نستطيع القول أيضا أن الشركة الفعلية هي الشركة التي أنشأت في ظاهرها على أنها سليمة, وبني على ذلك تعاملات مع الغير و نشوء مراكز قانونية دائن أو مدين, ثم حكم ببطلانها لتخلف إحدى الشروط الموضوعية العامة أو الشروط الخاصة, أو الشروط الشكلية, وتقضي القاعدة العامة في البطلان المطلق والبطلان النسبي بإعادة الشركاء الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إذا كشف سبب البطلان منذ البداية.

أما إذا نشأ عن العقد شخص معنوي فتطبق القاعدة العامة, لأن ذلك يؤدي الى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية, فتطبيق الأثر الرجعي للبطلان يؤدي الى تجاهل وقائع وجدت فعلا في الفترة السابقة بالحكم بالبطلان [1].

لذا اكتفى القضاء بأنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أمر البطلان على المستقبل دون أن تمتد أثاره على الماضي .

وتعتبر الشركة خلال هذه الفترة شركة فعلية وليست قانونية ,

والهدف من وجود الشركة الفعلية هو حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية , لأن الغير تعامل مع الشركة على أساس اعتبارها شركة صحيحة وبالتالي تعتبر الشركة موجودة فعليا لا قانونيا[2].

[1] أحمد محرز, القانون التجاري الجزائري, د د ن , الجزء الثاني , ط2 , الجزائر , 1980 , ص 92_93.

[2] نسرين شريقي, الشركات التجارية, ط 1, دار بلقيس للنشر, الجزائر, 2013, ص 21.

الفرع الثاني

مبررات قيام الشركة الفعلية

هي نظرية أوجدها القضاء والفقه وتبنتها الكثير من أنظمة الشركات استنادا الى فكرة حماية الوضع الظاهر وعلى اعتبار أن عقد الشركة من العقود المستمرة, والتي يقتص فيها أثر البطلان على المستقبل دون الماضي. وتطبق نظرية في حالة البطلان النسبي بالنسبة للشركاء من غير القاصر أو من غير الذي وقع على ارادته العيب, فتعتبر الشركة بالنسبة لهم قائمة وصحيحة قبل صدور الحكم بالبطلان وبعده. أما القاصر أو الذي لحق إرادته عيب فإن الشركة بالنسبة له تعتبر كأنها لم تكن سواء في الماضي أو المستقبل. لا يعترف بالوجود الفعلي للشركة في حالة البطلان المطلق بسبب عدم مشروعية المحل مثلا أو أي حالة من حالات البطلان المطلق وتقوم الشركة الفعلية علة أساس نظريتين: الأولى تستند الى أن عقد الشركة من عقود المدة المستمرة التنفيذ, والثانية تستند الى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة.

أولا: نظرية عقود المدة المستمرة التنفيذ

عقد الشركة من العقود المستمرة التي يلعب عنصر الزمن فيها دورا هاما, تقرر به الالتزامات الناشئة في العقد مثل عقد الإيجار وعقد العمل حيث يعتبر الزمن عنصرا أساسيا في تحديد المنفعة[1] وفي الحالة الأولى, وفي تحديد مقدار الخدمة التي يؤيدها العامل في الحالة الثانية وباعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة التي تنفذ بشكل دوري فإن الحكم ببطلانها يكون الأثر بالنسبة للمستقبل فقط, إذ لا ينسحب هذا الأثر على الماضي.

يجد هذا التبرير أساسه القانوني في نص المادة 418 ق م ج, التي تقضي بعدم جواز الاحتجاج بالشركة قبل الغير, ولا يكون لها أي أثر فيما بين الشركاء إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهما بطلب البطلان. لأن

[1] عبد الفضيل محمد أحمد , الشركات التجارية (الأموال _ الأشخاص) , دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع د ب ن , 2011 , ص 84

ما تم تنفيذه لا يمكن اعادته, فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا لا يتصور استرجاع المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرداد الأجرة.

أما إذا تقرر بطلان عقد الشركة فإن البطلان يكون أثره بالنسبة للمستقبل, وبالتالي فإن الشركة قائمة حكما وقانونا الى أن حكم ببطلانها, وعدم قانونيتها, وبهذه الصيغة يبرر وجود الشركة الفعلية. فالشركة تمارس نشاطها بصورة اعتيادية الى أن يتضح أنها تفتقد الى احدى أركان تأسيسها الموضوعية أو الشكلية والى حين ذلك تعد الشركة قائمة بصورة صحيحة.

وجه الفقه عدة انتقادات لهذه النظرية بحيث يرى البعض منه بأنه هذا التبرير لا يستقيم, والحجة في ذلك هو أن الشركة ومنذ لحظة اختلال أحد أركانها تعد باطلة.

رغم أن الشركة الباطلة تنشئ شخصا معنويا يمكن أن يجري معاملات وتصرفات مع الغير, إلا أنه لا يستند الى وجود قانوني, طالما أن العقد الذي أنشأه باطلا, لذا يرى بعض الفقهاء أن هذا التعبير غير دقيق مصدره الخلط بين مفهوم الشركة كعقد وبين مفهومها كشخص معنوي . ويرى البعض أن تبرير قيام الشركة الفعلية يستند في الواقع الى نظرية الأوضاع الظاهرة [1].

ثانيا: نظرية الأوضاع الظاهرة

يبرر بعض الفقهاء وجود الشركة الفعلية بالاستناد الى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة, فالغير الذي تعامل مع الشركة قبل بطلانها, اعتمد على أنها شركة صحيحة, فمن العدل أن لا يفاجئ هذا الشخص الذي أطمئن الى الوضع الظاهر للشركة ببطلانها بسبب قد يكون خفيا عليه.

ويعرف الوضع الظاهر حسب فريق من الفقه, بأنه ذلك الوضع الواقعي المحالف للحقيقة والذي يخفي وضعا حقيقيا يوهم الغير بانه في مركز يحميه القانون, فيبعث في نفس الغير الثقة [2] .

تقوم نظرية حماية الظاهر حسب استنتاج الفقه على شرطين:

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص 62.

[2] عبد الفضيل محمد أحمد, مرجع سابق, ص 83.

1_ الشرط المادي

وهو الوضع الموهوم الذي يبعث في نفس الغير بأن تصرفاته تكون مشروعة, وإن لهذا الشرط صور متعددة تجد أساسها في مجال الوقائع القانونية التي تعمل بها نظرية الأوضاع الظاهرة.

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

بالرغم من ذلك فإن العقد الباطل ليس عدما حقيقيا, فهناك دائما المظهر الخارجي للعقد لأن العقد الباطل إذا كان قد فقد وجوده الاعتباري باختلال الشروط التي تطلبها القانون لانعقاده, فإن وجوده الحسي يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة[1].

2_ الشرط المعنوي

يعطي المبرر الأدبي الأخلاقي لأجل أن تقبله النفوس, على هذا الأساس يتميز بحسن النية وانتفاء الخطأ من جانب الغير, فلكي تقوم الشركة الفعلية استنادا الى نظرية الأوضاع الظاهرة, لابد أن يتوفر في الغير الذي تعامل معها مبدأ حسن النية, ولا يهم أن يكون الشركاء حسنو النية أم لا[2].

لم تسلم هذه النظرية أيضا من الانتقادات الفقهية بحيث يرى البعض أن حسن النية والذي هو من شروط الظاهرة سيكون غير دائم, إذ أن الأفراد الذين يتعاملون مع شركة تجارية لا يجهلون أن الشخصية لتلك الشركة لا تقرر لها إلا بقيدها في السجل التجاري, كما أن الأثار القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي.

إن الانتقادات الموجهة لهذه النظرية لا تؤثر على أهميتها في تفسير واقع الشركة الفعلية, فهذه الشركة ومنذ لحظة تعاملها مع الغير تدخل في إطار الأوضاع الظاهرة بصفتها شركة صحيحة ترتب الأثار القانونية الازمة لذلك الارتباط[3] .

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص 71

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص 72

[3] مرجع نفسه, ص 72

المطلب الثاني

تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

ان الشركة الفعلية تتشابه مع العديد من الأنظمة القانونية التي تقترب منها ولكن دائما يبقى الاختلاف قائما, وان الشركة الفعلية مبينة على حرية التعاقد والإرادة الصحيحة فهي تماما كسائر الشركات يتم تأسيسها بإرادة الشركاء مع قصد منهم على أن ترد منطبقة على أحكام القانون, وتكون قد مارست نشاطها لفترة من الزمن. في حين أن الشركة المبينة على الواقع إذا لم ينظر بها عقد[1].ويلتبس بفكرة الشركة الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة لها, التي تقترب بصورة أو بأخرى من مفهوم ووضع تلك الشركة , ولغرض أن لا تتدخل هذه المفاهيم يجب أن نميز بين الشركة الفعلية وهذه النظم القانونية المشابهة لها كالشركة المنشأة من الواقع (فرع أول), والشركة في طور التأسيس (فرع ثاني), ثم شركة المحاصة (فرع ثالث).

الفرع الأول

تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع

هذه التفرقة لها أهميتها, خاصة في ظل القانون الفرنسي حيث درج الفقه الفرنسي على التفرقة بين الشركة المنشأة من الواقع, فالشركة الفعلية هي في الأصل شركة اتجهت إرادة الأفراد الى تكوينها من خلال ابرام عقد الشركة والاتفاق على جميع مسائل العقد[2] غير أنه توافر أحد الأسباب التي تهدد عقد الشركة بالزوال.

كما أن الشركة الفعلية وحسب ما يقرره الفقه تتمتع بالشخصية المعنوية في الفترة الممتدة بين تكوينها الى وقت الحكم ببطلانها وأثناء التصفية , أما الشركة المنشأة من الواقع فهي شركة لا تستند الى عقد اتجهت إرادة الأفراد الى تكوينه, وإنما هي حالة واقعية لشركة تجارية, هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية بالتالي لا تخضع لنظام الإفلاس

[1] مساعد بن حمدين عبد الله شريدي, الشركة الفعلية , رسالة دكتوراه, جامعة محمد بن مسعود الإسلامية, المعهد العالي للقضاء, قسم السياسة الشرعية, سنة 1432هـ, ص 96.

[2] محمد فتاحي, مرجع سابق, ص 99.

ومن أمثلة الشركات المنشأة من الواقع في القانون الفرنسي أن تساعد الزوجة زوجها في أعماله التجارية وبعد وفاته تدعى أن هناك شركة من صنع الواقع كانت تربطها بزوجها لتحصيل على حقها من الأرباح وحقها في فائض التصفية[1].

في حين أن الشركة المنشاة من الواقع لم تنظم بموجب عقد, ولم تكن لدلى أطرافها نية تأسيس الشركة فالأطراف لم يفصحوا عن نيتهم, كما أنهم لم يحرروا أي عقد على يد موثق, وأحيانا يكون للشركاء نية التأسيس ولكنهم لم يهتموا باختيار نموذج معين للشركة, أو ربما يتفق الأطراف على تأسيس الشركة بدون ازعاج موثق العقود أو رجال القانون, وعليه فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تنظم بعقد خطي, وانما ينتج وجودها من العمل المشترك الذي يرمي الى اقتسام الربح والخسارة, مع ذوي الشأن في التعاون على قدم المساواة, وبالتالي فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوي, وبالتالي لا تخضع لنظام الافلاس[2].

فالتميز لتحديد نوع الشركة, وطريقة تصفيتها فالشركة الفعلية بحد ذاتها تعتبر من النوع الذي اعتمده الشركاء في العقد أي شركة التضامن, أو مساهمة, أو أي شركة من شركة الأموال, أو الأشخاص بحب ما هو وارد على العقد . أما الشركة المنشأة بصورة فعلية فلا تنشأ بشكل عقد يحدد نوع الشركة , ولذلك تعتبر من شركات التضامن.

وتخضع تصفية الشركة الفعلية بحد ذاتها, وبصورة عامة للشركات على اعتبار أنها لم تدرج بعقد كتابي, وفيما عدا هذا الفرق تجري تصفية الشركة المنشأة بصورة فعلية وفقا للقواعد المقررة للشركة الفعلية وهذا ما أخذ به الفقه والاجتهاد[3].

[1] علي قاسم, قانون الاعمال, (الشركات التجارية), دار النهضة العربية, القاهرة, 2001, ص 99,

[2] بيارا ميل طوبيا, الشركة المنشأة بصورة فعلية, منشورات الحلبي الحقوقية, ط1, لبنان, 2009, ص 22.

[3] إلياس ناصيف, موسوعة الشركات التجارية, أحكام عامة للشركات د ط, بيروت, الدار الجامعية للنشر والتوزيع, ص 222.

الفرع الثاني

تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة

شركة المحاصة لها وجود قانوني لكن بين الشركاء فقط هي شركة مستترة وهي معفاة من الأحكام الشكلية, وبالتالي لا يلزم كتابة عقدها كما أنه لا يجوز شهر هذا العقد وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة محاصة, كما أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء, وليس لها ممثل قانونيو أي مدير يعمل باسمها ولحسابها, وانما ينظم الشركاء عادة طريقة الإدارة في عقد الشركة, كما أنها لا تخضع لإجراءات التصفية.

في حين الشركة الفعلية كما سبق ذكرها هي شركة اتجهت إرادة الأطراف الى تكوينها لكن تم إغفال أحد الإجراءات الشكلية مما يهدد الشركة بالبطلان.

مع الإشارة الى أنه يمكن أن تتحول شركة المحاصة الى شركة الواقع, إذ ظهرت علنا, وفي هذه الحالة تطبق عليها أحكام الشركة الفعلية[1].

الفرع الثالث

تمييز الشركة الفعلية عن شركة في طور التأسيس

يختلط مفهوم الشركة في مرحلة التأسيس مع مفهوم الشركة الفعلية, حيث أن هذه الأخيرة نظرية جاء بها القضاء والفقه من أجل تجاوز أثار البطلان المنصوص عليه في القواعد العامة ضمانا لمبدأ استقرار المعاملات, ومؤدي نظرية الشركة الفعلية أنه إذا حكم ببطلان الشركة فإن أثر هذا البطلان, يقتصر على المستقبل فقد دون أن يمس التصرفات السابقة على الحكم بالبطلان, فوجود الشركة في تلك الفترة كان وجودا فعليا وليس قانونيا ولذلك تسمى بالشركة الفعلية[2].

وفي علاقة الشركة الفعلية عن الشركة في طور التأسيس, فإن المفهومين يشكلان وصفا قانونيا لمرحلة معينة من مراحل التأسيس الشركة, إلا أنهما يخلفان من حيث المرحلة التي ينصب عليها كل واحد منهما

[1] محمد فتاحي, مرجع سابق, ص 100.

[2] سامي ف, الشركات التجارية _ الأحكام العامة والخاصة, 2010, دراسة مقارنة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ص

فإذا كانت الشركة الفعلية تنصب على فترة قد انتهت وانقضت فإن وصف الشركة في طور التأسيس يمكن أن ينصب على الماضي كما يمكن أن ينصب على الحاضر.

والشركة الفعلية كذلك تكتسب الشخصية المعنوية طيلة الفترة الفاصلة بين تاريخ تقييدها في السجل التجاري وتاريخ تقرير بطلانها, في حلا تتمتع الشركة في طول التأسيس بالشخصية المعنوية الشيء الذي ينتج عنه تحمل الشركة الفعلية تصرفات المنعقدة خلال طول تأسيسها بعد اكتمال وجودها القانوني[1].

والشركة في طور التأسيس هي شركة اتجهت إرادة الأطراف في تكوينها من خلال قيام الشركاء بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع الوسائل الجوهرية للعقد, غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها, كالقيد في سجل التجاري والنشر, لكن نية الشركاء تقصد استكمالها, والفرق الجوهري بين الشركة في طول التأسيس وبين الشركة التجارية الفعلية, هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة, كما أن ممثليها هم المؤسسون ويتحملون المسؤولية بالتضامن ولا تخضع لإجراءات التصفية ولا لنظام الإفلاس, في حين تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية, تمثلها جهة الإدارة وتسأل الشركة كشخص معنوي كقاعدة عامة, كما أنها تخضع للتصفية و الإفلاس[2].

[1] العكيلي ع, الوسيط في الشركات التجارية, (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الاحكام العامة والخاصة), 2010, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ص 54

[2] حلو عبد الرحمان أبو حلو, مرجع سابق, ص 53.

الفصل الثاني

أحكام تطبيق الشركة الفعلية

على الرغم من أن الشركة الفعلية توافق الشركة القانونية في انها تستند في قيامها على الأركان الأساسية التي تستند عليها الشركة القانونية من حيث الضرورة توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة, وضرورة ممارسة الشركة الفعلية لنشاطها في واقع الحياة العملية, الا انها تتميز عن الشركة القانونية في مخالفاتها لبعض الإجراءات القانونية التي تؤدي الى الحكم ببطلانها.

يرتبط أصل فكرة الشركة الفعلية ارتباطا وثيقا بمسألة البطلان عموما ومدى تطبيقها على عقد الشركة, إذ ان الشركة الفعلية تتزايد في مجال الشركات الباطلة, بيد انه لا يمكن اعتبار كل شركة باطلة شركة فعلية, اذ هناك حالات استخلص القضاء منها وجود الشركة الفعلية مستندا في ذلك الى أسباب أخرى خلاف البطلان. وتنتهي الشركة الفعلية بنتيجتين اثنتين, فإما ان تحقق لها سبيل الاستمرار في الحياة بوضعها كشركة قانونية, وإما أن تختفي هذه الشركة وتزول من الوجود بأن تحل وتصفى بمجرد الحكم ببطلانها, وعليه سنتعرض في هذا الفصل الى تحديد نطاق تطبيق الشركة الفعلية (مبحث أول) وذلك من حيث تأسيسها, ثم تبيان أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية, ثم التعرض الى انقضائها (مبحث ثاني) وذلك بتبيان أسباب انحلال الشركة, وكيفية تصفيتها وقسمتها.

المبحث الأول

نطاق تطبيق الشركة الفعلية

إذا تخلف ركن من الأركان الخاصة بتأسيس عقد الشركة بوجه عام, تعرضت الشركة القائمة للانهيار وقد يتولد على ذلك قيام الشركة الفعلية.

وعليه سنتعرض في هذا المبحث الى تحديد كيفية تأسيس الشركة الفعلي (مطلب أول), ثم الى الأثار المترتبة على الاعتراف بوجودها الفعلي (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تأسيس الشركة الفعلية

في الشركة الفعلية يجب ان تتوفر على كافة الأركان الموضوعية (العامة والخاصة) اللازمة لكل شركة كما حددها القانون, الان هذه الأركان هي التي تحدد العلاقات بين الأطراف وتبين أن الشركة الفعلية تتميز بالمظهر العام اتجاه الغير الذين تعاملوا معها, الى جانب الأركان الشكلية, كما هو الحال في الشركات القانونية إلا أنها تتميز عنها في مخالفاتها لبغض الإجراءات القانونية التي تؤدي الى الحكم ببطلانها, وعليه فإن تأسيس الشركة الفعلية تقوم على مجموعة من الأركان (فرع الأول) وفي حالة تخلف أحد هذه الأركان ترتب على ذلك بطلان عقد الشركة (فرع ثاني).

الفرع الأول

أركان الشركة الفعلية

يقوم عقد الشركة الفعلية كغيره من عقود الشركات الأخرى, وعلى الأركان الموضوعية (أولا) والأركان الشكلية (ثانيا).

أولا: الأركان الموضوعية: تنقسم بدورها الى قسميين (نوعيين) والمتمثلة في الأركان الموضوعية العامة, والأركان الموضوعية الخاصة.

1**_ الأركان الموضوعية العامة:** الأركان الموضوعية العامة الواجب توافرها في عقد الشركة الفعلية هي نفس الأركان التي تقوم عليها نفس العقود الأخرى, والمتمثلة في الرضا, المحل, السبب والأهلية.

أ_ الرضا: هو التعبير عن إرادة المتعاقدين الذين يصاغ في الإيجاب والقبول, ذلك طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري[1].

يشترط في عقد الشركة ضرورة توافر الرضا في جميع الشركاء, ويجب أن ينصب كذلك على جميع شروط عقد الشركة, أي على الشكل التي تتخذها رأس مالها, غرضها ومقدار حصة كل شريك.

يجب أن يكون الرضا سليما غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة (كالإكراه الغلط, التدليس, الاستغلال). إذا شاب رضا احد الشركاء عيبا من هذه العيوب جاز له أن

[1] تنص المادة 59 من ق م ج : على أنه: " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين الإخلال بالنصوص القانونية** ".

يطلب بإبطال العقد شرط أن يكون الغلط جوهريا[1] عملا بنص المادة 82_1 [2]من القانون المدني الجزائري.

ب_ المحل: يجب التمييز بين محل الشركة أو وموضوعها ومحل اشتراك الشركاء فبينما يقصد بمحل الشركة أو موضوعها المشروع الذي يسعى الشركاء لتحقيقه أما محل التزام كل شريك فهو تقديم المقدمات التي تكون في شكل نقدي أو عيني أو عملي, ويجب أن يكون محل الشركة مشروعا غير مخالف للنظام العام والأدب العامة. فإذا نشأت الشركة لتزيف النقود ولتجارة المخدرات فتعتبر الشركة باطلة لأن محلها غير مشروع وبالإضافة الى ذلك ينبغي أن يكون هذا المحل ممكنا وقابل للتحقيق فإذا أنشئت شركة لاستغلال منجم قد نفذ ما به من مواد خام فالشركة باطلة.

يقصد بمحل الشركة الغرض الذي أسست من أجله, أي نشاط الذي تمارسه ومن الواجب أن يكون محل الشركة مشروعا, أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وفقا لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري[3].

مثلا في حالة ما اذا تكونت شركة بغرض الإتجار بالمخدرات أو تزوير النقود كانت باطلة بطلانا مطلقا وذلك لعدم مشروعية المحل.

كما يشترط ان يكون محل الشركة ممكنا, وإن كان من 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[4].

ج_ السبب: هو الدافع الذي يهدف اليه كل متعاقد من وراء التزاماته, وفي تكوين الشركة, ويقوم على تحقيق موضوع المشترك والمتمثل في تحقيق الأرباح واقتسامها عن طريق ممارسة أحد الأنشطة الاقتصادية, فإذا كان سبب الشركة غير مشروع, كأن تأسس شركة ما لا تهدف الى تحقيق الربح يل

---

[1] عبد القادر البقيرات, مبادئ القانون التجاري,ط3, ديون المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2015, ص90

[2] تنص المادة 1/82 من ق م ج: على أنه: **"يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ".**

[3] تنص المادة 93 من ق م ج: على أنه: **"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".**

[4] سعيد يوسف البستاني, قانون الأعمال والشركات, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2004, ص256.

منافسة شركة أخرى للقضاء عليها, فيكون سببها غير مشروع وتكون باطلة بطلانا مطلقا, كما تنص المادة 97 من ق.م.ج **«إذا التزم المتعاقدين لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا »**

د_ الأهلية: نظرا لآن عقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر, يجب أن يكون الرضا صادر من شخص يتمتع بأهلية كاملة وهي أهلية التصرف أي بلوغ الشخص 19 سنة كاملة وأن يكون متمتعا بكامله قواه العقلية ولم يحجر عليه.

كما تنص المادة 40 من ق م ج أنه: **«كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية, ولم يحجر عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية_ وسن الرشد 19 سنة كاملة ».**

وبالتالي لا يجوز للقاصر ابرام عقد الشركة, والا كان العقد باطلا بالنسبة اليه, الا اذا حصل على اذن من المحكمة يسمح له بذلك بناء على نص المادة 5 ق ت ج [1].

يجب أن يكون الشريك في الشركة قد بلغ السن القانوني الذي يحدده المشرع لممارسة التصرفات القانونية وهو 19 سنة كاملة وإذا كان الشخص لم يبلغ هذا السن وبلغ سن 18 فيسمح له بممارسة التجارة بعد حصوله على الترشيد والإذن من طرف أبويه أو الوصي عليه أو مجلس العائلة والمصادقة على هذا الإذن من طرف المحكمة وقيده في السجل التجاري وفقا لما هو منصوص عليه في نص المادة 5 من القانون التجاري أن قواعد الأهلية تختلف باختلاف الشركات ففي شركة التضامن يجي أن يكون الشريك كامل الأهلية .

2_ **الأركان الموضوعية الخاصة:** لا يكفي لتكوين عقد الشركة توفر الأركان الموضوعية العامة, وانما لا بد من توفر الأركان الموضوعية الخاصة, التي تميزها عن سائر العقود, والتي تعتبر ضرورية لقيامها وهي:

أ_ تعدد الشركاء : عقد الشركة يلتزم فيه شخصان فاكثر, بالمساهمة في مشروع مالي.

[1] تنص المادة 3/1/05 من القانون التجاري: على أنه: " لا يجوز للقاصر المرشد, ذكرا أم أنثى, البالغ من العمل ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية, كما لا يمكن ..... ".

فحسب المادة 416[1] من ق م ج فإن عقد الشركة يلتزم وجود شخصان فأكثر, حيث لا يجوز لشخص واحد أن ينشأ بمفرده شركة, استثناء نجد المشرع الجزائري أجاز انشاء شركة من طرف شخص واحد وهي مؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة[2] من طرف شخص واحد خلال نص المادة 564 /2 ق ت ج وهذا الشرط واجب في جميع الشركات مدنية, أو تجارية, كما تدخل المشرع الجزائري في تحديد الحد الأدنى والأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات[3]

لإبرام عقد الشركة يفترض وجود شخصيين طبيعيين أو معنويين أو أكثر, لأن تدخل أكثر من شخص ضروري لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد وهو جمع الأموال وتحقيق المشروع المشترك, لقد تدل المشرع في تحديد الحد الأدنى والأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات.

ب_ تقديم الحصص: الحصص هي جوهر الشركة وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها ونجد المشرع الجزائري في المادة 416 ق م ج قسم الحصص الى ثلاث أنواع: حصة من العمل, أو من المال, أو عينية.

_ حصة من العمل: يجوز أن تكون حصة التي يقدمها الشريك للشركة عبارة عن عمل الذي تنتفع به الشركة بنشاطها كالخبرة التجارية أو الخبرة الفنية ذات أهمية واضحة في نجاح الشركة ولا يجوز ان تكون الحصة مجرد نفوذ ويتمتع به الشخص أو مجرد ثقة في مركزه المالي.

ان تقسيم حصة عمل في الشركات المدنية امر جائز, أما في الشركة التجارية فالأمر يختلف من شركة الى أخرى[4], ففي شركة التضامن التي تكسب الشريك صفة التاجر وليس وصفه العامل أمر جائز, أما في شركات الأموال فإن المشرع قطع بصريح النص ان العمل لا يجوز أن يكون حصة في الشركات ذات

[1] تنص المادة 416 من ق م ج على أنه: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك ...

[2] تنص المادة 2/564 من ق ت ج: على أنه: " إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة, لا تضم إلا شخصا واحدا "كشريك وحيد" تسمى هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة".

[3] عبد القادر البقيرات, مرجع سابق, ص92.

[4] جمال محمود الحمودي, المسؤولية الجزائية للشركات التجارية, دار وائل للنشر والتوزيع, د س ن , ص14.

المسؤولية المحدودة بتعديل المادة 3 من ق ت ج بموجب المادة 567 مكرر من القانون 20_15, وقصر جوازه فقط على الشركة التضامن وحدها (المادة 567 ق ت ج)

ويجب على الشريك ان يقدم حسابا للشركة عما يكون قد قام به من عمل لصالحها كما جاء في نص المادة 423[1] ق م ج, لا يحق له القيام بنفس العمل لحسابه الخاص, او لحساب الغير, وتكون حصة العمل شخصية, ويجب ان يقوم بها العامل نفسه.

ويجوز للشريك القيام بأعمال أخرى مستقلة غير التي تعهد بها للشركة ما دام ذلك لا يتعارض مع غرض الشركة ويحتفظ في هذه الحالة لنفسه بأرباح هذا العمل, بشرط أن لا يكون الوقت الذي كرسه لنفسه يمنعه من القيام بتعهدات التي قدمها للشركة, والا جاز للشركة مطالبته بالتعويض[2] .

_ حصة نقدية(مال): تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغا نقديا لأنها هي التي تكون رأسمال الشركة, ويجب على الشريك أن يقدم حصته في الميعاد المتفق عليه والا التزم بالتعويض طبقا لنص المادة 421[3] ق م ج .

تجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري لم ينص على الاستثناءات المذكورة في القانونين الفرنسي والمصري الخاصة بالفوائد التخييرية والتكميلية والسبب في ذلك هو ان التشريع الجزائري يمنع القرض بالفائدة فيما بين الافراد.

_ حصة عينية: تكون الحصة التي يقدمها الشريك مالا اخر غير النقود, كأن تكون عقارا او منقولا حسب نص المادة 492[4] ق.م.ج, و الحصة العينية المقدمة تكون اما على سبيل التمليك او على سبيل الانتفاع بها[5] .

---

[1] تنص المادة 423 من ق م ج على أنه: "إذا كانت حصة الشريك عملا يقدمه للشريك وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها وأن يقد حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته للعمل ..... ".

[2] جمال محمود الحمودي, مرجع سابق, ص15

[3] تنص المادة 421 من ق م ج على أنه: " إذا كانت حصة الشريك مبلغ من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ, ففي هذه الحالة يلزمه التعويض".

[4] راجع نص المادة 492 من القانون المدني الجزائري

[5] إبراهيم سيد أحمد, العقود والشركات التجارية, ط1, دار الجامعية للنشر, الإسكندرية, 1999, ص117.

ج_ نية المشاركة: العنصر الذي يميز عقد الشركة عن سائر العقود الأخرى هو عنصر مستمد من نية المتعاقدين, ونية المشاركة في اتجاه إرادة جميع الشركاء الى التعاون الإيجابي لتحقيق غرض الشركة وادارتها وقبول المخاطر المشتركة .

كما انها لازمة لحياة الشركة واستمرارها فإذا تخلفت هذه النية لدى احد الشركاء في أي مرحلة من مراحل الشركة فأن ذلك سيؤثر على بقائها[1] .

تبقى نية الاشتراك سببا لازما سواء عند تأسيس الشركة وعند ممارسة نشاطها أو انقضاءها في نهاية حياتها " وتعرف بأنها الرغبة الارادية التي تدفع الشركاء الى التعاون في ما بينهم تعاونا إيجابيا على قدم المساواة من أجل تحقيق أهداف مشتركة".

د_ اقتسام الأرباح والخسائر: يجب على جميع الشركاء ان يشتركوا في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر, فإذا وقع اتفاق على احد الشركاء لا يساهم في الأرباح والخسائر, كان عقد الشركة باطلا عملا بنص المادة426 / 1 ق م ج[2] , ونص المادة 733 ق ت ج [3].

يجوز اعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر بشرط ان لا يتقاضى اجرا من عمله . وان لا يكون قد قدم الى جانب حصة من العمل حصة أخرى (نقدية ,عينية).

أما بالنسبة لقواعد الأرباح والخسائر فالقاعدة العامة هي الرجوع ما الى اتفق عليه الشركاء ولا يشترط عليه في التوزيع ان يكون متساويا[4], واذا لم يكون اتفاق على طريقة توزيع الأرباح وتحمل الخسائر يجب الرجوع الى نص المادة 425 ق م ج[5] .

---

[1] أسامة نائل المحيسن, مرجع سابق, ص93.

[2] راجع نص المادة 1/426 من القانون المدني الجزائري

[3] تنص المادة 733 من ق ت ج علة أنه: "لا يحصل بطلان الشركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون ... ".

[4] عبد القادر بقيرات, مرجع سابق, ص93.

[5] راجع نص المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

الغرض من الشركة هو تحقيق الأرباح وتوزيعها بين الشركاء, وعنصر السعي وراء الربح الذي يميز الشركة عن الجمعية, ويعتبر اقتسام الأرباح والخسائر من الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة المادة 425 من ق م ج , وبناء على نص المادة 426 من ق م ج إذا وقع اتفاق على أحد الشركاء يساهم في أرباح الشركة دون تحمل خسائرها كان عقد الشركة باطلا, ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله, كما نصت المادة 733 في فقرتها الأولى من القانون التجاري على ما يلي:"... وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة, فإن البطلان لا يحصل ... كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحضورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الأركان الشكلية: يشترط القانون كتابة عقد الشركة حتى سهل اثبات ما تضمنه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة, وتهم أيضا الشركاء انفسهم, إضافة الى الكتابة الرسمية اشترط الاشهار و القيد في السجل التجاري .

1_ الكتابة: نصت المادة 418 ق.م.ج على ضرورة كتابة عقد الشركة والا كان باطلا سواء تعلق الامر بالشركات المدنية او التجارية .

جدير بالذكر ان المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركات المدنية واقتصر على ضرورة الكتابة فقط, بالتالي لابد من افراغ عقد الشركة في شكل رسمي والا كانت باطلة, وهذا ما قضت به المادة 545 ق.ت.ج .

2_ الشهر: اوجبت المادة 549 ق.ت.ج[1] إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة في الشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات والا كانت باطلة .

3_ **القيد في السجل التجاري:** اشترطت المادة 549 ق.ت.ج القيد في السجل التجاري حتى تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية, غير ان هذه الشخصية لا تكون حجية على الغير الا بعد استفاء إجراءات الشهر

[1] راجع نص المادة 542 من القانون التجاري الجزائري.

التي ينص عليها القانون, ومع ذلك اذ لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فانه يجوز للغير ان يتمسك بتلك الشخصية باعتبارها شركة فعلية[1] .

كما اوجب المشرع الجزائري ان يحدد في عقد الشركة شكلها, عنوانها, اسمها, مركزها, موضوعها ومدتها التي لا تتجاوز 99 سنة, المادة 546[2] ق.ت.ج .

الفرع الثاني

بطلان عقد الشركة الفعلية

يترتب عن تخلف ركن من الأركان العامة او الخاصة او الشكلية المنصوص عليها في القانون التجاري جزاء يتمثل في البطلان, والبطلان يعني انعدام اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير كذلك .

الا ان الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة, وهذا البطلان قد يكون نسبيا او مطلقا وبالتالي تظهر فكرة الشركة الفعلية .

وتجدر الإشارة الى ان القضاء متردد من وجود الشركة الفعلية [3]في جميع حالات البطلان الآن هناك حالات لا يجوز الاعتراف بها, لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع وتتمثل هذه الحالات في:

أولا: تطبيقات الشركة الفعلية في حالات البطلان:

أ_ قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عيب في رضا احد الشركاء: حيث لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية متى انعدمت الإرادة ولا يمكن ان نوصف الشخص الذي انعدمت ارادته بأنه شريك في الشركة .

[1] عبد القادر بقيرات, مرجع سابق ص94.

[2] راجع نص المادة 546, من القانون التجاري الجزائري.

[3] نادية فوضيل, أحكام الشركة, طبقا للقانون التجاري الجزائري, ط7, دار هومة للطبع والنشر, الجزائر, 2008, ص52.

أما إذا شاب إرادة احد الشركاء عيب من عيوب الرضا فإن ذلك يؤثر على التزام هذا الشريك دون ان يؤدي الى بطلان الشركة, إذ ان مصلحة باقي الشركاء تقضي الإبقاء على العلاقة بينهم[1].

2_ قيام الشركة الفعلية بسبب نقص الاهلية: إذ لا يؤثر نقص أهلية احد الشركاء في كيان الشركة خلافا للقواعد العامة, بل يؤثر على التزام الشريك فقط .

3_ قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب على كاتبتها عقدها: رغم أن المادة 418 ق.م.ج تنص على بطلان عقد الشركة ان لم يكن مكتوبا, الا انه لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير حسن النية, ولا يكون له أثر فيما بينهم الا من وقت طلبه من احدهم وعليه يترتب على هذا البطلان قيام الشركة الفعلية[2] .

ثانيا: تطبيقات الشركة الفعلية في حالات البطلان المطلق

1_ لا تطبق نظرية الشركة الفعلية الا اذا تكونت الشركة فعلا وتعاملت مع الغير, ويجب عدم الخلط بين الشركة الفعلية التي وجدت فعلا وتعاملت مع الغير بوصفها شخص معنوي وبين الشركة التي تكونت بحكم الواقع وهي التي لا يتوفر لدى مؤسسها نية تكوين الشركة بالمعنى القانوني.

2_ لا تطبق الشركة الفعلية في حالة بطلان الشركة بسبب عدم مشروعية غرضها لأن في ذلك اعترافا بالغرض الغير مشروع وهذا لا يجوز .

3_ لا تطبق الشركة الفعلية في حالة انتفاء ركن تعدد الشركاء او نية المشاركة او الحصص, لان عدم وجود هذه العناصر تنتفي وجود الشركة فعلا [3].

[1] أنظر مفلح عواد القضاة, مرجع سابق, ص255.

[2] عليوة رابح, (نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري), مجلة العلوم القانونية, جامعة برج باجي مختار, عنابة, د س ن , ص175.

[3] عليوة رابح, مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري, مجلة تواصل العلوم الإنسانية والاجتماعية, كلية الحقوق برج باجي مختار, عنابة, عدد 28 جوان, 2011, ص99.

المطلب الثاني

أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية

ان الحكم ببطلان الشركة كما سبق الإشارة اليه يجب تفسيره بعيدا عن مفهوم البطلان طبقا للنظرية العامة, لان البطلان في هذه الحالة يمس الا المستقبل وعلى هذا الأساس ذهب البعض الى اعتبار البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة لا ينتج اثاره الا من تاريخ النطق به , ويسري على المستقبل فقط, اما بالنسبة للماضي فيعتبر العقد صحيحا, والشخص المعنوي موجودا مما يترتب على هذا الوجود صحة التصرفات التي قامت بها الشركة, ويترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة او الشركاء (فرع اول) او بالنسبة للغير ودائني شركاء الشخصين (فرع ثاني) .

الفرع الأول

أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء

تترتب على الاعتراف بوجود الشركة الفعلية, اثار على الشركة (أولا), واثار على الشركاء (ثانيا).

أولا: بالنسبة للشركة: تعتبر الشركة الفعلية كم لو كانت الشركة صحيحة, تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء, وتبقى جميع حقوقها و التزاماتها قائمة, كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة, سواء بين الشركاء او بالنسبة للغير, وتظل محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته منذ تأسيسها (تضامن, مساهمة, مسؤولية محدودة) الى غاية تصفيتها, فتسري عليها احكام التصفية المنصوص عليها في عقدها التأسيسي وفي القانون التجاري .

تخضع الشركة الفعلية خلال حياتها لالتزامات التاجر كمسك الدفاتر التجارية ويوقع عليها جزاءات مدنية وجنائية في حالة مخالفتها لهذه الالتزامات, وكذلك تخضع الضرائب التجارية, ونظام الاعفاء منها.

اذا توقفت الشركة الفعلية عن دفع ديونها خلال فترة نشاطها او اثناء عملية التصفية فإنه يجوز شهر افلاسها[1].

ثانيا: بالنسبة للشركاء: في حالة بطلان الشركة وتصفيتها تقسم موجودات الشركة والارباح والخسائر على أساس العقد التأسيسي للشركة الذي يعتبر صحيحا في الماضي او على أساس الاتفاق طبقا للمادة 425 من القانون المدني الجزائري[2] .

الفرع الثاني

أثار الاعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين

اضافة الى الاثار المترتبة على الاعتراف بوجود الشركة الفعلية على الشركة والشركاء السالفة الذكر. هناك اثار أخرى تلحق بالغير الذي تعامل مع الشركة ودائني الشركاء الشخصيين.

أولا: بالنسبة للغير: تعتبر جميع التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة الاثارها (رغم الحكم بالبطلان), ويحث لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يتجنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ويكون لهم الحق في التنفيذ على أموال الشركة. كما لهم الحق في طلب شهر افلاسها وتقسيم أموالها لاستفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس .

[1] بن عاشور عيدة, شابوني كريمة, تأسيس شركة المساهمة في القانون الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق, تخصص القانون الخاص الشامل, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة عبد الرحمان ميرة, بجاية, 2013, ص28

[2] فتيحة يوسف المولودة عماري, أحكام الشركات التجارية, دار الغرب للنشر والتوزيع, تلمسان, د س ن ,ص81.

اما إذا تعارضت مطالب دائني الشركة أنفسهم بحيث تمسط بعضهم ببطلان الشركة كما لو كانوا دائنين شخصيين في نفس الوقت لبعض الشركاء, بينما تمسك البعض الاخر ببقاء الشركة, فإنه وطبقا للفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر, يجب ترجيح الجانب الذي طلب الحكم بالبطلان لأنه هو الأصل[1] .

ثانيا: بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين: يتمسك الدائنون الشخصيون للشركاء بقيام الشركة الفعلية متى كانت لهم مصلحة في ذلك, كأن يؤدي البقاء على الشركة الى زيادة حقوق مدينهم عند التصفية عن الحصة التي قدمها, قد يتمسك هؤلاء بحقهم في ابطال الشركة, باستعمال الدعوة الغير المباشرة, أو الدعوة المباشرة .

إلا أنه غالبا ما يحصل تعارض بين مصالح دائني الشركاء الشخصيين ودائني الشركة, كأن يحتج دائنو الشركاء ببطلان الشركة بقصد استرجاع الحصص المقدمة من مدينهم, بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث تقضي مصلحتهم استمرار الشركة حتى يحتفظون بحقه الأولوية على ذمتها اتجاه دائني الشركاء, يرى اغلبية الفقه ان تقرير البطلان هنا هو حماية الغير الذي تعامل مع الشركة, وبالتالي لا يقبل ان تنقلب القواعد التي قررت لمصالحهم لتصبح بالا عليهم, فعليه نكون حافظنا على استقرار المعاملات من جهة, وفي ذلك تغليبا للوضع الظاهر من جهة أخرى[2].

[1] مراد منير فهمي, القانون التجاري, الدار الجامعية للطباعة والنش, بيروت, 1984, ص249.

[2] الياس ناصف, الأحكام العامة للشركة, الجزء الأول, د د ن , لبنان, 1994, ص229

المبحث الثاني

انقضاء الشركة الفلية

تنشأ الشركة التجارية من اجل تحقيق الأهداف والارباح التي يعجز كل شريك عن تحقيقها بمفرده, وقد تحدث عوائق في نشاط الشركة واستمرارها فيؤدي ذلك الى زوالها وهو ما يعرف من الناحية القانونية بانقضاء الشركة سواء عن طريق تحويل الشركة او توفر الأسباب العامة او الخاصة لانقضائها(مطلب1), فتدخل الشركة بذلك مرحلة التصفية والقسمة(مطلب2).

المطلب الأول

أسباب انحلال الشركة الفعلية

يراد بالانحلال زوال الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين الشركاء ومن ثم انقضائها, وتحل الشركة الفعلية بأسباب متعددة ومتباينة الطبيعة, منها أسباب خاصة تخص الشركة الفعلية القائمة نتيجة البطلان, ومنها أسباب عامة وردت في القانون, ولقد نص المشرع الجزائري سواء في القانون المدني عامة أو القانون التجاري بصفة خاصة على أسباب انحلال الشركات التجارية التي تنقسم الى أسباب غير مباشرة (فرع أول), وأسباب مباشرة (فرع ثاني).

الفرع الأول

الأسباب الغير المباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء الى اصلاح العيب الموجود في الشركة, وتتحول الشركة المعتلة بذلك الى شركة قانونية, مهما كان نموذج الشركة, ومهما كان العيب الموجود. فقد يكون العيب متعلق بالشركة بأكملها كأن يلجأ الشركاء الى تكوين نوع من الشركات لا يجيز القانون تكوينها, وقد يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوينها, أو بسبب يتعلق بصفة الشركاء[1].

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص202.

أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك

كأن يكون الأطراف ممنوعون من تكوين الشركة التجارية لسبب يعود الى صفة يحملها الشريك يمنع القانون عليه ان يكون عضوا في مثل هذه الشركات, كصفة الأطباء أو المحامين الممنوعين من تكوين شركة تجارية فإذا لجأ الأطراف لتحويلها الى شركة مدنية يسمح لهم القانون بإنشائها, وبالتالي تتحول الشركة الفعلية الى شركة قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة.

ثانيا: عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة

كأن يكون رضا أحد الشركاء مشوبا بعيب من عيوب الارادة (الاكراه, الغلط, التدليس, الغبن), أو ان يمتنع احد الشركاء عن دفع حصته للشركة, فلو كان أحد الشركاء ناقص الاهلية وكان رضاه معيبا, فإن اصلاح العيب يتم عند موافقة الشريك ناقص الاهلية على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد وعندئذ تتحول الشركة الفعلية الى شركة قانونية.

اما البطلان بسبب عدم تقديم الحصص يمكن تصحيحه بقيام الشريك بتقديم حصته, ويترتب على ذلك تحويل الشركة الفعلية الى شركة قانونية[1].

الفرع الثاني

الأسباب المباشرة

تنحل الشركة الفعلية اما عن طريق دعوى البطلان (أولا), أو اذا توفرت الأسباب القانونية التي تؤدي الى انقضائها (ثانيا).

أولا: الانحلال بسبب دعوى البطلان

يعتبر البطلان السبب الرئيسي والمباشر لانقضاء الشركة التجارية الفعلية, فإذا تمسك الغير بحقه في طلبه استنادا للمادة 418/2[2] ق.م.ج

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص204.

[2] تنص المادة 2/418 من القانون المدني الجزائري على أنه: " **غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولايكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم ... لطلب البطلان**".

و 2/545 [1]ق.ت.ج, فإن القاضي في هذه الحالة ملز بالاستجابة لهذا الطلب.

والبطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي (في حالة نقص الاهلية او عيب من عيوب الإرادة), وكذلك في حالة البطلان من نوع خاص, اذا حكم ببطلان الشركة الفعلية, فإن لهذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الجميع.

وبخصوص اثاره في الماضي فإن التصرفات السابقة على صدور حكم البطلان تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة اثارها القانونية. أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية لغاية تسوية أعمال الشركة وتصفية موجوداتها, وبعد انتهاء التصفية تختفي الشركة من الوجود [2].

ثانيا: الانحلال بالأسباب القانونية:

يقصد بالأسباب القانونية تلك التي ورد ذكرها في القانون, والتي يترتب عليها انحلال الشركة وهذه الأسباب وان كانت تتعلق بالشركة القانونية, إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيقها على الشركة الفعلية, لاسيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لسبب من أسباب البطلان يجعل وجودها فعليا بعد أن كان قانونيا, أو تلك التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في واقع الحياة العملية مدة من الزمن دون أن يظهر تنازع بخصوصها وتستمر على تلك الحالة الى أن يظهر سببا قانونيا يلجأ فيه الشركاء الى حل شركتهم[3].

وتنقسم الأسباب القانونية الى أسباب عامة وأسباب خاصة.

1_ الأسباب العامة:

أ_ انتهاء مدة الشركة:

تنتهي الشركة بانتهاء الميعاد الذي عين لها بهدف تحقيق الغاية التي انأت لآجلها. وفي حالة استمرار عملها رغم انقضاء الميعاد المحدد يعتبر عقد الشركة مجددا تلقائيا سنة فسنة بالشروط ذاتها.

[1] تنص المادة 2/545 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء, فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة".

[2] محمد فتاحي, مرجع سابق, ص108.

[3] سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص227.

ب_ تحقيق الغرض التي أنشأت الشركة التجارية لأجله:

اذا أنشأت الشركة لقيام بغرض معين كإنشاء مساكن ثم انتهت مهمتها, فالشركة تنقضي مباشرة رغم عدم انقضاء الاجل المحدد لها[1], هذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 437 ق.م.ج [2].

ج_ هلاك مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه:

تنص المادة 483 من القانون المدني الجزائري على: « **تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منها بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها** ».

وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة والائتمان في حماية هذا, نص المشرع الجزائري في المادة 2/589, ق.ت.ج على أنه: « **في حالة ما أصيبت شركة ذات المسؤولية المحدودة بخسارة قدرها 4/3 من رأس مال الشركة يجب حل الشركة** » .

تنقضي الشركة بالهلاك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه طبقا للمادة 2/438 ق.م,ج[3], ولتحقق هذا الانقضاء يشترط أن يكوم الشيء الذي تعهد الشريك بتقديمه لازما لحياة الشركة.

[1] لقويرة سمير, المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية, مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات لنيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبية, تخصص: تدقيق محاسبي, جامعة محمد خيضر, بسكرة, 2013, ص23

[2] المادة 437 من القانون المدني الجزائري, على أنه: " **تنتهي بانقضاء الميعاد الذي لها أو بتحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها** ".

[3] تنص المادة 2/483 من القانون المدني الجزائري, على أنه: " **وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشئ قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء** ".

د_ انعدام ركن تعدد الشركاء:

اذا اجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنقضي الشركة بقوة القانون, حيث لا يجوز تكوين الشركة بوجه عام الا بوجود شريكين عللا الأقل, استثناء أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس من شخص واحد,[1] وهذا حسب المادة 564 ق.ت.ج[2] .

هـ_ اتفاق الشركاء على حل الشركة:

قد يتضمن عقد الشركة نصا يقضي بحل الشركة لظروف معينة, وفي هذه الحالة يعمل بالشروط المذكورة وللشركاء متى شاءوا حل الشركة قبل حلول أجلها, ويشترط لحل الشركة أن تكون قادرة وميسورة على الوفاء بالتزاماتها[3].

و_ الحل القضائي وفصل الشريك:

بجوز للقاضي أن يحكم بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء في حالة عدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته أو لأسباب خطيرة, وفي حالة خروج أحد الشركاء من الشركة أو إصابة الشركة بخسارة أو فصل الشريك, إذ يحق لكل شريك طلب فصل غيره من الشركاء إذا وجدت أسباب مقبولة لذلك.

2_ الأسباب الخاصة:

أ_ موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه:

نص المادة 439 ق.م.ج على انقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه, لأن الشركة الأشخاص قائمة على أساس الاعتبار الشخصي, وبالتالي فزوال هذه

---

[1] معارفية مالية, تصفيات الشركات التجارية وقسمتها, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود, جامعة بن يوسف بن خدة, الجزائر, 2012, ص19.

[2] تنص المادة 1/564 على أنه: " **تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص** ".

[3] عيساني كهينة, عاشور وسيلة, " تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري" مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق, تخصص القانون الخاص الشامل, جامعة عبد الرحمان ميرة , جامعة بجاية, 2017, ص15

الشخصية يؤدي الى انحلال الشركة, غير أنه يجوز الاتفاق في حالة موت أحد الشركاء على استمرار الشركة مع الورثة حتى ولو كان قاصرا[1].

ب_ انسحاب أحد الشركاء:

تقضي المادة 440 من ق.م.ج[2] بانتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محدودة وذلك بمجرد إعلان رغبته في الانسحاب, غير أن الشريك لا يمكنه استعمال هذا الحث الا إذا توفرت بعض الشروط. كأن يعلن الشريك مسبقا عن ارادته للانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الامر وفقا لمبدأ حسن النية.

كما يجب أن يكون الانسحاب على حسن النية, وأن يكون في وقت مناسب فلا يصح الانسحاب الذي يشوبه غشا, وللقاضي السلطة التقديرية في هذا المجال[3].

المطلب الثاني

تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

متى توقفت الشركة عن نشاطها استلزم الامر تصفيتها, وقد أكد الفقه والقضاء ضرورة تصفية الشركة الباطلة بصرف النظر عما إذا نشأ عن هذا البطلان شركة فعلية أم لا, ويفترض عند التصفية وجود ذمة مالية للشركة الفعلية مستقلة عن الذمة المالية الخاصة بالشركاء, إذ أن القول بانعدام الذمة المالية للشركة يترتب عليه عدم وجود قانوني وفعلي وبالتالي لا توجد تصفية.

وعليه بمجرد انقضاء الشركة الفعلية تدخل في مرحلة التصفية (فرع أول), فالتصفية إجراء وجوبي يطبق على كافة الشركات التجارية ما عدى شركة المحاصة[4], وتتم وفق عمليات وإجراءات خاصة (فرع ثاني).

---

[1] عبد القادر بقيرات, مرجع سابق, ص110.

[2] راجع المادة 440 من القانون المدني الجزائري

[3] عمورة عمار, شرح القانون التجاري الجزائري , طبعة جديدة ومنفحة, دار المعرفة الجزائر, 2000, ص164.

[4] باستثناء شركة المحاصة: لاتخضع هذه الشركة لقواعد تصفية الشركات عند إنحلالها لأن التصفية تعني تسوية مركز الشركة من حيث كونها دائنة ومدينة, لذا فإنها تنتهي عن طريق المحاسبة بتقديم حساب من المدير أو الشركاء, غما قاموا به من أعمال لحساب الشركة. لمزيد من التفاصيل راجع: سليم عبد الله أحمد الجبوري, مرجع سابق, ص230.

الفرع الأول

تصفية الشركة الفعلية

ويقصد بالتصفية القيام بمجموعة من الأعمال التي من شأنها تحديد ما للشركة من حقوق لدى الشركاء والغير للمطالبة بها بالإضافة الى ما عليها من ديون اتجاه الغير, أي التسوية لجميع العمليات التي باشرتها الشركة طوال وجودها بالتالي لا يمكن تصور قيام الشركة ما لم تمارس شيئا من نشاطها[1].

ونظرا لاختلاف طبيعة علاقة الشركة بالنسبة للشركاء وبالنسبة للغير, سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء (أولا), ثم القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير (ثانيا)[2].

أولا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء الفعليين:

متى حكم على الشركة بالبطلان, جاز لكل شريك المطالبة باسترداد حصته ولا يكون ذلك إلا بعد تطبيق قاعدة توزيع الأرباح والخسائر ذلك أن استرداد الحصة سالمة من الخسائر ومجردة من الربح لا يكون بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره[3].

ومتى كان سبب البطلان هو تخلف الشهر, فإنه يتبع في التصفية في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر على الشركاء, الشروط المتفق عليها في عقد الشركة وذلك لأن العيب الذي شاب العقد لاحق في الحقيقة لاتفاق الشركاء صحيح.

إلا أنه اذا كانت الشركة باطلة لسبب أخر كعدم مشروعية المحل أو السبب فلا يجوز أن تتم التصفية طبقا للقواعد الواردة في عقد الشركة. وتجدر الإشارة الى أنه في حالة انعدام النص على طريقة التصفية في العقد التأسيسي للشركة, فإن القضاء يمل الا الاعتماد على الإرادة الجماعية للشركاء التي يجب على القاضي استخلاصها والكشف عنها, وعند الاستحالة يلجأ الى تطبيق القواعد العامة للتصفية.

[1] سليمان بوذياب, مبادئ القانون التجاري, ط1, مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, لبنان, 2008, ص237.

[2] رابح عليوة, مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري, مرجع سابق, ص105.

[3] سعيد يوسف البستاني, مرجع سابق, ص274.

مهما يكن فإنه تصفية الشركات الفعلية بصفة عامة والعلاقات التي نشأت بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية.[1]

ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير

يقصد بالغير الأشخاص الذين تهتهم التصفية أي دائنو الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء.

إن اختلاف مصالح دائنو الشركة يتطلب من البعض التمسك بصحة الشركة, بينما البعض الأخر يتمسك ببطلانها, والسؤال الذي يطرح نفسه **ماهي القواعد التي تتم بها التصفية طبقا لحق الاختيار الممنوح له؟**

في حالة تمسك دائنو الشركة ببقائها اعتبرت هذه الاخيرة صحيحة, كما لو كانت شركة قانونية, وبالتالي تطبق عليها قواعد الانحلال فيستطيع دائنو الشركة الحصول على حقوقهم عن طريق الدعوى المباشرة.

أما في حالة تمسك دائنو الشركة ببطلانها فتنصرف أثره الى الماضي فتنهار الشركة وينهار معها عقدها, ويترتب على ذلك انعدام الكائن المعنوي كأثر مباشر للبطلان, وتتحول الشركة الى كتلة مالية, يستخرج منها حصص الشركاء وترد إليهم[2].

الفرع الثاني

عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

إذ كانت تصفية الشركة الفعلية تخضع عموما لنفس القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية, إلا أن عمليات التصفية تتميز بخصائص محددة كتعيين المصفي, وتحديد سلطاته (أولا), وتحقيق الأصول وتسوية الخصوم (ثانيا), والقسمة (ثالثا) .

[1] رابح عليوة, مجال تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري, مرجع سابق, ص106.

[2] سعيد يوسف البستاني, مرجع سابق, ص276.

أولا: تعيين المصفي وتحديد سلطته: متى حكم على الشركة بالبطلان فإن المحكمة تعيين المصفي وتحديد طريقة التصفية, وبالنسبة للشركة الفعلية يتم تعيين المصفي من قبل المحكمة التي قررت بطلان الشركة[1] .

ويتمتع المصفي بذات سلطات التي يتمتع بها المصفي في الشركات القانونية التي يتم تصفيتها, فهو ممثلا للشركة ولمجموع الدائنين إذ أن أموال الشركة التي تنتقل اليه تتم على هذا الأساس, فعادة لا يحدد القانون سلطات المصفي من حقوق وواجبات تفرضها عملية التصفية.

ثانيا: تحقيق الأصول وتسوية الخصوم: بما أن الهدف من التصفية هو تحقيق موجودات الشركة وتوزيع حصيلتها بعد بيعها واستفاء ما للشركة من حقوق وديون, استلزم الأمر على المصفي تحصيل ديون الشركاء دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك بعيب الشركة للتخلص من التزاماتهم ولا يجوز لهم استرجاع حصصهم إلا إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية, ونفس الحكم ينطبق على الغير فيحق له المطالبة بالديون للشركة.

أما عن تسوية الخصوم فعلى المصفي أن يقوم بتسديدها على الشركة من ديونها لدى الغير[2].

ثالثا: القسمة: هي الهدف النهائي في التصفية بعد تسديد ما على الشركة من ديون وتتم القسمة بين الشركاء بطريقة المبينة في العقد التأسيسي للشركة أي وفقا لما اتفق عليه الشركاء, أما في حالة عدم الاتفاق على كيفية اجراء القسمة بينهم أو إذا تعذر تطبيق بنود العقد بسبب مخالفتها للقانون, تجري القسمة طبقا لأحكام القانون[3] .

وفي حالة عدم كفاية صافي مال الشركة للوفاء نعود على حصص الشركاء, وتوزع عليهم الخسارة جميعا بالنسبة لرأس المال تطبيقا للقواعد العامة, وعند الانتهاء من عملية التصفية ويتبين أن الشركة الفعلية معسرة وجب شهر افلاسها وتخضع في ذلك لنفس الإجراءات الخاصة بإفلاس الشركات القانونية[4]

[1] لمزيد من التفاصيل, راجع عمورة عمار, مرجع سابق, ص166.

[2] رابح عليوة, نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري, مرجع سابق, ص185.

[3] لمزيد من التفاصيل , راجع عمورة عمار, مرجع سابق, ص172.

[4] رابح عليوة, مرجع نفسه, ص165.

خاتمة

الشركة الفعلية هي الشركة التي تباشر نشاطها رغم اختلال أحد أركانها, ويتعامل الغير معها على ابتكار صحيحة, والشركة الفعلية نظرية قضائية المنشأة , حيث ابتكرها القضاء الفرنسي كتقنية قانونية لحماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة, وبينت الدراسات أن المشرع الجزائري متأثر بالمشرع الفرنسي الذي اعترف بنظرية الشركة التجارية الفعلية لفوائدها النظرية والعملية, غير أن القضاء الجزائري, لا يزال مترددا إزاء هذه النظرية بالرغم من رسوخها في أغلب التشريعات المقارنة, فلم يخص المشرع الجزائري الشركة الفعلية بتنظيم قانوني معين كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي تعرض لهذه الشركة بصورة صريحة في نصوص قانونية.

من خلال دراستنا لموضوع الشركة الفعلية في التشريع الجزائري توصلنا الى النتائج التالية:

لا يمكن تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالبطلان على عقد الشركة بشخصها المعنوي لأن ذلك يترتب نتائج سلبية عديدة بسبب ما ينطوي عليه من انكار وتجاهل لحقائق وجدت بالفعل في الفترة السابقة على البطلان والمتمثلة بعلاقات الشركة مع الغير.

لابد من الاعتراف بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي قبل تقرير بطلانها تأييدا لوجودها الفعلي وحفاظا على حقوق المتعاملين معها.

ان الشركة الفعلية توجد في الواقع ولابد من الاعتراف بها حفاظا على قواعد العدالة, وأساسها نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري والمادة 545 من القانون التجاري الجزائري.

ترجع أسباب قيام الشركة الفعلية في أغلب حالاتها الى بطلانها, بيد أن هاذ الاختلال في الشكر لا يلاحظ, وتمارس الشركة نشاطها وعلاقتها مع الغير, ثم يتضح بعد ذلك العيب في الركن المذكور و عندئذ توجد الشركة الفعلية.

إن جميع أنواع الشركات سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال قابلة في التشريعات القانونية " " الفرنسي _ الجزائري " لأن تكون الشركة فعلية إن توافرت فيها عوامل قيام الشركة المذكورة ما عدى شركة المحاصة, فلا يمكن تصور شركة محاصة فعلية لأن صفة الاستتار التي تتميز بها الشركة المحاصة تتنافس مع المظهر العام الذي هو من عوامل قيام الشركة الفعلية.

قد تقوم الشركة الفعلية في الحالات غير حالات البطلان الاعتيادية, إذ لا يمكن اعتبار حل الشركة الفعلية شركة باطلة, ذلك أن هناك حالات استخلص القضاء المقارن منها وجود شركة فعلية مستندا في ذلك الى أسباب أخرى خلاف البطلان كحالة استمرار الشركاء كلهم أو بعض منهم في ممارسة نشاط الشركة بعد حلها وانقضاءها.

كذلك حالة ممارسة الشركة لنشاطها ولم تتم إجراءات تأسيسها, وتنتهي الشركة الفعلية إما بعوالم الانقضاء العامة للشركة القانونية أو بتحويلها الى شركة قانونية صحيحة وذلك عن طريق إزالة العيب الذي لحقها, و عندئذ تستمر بممارسة نشاطها كشركة قانونية.

يمكن شهر إفلاس الشركة الفعلية, (إذا تم شهر إفلاسها) خلال فترة التصفية, ترفع عندئذ يدها على أموالها, وموجوداتها وتعامل معاملة الشركة المنقضية انقضاءا طبيعيا.

وفي الأخير نرى ضرورة العمل على استمرار الشركة الفعلية في الحياة القانونية من جديد, وذلك بتحويلها الى شركة قانونية عن طريق اصلاح العيب الموجود فيها, وبذلك تظل جميع التزاماتها صحيحة في مواجهة الغير, ونقترح أن يأخذ المشرع الجزائري بأحكام وقواعد الشركة الفعلية التي استقر عليها القضاء والتشريع الفرنسي, إذ من الأفضل أن تجد الشركة حلولا جاهزة وثابتة ومستوفاة من القانون.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1_ أحمد محرز , القانون التجاري الجزائري , د د ن, الجزء الثاني , ط 2, الجزائر , 1980.

2_ أسامة نائل المحيسن, الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس , طبعة 1, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان, 2009.

3_ الياس ناصف , الأحكام العامة للشركة, الجزء الأول , د د ن, لبنان, 1994.

4_ بالعيساوي محمد طاهرو الشركات التجارية , (النظرية العامة وشركة الأشخاص) , الجزء الأول, دار العلوم للنشر والتوزيع, د ب ن, د س ن.

5_ براهيم سيد أحمد , العقود والشركات التجارية , البعة الأولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية, 1999.

6_ بيارا ميل طوبيا , الشركة المنشأة بصورة فعلية , منشورات الحلبي الحقوقية, طبعة1 , لبنان, 2009.

7_ جمال محمود الحمودي , المسؤولية الجزائية للشركات التجارية , دار وائل للنشر, دار وائل للنشر والتوزيع, د ب ن, د س ن.

8_ سعيد يوسف البستاني , قانون الأعمال والشركات , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2004.

9_ سليم عبد الله أحمد الجبوري , الشركة الفعلية , طبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان, 2011.

10_ سليمان بوذياب, مبادئ القانون التجاري, طبعة الأولى, مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, لبنان, 2008.

11_ عبد الفضيل محمد أحمد, الشركات التجارية "الأموال _ الأشخاص", دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع, د ب ن و2011.

12_ عبد القادر البقيرات , مبادئ القانون التجاري , طبعة الثالثة , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 2015.

13_ عمورة عمار , شرح القانون التجاري الجزائري , طبعة جديدة ومنفتحة , دار المعرفة , الجزائر, 2000.

14_ فتيحة يوسف , المولودة عماري , أحكام الشركات التجارية , دار الغرب للنشر والتوزيع , تلمسان , د س ن .

15_ مفلح عواد , القضاة والوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن , مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن, د س ن

16_ مراد منير فهمي , القانون التجاري , دار الجامعية للطبع والنشر, بيروت , 1984.

17_ نسرين شريقي , الشركات التجارية , طبعة الأولى , دار بلقيس للنشر , الجزائر , 2013

18_ نادية فوضيل , أحكام الشركة , طبقا للقانون التجاري الجزائري , طبعة سابعة , دار هومة للطبع والنشر, الجزائر, 2008.

ثانيا: المذكرات الجامعية

- **ماجستير.**

1_ عليوة رابح , نظرية الشركة الفعلية " دراسة مقارنة " , رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون , جامعة عنابة , 1992.

- **ماستر**

1_ بن عاشور عيدة, شابوني كريمة , تأسيس شركة المساهمة في القانون الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق , تخصص القانون الخاص الشامل , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة, بجاية , 2013.

2_ عيساني كهينة, عاشوري دليلة, تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق, تخصص القانون الخاص الشامل, جامعة عبد الرحمان ميرةو بجاية, 2016_2017.

3_ لقويرة سمير, المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية, مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبية, تخصص: تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر, بسكرة, 2013.

4_ معارفية مالية: تصفية الشركات التجارية وقسمتهاو مذطرة لنيل شهادة الماستر في العقود, جامعة بن يوسف بن خدة, الجزائر, 2011_2012.

ثالثا: المقالات

1_ حلو عبد الرحمان أبو حلو, محمد حسين يشايرة, "مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ", د س ن, ص 49_ 81.

2_ عليوة رابح, " نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري ", مجلة العلوم القانونية, جامعة برج باجي مختار, عنابة, د س ن, ص171_186.

3_ عليوة رابح, " مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري ", مجلة تواصل العلوم الإنسانية والاجتماعية, كلية الحقوق برج باجي مختار, عنابة, عدد 28 جوان, 2011, ص95_109.

4_ محمد فتاحي, الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري, مجلة العلوم القانونية والسياسية, جامعة الشهيد حمة لخضر, الجزائر, 2010, ص97_110.

رابعا: النصوص القانونية

1_ قانون رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم حسب أخر تعديل للقانون رقم 07_05 مؤرخ في 2007, الجريدة الرسمية, عدد 31, 2007

2_ الأمر رقم 75_59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب أخر تعديل للقانون رقم 15_20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015, جريدة الرسمية 71 مؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

خامسا: القرارات القضائية

1_ قرار المحكمة العليا, المؤرخ في 1985/06/15, " يتعلق بالشركة التجارية _ بطلان العقد _ أثاره بين الشركاء _ الشركة الفعلية ", مجلة قضائية, عدد04, 1989

2_ قرار المحكمة العليا , المؤرخ في 1980/12/20 , المجلة القضائية , عدد 04 , 1989

3_ قرار المحكمة العليا, المؤرخ في 1997/03/18, مجلة الاجتهاد القضائي, عدد خاص.

الفهرس

كلمة شكر

إهداء

مقدمة 07

الفصل الأول: مفهوم الشركة الفعلية

المبحث الأول: 11

المطلب الأول: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي 11

الفرع الأول: الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي 12

الفرع الثاني: الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي 1807م 13

الفرع الثالث: الشركة الفعلية في قانون الشركات الفرنسية 1966م 14

أولا: التخفيف من حالات البطلان 14

ثانيا: التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان 15

ثالثا: التقليص من أثار البطلان 15

المطلب الثاني: الشركة الفعلية في القانون الجزائري 15

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية 16

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية 18

أولا: الاتجاه الرافض لفكرة الشركة الفعلية 18

ثانيا: الاتجاه الذي يعترف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية 20

المبحث الثاني: مضمون نظرية الشركة الفعلية 21
المطلب الأول: تعريف الشركة الفعلية 22
الفرع الأول: المقصود بالشركة الفعلية 22
الفرع الثاني: مبررات قيم الشركة الفعلية..... 23
أولا: نظرية عقود المدة المستمرة التنفيذ 23
ثانيا: نظرية الأوضاع الظاهرة 25
المطلب الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها 26
الفرع الأول: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة مع الواقع 27
الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة 28
الفرع الثالث: تمييز الشركة الفعلية عن شركة تحت التأسيس 28

الفصل الثاني: النظام القانوني للشركة الفعلية

المبحث الأول: نطاق تطبيق الشركة الفعلية 32
المطلب الأول: تأسيس الشركة الفعلية 32
الفرع الأول: أركان الشركة الفعلية 33
أولا: الأركان الموضوعية 33
1) الأركان الموضوعية العامة 33
2) الأركان الموضوعية الخاصة 35
ثانيا: الأركان الشكلية 38
1) الكتابة 39
2) الشهر 39

3) القيد في السجل التجاري 39
الفرع الثاني: بطلان عقد الشركة الفعلية 40
أولا: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة البطلان 40
ثانيا: تطبيقات الشركة الفعلية في غير حالات البطلان 41
المطلب الثاني: أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية 42
الفرع الأول: أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء ... 42
أولا: بالنسبة للشركة 42
ثانيا: بالنسبة للشركاء 43
الفرع الثاني: أثار الاعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين 43
أولا: بالنسبة للغير 43
ثانيا: بالنسبة لدائنين الشركاء الشخصيين 44
المبحث الثاني: انقضاء الشركة الفعلية 44
المطلب الأول: أسباب انحلال الشركة الفعلية 45
الفرع الأول: الأسباب الغير مباشرة 45
أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك 46
ثانيا: في حالة تعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة 46
الفرع الثاني: الأسباب المباشرة 46
أولا: الانحلال بسبب دعوى البطلان 46
ثانيا: الانحلال بالأسباب القانونية 47

المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها 50
الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية 51
أولا: القواعد الخاصة بصفة العلاقات في ما بين الشركاء الفعليين 51
ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقة بين الشركة والغير 52
الفرع الثاني: عمليات التصفية الخاصة للشركة الفعلية 53
أولا: تعيين المصفي وتحديد سلطاته 53
ثانيا: تحقيق الأصول وتسوية الخصوم 54
ثالثا: القسمة 54
خاتمة 56
قائمة المراجع 60