الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة
وزارة التّعليم العاليّ والبحث العلميّ
جامعة عمّار ثليجي _الأغواط
كليّة الحقوق والعلوم السّيّاسيّة
قسم الحقوق

مذكرة ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأعمال بعنوان

الطّبيعة القانونيّة للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

إعداد الطلبة :
- شاربي رابح
- شويّب بن سليمان

بإشراف
د/ بن زريق محمّد

أعضاء لجنة المناقشة:

- الدّكتور : سعودي سعيد.....رئيسا.
- الدّكتور : بن زريـــــق محمّد .....مشرفا و مقـــرّرا .
- الدّكتور : مسعودي الأمين.....عضوا ممتحنا.

السّنة الجامعيّة: 2020/2019

شُكـــــــــــــــــر

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – (مرفوعا) عن النّبيّ – صلّى الله عليه وسلّم – قال :
(لا يَشْكـرُ اللهَ مَـنْ لاَ يَشْكـرُ النّـــاسَ) رواه أحمد، وأبو داود، والتّرمذي.

عملاً بهذا الحديث النّبويّ الشّريف نتقدّم بالشّكر الجزيل للأستاذ المشرف محمّد بن زريق على توجيهاته السّديدة ، وآرائه القيّمة والمفيدة ، الّتي مهّدت لنا الطّريق لإنجاز هذا العمل المتواضع .

كما نشكر السّادة الأساتذة ، أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الّذين تكبّدوا العناء للاطلاع على المذكّرة من أجل تمحيصها وبيان ما لها وما عليها .

ونشكر أيضا من ساعدنا في جمع المراجع ، وفي عمليّة تنسيق الكتابة على الحاسوب ، وترجمة الملخّص .

– رابـــــح .

– بن سليمـــــان .

إهـــــــــــــــــــــــــــــــداء

إلـــــــــــــــــى كُـــــــــــــــــلّ ؛ مَـــــــــــــــــنْ سَـــــــــــــــــلَكَ
طَريـــــــــــقًا يَبْتَـــــــــــــــــغي فيـــــــــــــــــه علْـــــــــــــــــمًا .

نهـــــــــــــــــدي هـــــــــــــــــذا العمـــــــــــــــــل
المتـــــــــــــــــواضـــــــــع

- رابـــح

- بن سليمـــان

المقدّمــــــــــــــــــــــــــــــــــــة

مقدّمـــــــــــة

لقد ارتبط ظهور الشّركات بوجود الإنسان ؛ باعتبار أنّ هذا الأخير ؛ اجتماعيّ بطبعه ، يميل إلى العمل في جماعة ، بالإضافة إلى أنّ الجهد الفرديّ يكون أقلّ فعاليّة من الجهد الجماعيّ ، فالمشاريع الكبرى لا يستطيع الإنسان أن يقوم بها بمفرده ، وإنّما لابدّ له من الاشتراك مع آخرين ، لمزاولة هذه المشاريع حتّى تُكتبَ لها الاستمراريّة ، وذلك بتجميع رؤوس الأموال ليكون للشّركة مكانة اقتصاديّة واجتماعيّة ، لا تزول بزوال أحد الشّركاء ؛ بالوفاة أو الانسحاب مثلاً ، وهذا ما أدّى إلى ظهور الشّركة بشكل مبكّر في حياة البشريّة .

وكانت بداية ظهور أحكام الشّركات بظهور قانون الملك حمورابي في الحضارة البابليّة قبل الميلاد ، الّذي احتوى على موادّ خاصّة بعقود الشّركات ، وقد برز في هذا العصر نوع من الشّركات يشبه شركات المضاربة ، كما لم تخضع الشّركات للشّكليّة ، واعتُبرَت عقدا رضائيّا بين أطرافه.

وعرف اليونانيّون الشّركات المدنيّة والشّركات التّجاريّة ، مع ظهور الشّخصيّة المعنويّة للشّركة ، واستقلال ذمّتها الماليّة عن الشّركاء في حالة عدم السّماح لهم بالتّصرّف في ممتلكات الشّركة ، كما عَرفت الشّركة بعض القواعد المتعلّقة بانقضائها وتصفيّتها .

أمّا في القانون الرّومانيّ ، فلم تخضع الشّركات للشّكليّة ، ولم تتمتّع بشخصيّة معنويّة وذمّة ماليّة مستقلّة عن ذمّة الشّركاء .

كما عرف العرب الشّركات قبل ظهور الإسلام ؛ باعتبار أنّهم امتهنوا التّجارة ، وخير مثال على ذلك رحلة الشّتاء والصّيف الّتي ذُكرَتْ في القرآن الكريم ، وبعد مجيء الإسلام ظهرت أنواع من الشّركات منها ؛ شركة المفاوضة ، وشركة المضاربة ، الّتي تشبه شركة التّوصيّة .

و ظهرت في العصور الوسطى شركة التّوصيّة كنتيجة لمنع الكنيسة للتّجار من التّعامل بالرّبا .

وفي القرن السّادس عشر بدأت السّلطة الملكيّة في فرنسا بالاهتمام أكثر بتنظيم الشّركات لما لها من أهميّة اقتصاديّة ، فصدرت عدّة أوامر منها أمر مولان (molins) سنة 1566 ثمّ أمر بلوا (blois) ، وأمر في 1629 ، وأمر الفقيه (savary)، ثمّ تشريع 1807 ، وغيرها من الأوامر والتّشريعات الّتي كانت على فترات متباعدة . وقد حرصت هذه الأوامر على ضرورة كتابة وشهر ونشر عقد الشّركة ، لكنّ القضاء لم يطبّق هذه الأوامر ، وبقيّ عقد الشّركة خاضعًا لحريّة الإثبات .

وبدايةً من القرن الثّامن عشر ، أدّت موجة الاستعمار الغربيّ إلى ظهور شركات كبرى ، لها امتيازات كبيرة ؛ وتهدف إلى خدمة الدّول الاستعماريّة ، وتطوّرت في هذا العصر شركات المساهمة نتيجة تطوّر النّظام الرّأسماليّ ، لكنّ تَغوّل هذه الشّركات أدّى إلى المطالبة بإلغائها بعد الثّورة الفرنسيّة . وبصدور المجموعة التّجاريّة الفرنسيّة سنة 1808 بأمر من نابليون ، أنشأ هذا النّظام نوعين من الشّركات

هي شركات الأموال ، وشركات المساهمة و التّوصيّة بالأسهم ، ومن هذا النّظام نقل المشرّع المصريّ والجزائريّ أحكام الشّركات التّجاريّة ، غير أنّ هذه الأحكام خضعت للنّظام الاقتصاديّ لكلّ بلد .

ويعتبر موضوع الشّركات من الأهميّة بمكان ؛ خاصّة في عصرنا الحاليّ ، بعد تحوّل العالم إلى قرية صغيرة وازدياد حجم الاستثمارات ، نتيجة التّطوّر الاقتصاديّ الهائل والتّنافس الحادّ بين الدّول في المجال التّجاريّ ، وهذا ما أدّى إلى ظهور أنواع جديدة من الشّركات أو تطوير أساليب الشّركات القديمة بما يتماشى ومتطلّبات هذا العصر ، الّذي يتميّز بالسّرعة والانفتاح . وهذا ما جعل التّشريعات تنظّم نفسها على هذا الأساس ، وتجعل قوانين خاصّة تنظّم عمل هذه الشّركات .

ومن الدّول من وضعت قانون الشّركات ضمن القانون التّجاريّ مثل الجزائر ، ومنها من أفْرَدَ له قانونا خاصّا ؛ سميّ بقانون الشّركات ، ومنها من وضعه ضمن القانون التّجاريّ ؛ ولكن وضع قانونا آخر خاصّا ببعض أنواع الشّركات .

وهدف التّشريعات من هذا التّنظيم ؛ هو حماية الشّركات من جهة ، وحماية الغير الّذي يتعامل معها من جهة أخرى . وحماية الغير هو هدف من الأهداف الّتي عملت التّشريعات على تحقيقها ووضعت لها الآليات القانونيّة والواقعيّة . ومن بين هذه الآليّات ما تبنّاه القضاء الفرنسيّ في القرن التّاسع عشر، حيث تبنّى حالة واقعيّة ، تمثّلت في تعامل الغير حسن النّيّة مع شركة شابها خلل قانونيّ أثناء التّأسيس ، ونتج عن هذا التّعامل وجود مراكز قانونيّة ، وسمّاها القضاء الفرنسيّ بالشّركة الفعليّة أو الواقعيّة .

ووجود الشّركة الفعليّة لم يكن يسيرا ، بل جاء نتيجة مخاض طويل وعسير نتج عن الآثار الّتي كان يُرتّبها بطلان الشّركات ، على الشّركة والشّركاء والغير الّذي تعامل معها . حيث كانت الشّركة تُعامَلُ باعتبارها عقدًا رضائيًّا بين أطرافه ، ويخضع لحريّة الإثبات ، وكان القضاء يتبنّى نظريّة إساءة استعمال الحقّ ، وذلك لرفض البطلان وبالتّالي نتائجه الوخيمة .

ولم تتّفق القوانين على تعريف محدّد للشّركة الفعليّة ، كما أنّه ليس كلّ بطلان ينتج عنه وجود شركة فعليّة أو واقعيّة ، بالإضافة إلى أنّ الشّركة الفعليّة بهذا المعنى تختلف عن أوضاع أخرى مشابهة لها ، منها الشّركة الّتي تنشأ من الواقع ، و شركة المحاصة ، بالإضافة إلى الشّركة قيد التّأسيس .

ووجود الشّركة الفعليّة لم يكن وجودًا اعتباطيًّا ، وإنّما هناك مبرّرات قانونيّة وواقعيّة أدّت إلى تبنّيها من طرف القضاء الفرنسيّ ، ثم تبعه الفقه بعد تردّد ، ليتبنّاها المشرّع في الأخير باعتبارها واقعا لا مفرّ منه .

و تأثّر القانون المصريّ بالقانون الفرنسيّ من خلال تبنّيه لفكرة الشّركة الفعليّة . كما سار المشرّع الجزائريّ في نفس الاتّجاه بعد الاستقلال ، حيث بَدَتْ ملامح موقف المشرّع الجزائريّ من الشّركة الفعليّة تظهر بعد صدور قانون 1975 .

و الشّركة الفعليّة هي موضوع دراستنا المُعنْوَنة بـــ : **الطّبيعة القانونيّة للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ.**

وتظهر أهميّة الدّراسة في أنّ تبنّي فكرة الشّركة الفعليّة قد عمل على حلّ مشاكل كثيرة متعلّقة بآثار البطلان ، ولذلك تبنّاها التّشريع ونظّم لها نصوصا قانونيّة خاصّة ، منها قانون الشّركات الفرنسيّ لسنة 1966م .

وقد اخترنا هذا المجال من الدّراسات ، لاعتبارات شخصيّة تتمثّل في مَيْلنا لدراسة مواضيع الشّركات ، واعتبارات موضوعيّة ؛ متمثّلة في أهميّة موضوع الشّركات وحيويّته ، فهو من المواضيع الّتي تحمل الجديد دائما ؛ نظرا لاهتمام التّشريعات به ، بسبب انفتاح الأسواق ، وتحوّل العالم إلى قرية صغيرة ، وزيادة التّنافس بين الشّركات والدّول ، وظهور أنواع جديدة من الشّركات فرضها الواقع .

وهدفنا من هذه الدّراسة ، هو تبيان وتحليل موقف المشرّع الجزائريّ من الشّركة الفعليّة ، وطريقة تنظيمه لهذا الموضوع .

و بالرّغم من وجود دراسات سابقة حول هذا الموضوع ، إلاّ أنّها لم تحدّد بدقّة الكيفيّة الّتي نظّم بها المشرّع الجزائريّ موضوع الشّركة الفعليّة ، ولذلك نحن نرى أنّ دراستنا هذه ستكون إضافة نوعيّة للمكتبة الجامعيّة ، فيما يتعلّق بموضوع الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ . هذا من الجانب النّظريّ ، أمّا من الجانب العمليّ فإنّ هذه الدّراسة قد خَلُصت إلى وجود فجوات ونقائص على مستوى القانون الجزائريّ في موضوع الشّركة الفعليّة ، وهذا ما جعلنا نقدّم اقتراحات ، نتمنّى أن ينتبه إليها المشرّع الجزائريّ في المستقبل ، ويعمل على تدارك هذه النّقائص لإزالة الغموض .

ولعلّ إعداد هذه المذكّرة الّذي تزامن مع انتشار الوباء العالميّ (covid 19) ، قد شكّل لنا مشكلة كبيرة وصعوبات جمّة ، منها قلّة المراجع ، بعد غلق المكتبات الجامعيّة والمكتبات العامّة ، ممّا جعلنا نعتمد في بعض الأحيان على شبكة الأنترنت للحصول على بعض الكتب المجانيّة القليلة جدّا وبعض المجلاّت والمذكّرات . بالإضافة إلى عدم إمكانيّة اللّقاء المباشر مع الأستاذ المشرف بسبب الحجر الصّحيّ الّذي طبّقته الدّولة . والسّبب نفسه منعنا نحن كطلبة معدّي هذه المذكّرة من الالتقاء المباشر ، بسبب بُعد المسافة وتوقّف وسائل النّقل ، فاقتصر التّواصل بيننا على المكالمات الهاتفيّة ووسائل التّواصل الاجتماعيّ . وهذا ما جعلنا نعاني من صعوبة كبيرة في التّنسيق ، حتّمت علينا بذل مجهود مضاعف خاصّة فيما تعلّق بالتفاصيل والجزئيات.

وهذه الدّراسة هي إجابة عن الإشكاليّة الآتيّة : **كيف نظّم المشرّع الجزائريّ موضوع الشّركة الفعليّة ؟**

وللإجابة على هذا السّؤال اعتمدنا المنهج الوصفيّ التّحليليّ لأنّهما الأنسب لموضوعنا ، من خلال وصف الظّاهرة أو الحالة المدروسة والمتمثّلة في الشّركة الفعليّة أو الواقعيّة ، وإعطاء معلومات حول أسباب ومبرّرات وجودها الواقعيّة والقانونيّة ، وكذا تحليل وتفسير كيفيّة تنظيم هذه الحالة من طرف المشرّع الجزائريّ ، وذلك من خلال شرح وتحليل النّصوص القانونيّة ، سواء في القانون المدنيّ أو القانون التجاريّ الجزائريّ ، وإلى أيّ مدى تعتبر هذه الدّراسة شاملة وملمّة بموضوع الطّبيعة القانونيّة

للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، كما فرض علينا عنصر نشأة الشّركة الفعليّة ، الاستعانة بالمنهج المقارن ، من خلال التّطرّق إلى القانونين الفرنسيّ والمصريّ .

ولتنفيذ هذه الدّراسة قسّمناها إلى فصلين :

الفصل الأوّل ، تطرّقنا فيه لظهور نظريّة الشّركة الفعليّة وأسس قيّامها ، ويتضمّن مبحثين ، **المبحث الأوّل** بعنوان : ظهور نظريّة الشّركة الفعليّة ، و**المبحث الثّاني** بعنوان : الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها في القانون الجزائريّ .

أمّا **الفصل الثّاني**؛ فتحدّثنا فيه عن أحكام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، ويتضمّن بدوره مبحثين ؛ **المبحث الأوّل** بعنوان: مضمون الشّركة الفعليّة وآثار قيّامها في القانون الجزائريّ ، و **المبحث الثّاني** بعنوان: انقضاء الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

ثمّ **الخاتمة** ، وقد استعرضنا فيها النّتائج الّتي توصّلنا إليها من خلال هذه الدّراسة ، بالإضافة إلى أهمّ الاقتراحات الّتي تُعبّر عن رؤيتنا المستقبليّة لموضوع الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

قائـــــــــــــــــمة الاختـــصـــــــــــــــــــــــارات

ص : صفحة .

ج : جزء .

ط : طبعة .

م : ميلادي .

هـــ : هجري .

(د . ط) : دون طبعة .

(د . د . ن) : دون دار نشر .

(د . ت) : دون تاريخ .

(د . م . ن) : دون مكان نشر .

(ق . م . ج) : قانون مدني جزائري .

(ق . ت . ج) : قانون تجاري جزائري .

الفصـــــــل الأوّل

ظهـــــــور نظريّـــــــة الشّركـــــــة الفعليّـــــــة وأسس قيّامهـــــــا

يعتبر موضوع الشّركة الفعليّة ، من المواضيع الّتي لاقت اهتماما كبيرا قديما وحديثا نظرا لأهميّته ، خاصّة مع التّطوّر الاقتصاديّ وسرعة وزيّادة العلاقات القانونيّة بتطوّر الشّركات وظهور أشكال جديدة منها .

وأدّت صعوبة تحديد طبيعتها ، إلى الاختلاف حول مفهومها ، فظهرت الاجتهادات المتبايّنة حول تعريفها وتسميّتها ، و حول أوضاع أخرى تشبهها . كما اهتمّ الفقهاء ورجال القانون بالبحث في أسس نشأتها ، و صاغوا المبرّرات الّتي أدّت إلى ظهورها .

وقد تبنّت التّشريعات المقارنة هذه الفكرة وفصّلتها – من خلال الحديث عن الأساس القانونيّ لها ، ومجال تطبيقها – ومنها القانون الجزائريّ ، خاصّة بعد صدور قانون 1975 ، المتضمّن القانونين المدنيّ والتّجاريّ ، وما تلاه من تعديلات .

كلّ هذه المحاور حاولنا أن نعالجها من خلال هذا الفصل في الخطّة التّاليّة:

***المبحث الأوّل** ، ويتضمّن ظهور نظريّة الشّركة الفعليّة ، ويتفرّع إلى مطلبين هما : المطلب الأوّل ، تحدّثنا فيه عن مفهوم الشّركة الفعليّة ، و المطلب الثّاني ، ذكرنا فيه : أسس نشأة نظريّة الشّركة الفعليّة

***أمّا المبحث الثّاني** ، فتضمّن ؛ الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها في القانون الجزائريّ . ويتفرّع إلى مطلبين هما : المطلب الأوّل : الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ . والمطلب الثّاني : نطاق تطبيق الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

المبحث الأوّل

ظهور نظريّة الشّركة الفعليّة

لقد أدّى ظهور الشّركة الفعليّة لأوّل مرّة في القضاء الفرنسيّ ، ثمّ الاعتراف الفقهيّ والتّشريعيّ بها في فرنسا ، وفي القوانين المقارنة ، إلى الاختلاف في تحديد مفهومها، وبالتّالي ظهور عدّة تعريفات وتسميّات لهذا النّوع من الشّركات ، بالإضافة إلى تشابهها مع حالات أخرى مماثلة .

كما ظهرت الآراء والاجتهادات الّتي تبحث في الأسس القضائيّة والفقهيّة والتّشريعيّة للشّركة الفعليّة . كلّ هذه الجزئيّات سنحاول معالجتها في المطلبين الآتيين : **المطلب الأوّل** ، ويتضمّن مفهوم الشّركة الفعليّة و**المطلب الثّاني** ؛ أسس نشأة نظريّة الشّركة الفعليّة .

المطلب الأوّل

مفهوم الشّركة الفعليّة

لم تتّفق القوانين حول تعريف موحّد للشّركة الفعليّة ، و يعتبر مبدأ حماية الغير حسن النّيّة ، أهمّ هدف من وراء الاعتراف بالوجود الواقعيّ للشّركة الفعليّة ؛ بعدما باشرت عملها ، رغم بطلانها قانونا . ونتيجة لهذا الوضع تتشابه الشّركة الفعليّة مع عدّة نظم قانونيّة منها : الشّركة المنشأة من الواقع ، وشركة المحاصة ، والشّركة قيد التّأسيس . وهذا ما نعالجه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأوّل : تعريف الشّركة الفعليّة ، و**الفرع الثّاني**: تمييز الشّركة الفعليّة عن النّظم المشابهة لها .

الفرع الأوّل

تعريف الشّركة الفعليّة

الشّركة الفعليّة ، هي حالة ناشئة عن بطلان شركة قانونيّة باشرت أعمالها قبل الحكم ببطلانها ، وبالتّالي الاعتراف بالوجود الفعليّ للشّركة ، لا يمنع الحكم ببطلانها ، وإنّما يمنع تطبيق البطلان بأثر رجعيّ ، بالإضافة إلى فسح المجال أمام تصفيّة الشّركة وفقا لأحكام تصفيّة الشّركات ، وتجدر الإشارة إلى أنّه ليس كلّ بطلان تنتج عنه شركة فعليّة .[1] وقد عرّفها الفقيه (Escarra) بقوله أنّها : « تلك الشركة التي أسست خرقا للمقتضيات القانونية » .[2]

---

[1] – حلو عبد الرحمن أبو حلو و محمد حسين بشايرة ،(مفهوم الشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها) دراسة مقارنة ، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة ، العدد 3 ، جامعة الجزائر (كليّة الحقوق) ، 2007 ، ص 53 .

[2]– زكري إيمان ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ، (بحث لم ينشر) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2017/2016 ، ص 84 .

ولم تستقرّ الشّركة الفعليّة على تسميّة موحّدة متّفق عليها ، بل إنّ لها تسميّات متعدّدة على مستوى القانون المقارن .[1] فبعض الأحكام القضائيّة الفرنسيّة تطلق عليها هذه التّسميّات : الشّيوع الفعليّ (communante de fait) ، أو الجمعيّة الفعليّة (association de fait) ، أو الإدارة الفعليّة (Gestion de fait) . وحتّى وإن اختلفت التّسميّات فإنّ المسمّى واحد وهو الشّركة الفعليّة ، وفحواها أنّ جميع الأعمال الّتي قامت بها قبل الحكم ببطلانها تعتبر صحيحة .[2]

هذا فيما يخصّ القضاء ، أمّا بالنّسبة للتّشريع فلم يكن هناك اتّفاق أيضا على تسميّة محدّدة ، فقد استعمل المشرّع الإيطاليّ مثلا تسميّة " الشّركة غير النّظاميّة '' عوض الشّركة الفعليّة الّذي راج استخدامه في فرنسا وبلجيكا ومصر، وغيرها.

والأمر نفسه بالنّسبة للفقه الّذي استعمل تسميّات مختلفة، تعبّر عن الشّركة الّتي حُكم ببطلانها بعدما تعاملت مع الغير ، وجاءت هذه التّسميّات كالآتي :

1- حيث أطلق عليها بعض الفقه ، تسميّة " الشّركة غير النّظاميّة ''.

2- وسمّاها العميد الدكتور محمّد صالح بك ، " الشّركة المعيّنة '' عوض الشّركة الفعليّة .

3- في حين يسمّيها بعض الفقه الفرنسيّ ، " الشّركة القانونيّة المعطوبة '' (société de droit dégeneree) .

4- ويطلق عليها الفقيه" شامبو ''، اسم" الشّركة العرفيّة أو الظّنيّة''(société putative).

ورغم تعدد التّسميّات فإنّ التّسميّة الأدقّ من حيث المعنى هي تسميّة الشّركة الفعليّة ، ويدعّم هذا أنّ القضاء قد تَعارَف على هذه التّسميّة من خلال أحكامه .[3]

الفرع الثّاني

تمييز الشّركة الفعليّة عن النّظم المشابهة لها

من الممكن أن تتشابه الشّركة الفعليّة مع بعض الأوضاع القانونيّة الأخرى ، مثل الشّركة المنشأة من الواقع ، وشركة المحاصة ، والشّركة قيد التّأسيس.[4] وهو ما سنعالجه كالآتي :

أوّلا : الشّركة الفعليّة والشّركة المنشأة من الواقع .

ممكن أن يقع التباس بين مفهوم الشّركة الفعليّة ، وبين مفاهيم أخرى مشابهة لها بصورة أو بأخرى ، ومن بين هذه الأوضاع الّتي تقترب منها ، يمكن الحديث عن [5] الشّركة المنشأة بحكم الواقع أو

---

(1) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، الشّركة الفعليّة : دراسة مقارنة ، طبعة 1 ، منشورات الحلبي الحقوقيّة ، بيروت (لبنان) ، 2011 ، ص48 .

(2) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع نفسه ، ص58 و59 .

(3) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع نفسه ، ص 59 و 60 .

(4) – محمّد فتاحي ، (الشّركة التّجاريّة الفعليّة في التّشريع الجزائري) ، مجلّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة ، العدد 13 ، جامعة الوادي ، الجزائر ، 2016 ، ص 99 .

(5) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص74 .

بصورة فعليّة ، فالشّركة الفعليّة تملك كلّ المقوّمات والعناصر الّتي تدلّ على قانونيّتها أمام الغير الّذي يتعامل معها ، فهي تملك أغلب أركانها لكنّها باطلة بسبب وجود عيب فيها ، في حين أنّ الشّركة المنشأة بصورة فعليّة أو شركة الواقع ، فهي تتأسّس بشكل تلقائيّ ، وتتمثّل في قيّام شخصان باستغلال مشروع معيّن ، ولكن دون القيّام بالإجراءات المطلوبة قانونيّا في تأسيس الشّركات ، بالإضافة إلى عدم وجود عقد يدلّ على وجود شركة ، لكنّ تصرّفات الشّركاء توحي بوجود شركة فيما بينهم ، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأنّ الشّركة الفعليّة والشّركة المنشأة من الواقع ، تتّفقان في كونهما يمتلكان كلّ أركان ومقوّمات الشّركة التّجاريّة أو معظمها ، لكن في الشّركة المنشأة من الواقع لم يكن لدى الشّركاء نيّة في تأسيس شركة تجاريّة وهذا بخلاف الشّركة الفعليّة .

وأيضا تختلف هذه الشّركة عن الشّركة الفعليّة، في كونها لم تؤسّس من خلال إبرام عقد ، ودون توفّر نيّة تأسيس شركة بالمعنى القانونيّ ، وهذا بخلاف الشّركة الفعليّة الّتي تكون نشأتها قانونيّة ، ثمّ تتحوّل إلى شركة واقعيّة فعليّة بسبب اكتشاف اختلال في شروط تأسيسها ، وبالتّالي فإنّ الشّركاء فيها حدّدوا شكل الشّركة وكانت لديهم نيّة اشتراك منذ البداية.

لكن الشّرط الّذي يجعلهما متشابهتان هو دخولهما في معاملات مع الغير ، من خلال إبرام عقد وتصرّفات ونشاطات معه ، وذلك لفترة معيّنة قبل إثارة مسألة البطلان ، إلاّ أنّ أبرز ما يميّز الشّركة المنشأة بصورة واقعيّة هو كونها لم تؤسّس على عقد ، وهذا مثل الشّركة الفعليّة ، بل يُستنتج من خلال تصرّفات ومعاملات الأطراف ما يدلّ على وجود عقد شركة ، وقد يلجأ إليها الأطراف تفاديًا لصعوبة وتعقيدات الإجراءات الشّكليّة لتأسيس شركة .[1]

وبما أنّ الشّركة المنشأة من الواقع لا تتمتّع بالشّخصيّة القانونيّة . فإنّ هذا ينتج عنه فروقا كبيرة بينها وبين الشّركة الفعليّة . وبالتّالي لا يمكن مقاضاة الشّركة المنشأة من الواقع ، لأنّها ليست قانونيّة ، أمّا الشّركاء فهم مسؤولون مسؤوليّة شخصيّة عن الالتزامات الّتي تنشأ بسبب المشاركة ، ولا تكون مسؤوليّتهم تضامنيّة إلاّ في حالة ما إذا كان عملهم تجاريّا، وتبقى الحصص الّتي ساهم بها الشّركاء في الشّركة المنشأة من الواقع ، ملكا لهم في نظر الغير الّذي تعامل معها ، ولا تخضع للتّصفيّة ، كما أنّها ليست مهدّدة بالإبطال ، أمّا تصفيّة العلاقة بين الشّركاء فتتمّ عن طريق تصفيّة حساب بينهم .

أمّا عن مدّة شركة الواقع فهي غير محدّدة بمدّة ، وتنتهي باتّفاق الشّركاء أو انسحاب أحدهم أو موته .[2]

فالشّركة المنشأة بصورة فعليّة هي إحدى تطبيقات الشّركة الفعليّة ، فهي مأخوذة منها بالنّظر إلى انتشارها ، باعتبارها من أهمّ الأنظمة الّتي يُخفي وراءها الأشخاص علاقاتهم مثل الشّركات الّتي تكون بين خليلين يعيشان حياة مشتركة . غير أنّ الفقيه (Reinhard) اعتبر، أنّ الأخذ بعين الاعتبار الأعمال الّتي

---

(1) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 96 .

(2) – حلو عبد الرّحمن أبو حلو و محمّد حسين بشايرة ، المرجع السابق ، ص 64 و 65 .

قامت بها أثناء التّأسيس ، يؤدّي إلى اعتبارها شركة تحت التّأسيس ، وليست شركة منشأة بصورة فعليّة ، لأنّها أعمال تدخل في إطار مرحلة تكوين الشّركة.

والجدير بالذكر، أنّ الشّركة المنشأة من الواقع غير موجودة في القانون الجزائريّ ، وكذلك في أغلب القوانين المقارنة ، وهي من ابتداع الاجتهاد القضائيّ الفرنسيّ .

وقد تتشابه الشّركة الفعليّة مع شركات أخرى اعترف بها المشرّع الجزائريّ ، مثل شركة المحاصة.[1]

ثانيًا : الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة .

نصّت المادّة 1871 من القانون المدنيّ الفرنسيّ ، على إمكانيّة اتّفاق الشّركاء على تكوين شركة مستترة غير مسجّلة ، وبالتّالي لا تتمتّع بالشّخصيّة المعنويّة ، ويتمّ تطبيق أحكام المشاركة المدنيّة أو التّجاريّة حسب طبيعة نشاط الشّركة . و بالنّسبة للغير ، فإنّ الشّركة تعدّ غير موجودة حيث تنصّ المادّة 1872 باحتفاظ كلّ شريك بملكيّته للحصص الّتي قدّمها للشّركة ، ومسؤوليّة كلّ شريك تكون بصفة شخصيّة تجاه الغير ، حسب المادّة 1/1872 من القانون المدنيّ الفرنسيّ .[2]

ووجه التّشابه بين الشّركة الفعليّة و شّركة المحاصة ، خاصّة في حالة ما إذا كانت الشّركة الفعليّة تحتوي على عيب متعلّق بالجانب الشّكليّ ، في حالة عدم خضوعها لأحكام التّسجيل والشّهر ، فهنا يمكن أن يقع الخلط بين هاتين الشّركتين ، ومع هذا فإنّ أسس التّمييز بينهما واضحة ، حيث أنّ لشركة المحاصة كيان ونظام قانونيّ خاصّ بها . [3]

ونصّ المشرّع الجزائريّ على شركة المحاصة في الموادّ من 795 مكرّر 1 إلى 795 مكرّر 5 قانون تجاري ، حيث اشترطت المادّة 795 مكرّر1 ، أن تكون العمليّات الّتي يقوم بها الشّركاء ، عمليّات تجاريّة:
« **يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر ، تتولى إنجاز عمليات تجارية** ». [4]

« فإنها شركة تؤسس بإرادة الشركاء الصريحة لتأسيسها دون الإعلان عنها ، بينما تكون الشركة الفعلية غير صحيحة ومعيبة أو بها خلل شكلي ممكن أن يؤدي لإبطالها ...

... ولعل أهمية التمييز بينهما تكمن في مسؤولية الشركاء تجاه الغير ، ففي الشركة الفعلية يسأل الشركاء بصفة تضامنية وغير محدودة ، وفي المقابل لا مسؤولية على الشركاء الذين لم يتعاقدوا ولم يظهروا للغير شركة المحاصة .

---

[1] – زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 98 .

[2] – حلو عبد الرّحمن أبو حلو و محمّد حسين بشايرة ، المرجع السّابق ، ص 68 .

[3] – زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 99 .

[4] – المادة : 795 مكرر 1 ، صادرة بالمرسوم التشريعي رقم 93 – 08 ، المؤرخ في 1993/04/25 ، (ج .ر ، 27 ، مؤرخة في 1993/04/25) ، ص 55 .

كما أن علاقة الشركاء فيما بينهم وبين الغير تعتبر معيارا محددا للشركة ، فلا يظهر للغير إلا ممثل الشركاء في شركة المحاصة ، بينما تكون هناك علاقة بين الشركاء وبين الغير في الشركة الفعلية .

كما أن شركة المحاصة يمكن أن تتحول لشركة فعلية في حالة واحدة ، والمتمثلة في حالة فقدانها لسريتها ، عندما تظهر للغير...فيمكن للقاضي هنا اعتبارها شركة فعلية نظرا لعدم إشهارها قانونيا ».[1]

وعقد الشّركة هو الّذي يحدّد علاقة الشّركاء فيما بينهم ، والالتزامات المفروضة عليهم تجاه الشّركة وتجاه بعضهم البعض ، بما فيها كيفيّة اقتسام الأرباح وتحمّل الخسائر .[2]

ثالثا :الشّركة الفعليّة والشّركة قيد التّأسيس .

الشّركة قيد التّأسيس هي شركة اتّجهت إرادة الأطراف إلى تأسيسها ، وهذا بإبرامهم لعقد الشّراكة ، والاتّفاق على كلّ العناصر الأساسيّة لهذا العقد ، لكنّهم لم يُكملوا إجراءات التّأسيس ، مع أنّ في نيّتهم استكمال هذه الإجراءات .[3]

ولكنّها ربّما تمارس نشاطات وأعمال مع الغير قبل القيد في السّجل التّجاريّ ، وفي هذه الجزئيّة نلحظ تقاربا بين الشّركة الفعليّة والشّركة قيد التّأسيس ، ويبيّن ذلك المشرّع الجزائريّ في المادّة 549 من القانون التّجاريّ ، حيث أقرّ بالوجود الفعليّ للشّركة التّجاريّة أثناء مرحلة التّأسيس وإن لم تكتسب بعد الشّخصيّة المعنويّة ، لذلك لا بدّ من التّمييز بينهما .

ولقد وضع الفقه والقضاء الفرنسيين عدّة معايير للتّمييز بين الشّركة قيد التّأسيس والشّركة الفعليّة ، وأهمّ هذه المعايير :

1- معيار طبيعة الأعمال الّتي تقوم بها الشّركة .

يتمّ التّمييز بين الأعمال المهمّة الّتي تكون فيها الشّركة ملزمة بالقيّام بها خلال فترة التّأسيس، للبدء في النشّاط التّامّ من جهة ، وبين أعمال الشّركة الّتي تدلّ على قيّامها بنشاط كامل ، ففي هذه الحالة تصبح شركة فعليّة اختلّ أحد شروطها ، وهنا يتمّ التّركيز على نيّة الاشتراك لدى الشّركاء في الشّركة الفعليّة ، لاكتشاف ما إذا كانت لديهم نيّة إنشاء شركة .[4]

وفي قرار صادر عن محكمة النّقض الفرنسيّة ، اعتبر القاضي الشّركة تحت التّأسيس بأنّها شركة فعليّة ، لأنّها تعاملت مع الغير وأبرمت معه عقودا .

---

[1] – زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 99 و100 .

[2] – محمود الكيلاني ، الموسوعة التّجاريّة والمصرفيّة (التشريعات التّجاريّة والإلكترونيّة) : دراسة مقارنة ، ط 1 ، المجلّد الثّاني ، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع ، جامعة عمّان الأهليّة (الأردن) ، 2009 ، ص 420 .

[3] – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 100 .

[4] – زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 101 و102 .

2- معيار المدّة الّتي تستغرقها إجراءات التّأسيس .

من الصّعوبة تحديد هذه المدّة ، لأنّه ليس هناك قانونا يحدّد متى تبدأ هذه المدّة ، ومتى تنتهي ، ومع ذلك يمكن أن تكون بدايتها يوم التّوقيع على القانون الأساسيّ للشّركة ، وبهذا تكون البداية أوضح من النّهاية، كأن تكون بدايتها من يوم التّسجيل في السّجلّ التّجاريّ ، وإذا لم يوجد نصّ قانونيّ يبيّن الحدّ الأقصى للمدّة الّتي تستغرقها عمليّة تأسيس الشّركة ، فإنّ مدّة التّأسيس قد تكون طويلة ، مع عدم إخضاع الشّركاء والشّركة لأيّة مسؤوليّة وهذا ما يؤثّر بشكل سلبيّ على الغير المتعامل مع الشّركة .

وبالنّسبة للمشرّع الجزائريّ ، فإنّه لم يتطرّق للمدّة الّتي تتمّ فيها عمليّة تأسيس الشّركة ، باستثناء شركة المساهمة ، الّتي حدّد مدّتها بستّة أشهر في المادّة 604 من القانون التجاريّ . والأمر نفسه بالنّسبة لعمليّة تأسيس الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة ، في المادّة 567 مكرر1 قانون تجاريّ ، لكن لا يمكن تعميم هذه المدّة على جميع الشّركات ، لأنّ هدف المشرّع هنا هو حماية الشّركاء .

ويمكننا أن نَخْلُص في الأخير إلى أنّ العناصر الجوهريّة المؤديّة لوجود الشّركة قيد التّأسيس ، هي نفسها العناصر المؤديّة لوجود الشّركة الفعليّة ، لكن ما يميّز الشّركة الفعليّة هو طبيعة الأعمال الّتي تقوم بها من جهة ، ومن جهة أخرى هي موجودة فعلا وواقعا نظرا لوجود عيب فيها ، فإذا انقضت المدّة المقرّرة للقيّام بإجراءات التّأسيس تصبح الشّركة قيد التّأسيس ، شركة فعليّة ، في حالة إبرامها لعقود وتصرّفات مع الغير .[1]

المطلب الثّاني

أسس نشأة نظريّة الشّركة الفعليّة

يعتبر الأساس القضائيّ هو الأبرز في نشأة الشّركة الفعليّة ، باعتبار أنّها نشأت في أحضان القضاء الفرنسيّ ، الّذي كان سبّاقا في إيجادها ، ثمّ تبعه الفقه بعد تردّد ، ليقتنع التّشريع في الأخير بأهمّيتها ، واضعًا لها الأسس والمبادئ ، من خلال القوانين . وهذه الأسس الثّلاثة هي الّتي سنعالجها في هذا المطلب من خلال الفروع التّاليّة :

الفرع الأوّل : يتضمّن الأساس القضائيّ لنشأة الشّركة الفعليّة ، و **الفرع الثّاني** ؛ الأساس الفقهيّ لنشأة الشّركة الفعليّة ، أمّا **الفرع الثّالث** ؛ فيتضمّن الأساس القانونيّ لنشأة الشّركة الفعليّة .

(1) – زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 102 و103 و104 .

الفرع الأوّل

الأساس القضائيّ لنشأة الشّركة الفعليّة

يعود الفضل في نشأة الشّركة الفعليّة إلى القضاء وحده ، لأنه هو سبب وجودها الفعليّ ، بعد أن وجد فيها الحلّ الأمثل لتجنّب الآثار غير المرغوب فيها النّاتجة عن بطلان الشّركة النّظاميّة ، لأنّ القاعدة العامّة في البطلان تقضي بأنّ بطلان عقد الشّركة سواء كان بطلانا مطلقا أو نسبيّا ، فإنّ الشّركاء يُعادون إلى الحالة الّتي كانوا عليها قبل إبرامهم لعقد الشّركة وهذا تطبيقا للأثر الرّجعي للبطلان .

إنّ تطبيق القاعدة العامّة للبطلان ، أمر صعب من النّاحية العمليّة التّطبيقيّة ، في إطار عقد الشّركة ، لأنّ هذا الأمر لا يأخذ بعين الاعتبار العقود والتّصرّفات الّتي أبرمتها الشّركة مع الغير ، وترتّب عنها أنّ الشّركة أصبحت دائنة أو مدينة ، بالإضافة إلى أنّه يصطدم بمبادئ العدالة ، وفيه تجاهل لأعمال وجدت في الفترة ما قبل الحكم بالبطلان ، والمراكز القانونيّة والمكاسب الّتي استقرّت للغير الّذي تعامل مع الشّركة . فهذه هي الدّوافع الّتي جعلت القضاء يحسم هذه القضيّة ، فكانت الشّركة الفعلية.[1]

لقد صدرت في فرنسا عدّة أوامر ، تطالب في مجملها ، بضرورة إخضاع الشّركات إلى النّشر والشّهر ، لكنّ القضاء كان دائما يرفض تطبيق هذه الأوامر .

وبقي أمر إثبات الشّركات خاضعا لحريّة الإثبات إلى غاية القرن التّاسع عشر، فقد صدر قرارا من محكمة النّقض الفرنسيّة يقضي ببطلان عقد شركة لعدم قيدها في السّجل التّجاريّ ، وأكّد أنّ البطلان لا يمكن الاحتجاج به تجاه الغير ، لأنّ الغير لم يتسبّب في البطلان . ويعتبر هذا القرار خروجا عن القاعدة المألوفة المتمثّلة في الأثر الرّجعيّ للبطلان .[2]

وتعتبر النّواة الأولى لميلاد الشّركة الفعليّة ، هي قرار محكمة النّقض الفرنسيّة لسنة 1791 .[3] وقد نصّ القرار على ما يلي : « **أن الشركة التي لا تقيد في السجل التجاري تعتبر باطلة ولكن هذا البطلان لا يمكن الاحتجاج به على الغير لعدم تسببه في البطلان ولأن البطلان يؤدي إلى الإضرار بهم** » .[4]

وقد استُعمل مصطلح الشّركة الفعليّة لأوّل مرّة في قرار محكمة باريس سنة 1825 ، كما رفض هذا القرار الأثر الرّجعيّ للبطلان ، وذلك حماية للغير حسن النّيّة ، ويعتبر هذا القرار البداية الحقيقيّة لتطبيق

---

[1] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 34 و 35 .

[2] – عليوة رابح ، نظريّة الشّركة الفعليّة : دراسة مقارنة ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماجستير ، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة ، جامعة عنّابة ، دون تاريخ ، ص 5 و 6 .

[3] – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 99 .

[4] – قرار محكمة النّقض الفرنسيّة ، مؤرخ في : 11/4/ 1791 ، نقلا عن محمّد فتاحي ، المرجع نفسه ، ص 99 .

نظريّة الشّركة الفعليّة من طرف القضاء .[1] وكان سبب صدور هذا القرار هو موضوع شركة عُرِضَ أمام القضاء . كما يعتبر هذا القرار لبنة أساسيّة ونقلة نوعيّة في موضوع حماية الغير المتعامل مع الشّركات .[2]

وهذه النّتائج الّتي وصل إليها القضاء من خلال هذه القرارات لم تتحقّق بيُسْر وسهولة ، لأنّ القضاء لم يصل إلى الاعتراف بالشّركة الفعليّة ، إلاّ بصورة تدريجيّة أي عبر مراحل . كما ساند فقه القانون التّجاريّ هذا الاتّجاه الّذي سلكه القضاء ، من خلال مساهماته في هذا الموضوع ووضعه لأحكام خاصّة بالشّركة الفعليّة .

وفي مصر كانت المعاملات المدنيّة في البداية تستمدّ أحكامها من الشّريعة الإسلاميّة ، وفي هذه الفترة لم تُعرف الشّركة الفعليّة ، باعتبار أنّ الشّركة وفقا للشّريعة الإسلاميّة ليست كيانا مستقلاّ عن الشّركاء ، بمعنى لا وجود للشّخصيّة المعنويّة الّتي تميّز الشّركة وتجعلها كيّانا مستقلاّ عن الأطراف .

وقد عَرفت الشّركة الفعليّة طريقها إلى مصر ، منذ أن طبّقها القضاء المختلط ، ثمّ تبعه بعد ذلك القضاء الوطنيّ فتبنّى الشّركة الفعليّة . فبدأ الفقه والقضاء المصريين القول بالوجود الفعليّ والواقعيّ للشّركة المؤسّسة طبقا للقانون ، والّتي توافرت فيها الشّروط والأركان العامّة والخاصّة ، كتقديم الحصص ، ونيّة المشاركة ، والمشاركة في الأرباح والخسائر.

ومن بين الممارسات التّطبيقيّة للقضاء المصريّ ، حكم محكمة الاستئناف المختلطة المصريّة بتاريخ 8 فيفري 1819 في قضيّة شركة تجاريّة عُرضت أمام المحكمة ، وقد خَلُصت المحكمة إلى أنّ الوجود الفعليّ والواقعيّ للشّركة ، يؤكّد وجود شركة فعليّة ، رغم عدم كتابة وإشهار الشّركة . وهناك أمثلة كثيرة توضّح تطبيق القضاء المختلط للشّركة الفعليّة .[3]

ومع أنّ الشّركة الفعليّة قد ترسّخت في القوانين المقارنة ، إلاّ أنّ القضاء الجزائريّ مازال متردّدا تجاه نظريّة الشّركة التّجاريّة الفعليّة ، ويُكتشف ذلك من خلال تناقض الاجتهادات القضائيّة الجزائريّة ، فهناك اجتهادات اعترفت بالشّركة التّجاريّة الفعليّة ، واجتهادات أخرى أنكرتها تماما .[4]

فمن بين القرارات الرّافضة لنظريّة الشّركة الفعليّة ، قرار المحكمة العليّا الصّادر بتاريخ 1997/03/18 ، الّذي جاء فيه : « **من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا.**

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في

---

(1) – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 7 .

(2) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 38 .

(3) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع نفسه ، ص 39 و 40 و 41 .

(4) – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 101 .

تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ».[1] فهذا قرار يرفض نظريّة الشّركة الفعليّة ، وذلك باعتبار أنّ الشّركة هي من النّظام العامّ حسب المادّة 418 قانون مدني ، والمادّة 545 قانون تجاريّ .[2]

وحسب رأينا أنّه حقيقة أنّ المادّة 418 من القانون المدنيّ ، اشترطت الشّكليّة في إبرام العقد طبقا للقواعد العامّة ، وهذا في فقرتها الأولى ، و لكن في فقرتها الثّانيّة فإنّها ذكرت عدم جواز احتجاج الشّركاء بالبطلان قبل الغير، إلاّ من اليوم الّذي يقوم فيه أحد الشّركاء بطلب البطلان ، وهذا نصّ الفقرة الثّانيّة : « **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 »**.[3] أي عدم سريان البطلان على الفترة ما قبل طلب البطلان ، وهذا اعتراف بنظريّة الشّركة الفعليّة وتطبيقا لها ، كما أنّ المادّة 545 من القانون التّجاريّ الجزائريّ في فقرتها الثّالثة ، أجازت للغير أن يُثبت وجود الشّركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء ، حيث نصّت على : « **يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء »**.[4] وهذا معناه عدم إهمال حقوق الغير الّذين تعاملوا مع الشّركة في الماضي أي قبل البطلان ، وهذا هو مضمون الشّركة الفعليّة . والقرار السّابق هو نموذج لقرارات أخرى من القضاء الجزائريّ [5] ، الّذي لم يأخذ في أحكامه بنظريّة الشّركة الفعليّة .

وفي المقابل هناك اجتهادات للقضاء الجزائريّ ، تعترف بالوجود الواقعيّ للشّركة الفعليّة ، وهذا ما يثبته قرار المحكمة العليّا المؤرّخ في 1985/06/15 م الّذي نصّه : « **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 يوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .**

إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن...فإن المجلس القضائي لما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير متنازع فيها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام

---

(1) – قرار المحكمة العليا ، مؤرّخ في : 1997/03/18 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، 1997 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع السابق ، ص 101 و 102 .

(2) – محمّد فتاحي ، المرجع نفسه ، ص 102 .

(3) – المادّة : 2/418 ، قانون مدني جزائري ، صادرة بالأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 م ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم .

(4) – المادّة : 3/545 ، قانون تجاري جزائري ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م ، المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم .

(5) – أُنظر : قرار المحكمة العليا ، مؤرخ في : 1990/12/20 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، محمد فتاحي ، المرجع السّابق ، 102 .

المادة 418 من القانون المدني ...» .[1] فالفقرة الأولى من هذا القرار تقرّ بعدم سريان البطلان على الماضي ، أمّا الفقرة الثّانيّة فذكرت صراحة الشّركة الفعليّة ، واستشهدت بالمادّة 418 قانون مدنيّ .

بالإضافة إلى قرار المحكمة العليّا المؤرّخ في 2005/11/9 الّذي جاء فيه ما يلي : « **إن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج أثر إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونية »** .[2] وهذا القرار ينفي الأثر الرّجعيّ للبطلان ، وهو أساس قيّام الشّركة الفعليّة ، كما يَعتبر الالتزامات النّاشئة قبل البطلان ، التزامات قانونيّة .

وهذا التّناقض في قرارات القضاء الجزائريّ ، يدلّ على عدم وجود رؤيا واضحة وموحّدة فيما يتعلّق بالموقف من الشّركة الفعليّة .

الفرع الثّاني

الأساس الفقهيّ لنشأة الشّركة الفعليّة

«... ساند الفقه الفرنسي بأغلبية الاتجاه القضائي منذ قيامه . والذي لم يلبث أن صبغ بنظرية عامة هي نظرية الشركة الفعلية (la notion de la société de fait) . التي كان لها صدى ملموس في نصوص قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 تموز 1966 م وتعديلاته...» .[3]

ولم يتّفق الفقه القانونيّ على وضع تسميّة محدّدة للشّركة الفعليّة ، [4] وهذا الاختلاف في التّسميّة مردّه إلى صعوبة تحديد طبيعتها . كما أنّ جلّ التّسميّات تدور حول المظهر الخارجيّ ، الّذي تظهر به هذه الشّركة أمام الغير ، وهذا المظهر هو الّذي يؤدّي إلى الاعتراف بوجودها الفعليّ ، في حالة الإخلال بأحد شروط قيّامها القانونيّ . ومع هذا فإنّ التّسميّة الأكثر قبولا لدى التّشريعات الّتي تأخذ بالمظهر الخارجيّ كأساس ، هي التّسميّة الّتي أطلقها القضاء الفرنسيّ أوّل مرّة ، وهي" الشّركة الفعليّة ".[5]

وما دامت الاعتبارات العمليّة الّتي أدّت إلى الاعتراف بالشّركة الفعليّة مفهومة ، فقد اتّجه الفقه إلى إعطاء تفسير لها من النّاحية النّظريّة . ومن هذا المنطلق ظهرت عدّة تفسيرات تبرّر وجود الشّركة الفعليّة ، منها :

---

(1) – قرار الحكمة العليا ، رقم 34400 ، مؤرّخ في : 06/15/ 1985 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع نفسه ، ص 102 و103 .

(2) – قرار الحكمة العليا ، مؤرّخ في : 2005/11/9 ، نشرة القضاء ، العدد 59 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 103.

(3) – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 39 .

(4) - أشرنا إلى التّسميّات المختلفة في تعريف الشّركة الفعليّة .

(5) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 83 و84 .

أوّلا : عقود المدّة :

يرى أصحاب هذا الرأي بإمكانيّة تفسير الاعتراف بالشّركة الفعليّة ، على أساس أنّ العقد الّذي تقوم عليه الشّركة هو من عقود المدّة ، أي الّتي يكون فيها الزّمن عنصرا أساسيّا ، ومن خلاله تحدّد الأعمال والالتزامات الّتي تنتج عن العقد ، كما في عقد الإيجار مثلا .[1]

فالمنفعة المبتغاة لا بدّ وأن تحدّد بمدّة ، وإذا نظرنا إلى نتيجة العمل ، اعتبرناها حقيقة مكانيّة ، ولكن إذا نظرنا إلى العمل في حدّ ذاته ، لا يمكن إلاّ اعتباره حقيقة زمانيّة ، أي مقترنا مدّة زمانيّة معيّنة .

وخصائص العقد الزّمنيّ مصدرها فكرة أساسيّة ، تتمثّل في أنّ المعقود عليه في العقد هو الزّمن . ومن خصائص الزّمن أنّه إذا ذهب لا يعود . فإذا نفذ العقد الزّمنيّ لمدّة معيّنة ، وأُريدَ الرّجوع في العقد ، وهذا يستحيل لأنّ الفترة الزّمنيّة الّتي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وبالتّالي فإنّ ما نفذ من العقد أصبح من الماضي ولا يمكن الرّجوع فيه .[2] و فسخ عقد المدّة لا يسري بأثر رجعيّ وهي خاصيّة من خصائصه ، فيمكن أن نقيس بطلان عقد الشّركة على فسخ عقد المدّة ، إذا كان عقد الشّركة من عقود المدّة المستمرّة التّنفيذ .[3]

وقد اُنتقد هذا الرأيّ بأنّه لا يتلاءم مع نظريّة الشّركة الفعليّة ، لأنّ هذه الشّركة نشأت باطلة ، أو على الأقلّ منذ اختلال أحد أركانها أو شروطها ، بالإضافة إلى أنّه ينتج عنها شخصا معنويّا لا يستند على وجود قانونيّ ، وفي المقابل فإنّ فسخ أو بطلان العقود المستمرّة ، يكون بالنّسبة لعقد نشأ صحيحا من النّاحيّة القانونيّة ، وأثر الفسخ أو البطلان فيه محدودا ، لأنّه من المستحيل ردّ المنفعة أو الخدمة المقدّمة ، ولهذا يرى البعض أنّه لا يمكن اعتبار عقد الشّركة عقدا مستمرّا ، لأنّ هذا فيه خلط بين مفهوم الشّركة كعقد ، ومفهومها كشخص معنويّ .[4]

ثانيّا : نظريّة الوضع الظّاهر :

يرى قسم آخر من الفقه أنّ الشّركة الفعليّة هي تطبيق لنظريّة الظّاهر ، فالاعتراف بالوجود الفعليّ لها منذ مباشرة نشاطها حتّى الحكم ببطلانها ، والاعتراف بصحّة التّصرّفات الّتي أجرتها مع الغير خلال هذه الفترة ، يستند على أنّ الشّركة في البداية ظهرت صحيحة أمام الغير، لأنّ الوضع الظّاهر كاف لحماية حقوقه من الضّياع ، وهناك تطبيقات كثيرة في هذا المجال في القانون التجاريّ . وعليه فليس من العدالة أن يفاجأ الغير الّذي اطمأنّ بحسن نيّة لهذا الوضع الظّاهر ، الّذي ظنّ أنّه صحيح ؛ ببطلانها ، لهذا

---

(1) – حلو عبد الرّحمن أبو حلو و محمّد حسين بشايرة ، المرجع السّابق ، ص 70 .

(2) – عبد الرّزّاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : نظريّة الالتزام بوجه عام ، دون طبعة ، جزء 1 ، دار إحياء التّراث العربي ، بيروت (لبنان) ، 1952 ، ص 166 و 167 .

(3) – حلو عبد الرّحمن أبو حلو و محمّد حسين بشايرة ، المرجع السّابق ، ص 70 .

(4) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 88 .

لا بدّ من معاملة الشّركة الفعليّة كأنّها صحيحة ، وتصفّى حسب أحكام تصفيّة نوع الشّركة الّذي ظهرت به. وبهذا المعنى فإنّ الشّركة الفعليّة تقترب من فكرة الوضع الظّاهر .

يمنح القانون الغير حماية تتمثّل في إلزام صاحب الوضع الظّاهر ، بالوفاء بالتزاماته الّتي يقرّها وضعه الظّاهر تجاه الغير ، مثل الشّخص الّذي يُعلن عن نفسه كتاجر بخلاف الحقيقة ، فتطبّق عليه أحكام التّجار (كالإفلاس مثلا وحريّة الإثبات بالوسائل المتاحة ضده) وهذا من أجل حماية الغير حسن النّيّة حتّى وإن لم يكن تاجرا .[1]

ويتبيّن لنا أنّ الظّاهر الّذي يقصده أصحاب هذا الرّأيّ الفقهيّ ، هو الوضع الموجود في الواقع والمخالف للحقيقة ، والّذي يخفي من خلاله وضعا حقيقيّا ، هذا الوضع يُوهم الغير حسن النّيّة بأنّه مركز يحميه القانون ، فيعطي ثقة للغير بأنّ كل الأعمال الّتي سيقوم بها ، هي أعمال شرعيّة ، محميّة بالقانون .[2]

فتبرير الظّاهر يستلزم وجود عنصر معنويّ ، هو حسن نيّة الغير ، وعدم علمه بوجود خلل في أحد شروط الشّركة ، شريطة ألاّ يكون هذا التصوّر ناتجًا عن خطأ من الغير، وفي هذه الحالة لا يشترط وجود حسن نيّة من الشّركاء لأنّهم أصحاب الوضع الظّاهر ، مع أنّهم ربّما لم يكونوا على علم بوجود عيب في الشّركة .[3]

وقد تعرّضت هذه النّظريّة للانتقادات ، خاصّة من التّشريعات الّتي ترى باكتساب الشّركة للشّخصيّة المعنويّة ، بمجرّد القيد في السّجل التّجاريّ . ويمكن إجمال أهمّ الانتقادات فيما يلي :

أ – نظريّة الظّاهر لم تضع في الحسبان ، التّمييز بين مظهر الشّركة ومظهر الشّخصيّة المعنويّة ، فإذا كانت الشّركة مقيّدة في السّجل التّجاريّ فلا مشكلة ، ولكنّ المشكلة عندما تكون غير مقيّدة ، لأنّه من الصّعب في هذه الحالة التّأكد من أنّ الغير تعامل مع كيّان قانونيّ.

ب – إنّ شرط حسن النّيّة ، الّذي هو من شروط الظّاهر ، لا يتوفّر دائما ، لأنّ الأشخاص الّذين يتعاملون مع الشّركة ، يعرفون أنّ الشّخصيّة المعنويّة لهذه الأخيرة ، لا تكتسب إلاّ بقيدها في السّجل التّجاريّ .

ج – هناك التباس بين المظهر والحقيقة ، لأنّ المظهر لا يتواجد إلاّ من خلال الواقع ، وبالتّالي فإنّ الآثار القانونيّة للشّركة لا تترتّب عن المظهر ، بل عن وجود الشّركة الفعليّ في الفترة الّتي سبقت البطلان.[4]

---

[1] – حلو عبد الرّحمن أبو حلو و محمّد حسين بشايرة ، المرجع السّابق ، ص 70 و 71 .

[2] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 68 و 69 .

[3] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 92 و93 .

[4] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 71 و 72 .

ثالثا : نظريّة الشّخصيّة المعنويّة :

وتسمّى الشّخصيّة المعنويّة أو القانونيّة ، ويُقصد بها صلاحيّة الشّركة لاكتساب الحقوق وتحمّل التزامات في المقابل . واكتساب الشّركة للشّخصيّة المعنويّة يجعلها كيّانا مستقلاّ عن الشّركاء ، ما عدا شركة المحاصة الّتي لا يمكن اعتبارها شركة إلاّ بين أطرافها ، وليس تجاه الغير. [1] حتّى مع وجود عيب في تكوينها ، فاحتمال إبطالها لا يمنع وجودها ، بل أنّ العيب يجعلها مهدّدة بالزّوال ، والحكم ببطالها ليس معناه إلغاؤها في الماضي ، لأنّها قامت بتعاملات مع الغير نشأت عنها التزامات ، بالإضافة إلى أنّ الاعتراف بالشّخصيّة المعنويّة للشّركة أمر حتميّ حتّى بعد انحلالها ، وذلك لضرورة التّصفيّة ، حيث تنتهي هذه الشّخصيّة وتقسّم أموال الشّركة.

والاعتماد على فكرة الشّخصيّة المعنويّة ، القصد منه تبرير الأعمال والتّصرّفات الّتي قامت بها الشّركة قبل الحكم بالبطلان ، من أجل مصلحة الغير حسن النّيّة ، ورفض تطبيق الأثر الرّجعيّ للبطلان .

و انْتُقدت هذه النّظريّة ، أنّه إذا اعترفنا بالشّخصيّة المعنويّة لجميع الشّركات سواء منها القانونيّة أو الباطلة ، فليس في هذا أيّ حماية للغير ، لأنّ هذا الأمر يوقعه في حيرة ، بين طلب بطلان الشّركة ؛ وبالتّالي إبطال كلّ الأعمال والتّصرّفات الّتي قامت بها ، وبين اختيار الاعتراف بصحّتها . زد على ذلك أنّ الاعتماد على هذه النّظريّة ، يؤدّي إلى إنكار الجزاء المترتّب على الإخلال بأركان الشّركة وشروطها، واعتبارها صحيحة تحت أيّ ظرف ، وهذا يحتّم على الشّريك البقاء دائنا أو مدينا للشّركة رغم بطلانها ، وهو ما يخالف أحكام البطلان ، بالإضافة إلى أنّ بقاء الشّركة تتمتّع بالشّخصيّة المعنويّة لغرض التّصفيّة ، يكون بالنّسبة للشّركات العاديّة القانونيّة .

ورغم هذه الانتقادات فإنّ هذه النّظريّة لاقت رواجا واسعا ، خاصّة عندما استند عليها الفقه ، ورأى بضرورة بقاء الشّخصيّة المعنويّة للشّركة لغرض التّصفيّة ، وهو أمر يوافق عليه القانون ؛ وبالتّالي يوافق على الاعتراف بالشّخصيّة المعنويّة للشّركات الفعليّة .

الفرع الثّالث

الأساس القانونيّ لنشأة الشّركة الفعليّة

أُعتبرت الشّركة منذ القدم مجرّد عقد رضائيّ ، لا يُنتج إلاّ التزامات بين أطرافه ولا يرتّب أيّة آثار تجاه الغير ، فلا ينشأ عنه شخصا معنويّا مستقلاّ عن أطرافه .

ومع الوقت دفعت حاجة التّجار إلى العمل ، على مطالبة بعضهم بضرورة شهر عقد الشّركة ، من أجل إعلام الغير بوجودها . وبقي هذا الإجراء مجرّد مبادرة اختيّاريّة بعيدة عن كلّ شكليّة .

---

[1] – إبراهيم سيّد أحمد ، العقود والشّركات التّجاريّة ، ط 1 ، دار الجامعة الجديدة للنّشر ، الإسكندرية (مصر) ، 1999 ، ص 122 .

وبدايةً من القرن السّادس عشر ، أخذت السّلطة الملكيّة في فرنسا في تغيير اقتصاد الدّولة ، بسبب ازدهار التّجارة وازديّاد الأموال العقاريّة ، فصدرت العديد من الأوامر لتنظيم التّجارة . حيث صدر أمر مولان (moulins) في فيفري 1566م ،الّذي قرّر إثبات العقود الّتي تزيد قيمتها عن مائة فرنك ؛ بالكتابة ، ومن بينها عقد الشّركة . لكنّ القضاء رفض تطبيق هذه القاعدة . بعدها صدر أمر (blois) في سنة1579 م ، و جاء في المادّة 358 منه ، وجوب إخضاع جميع الشّركات المنشأة بين الأجانب للشّهر، وقرّر هذا الأمر جزاءات قاسيّة على الشّركات الّتي تخالف هذا الإجراء ، مثل عدم الاحتجاج بها تجاه الغير ، بالإضافة إلى جزاء عقابيّ . كما صدر سنة 1629 م أمر يُعرف بـــ :(code michand) ، وجاء في المادّة 414 منه ، و جوب النّشر الإجباريّ للشّركات الّتي تنشأ بين الوطنيين . وقد رفض القضاء أيضا تطبيقه ، وبقيّ إثبات الشّركة خاضعا لقاعدة حريّة الإثبات . ثم صدر أمر في 23 مارس 1673 م ، يهدف إلى تنظيم التّجارة والتّجمعات التّجاريّة ، وقد ساهم الفقيه (savary) في صدوره ، وأقرّ هذا الأمر شرط الإثبات بالكتابة ، الّذي نصّ عليه أمر مولان ، وأثنى على طرق الإثبات بالشّهادة . فالشّركة يبدأ وجودها بالنّسبة للشّركاء وللغير يوم تسجيلها وشهرها .[1]

وبقيّ الحال على ما هو عليه إلى غاية صدور التّقنين التّجاريّ الفرنسيّ سنة 1807 ، الّذي غيّر النّظرة إلى الشّركة ، من كونها عقدا رضائيّا إلى شركة منظّمة . وأقرّ بطلان الشّركة كجزاء لمخالفة هذه الإجراءات . وبعد صدور هذا التّقنين ، ظهرت للوجود فكرة الشّركة الفعليّة في فرنسا ، فقد لجأ القضاء إلى استبعاد البطلان في جميع الأحوال الّتي يظهر فيها أنّ الشّركات لم تحترم إجراءات التّأسيس .[2]

ولم تستطع القوانين تجاهل هذا الوجود الواقعيّ و الفعليّ للشّركة ، بعدما تسبّب في مشاكل قانونيّة كبيرة .[3] فجاء قانون 24 جويلية 1966 ، كضرورة ملحّة . فقد أعطى هذا القانون دفعة جديدة للاقتصاد الفرنسيّ من خلال توحيد نظام الشّركات ، و ضيّق من نطاق البطلان كجزاء على مخالفة شروط التّأسيس ، وبالتّالي الحدّ من نطاق الشّركة الفعليّة .

وقد أخذ المشرّع الفرنسيّ بنظريّة الشّركة الفعليّة ، بموجب نصّ المادّة 15/1844 من القانون المدنيّ ، الّتي نصّت على أنّ بطلان عقد الشّركة الفعليّة عند تقريره ، يضع نهاية لتنفيذه بالنّسبة للمستقبل دون الماضي ، وهو ما يُنتج الآثار نفسها المترتّبة على الحكم بحلّ الشّركة . وكذلك المادّتين 368 و369 من قانون الشّركات الفرنسيّ الصّادر سنة 1966 ، حيث نصّتا على أنّ تصفيّة الشّركة الّتي يُقضى

---

[1] – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 4 و 5 و 6 .

[2] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 37 .

[3] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 82 .

ببطلانها تكون وفق الشّروط الواردة في نظامها الأساسيّ ، ولا يجوز لها ولا للشّركاء التّمسّك بالبطلان في مواجهة الغير حسن النّيّة .[1]

و في مصر تأثّر المشرّع المصريّ بالقانون الفرنسيّ ، حيث صدرت المجموعة التّجاريّة في 13 نوفمبر 1883 ، والّتي جاءت متأثّرة بالتّقنين التّجاريّ الفرنسيّ لسنة 1807 .[2]

و في سنة 1954 صدر القانون رقم 62 ، الّذي نظّم شركات المساهمة والتّوصيّة بالأسهم ، واستحدث لتنظيم نوع جديد من الشّركات لم يكن معروفا في مصر وهي الشّركات ذات المسؤوليّة المحدودة ، وازداد عدد الشّركات الفعليّة في هذه الفترة، والشّركات الّتي تنشأ من الواقع ، ويظهر هذا من خلال تتبع الأحكام القضائية .[3]

كما ضيّق المشرّع المصريّ من حقّ طلب بطلان الشّركة ، وجعله بطلانا خاصّا ينتج عنه الاعتراف بالشّركة الفعليّة ، وهذا بعد اعترافه بسريان العقود والتّصرّفات الّتي تبرمها الشّركة مع الغير؛ قبل أن تكتسب الشّخصيّة المعنويّة ، وهذا بنصّ المادّة 13 من قانون الشركات .[4]

أمّا في الجزائر، فقد صدر قانون 1962/12/31 ، والّذي أقرّ باستمرار تطبيق القوانين الفرنسيّة الّتي لا تتعارض مع السّيادة الوطنيّة ، حتّى تصدر القوانين الجزائريّة .

وبدأت القوانين تصدر حتّى وإن تأخّرت بعض الشّيء ، فصدر القانون المدني والقانون التّجاريّ [5] ؛ وجاءت أغلب موادّ القانون التجاريّ منقولة حرفيّا عن القانون الفرنسيّ .[6]

ومن خلال استقراء القوانين الجزائريّة بعد الاستقلال ، يلاحظ أنّ المشرّع الجزائريّ قد تأسّى بالمشرّع الفرنسيّ ؛ حيث ضيّق من الأثر الرّجعيّ للبطلان ، من خلال الاعتراف بالوجود الواقعيّ للشّركة الفعليّة ، حتّى وإن كان هذا الاعتراف اعترافا ضمنيّا وليس صريحا.

---

[1] – سامي عبد الباقي أبو صالح ، الشّركات التّجاريّة ، (د . ط) ، دون دار نشر ، القاهرة (مصر) ، 2012 ، ص 43 و44 .

[2] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السّابق ، ص 40 .

[3] – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 15 و 16 و 17 .

[4] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 85 .

[5] – الأمر رقم 75–58 و الأمر رقم 75–59 ، المؤرخين في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م ، المتضمنين القانونين المدني و التجاري ، المعدلين والمتممين .

[6] – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 23 .

المبحث الثّاني

الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها في القانون الجزائريّ

أقرّ المشرّع الجزائريّ بعد الاستقلال مباشرة ، استمرار تطبيق القوانين الفرنسيّة – الّتي كانت مطبّقة على الجزائريين أثناء الاحتلال – ما عدا ما تعارض منها مع الثّوابت ، والسّيّادة الوطنيّة ، وسنحاول في هذا المبحث التّعرّف على موقف المشرّع الجزائريّ من نظريّة الشّركة الفعليّة ، وكذا حالات الاعتراف ، وحالات عدم الاعتراف بوجودها ، وهذا بدراسة الموادّ القانونيّة المتعلّقة بهذا الموضوع ، الّتي تضمّنها الأمر رقم 75–58 والأمر 75–59 لسنة 1975 ، المتعلّقان بالقانونين المدنيّ والتّجاريّ وتعديلاتهما ، وذلك من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأوّل ، تحدّثنا فيه عن الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، و**المطلب الثّاني** ؛ نطاق تطبيق الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

المطلب الأوّل

الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

كانت الجزائر خاضعة بالكامل للقوانين الفرنسيّة أثناء الاحتلال ، لأنّها اُعتبرت إحدى مقاطعات فرنسا ، فكان لابد من السّيطرة عليها بتكريس القانونين المدنيّ والتّجاريّ الفرنسيين ، وقوانين الشّركات .

وبعد الاستقلال تمّ تمديد العمل بالقوانين الفرنسيّة ومنها قانون الشّركات ، إلى حين صدور قوانين جزائريّة ، فكان قانون 1975 المتضمّن القانون المدنيّ والتّجاريّ ، الّذي أشار في بعض موادّه إلى موضوع الشّركة الفعليّة . ومن خلال هذا المطلب سنتطرّق إلى بعض قوانين الشّركات الفرنسيّة المطبّقة على الجزائريين أثناء الاحتلال ، ثمّ التّعرّف على كيفيّة تنظيم المشرّع الجزائريّ لموضوع الشّركة الفعليّة ، وذلك ضمن فرعين هما :

الفرع الأوّل ؛ الشّركة الفعليّة في القانون المطبّق على الجزائريين أثناء الاحتلال ، و**الفرع الثّاني** : الشّركة الفعليّة بعد صدور قانون 1975 .

الفرع الأوّل

الشّركة الفعليّة في القانون المطبّق على الجزائريين أثناء الاحتلال

« حتى تتم سيطرة المستعمر الفرنسي على الجزائر، كان لا بد من إدخال قوانين تمكنه من السيطرة والمحافظة على مصالحه سواء في المجال المدني أو التجاري . فتم ادخال القانون المدني إلى الجزائر منذ سنة 1834، وطبّق بصفة رسمية ، ابتداء من 26 يوليو1873 باسم قانون " فارني "، وبقي ساري المفعول حتى بعد الاستقلال، وجميع القوانين المعدلة لأحكامه والصّادرة بعد أمر 22 يوليو 1834 .

أما عن إدخال القانون التجاري الفرنسي للجزائر، فتمّ ذلك منذ أن اعتبرت الجزائر إحدى مقاطعات فرنسا سنة 1834 ، حيث تم تأسيس أول محكمة تجارية في الجزائر بعد الاحتلال ، ثمّ تبعها تأسيس عدة محاكم تجارية أخرى في كل من وهران وقسنطينة وعنابة .

فهناك عدة قوانين قد طبقت في الجزائر نذكر منها مثلا :

- قانون8 أبريل 1898 المتعلق بالغرف التجارية .
- قانون 17 مارس 1909 الخاص برهن المحل التجاري .
- قانون 31 يوليو 1913 الخاص بالمحل التجاري .

وهناك قوانين خاصة بالشركات نذكر منها : قانون 17 يوليو 1945 المتعلق بشركات التوصية البسيطة والأمر الصدر في 24 سبتمبر 1945 الخاص بالرقابة على شركات التأمين والأمر الصادر في 12 اكتوبر 1945 والخاص بالائتمان الممنوح للشركات ».[1]

و بعد استقلال الجزائر مباشرة ، طُرحت مسألة جزأرة ، القوانين وأصبحت قناعة لدى الجميع ؛ مسؤولين كانوا أو مفكّرين ، و اعتبروها من الأولويّات والتّحديّات ، الّتي يجب أن يتجنّد الجميع لمواجهتها ؛ بتسخير كلّ الطّاقات ، وتوظيف كلّ ما من شأنه تدعيم استقلال الجزائر .

ومن هذا المنطلق تمّ تكريس الثّوابت باعتبارها أساليب مشروعة لاستعادة السّيادة الوطنيّة ، وشكّلت هذه المقوّمات ديباجة دستور 1963 .[2]

وتوالت التّشريعات في جميع الميادين ، من أجل النّهوض بهذه الدّولة الفتيّة ، وذلك في إطار الحزب الواحد والنّظام الاشتراكيّ . أمّا تفسير الشّركة فبقيّ خاضعا للقوانين الفرنسيّة ، نتيجة التّمديد لهذه القوانين ، الّذي أقرّه المشرّع الجزائريّ غداة الاستقلال .

الفرع الثّاني

الشّركة الفعليّة بعد صدور قانون 1975

«... وجدت السلطات العمومية الجزائرية نفسها مرغمة على تقبل فكرة تمديد التشريعات السارية المفعول في 31/12/1962 والعمل على استمرارية تطبيقها ، إلا أن هذا الوضع الخاص الذي تراخى لعدة سنوات قد توقف بالفعل في 05/07/1975 وهي السنة التي تقرر فيها...إلغاء التشريعات السابقة القديمة... وما يلاحظ ، هو أن هذه السّياسة التشريعية المنتهجة من طرف المشرع لم تؤد إلى إحداث

---

(1) – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 21 و 22 و 23 .

(2) – مؤتمر تعايش الأنظمة القانونيّة في القانون الجزائري والمقاربات الجهويّة للقانون : ملتقى دولي ، جامعة الجزائر ، 2015 ، تمّ الاطلاع عليه في شهر مارس 2020 ، في موقع : شبكة ضياء للمؤتمرات والدّراسات والأبحاث .

قطيعة حقيقية مع القانون الفرنسي الذي أعتبر بحق كأحد أهم وأقوى مصادر الإلهام والإيحاء للتّشريع الجزائري الجديد في مختلف فروعه » .[1]

ونظرا لأهميّة الشّركات والعمل التّجاريّ ككلّ ، نصّ المشرّع الجزائريّ على أحكام الشّركات في القانونين المدنيّ والتجاريّ ، حيث أفرد لها القانون المدنيّ الموادّ من 416 إلى449 ، وهي موادّ تتناول الأحكام العامّة للشّركات ؛ كأركان الشّركة وإدارتها وانقضائها وتصفيّتها وقسمتها ، سواء كانت شركات مدنيّة أو تجاريّة . في حين أنّ القانون التّجاريّ تحدّث عن الشّركات في الموادّ من 544 إلى 840 .[2]

كما اعترف المشرّع الجزائريّ بنظريّة الشّركة الفعليّة متأسّيًا في ذلك بالمشرّع الفرنسيّ، ويتّضح ذلك من خلال المادّة 418 [3] ، هذه الأخيرة الّتي نصّت على : **« 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 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 » .[4]

وفي النّص اعتراف من المشرّع الجزائريّ في هذه الحالة ؛ بالواقع الّذي قام فعلا ، المتمثّل في وجود شركة في الفترة بين إبرام عقدها وطلب بطلانها . وهذه المادّة تُرتّب مبدأين هما:

1 – حماية الغير حسن النّيّة الّذي تعامل مع الشّركة ، وكذلك الحفاظ على المراكز القانونيّة الّتي نتجت عن هذا التّعامل .

2 – اعتبار الشّركة موجودة فعليّا في الفترة السّابقة لبطلانها .[5]

وفي مجال القانون التّجاريّ ، أقرّ المشرّع الجزائريّ كذلك بنظريّة الشّركة الفعليّة ، وهو ما يظهر في نصّ المادّة 545 .[6] حيث نصّت على الآتي : **« تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.**

لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة .

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء » .[7] فهذه المادّة بالرّغم من اشتراطها الكتابة الرّسميّة لصحّة عقود الشّركات ، إلاّ أنّها ألغت الأثر الرّجعيّ للبطلان، لأنّها أعطت

---

(1) – مؤتمر تعايش الأنظمة القانونيّة في القانون الجزائري والمقاربات الجهويّة للقانون ، المرجع السّابق .

(2) – عمورة عمّار ، شرح القانون التّجاري الجزائري ، (د . ط) ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2018 ، ص 126 .

(3) – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 100 .

(4) – المادّة : 418 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75 – 58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

(5) – عليوة رابح ، المرجع السّابق ، ص 24 .

(6) – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 101 .

(7) – المادّة : 545 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

للغير حقّ إثبات وجود الشّركة التّجاريّة بجميع وسائل الإثبات ، ومن جهة ثانيّة لم تُجز للشّركاء إثبات وجود الشّركة فيما بينهم ؛ إذا تجاوز أو خالف هذا الوجود مضمون عقد الشّركة .[1]

كما جاء في المادّة 734 من القانون التّجاريّ : « **يطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلا إتمام إجراءات النشر الخاصة بالعقد أو المداولة حسب الأحوال ، دون احتجاج الشركاء والشركة تجاه الغير ، بسبب البطلان . غير أنه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس** » .[2]
فهذا النّصّ يقرّ صراحة بأنّه إذا لم يتمّ نشر عقد شركة التّضامن فإنّه يكون باطلا ، وفي المقابل لا يجوز للشّركاء والشّركة الاحتجاج بهذا البطلان اتّجاه الغير، بالإضافة إلى أنّ المشرّع لم يمنح للمحكمة حقّ القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها.[3]

مع العلم أنّ القانون الجزائريّ ؛ يقرّ بأنّ البطلان لا يكون إلاّ بنّصّ قانونيّ .[4] وهذا ما جاءت به المادّة 733 من القانون التّجاريّ : « **لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود ...**» .[5]

كما أنّ المشرّع الجزائريّ ، جاء بحكم قانونيّ يكرّس حماية الغير ضمن قواعد البطلان ، حيث رفض الاحتجاج بعدم مشروعيّة محلّ الشّركة في مواجهة الغير ، إذا كان العقد الّذي يربطه بالشّركة مؤسّسا على سبب مشروع .[6] وهذا المعنى هو الوارد في نصّ المادّة 742 قانون تجاري : « **لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية . غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير ، من طرف عديم الأهلية وممثليه الشرعيين ، أومن طرف الشريك الّذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف** » .[7]

ولقد اهتمّ المشرّع الجزائريّ بنظريّة الظّاهر ، مع أنّه لم يُبْد أيّة إشارة في كونها مبرّرا لتطبيق الأثر الفوريّ للبطلان ، أو عدم إمكانيّة الاحتجاج ببطلان الشّركة تجاه الغير . وظهر هذا الاهتمام بنظريّة الظّاهر في المادّة 549 من القانون التجاريّ ، حيث عبّرت عن إمكانيّة التزام الشّركاء بتعهدات الشّركة في فترة تأسيسها ، قبل أن تكتسب الشّخصيّة المعنويّة ، ومنه فإنّ هذا الالتزام قائم أساسا على الوجود الفعليّ الّذي ظهرت به ؛ كشركة قانونيّة أمام الغير حسن النّيّة.

---

(1) – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 101 .
(2) –المادّة : 734 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .
(3) – محمّد فتاحي ، المرجع السّابق ، ص 101 .
(4) – كمال بقدار ، (مظاهر حماية الغير في الشّركات التّجاريّة وفق القانون التّجاري الجزائري) ، مجلّة جامعة تكريت للعلوم القانونيّة ، مجلّد2 ، العدد 28 ، 2015 ، ص 167 .
(5) – المادّة : 733 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .
(6) – كمال بقدار ، المرجع السّابق ، ص 168 .
(7) – المادّة : 742 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

بالإضافة إلى أنّ المشرّع الجزائريّ جعل من نظريّة الظّاهر؛ أساسا قانونيّا لالتزام المسيّر تجاه الغير ، حتّى وإن لم يكن مسيّرا قانونيّا ، بل يكفي أنّه ظهر أمام الغير؛ على أساس أنّه مسيّر للشّركة . وقد استعمل المشرّع في هذا الصّدد عبارة : " مدير واقعي ظاهري ". [(1)] ورسّخت المادّتين : 224 و 262 قانون تجاري ؛ هذا المبدأ ، حيث نصّت المادّة 224 على : **« في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه ، يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجورا كان أم لا...»** .[(2)] .ونصّت المادّة 262 على الآتي : **« اعتبارا من الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لشخص معنوي ، لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن القاضي المنتدب... »** .[(3)]

واستعمال المشرّع لعبارة " المدير أو المديرين بحكم القانون أو الواقع " فيه دليل على إقراره بنظريّة الظّاهر ، الّتي تقوم على الصّورة الواقعيّة الّتي تظهر للغير ، حتّى وإن كانت مخالفة للحقيقة القانونيّة .

ويشترط لتطبيق نظريّة الظّاهر، وجود مبدأ حُسن النّيّة لدى الغير ، وجهله بالوضعيّة القانونيّة الحقيقيّة للشّركة ، لهذا جعل المشرّع الجزائريّ مبدأ حُسن النّيّة من أهمّ مقوّمات العقد ؛ الّتي تعمل على تكريس النّزاهة والتّعاون بين أطراف العقد ، وإن تعارضت مصالحهم .

وتطبيق مبدأ حسن النّيّة على عقد الشّركة ، يرتكز على وجود نيّة المشاركة بين أطراف العقد ، وهو العنصر المهمّ الّذي تقوم عليه الشّركة عند تأسيسها ، بالإضافة إلى مبدأي الثّقة والتّعاون ، و عقد الشّركة من أكثر العقود الّتي تؤسّس على مبدأ حسن النّيّة، وهذا بين الشّركاء من جهة ، وبينهم وبين الغير الّذي تعامل مع الشّركة بكل ثقة .[(4)]

وفي إطار نظريّة الشّخصيّة المعنويّة ، تنصّ المادّة 417 من القانون المدنيّ الجزائريّ على ما يلي : **« تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية »** .[(5)]

ونفهم من هذا النّصّ ، أنّ الشّركة تكتسب الشّخصيّة المعنويّة بعد استيفاء إجراءات الشّهر ، ولا يجوز الاحتجاج بهذه الشّخصيّة تجاه الغير قبل إجراءات الشّهر ، في حين يحقّ للغير التّمسك بالشّخصيّة المعنويّة حتّى في حالة عدم القيّام بإجراءات الشّهر ، وذلك ضمانا لحقوقه .

---

(1) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 94 .

(2) – المادّة : 224 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

(3) – المادّة : 262 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

(4) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 94 و 95 .

(5) – المادّة : 417 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

وتنصّ المادّة 549 من القانون التّجاريّ على : « **لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة ، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهّدات المتخذة .**

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها » .[1] وقد اشترط المشرّع الجزائريّ من خلال هذه المادّة على الشّركات ؛ لاكتساب الشّخصيّة المعنويّة ضرورة القيد في السّجل التّجاريّ ، وفي حالة عدم القيّام بهذا الإجراء ؛ لا يمكن الاحتجاج بها أمام الغير ، عكس الغير الّذي يجوز له التّمسّك بالوجود الفعليّ والواقعيّ للشّركة ضمانا لحقوقه .

وقد رتّبت المادّة 50 من القانون المدنيّ الجزائريّ [2] ، عدّة حقوق ونتائج تنتج عن اكتساب الشّركة للشّخصيّة المعنويّة .

أمّا نظريّة العقود المستمرّة فلم يُشر إليها المشرّع الجزائريّ ، ولكن بما أنّه اعتبر الشّركة عقدا كما جاء في المادّة 416 من القانون المدنيّ الّتي نصّت على : « **الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة 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 قد تنجر عن ذلك** » .[3]

فهذا التّوجّه من المشرّع الجزائريّ ؛ باعتبار الشّركة عقدا ، يمكن أن يكون – حسب رأينا – نواتا لاعتراف المشرّع الجزائريّ بنظريّة العقود المستمرّة وتبنّيه لها .

« تقوم هذه النظرية على أساس اعتبار عقد الشركة عقد مستمر في تنفيذه... مثل عقد العمل وعقد الإيجار...إذ لا يمكن مثلا استرداد المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرداد الأجرة ، وهذا يتوافق مع أثر البطلان في الشركة الفعلية ...» .[4]

وفي الأخير نتمنّى في المستقبل أن تكون الأمور أكثر وضوحا فيما يتعلّق بموقف المشرّع الجزائريّ من موضوع الشّركة الفعليّة .

---

[1] – المادّة : 549 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

[2] – اُنظر : المادة :50 ، الأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، الّذي سبق ذكره .

[3] – المادّة : 416 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، وعدّلت بالقانون رقم 88–14 ، المؤرخ في 3 مايو 1988م، (ج . ر ، 18 ، ص 750) .

[4] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 88 .

المطلب الثّاني

نطاق تطبيق الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

ينتج عن بطلان الشّركة بعد مباشرة عملها ، قيّام الشّركة الفعليّة . ولكن ليس كلّ بطلان ينتج عنه شركة فعليّة ، فهناك حالات للبطلان لا ينتج عنها شركة فعليّة ، لا في القانون ولا في الواقع ، وهناك حالات ينتج عنها قيّام شركة فعليّة . وهذا ما نتحدّث عنه من خلال هذا المطلب ، مع التّركيز على القانون الجزائريّ ، ضمن فرعين هما :

الفرع الأوّل ، يتضمّن حالات الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ،و**الفرع الثّاني** ؛ حالات عدم الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

الفرع الأوّل

حالات الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

« يشترط تطبق [1] نظرية الشركة الفعلية أن تكون الشركة قد باشرت أعمالها بالفعل قبل الحكم بالبطلان ، أما إذا صدر الحكم قبل مباشرة الشركة أعمالها ، فلا يكون لها كيان في الواقع .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لم يعترف بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان ، لأن هناك حالات لا يجوز فيها الاعتراف بوجود الشركة ، لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع ، وعليه نرجع إلى تطبيق القاعدة العامة في البطلان بصفة مطلقة واعتبار الشركة في حكم العدم ، وفقا للتالي:»[2]

الحالة الأولى : البطلان لعدم مراعاة الشّروط الشّكليّة .

إذا كان بطلان الشّركة مؤسّسا على عدم كتابة عقدها في مستند خطّيّ ، نكون أمام شركة فعليّة ، ولأجل تصفيّتها يمكن للشّركاء فيها أن يستندوا على جميع طرق الإثبات ، حتّى يثبتوا وجودها الواقعيّ.[3]

وهذا ما نصّت عليه المادّة 545 من القانون التّجاريّ الجزائريّ : « **تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة .**

لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة .

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء » .[4]

---

(1) – يقصد الكاتب : يُشترط لتطبيق...

(2) – عبد القادر عيد ، " الشّركة الفعليّة " (مطبوعة غير منشورة) ، جامعة الطّائف ، المملكة العربيّة السّعوديّة ، 1438 هـ ، ص 7 .

(3) – إلياس ناصيف ، موسوعة الشّركات التّجاريّة (الأحكام العامّة للشّركة) ، ط 3 ، ج 1 ، (د . د . ن) ، دون مكان نشر، 2008 ، ص 205 .

(4) – المادّة : 545 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاريّ ، الذي سبق ذكره .

هذه المادّة اعتبرت العقد التّأسيسيّ للشّركة عقدا رسميّا . ومع أهميّة الكتابة ؛ إلاّ أنّ تخلّفها لا يؤدّي إلى انعدام الشّركة ،لأنّ المشرّع اشترط الكتابة حماية للشّركة والشّركاء والغير ، والبطلان المترتّب عن تخلّفها أوجده المشرّع لمصلحة الغير ، ولذلك خفّف من آثاره وجعله بطلانا خاصّا ، لا هو بالمطلق ولا هو بالنّسبيّ . هذا البطلان الخاصّ بخصائصه وآثاره يجسّد حالة من حالات الاعتراف ، ومن أهمّ خصائصه أنّه لا يمتدّ إلى التّصرّفات الّتي قامت بها الشّركة في الماضي ، ولا يحتجّ به أمام الغير الّذي تعامل معها ، وهذا ما أكّدته المادة السابقة.[1]

كما نصّت المادّة 418 قانون مدني جزائريّ على هذا المعنى : « **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 الا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان » .[2]

فالبطلان مقرّر بالنّسبة للشّركاء ، وتكون الشّركة باطلة بأثر رجعيّ في حالة ما إذا تمسّك الغير بذلك ، ومن حقّه أيضا التّمسّك ببقاء الشّركة الفعليّ رغم الخلل الّذي أصابها ، وفي حالة البطلان فإنّه لا يسري على الماضي لمصلحة الغير .[3]

وتصبح الشّركة فعليّة كذلك ، حتّى وإن كانت باطلة من النّاحيّة القانونيّة ، إذا لم يلتزم الشّركاء بالشّروط المفروضة على شركات الضّمان . ويصبح من حقّ الشّركاء إنهاء هذه الشّركة من خلال الصّلح أو القضاء .[4]

وقد تبنّى القضاء هذا الموقف واتّضح ذلك من قرار المجلس الأعلى : « **يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا غير أنه لا يجوز أن يحتج بهذا البطلان على الغير ولا يكون له أثر بينهم إلا من يوم طلب أحدهم البطلان ، وإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا في تطبيق القانون ، وذلك بالمادة 418 من القانون المدني** » .[5]

وهذا اعتراف من القضاء الجزائريّ بالشّركة الفعليّة ، فليس من حقّ الشّركاء التمسّك بالبطلان بحجّة عدم الكتابة إلاّ فيما بينهم ، ولا يمتدّ البطلان إلى الماضي ، و للمحكمة أن تقضي بالبطلان بطلب من الشّركاء أو الغير وليس من تلقاء نفسها .

---

(1) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 111 .

(2) – المادّة : 418 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره.

(3) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 111 .

(4) – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 205 .

(5) – قرار المجلس الأعلى ، رقم : 34400 ، بتاريخ : 1985/06/15 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ، نقلا عن : زكري إيمان ، ص 112 .

وفيما يتعلّق بآثار هذا البطلان الخاصّ بالنّسبة للدّائنين والشّركاء ، فلا يختلف في مراحل الرّكن الشّكليّ ؛ أي مرحلة العقد الرّسميّ ، ومرحلة التّسجيل والشّهر والكتابة ، وفي حال تخلّف مرحلة من هذه المراحل ، ينتج نفس الأثر والمتمثّل في البطلان الخاصّ ، الّذي يترتّب عنه وجود الشّركة الفعليّة .[1]

ويتّضح هذا المعنى من استقراء المادّة 549 قانون تجاري الّتي جاء فيها : « **لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة ، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة .**

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها » .[2] فالقيد في السّجل التّجاريّ ، يكسب الشّركة الشّخصيّة المعنويّة ، هذه الأخيرة يحتجّ بها الشّركاء أمام الغير ، أمّا الغير فيمكنه الاحتجاج بالوجود الواقعيّ للشّركة من أجل الحفاظ على حقوقه .

وهذا الوجود الواقعيّ ، هو الّذي جعل المشرّع الجزائريّ يسمح للشّركة بأن تكمل إجراءاتها ، واعتبر ما قامت به من تصرّفات في الماضي صحيحا ، وذلك لمصلحة الغير .[3]

الحالة الثّانيّة : البطلان بسبب نقص الأهليّة أو عيّوب الرّضا .

إنّ البطلان المؤسّس على نقص أهليّة أحد الشّركاء ، أو على عيب من عيّوب الرّضا ، والّذي من شأنه أن يؤدّي إلى انهيّار عقد الشّركة ، كما هو الشّأن في عقود شركات الأشخاص ، فهنا تعتبر الشّركة باطلة بالنّسبة لناقص الأهليّة ، أو الّذي شاب رضاؤه عيب . أمّا فيما يخصّ بقيّة الشّركاء فتعتبر الشّركة صحيحة ، وموجودة فعلا في الفترة بين تأسيسها والحكم ببطلانها ، وتتمّ تصفيّتها على هذا الأساس .[4]

وفي هذا الشّأن تنصّ المادّة 733 من القانون التّجاريّ على : « **لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود . وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة ، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين . كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني .**

لا يحصل بطلان العقود أو المداولات غير التي نصت عليها الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو من القوانين التي تسري على العقود » .[5]

---

[1] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 112 .

[2] – المادّة : 549 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

[3] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 112 .

[4] – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 208 .

[5] – المادّة :733، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن للقانون التجاري ، الذي سبق ذكره.

وهذا معناه أنّ طلب البطلان ينحصر في ناقص الأهليّة ، أو من شاب عيب رضاه ، دون الآخرين ، لأنّ البطلان يقرّر لمصلحته ، وحماية لعقد الشّركة من الانهيّار ، لمصلحة الشّركاء والغير ، الّذي تعامل مع شركة المساهمة وشركة المسؤوليّة المحدودة .

ولا تخضع شركات الأشخاص لنفس الحكم مثل شركة التّضامن ، حيث تكون باطلة بطلانا مطلقا لأنّها قائمة على الاعتبار الشّخصيّ ، الّذي هو ضمانة بالنّسبة للغير ، فخروج أحد الشّركاء بسبب نقص الأهليّة ، أو لسبب آخر يؤدّي إلى انهيّار الشّركة .

ووقت سريان البطلان ، بالنّسبة للشّريك ناقص الأهليّة أومن شاب رضاؤه عيب ، في شركات الأموال ، يختلف عن بقيّة الشّركاء ، لأنّ البطلان بالنّسبة إليه يسري على الماضي ، بخلاف بقيّة الشّركاء فيكون البطلان بأثر فوريّ ، أي يسري على المستقبل فقط . ورغم أنّ هذا الحكم يتضمّن حماية للشّركة والشّريك المعنيّ بالحماية ، وكذلك الغير المتعامل مع الشّركة ، إلاّ أنّ له آثارا سلبيّة على الشّركة ، إذا كانت هذه الأخيرة شركة تجاريّة مكوّنة من شريكين . فبخروج أحد الشّريكين تنهار الشّركة . وهذا الأمر كذلك بالنّسبة لشركتي المساهمة والمسؤوليّة المحدودة ، الّتي يشترط فيها المشرّع حدّا أدنى من عدد الشّركاء ، ففي حالة خروج شريك للأسباب السّابقة ، وكان يملك أكبر نسبة في الشّركة ، أو كانت الشّركة قائمة على وجوده ؛ لمكانته ، فهذا يؤدّي إلى انتهائها كذلك ، حتّى ولو حُوّلت إلى شركة ذات مسؤوليّة محدودة ذات الشّخص الواحد .

ومن خلال المادّة 733 السّابقة نكتشف أنّ المشرّع الجزائريّ قد وفّر حماية للغير الّذي تعامل مع الشّركة في الفترة السّابقة للبطلان ، وهذا اعتراف منه بالوجود الفعليّ للشّركة التّجاريّة قبل خروج الشّريك ، وهو تجسيد لنظريّة الظّاهر، لأنّه لا يعقل إنهاء الشّركة بسبب نقص أهليّة أحد الشّركاء ، أو بسبب عيب شاب رضاؤه ، فلا يمكن تعميم ذلك على بقيّة الشّركاء خاصّة في شركات الأموال .[1]

الحالة الثّالثة : البطلان بسبب مخالفة الشّروط الخاصّة بعقد الشّركة .

تعتبر الشّركة باطلة ، ويعترف بها كشركة فعليّة ، في حالة مخالفتها للشّروط المنصوص عليها في القانون الخاصّ بتأسيس بعض الشّركات ، مثل الشّروط الخاصّة بعدد الشّركاء ، أو مقدار رأس المال والاكتتاب به كاملا ، وتقدير الحصص العينيّة ، وإشراك أصحاب الحصص في التّصويت ، وتعيين مفوّضي المراقبة للشّركة ، والمحامي وغيرها من الشّروط .[2]

ونصّت المادّة 416 قانون مدني جزائريّ على الآتي : **« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة 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 .**

---

(1) – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 115 .

(2) – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 210 .

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك » .[1]

من خلال هذا النّصّ ، نلحظ أنّ المشرّع الجزائريّ قد حسم أمره ، واعتبر الشّركة عقدا ، مخالفا بذلك رأيًا فقهيًا يعتبرها نظاما ، وأيضا اعتبرها عقدا بين شخصين فأكثر ، وبهذا استثنى شركة الشّخص الواحد ، وحدّد العلاقة بين الأشخاص على أساس تقديم الحصص لبلوغ هدف اقتسام الرّبح ، الّذي هو هدف اقتصاديّ للجميع ، كما يتحمّلون الخسائر الّتي قد تنجم عن هذه الشّراكة .

« يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان لمخالفة قواعد التأسيس ، ولكن لا يجوز للشركاء أن يحتجوا به على الغير . بيد أنه لا يجوز طلب البطلان إلا بعد إنذار الشركة بوجوب إتمام الإجراءات الناقصة وعدم قيامها بالتصحيح خلال شهر من الإنذار . ومتى قضي بالبطلان تصفى الشركة باعتبارها شركة فعلية .

وتبطل الشركة المحدودة المسؤولية التي تؤسس خلافا للشروط المفروضة قانونا ... وإذا قضي بالبطلان ، وكانت الشركة قد باشرت أعمالها ، فلا يكون للبطلان أثر رجعي ، بل تعتبر الشركة كأنها كانت قائمة بين الشركاء وتصفى تطبيقا لنظرية الشركة الفعلية » .[2]

وأضافت المادّة 564 من القانون التّجاريّ ما يلي : **« تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص .**

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 " .

يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل .

وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة أو متبوعة بكلمات " شركة ذات مسؤولية محدودة " أو الحرف الأولى منها أي" ش. م .م " وبيان رأسمال الشركة » .[3]

حسب هذا النّصّ فإنّ الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة تتألّف من عدد من الشّركاء ، ويكون هذا العدد محدّدا في الغالب ، وتكون مسؤوليّتهم محدودة عن ديون الشّركة والتزاماتها ، بقدر مساهمتهم في رأسمالها ، ولا يمتلك الشّركاء صفة التّاجر ، وتتمتّع الشّركة بالشّخصيّة المعنويّة ، ولا يجمع رأسمالها

---

[1] – المادّة : 416 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، وعدّلت بالقانون رقم 88–14 ، المؤرخ في 3 مايو 1988 ، (ج . ر ، 18 ، ص 750) .

[2] – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 210 ، 211 .

[3] – المادّة : 564 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 59 ، المتضمن القانون التجاري ، وعدّلت بالأمر رقم 96–27 المؤرخ في 1996/12/09م ، (ج . ر ، 77 ، مؤرخة في 1996/12/11 ، ص 5) .

عن طريق الاكتتاب العامّ ، ولا تنتقل الحصص إلاّ بموجب القانون ، كما يمكن أن تؤسّس من شخص واحد أو عدّة أشخاص .[1]

وفي حال مخالفة الشّركة لهذه الشّروط تحت طائلة البطلان ، وقضي بالبطلان ، وكانت قد باشرت أعمالا في الماضي ، فلا ينسحب البطلان على الماضي ، وتعتبر كأنّها قائمة في الفترة ما قبل البطلان ، وتعامل على أنّها شركة فعليّة وتصفّى على هذا الأساس .

كما اعتبر الفقه الفرنسيّ بقاء الشّركة الفعليّة قائمة في حال مواصلة الشّركاء لأعمال الشّركة بعد حلّها ، وذلك بسبب عدم إخضاعها لإجراءات النّشر من جديد . وهذا البطلان النّسبيّ هو مقرّر لكلّ ذي مصلحة يمكنه الاحتجاج به أو التّمسّك بقيّام الشّركة الفعليّة ، وليس من حقّ الشّركاء الاحتجاج بهذا البطلان أمام الغير ، ولا يكون له أثر بين الشّركاء إلاّ من تاريخ المطالبة به . فحلّ الشّركة بين الشّركاء يؤدّي إلى زوالها قانونا ، لكنّ استمرار الشّركاء في أعمال الشّركة يؤدّي إلى مساءلتهم لأنّ وجود الشّركة الفعليّة يقوم على ممارسة أعمالها في الواقع ، مع وجود خلل في تأسيسها يؤدّي إلى بطلانها بعد أن مارست أعمالها ، واطمأنّ النّاس إليها فأصبحت هذه العلاقة جديرة بالحمايّة بعد الحكم ببطلان الشّركة . لأنّ قيّام الشّركة التّضامنيّة بأعمالها يجعل أطرافها يعملون ضمن هذا التّضامن ، والعمل باسم الشّركة ، بالإضافة إلى امتلاكها عنوانا تجاريّا تتعامل من خلاله مع الشّركات والمصارف ، وهذه التّصرفات تفيد توفّر أركان هذه الشّركة .[2] والمحكمة المؤهّلة لإقامة الدّعوى على الشّركة الفعليّة ، هي محكمة مكان وجود الشّركة .

حالات أخرى :

بالإضافة إلى الحالات السّابقة ، هناك حالات أخرى لقيّام الشّركة الفعليّة قضت بها المحاكم ، منها :

1 – إذا لم يستدلّ من أقوال المدّعي عدم وجود شراكة على محلّ بين طرفين ، فإنّ هذا لا ينفي وجود شراكة واقعيّة أصلا على بدل الخلو .

2 – إذا تدخّل الشّركاء في الإدارة الخارجيّة للشّركة ، فهذا التّدخل يمنحها صفة الشّركة الفعليّة للشّركة .

3 – كذلك الشّركة تصبح واقعيّة ، في حال الحكم عليها بالبطلان بسبب عدم استعمال عنوانا تجاريّا .[3]

وفيما يتعلّق بالمحكمة المختصّة برفع الدّعوى في موضوع الشّركة الفعليّة ، فإنّ المادّة 547 قانون تجاري قد ذكرت الآتي : « **يكون موطن الشركة في مركز الشركة .**

---

[1] – دربال سهام ، (الإطار القانوني للشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة في الجزائر) ، مجلّة جيل الأبحاث القانونيّة المعمّقة ، العدد 23 ، 2018 ، ص 27 .

[2] – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 211 ، 212 .

[3] – إلياس ناصيف ، المرجع نفسه ، ص 212 . 213 . 214 .

تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري » . [1]

فمن خلال هذه المادّة يتّضح لنا أنّ المحكمة المختصّة برفع الدّعوى في موضوع الشّركة الفعليّة ، حسب القانون الجزائريّ ، هي محكمة موطن الشّركة أي مركزها .

الفرع الثّاني

حالات عدم الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

ليس كلّ بطلان يؤدّي إلى قيّام الشّركة الفعليّة ، بل أنّ هناك حالات للبطلان لا ينتج عنها وجود شركة فعليّة ، وهذه الحالات هي كالآتي :

الحالة الأولى : البطلان المؤسّس على عدم توفّر الأركان الموضوعيّة الخاصّة .

« إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة في عقد الشركة ، فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس البطلان ، وإنما انعدام وجود الشركة نظرا لفقدانها المقومات والأسس التي تقوم عليها الشركة كي تخلق شخصا معنويا يتمتع بكيان مستقل... » .[2] فتخلّف عنصر تقديم الحصص ، أو نيّة المشاركة ، وشرط تعدّد الشّركاء وغيرها من المقوّمات الأساسيّة لقيّام الشّركة ، بالإضافة إلى وجود شروط غير قانونيّة كشرط الأسد ، فهذا لا يؤدّي إلى قيّام شركة فعليّة نتيجة لبطلان هذه الشّركة .[3]

فتخلّف ركن تعدّد الشّركاء مثلا ، أي قيّام الشّركة على شخص واحد ، فهذه الشّركة غير موجودة في القانون الجزائريّ بسبب انعدام مبدأ وحدة الذّمة الماليّة الّذي يتبنّاه المشرّع الجزائريّ . [4]

لقد أكّدت المادّة 188 من القانون المدنيّ الجزائريّ على مبدأ وحدة الذّمة الماليّة ، حيث نصّت على التّالي : « **أموال المدين كلها ضامنة لوفاء ديونه .**

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان».[5]

ويستثنى من هذه القاعدة الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة الّتي يمكن أن تقوم على شخص واحد .

وكذلك الأمر في حالة تخلّف ركن تقديم الحصص ، وهو ركن أساسيّ لأنّ الحصص تشكّل رأس مال الشّركة ، والضّمان العامّ للدّائنين .

وعدم توفّر ركن نيّة المشاركة باعتباره الّركن الأساسيّ الّذي يقوم عليه عقد الشّركة .

---

(1) – المادّة : 547 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

(2) – نادية فضيل ، أحكام الشّركة في القانون التجاري الجزائري(شركات الأشخاص) ، ط 8 ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 49 .

(3) – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 214 . 215 .

(4) – نادية فضيل ، ، المرجع السّابق ، ص 49 .

(5) – المادّة : 188 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

ففي هذه الحالة لا يمكن إثارة مشكلة البطلان لأنّ الشّركة منعدمة أصلا . باستثناء ركن اقتسام الأرباح وتحمّل الخسائر . إذ لو تخلّف هذا الرّكن بسبب وجود شرط الأسد ، كحرمان أحد الشّركاء من الأرباح أو إعفائه من تحمّل الخسائر ، ففي هذه الحالة يمكن لكلّ ذي مصلحة التّمسّك بالبطلان ، كما يحقّ للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها .[1]

وبالتّالي فإنّ عدم توفّر الأركان الموضوعيّة الخاصّة ينفي فكرة الشّركة من أساسها ، فلا تقوم لا قانونا ولا واقعا ، ولهذا لا تعتبر الشّركة الصّوريّة شركة فعليّة لعدم توفّر نيّة المشاركة في الحصص ، أو الاتّفاق على توزيع الأرباح وتحمّل الخسائر . لأنّه لقيّام شركة فعليّة لابدّ من وجود ثلاثة شروط هي :

الشّرط الأوّل : توفّر الأركان الموضوعيّة الخاصّة ، الّتي ذكرناها سابقا .

الشّرط الثّاني : لا بدّ من وجود حكم يقضي ببطلان الشّركة .

الشّرط الثّالث : مباشرة الشّركة لأعمالها في الفترة السّابقة للحكم بالبطلان .

لكن في القابل فإنّ من يقول بعدم الاعتراف بالشّركة الفعليّة الباطلة ، بسبب تخلّف الأركان الموضوعيّة الخاصّة ، لأنّها غير موجودة أصلا ، لا قانونا ولا واقعا ، ومنه فليس للغير أن يدّعي أنّه تعامل معها دون أن يعرف حقيقتها أي بحسن نيّة ، لم ينتبه إلى أنّ الشّركة في هذه الحالة هي شركة وهميّة ، وبالتّالي قد يكون هدفها النّصب والاحتيال على الغير لأخذ أمواله...ولذلك لا بدّ من الاعتراف بالوجود الفعليّ لهذه الشّركة الوهميّة حفاظا على مصاح الغير...وبالتّالي لا بدّ من ممارسة حقّه في مطالبة الشّركاء بتقديم الحصص المفروضة عليهم للشّركة ، ومساءلتهم متضامنين عن ديون الشّركة والتزاماتها .

الحالة الثّانيّة : الحكم ببطلان الشّركة قبل مباشرة أعمالها .

ففي حالة الحكم ببطلان الشّركة قبل مباشرة نشاطها ، فهنا لا مجال للحديث عن الشّركة الفعليّة ، لانتفاء السّبب أو الحجّة لذلك ، وإنّما يتمّ إعادة الحصص لأصحابها ، وتوزيع نفقات التّأسيس على الأطراف بقدر حصصهم .[2]

فالقاعدة العامّة في البطلان ، تقضي بإعادة الشّركاء إلى الحالة الّتي كانوا عليها قبل التّعاقد ، وهذا معناه تطبيق الأثر الرّجعيّ للبطلان ، ونتيجة لذلك انهيّار عقد الشّركة برمّته . وهذه القاعدة تطبّق قبل ممارسة الشّركة لنشاطها ؛ ونشوء علاقات قانونيّة والتزامات .[3]

وقد نصّت المادّة 102 من القانون المدنيّ الجزائريّ على البطلان المطلق : **« إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة .**

---

[1] – نادية فضيل ، المرجع السّابق ، ص 49 .

[2] – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 215 و 216 .

[3] – نادية فضيل ، المرجع السّابق ، ص 50 و 51 .

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد ».[1] ويمكن إسقاط هذا النّصّ على بطلان عقد الشّركة ، باعتبار أنّ المشرّع قد اعتبر الشّركة عقدا ، وذلك بنصّ المادّة 416 قانون مدنيّ جزائريّ كما أسلفنا .

الحالة الثّالثة : البطلان بسبب مخالفة النّظام العامّ أو أحكام القانون .

« لا تنتج الشركة الفعلية حتما عن الحكم ببطلان الشركة ...إذا كان سبب البطلان متعلقا بالنظام العام ، كعدم مشروعية السبب أو الموضوع ، كالإتجار بالمخدرات ، أو أعمال التهريب ، أو إدارة منازل للدعارة ، أو غيرها ، فتعتبر الشركة باطلة بطلانا مطلقا ولا يعتد بوجودها الفعلي في الفترة السابقة للحكم بالبطلان ، كي لا يتعارض ذلك مع الغرض الذي هدف إليه القانون من وجوب بطلانها . والقول بعكس ذلك ، ولو في الواقع فقط ، يعني إقرار الغرض غير المشروع الذي إتفق عليه الشركاء ، وهذا ما لا يجوز منطقا ولا قانونا... ».[2]

ومادام أنّ المشرّع الجزائريّ اعتبر الشّركة عقدا في المادّة 416 من القانون المدنيّ ، فإنّ محلّ هذا العقد وسببه يجب أن يكون مشروعا ، وإلاّ كان باطلا ، وهذا استنادا إلى نصّ المادّة 93 من القانون المدنيّ الجزائريّ ، الّتي جاء فيها : **« إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا »**.[3] وهذا موقف واضح من المشرّع الجزائريّ ، خالف به ما ذهب إليه بعض الفقه في فرنسا .[4]

وفي رأينا أنّ موقف المشرّع الجزائريّ ، القاضي ببطلان عقد الشّركة لمخالفته للقانون والنّظام العامّ ، هو موقف صائب ينطلق من مبادئ المجتمع الجزائريّ المسلم ، وسموّ القانون ، للحفاظ على المجتمع من الانحرافات والآفات – حتّى وإن كان القائلون بالرّأي المشار إليه سابقا ، هدفهم هو حماية الغير حسن النّيّة ، وهم الأشخاص الّذين تعاملوا مع هذه الشّركات – فهدف القوانين هو الحفاظ على استقرار المعاملات ، والحفاظ على المجتمع ، لأنّ الغاية لا تبرّر الوسيلة الّتي هي بطلان المحل والسّبب.

---

[1] – المادّة : 102 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

[2] – إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 217 .

[3] – المادّة : 93 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75– 58 ، المتضمن القانون المدني ، وعدّلت بالقانون رقم 05–10 ، المؤرخ في 20 يونيو 2005م ، (ج . ر ، 44 ، ص 22) .

[4] – « **ذهب العديد من الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بالمعنى الواسع للشركة الفعلية ، فلم يسلموا بأن الشركة التي يكون موضوعها أو سببها مخالفا للنظام العام لا تعتبر شركة فعلية ، بل رأوا أنها تكون شركة فعلية مهما كان سبب بطلانها ، إذا كانت قد قامت فعلا بنشاطات معينة ، قبل الحكم ببطلانها . وهذا ما يعني أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة فعلية ، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا** »، اُنظر: إلياس ناصيف ، المرجع السّابق ، ص 219 .

«... بالنسبة لأحكام المحاكم في الجزائر فان سبب الاعتراف بالشركة الفعلية يتعلق غالبا بحالة عدم الاحتجاج على الغير ببطلان الشركة في حالة عدم استكمال إجراءات الشكلية لتأسيسها ، ولم يتسع مجال الشركة الفعلية لحالات أخرى » .[1]

ومن خلال دراسة حالات الاعتراف ، وحالات عدم الاعتراف بالشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، يظهر أنّ المشرّع الجزائريّ لم يفصّل هذه الحالات ولم يذكرها صراحة ، وإنّما هي قواعد وردت بصفة عامّة ، متناثرة في بعض موادّ القانونين المدنيّ والتّجاريّ ، يمكن استنباطها وإسقاطها على موضوع الشّركة الفعليّة ، كما يمكن تدعيمها ببعض الأحكام القضائيّة الّتي اعترفت بالشّركة الفعليّة وقد ذكرناها سابقا .

[1] – زكري إيمان ، المرجع السّابق ، ص 116 .

الفصـــــــل الثّـــــــاني

أحكـــــام الشّركـــــة الفعليّـــــة في القانـــــون الجزائـــــريّ

الفصل الثّاني

أحكام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

الشّركة الفعليّة هي شركة قانونيّة ، لكونها تستند وتقوم على نفس الشّروط والأركان الّتي تقوم عليها الشّركة القانونيّة ، كتوفّر الأركان الموضوعيّة العامّة ، والأركان الموضوعيّة الخاصّة ، مع ضرورة ممارسة الشّركة الفعليّة لنشاطها في الواقع . إلاّ أنّها تتميّز عن الشّركة القانونيّة في مخالفتها لبعض الإجراءات القانونيّة ، والّتي قد تكون سببا في بطلانها ، وهي بهذا المنطق ترتبط ارتباطا وثيقا بدعوى البطلان عموما ، ومدى تطبيقها على عقد الشّركة .

غير أنّه لا يمكن القول بأنّ كلّ شركة باطلة هي شركة فعليّة ، فهناك شركات اعتبرها القضاء شركات فعليّة ؛ استنادا لأسباب أخرى غير البطلان .

وتكون نهاية الشّركة الفعليّة إمّا بتصحيح الخلل ووضعها كشركة قانونيّة ، وإمّا أن تحلّ وتصفّى وتختفي من الوجود . وعليه سنقسّم هذا الفصل إلى مبحثين :

* **المبحث الأوّل** ، وتطرّقنا فيه إلى مضمون الشّركة الفعليّة وآثار قيّامها ، وينقسم إلى مطلبين ؛ المطلب الأوّل : مضمون الشّركة الفعليّة ، والمطلب الثّاني : آثار قيّام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

* **أمّا المبحث الثّاني** ؛ فتحدّثنا فيه عن انقضاء الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، وينقسم بدوره إلى مطلبين ؛ المطلب الأوّل : تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية ، والمطلب الثّاني : انحلال الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

المبحث الأوّل

مضمون الشّركة الفعليّة وآثار قيامها في القانون الجزائري

إنّ تحديد مضمون الشّركة الفعليّة ، يعدّ أمرا بالغ الصّعوبة ، بالرّغم من أنّ الشّركة الفعليّة معروفة منذ زمن بعيد ، في الكثير من النّظم القانونيّة كما رأينا ، إلاّ أنّ تحديد مضمونها وعوامل قيّامها مازال يثير الكثير من التّساؤلات على الصّعيد النّظريّ . كما أنّ هناك آثارا تنتج عن الاعتراف بالوجود الواقعي للشّركة الفعليّة ، وسنعالج هذين المحورين في المطلبين الآتيين :

– **المطلب الأوّل** ؛ ويتضمّن مضمون الشّركة الفعليّة ، و**المطلب الثّاني** ؛ آثار قيّام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ .

المطلب الأوّل

مضمون الشّركة الفعليّة

إنّ تحديد مضمون الشّركة الفعليّة يعدّ أمرا عسيرا ، مازالت تُثار حوله آراء كثيرة ، ويرتبط ارتباطا عضويّا ببطلان عقد الشّركة ، ويستلزم هذا الأمر ضرورة البحث عن الأثر المترتّب عن اختلال ركن من أركان العقد ، وعليه سنركّز دراستنا في هذا المطلب على عنصرين مهمّين في تطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة ، وذلك من خلال فرعين :

يتضمّن **الفرع الأوّل** ؛ تقديم الحصص ، و**الفرع الثّاني** ؛ نيّة المشاركة .

الفرع الأوّل

تقديم الحصص

يعتبر تقديم الحصص ركنا جوهريّا في تكوين الشّركة ، وبدون هذا الرّكن لا تستطيع الشّركة القيّام بأعمالها ، ومن هذا المنطلق ألزم المشرّع الجزائريّ الشّركاء بوجوب تقديم الحصص ، سواء كانت هذه الحصّة نقديّة أو عينيّة، أو عبارة عن تقديم عمل ، وهذا ما نصّت عليه المادّة 416 قانون المدني « **الشركة الفعلية عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان او اعتباريان او اكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل او مال او نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج او تحقيق اقتصاد او بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك** » [1]

---

[1] – المادة : 416 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم75–58 ، المتضمن القانون المدني ، معدّلة ومتمّمة بمقتضى القانون رقم 88–14 ، المؤرخ في 3 مايو 1988م ، (ج . ر ، 18 ، ص 750) .

والمشرّع شدّد على تقديم هذه الحصص لأنّها تعتبر الضّمان العامّ لدائني الشّركة ، كما أنّه لم يجعلها تقتصر على الحصّة النّقديّة ، بل جعلها من الممكن أن تكون عينيّة ، أو عبارة عن تقديم عمل . وسنتناول هذه الأنواع كما يلي :

أوّلا : الحصّة النّقديّة .

يُقصد بالحصّة النّقديّة ، تقديم الشّريك مبلغ من المال في الميعاد المتّفق عليه ، وهذا هو الوضع الغالب في جميع الشّركات التّجاريّة ، وإذا أخلّ الشّريك بالتزامه هذا ؛ وجب عليه التّعويض باعتباره ألحق ضررا بحسن سير الشّركة [1] ، وهذا ما نصّت عليه المادّة : 421 قانون مدني .[2]

ويرجع سبب تشديد المشرّع في هذا الأمر ؛ كون الشّركة التّجاريّة دائما في حاجة ماسّة إلى المال من أجل القيّام بأعمالها ، ومن ثمّ فهي تعتمد على الحصص للحصول عليه ، وإذا أخلّ الشّريك بالتزامه ، فقد يجعلها مضطربة في أعمالها .

ثانيا : الحصّة العينيّة .

أجاز المشرّع بأن تكون حصّة الشّريك ، عبارة عن مال عينيّ غير النّقود ، مثل تقديم عقّار أو منقولا معنويّا ، كالمحلّ أو براءة اختراع ، أو علامة تجاريّة ، أو رسوم ، أو نماذج صناعيّة ...الخ .[3]

وقد تكون هذه الحصص ، إمّا على سبيل التّمليك أو الانتفاع ، وهذا طبقا لما جاءت به المادّة 419 قانون مدني : « **تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وانها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يخالف ذلك** » .[4] ويفهم من نصّ المادّة أنّ الحصّة العينيّة المقدّمة من طرف الشّريك على سبيل التّمليك ، تخرج نهائيّا من ذمّة صاحبها وتنتقل إلى ذمّة الشّركة ، وتكوّن مع باقي الحصص الضّمان العام لدائني الشّركة ، ومن هنا وجب تطبيق القواعد العامّة المتعلّقة بالبيع وخاصّة ما تعلّق منها بإجراءات نقل الملكيّة ، وتبعة الهلاك والضّمان العامّ والاستحقاق ، وضمان العيوب الخفيّة .

وإذا كانت الحصّة المقدّمة عبارة عن عقّار ، وجب اتّباع إجراءات نقل ملكيّة العقّار ؛ من شهر وتسجيل ، وإذا كانت عبارة عن منقول ماديّ وجب تسليمه ، أمّا إذا كانت حصّة الشّريك عبارة عن دين

---

[1] – عبد القادر البقيرات ، مبادئ القانون التجاري(الأعمال التجارية ، نظرية التاجر، المحل التجاري، الشّركات التجارية) ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2012 ، ص 92 .

[2] – تنص المادة : 421 ، ق . م . ج ، على : « **إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلزمه التعويض** » .

[3] – نسرين شريقي ، الشّركات التجارية ، ط 1 ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2013 ، ص 12 .

[4] – المادة : 419 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–58 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 م ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم .

في ذمّة الغير ، وجب عليه اتّباع إجراءات نقل الحوالة ، ولا ينقضي التزامه إلاّ إذا تحصّلت الشّركة على هذا الدّين ، ويبقى مسؤولا عن تعويض الضّرر عند حدوثه .[1] وهذا طبقا للمادّة 224 قانون مدني .

أمّا إذا كانت الحصّة المقدّمة على سبيل الانتفاع ، فهنا تطبّق عليها أحكام الإيجار باعتبار أنّها مازالت ملكا لصاحبها ، وهذا ما جاءت به المادّة 422 قانون مدني بأنّه : « **إذا كانت حصة الشريك حق ملكية او حق منفعة او اي حق عيني اخر فان احكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة اذا هلكت او استحقت او ظهر فيها عيب او نقص اما اذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن احكام الإيجار هي التي تسري في ذلك** » .[2] وبناء على ذلك ، فإنّه إذا قدّمت حصّة الشّريك على سبيل الانتفاع ، ثمّ تعرّضت هذه الحصّة للهلاك ، فإنّ تبعة هذا الهلاك تكون على صاحبها ، ويُلزم الشّريك في هذه الحالة ؛ بتقديم حصّة أخرى وإلاّ أقصي من الشّركة .

كما يضمن الشّريك واستنادا إلى أحكام الإيجار استمرار انتفاع الشّركة بالحصّة المقدّمة ، وعدم التعرّض الماديّ أو القانونيّ الصّادر منه أو من الغير .

وتعود هذه الحصّة في حالة انحلال الشّركة ، إلى الشّريك ولا يجوز التّنفيذ عليها لأنّها ليست ملكا للشّركة ولا تدخل في ذمّتها الماليّة .

ثالثا : حصّة العمل .

يجوز أن تكون حصّة الشّريك المقدّمة حصّة من العمل ، والعمل المقصود هنا هو العمل الفنيّ الجادّ ، الّذي يسهم في نجاح الشّركة ويعود عليها بالنّفع الماديّ ، كعمل المهندس ،أو الرّسام أو المحاسب ، وغيرهم من أصحاب الخبرة الفنيّة والتّجاريّة ، أمّا إذا كان العمل تافها ، فلا يعتبر حصّة في رأس مال الشّركة ، ويعتبر العامل الّذي يؤدّي هذا العمل ؛ مجرّد أجير .[3]

وتنصّ المادّة 419 من القانون المدنيّ ، على أنّ حصص الشّركاء تكون متساويّة القيمة ، وأنّها تخصّ ملكيّة المال لا مجرّد الانتفاع به ، ما لم يوجد اتّفاق أو عرف يخالف ذلك ، ويكوّن مجموع هذه الحصص النّقديّة والعينيّة ، ولا تدخل في الاعتبار الحصص المقدّمة من العمل ، باعتبارها غير قابلة للتّنفيذ الجبريّ للشّركة ، لأنّ رأس مال الشّركة يجب أن يكون قابلا للتّنفيذ الجبريّ . هذا ونشير إلى أنّ رأس مال الشّركة ، لا يعطينا الصّورة الحقيقيّة للمركز الماليّ للشّركة ، باعتبار أنّ رأس مال الشّركة يتكوّن من جميع موجوداتها ، من أموال ثابتة ومنقولة ، ومالها من حقوق عند الغير ، بالإضافة إلى أنّ رأس مالها يوضّح لنا ؛ المركز الماليّ للشّركة بعد خصم ديّونها لدى الغير .[4]

---

[1] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 35 .

[2] – المادة : 422 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر 75– 58 ، المتضمن القانون المدني، الذي سبق ذكره .

[3] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 101 .

[4] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص38

كما نشير في الأخير ، أنّ المشرّع الجزائريّ نصّ صراحة على عدم جواز تقديم حصّة العمل في الشّركات ذات المسؤوليّة المحدودة ، وشركات المساهمة ، وهذا طبقا لنصّ المادّة 567 قانون تجاري ، باستثناء شركات التّضامن ، الّتي أجاز فيها تقديم الحصص في شكل عمل.

الفرع الثّاني

نيّة المشاركة

أغفل المشرّع الجزائريّ من خلال نصّ المادّة 416 قانون مدني ؛ ركن نيّة المشاركة ؛ والّذي يعدّ من الشّروط الجوهريّة اللاّزمة لإبرام عقد الشّركة ، ويظهر هذا الرّكن الجوهريّ من خلال اتّحاد مصالح المتعاقدين ، وسيرها نحو تحقيق الرّبح وقسمته بين الشّركاء ، كما أنّ ما يميّز عقد الشّركة عن غيره من العقود ، يكون من خلال ركن نيّة المشاركة ، الّذي يجمع بين الشّركاء نحو تحقيق هدف واحد ، وهو السّعيّ لإنجاح مشروع الشّركة ، ولا يكون هذا إلا بالاتحاد والتّعاون بينهم على أساس أنّهم شركاء متساوون في مراكزهم القانونيّة ، وليس بينهم تابع ولا متبوع .[1] وقوام هذه النّيّة يتمثّل في ثلاثة عناصر هي:

أولا : الشّركة لا تنشأ بطريقة عفويّة أو جبريّة ، وإنّما هي نتاج رغبة جادّة وثقة متبادلة بين الشّركاء في إنشاء مشروع ، من خلال تكوين شركة معيّنة .

ثانيّا: اتّحاد المظاهر الدّالة على وجود التّعاون الايجابيّ بين الشّركاء ، قصد تحقيق غرض الشّركة ، كتقديم الحصص وتنظيم الشّركة ، والإشراف عليها ، وقبول المخاطر الّتي قد تتعرّض لها الشّركة .

ثالثا: وجود الشّركاء في مراكز قانونيّة واحدة ، ولا وجود للتّبعيّة بينهم ، بل الجميع يعمل في إطار واحد ، ونحو تحقيق هدف واحد ، وهو إنجاح المشروع الّذي قامت من أجله الشّركة وتحقيق الرّبح .[2]

المطلب الثّاني

آثار قيّام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

« يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين إبرام العقد والحكم بالبطلان نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء أو بالنسبة للغير »[3] . وهذا ما نعالجه في الفروع التّاليّة :

– **الفرع الأوّل** ؛ بالنّسبة للشّركة ، و**الفرع الثّاني** ؛ بالنّسبة للشّركاء ، أمّا **الفرع الثّالث** : فبالنّسبة للغير .

---

[1] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 110 .

[2] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 39 .

[3] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 54 .

الفرع الأوّل
بالنّسبة للشّركة

تكون الشّركة الفعليّة خلال هذه الفترة ، كما لو كانت شركة صحيحة مكتملة جميع الأركان والشّروط ، وهذا خلال الفترة الممتدّة من تاريخ تكوينها إلى الحكم ببطلانها ، كما تبقى محتفظة بشخصيّتها المعنويّة المستقلّة عن شخصيّة الشّركاء ، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة ، وتظلّ تعهدات الشّركاء وحقوقهم صحيحة ومرتّبة لآثارها ؛ سواء فيما بينهم أو بالنّسبة للغير ، كما تحتفظ بشكلها ونوعها ، وتخضع لالتزامات التّجار ؛ من مسك للدّفاتر التّجاريّة ودفع الضّرائب . وتحلّ الشّركة ويتمّ تصفيّتها بمجرّد الحكم ببطلانها ، كما يمكن شهر إفلاسها في حالة عجزها عن دفع ديّونها ؛ سواء نشأت هذه الدّيّون قبل الحكم ببطلانها ، أو أثناء إجراء عمليّة التّصفيّة ، ويترتّب على شهر إفلاسها شهر إفلاس الشّريك المتضامن .[1]

الفرع الثّاني
بالنّسبة للشّركاء

يؤدّي بطلان الشّركة وتطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة ؛ إلى استرداد كل شريك لحصّته بعدما تُقسّم الأرباح والخسائر إن كانت موجودة ، غير أنّه ظهر اختلاف فقهيّ في الطريقة الّتي يتمّ بها توزيع الأرباح والخسائر بين الشّركاء ، فمنهم من يرى أن تقسّم طبقا لما جاء به العقد التّأسيسيّ للشّركة ؛ وقد أخذ المشرّع الجزائريّ بهذا الرّأيّ وذلك من خلال المادّة 425 قانون مدني جزائريّ ، وكذا المادّة 765 من القانون التجاريّ الّتي تنصّ على : « **مع مراعاة أحكام هذه الفقرة ، تخضع تصفية الشركات للأحكام التي يشتمل عليها القانون الأساسي** » [2] ونستنتج من نصّ هذه المادّة ؛ أنّ المشرّع الجزائريّ أسند تقسيم الأرباح والخسائر وموجودات الشّركة بين الشّركاء ؛ إلى العقد التّأسيسيّ للشّركة ، باعتباره العمل الّذي بعث بالشّركة إلى الوجود ، ويحدّد العلاقة بين الشّركاء ويوزّع الأنصبة فيما بينهم ؛ سواء في رأس المال أو الأرباح والخسائر ، كما استقرّ القضاء في أحكامه العديدة على ما جاء به العقد التّأسيسيّ للشّركة ؛ في علاقات الشّركة والشّركاء فيما بينهم .

ويرى البعض الآخر بتطبيق نصوص القانون ، الخاصّة بتوزيع الأرباح والخسائر عند عدم اتّفاق الشّركاء ، أي أن يتمّ التّوزيع بالتّساوي ؛ كلّ بحسب الحصّة الّتي قدّمها .

---

[1] – نادية فضيل ، المرجع نفسه ، ص 54 .

[2] – المادة : 765 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنّه إذا لم يقدّم أحد الشّركاء حصّته وجب عليه تقديمها ، وتكون مسؤوليّة الشّريك عن ديون الشّركة حسب نوع الشّركة ، وطبيعة الدّين وشروط العقد .[1]

الفرع الثّالث

بالنّسبة للغير

ويقصد بالغير ارتباط كلّ شخص بالشّركة أو بالشّركاء بالتزامات وحقوق ، فيعتبر الغير هنا من دائني الشّركة والدّائنين الشّخصيين للشّركاء .

أوّلا: دائني الشّركة .

لقد اختلف الفقه في مدى تحلّل الغير من دائني الشّركة من الالتزامات النّاشئة عن تصرّفات الشّركة ؛ في الفترة السّابقة على الحكم ببطلانها ، فيرى البعض بصحّة الأعمال وهذه العقود المبرمة من دائني الشّركة قبل الحكم ببطلانها ؛ بحيث لا يجوز للغير التحلّل من الالتزامات النّاشئة عنها ، فيما يذهب البعض الأخر إلى اعتماد تطبيق قواعد البطلان مع التّخفيف من آثارها ، إذ يكون للغير الخيّار وفقا لمصلحته بين التّمسك ببقاء الشّركة في الماضي ، أو التّمسك ببطلانها بأثر رجعيّ ، فإذا تمسّك الغير بصحّة الشّركة فتكون الأعمال الّتي باشرتها الشّركة معه صحيحة ونافذة ، ولا يحقّ للشّركة أن تحتجّ ضدّه بالبطلان . [2]

وغالبا ما يتمسّك دائني الشّركة ببقائها ؛ تفاديّا لمزاحمة الدّائنين الشّخصيين للشّركاء ، كما يحقّ لهم شهر إفلاسها واستفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس ، أمّا إذا تمسّك بعض دائني الشّركة ببقائها والبعض الأخر ببطلانها ؛ فهنا يُؤخذ بالرّأيّ الّذي تمسّك بالبطلان ، وهذا الرّأيّ أخذ به الفقه والقضاء في كلّ من مصر وفرنسا ؛ باعتبار أنّ البطلان هو الأصل [3]

ثانيّا: بالنّسبة لدائني الشّركاء الشّخصيين .

قد يتمسّك الدّائنون الشّخصيون للشّركاء ببطلان الشّركة ، متى رأوا مصلحة لهم في ذلك ، وتتمثّل هذه المصلحة عادة ؛ في التّنفيذ على حصّة الشّريك المدين بعد تصفيّة الشّركة إثر الحكم بالبطلان ، إلاّ أنّه قد يحصل تضارب للمصالح بين دائني الشّركة والدّائنين الشّخصيين للشّركاء ؛ كأن يحتجّ دائنو الشّركاء ببطلان الشّركة بقصد استرجاع الحصص المقدّمة من مدينهم ، بينما يكون العكس بالنّسبة لدائني الشّركة ؛ حيث تقتضي مصلحتهم في استمرار الشّركة حتى لا يتمّ مزاحمتهم من طرف دائني الشّركاء ، وأمام هذا

---

[1] – عليوة رابح ، (مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري) ، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، العدد 28 ، جامعة عنابة ، الجزائر ، 2011 ، ص 228 .

[2] – عليوة رابح ، (مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري) ، المرجع السابق ، ص 8 .

[3] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 55 .

التّعارض يرى أغلبيّة الفقه والقضاء ؛ أنّ للدّائنين الشّخصيين للشّركاء حقّ الأولويّة في التّمسك ببطلان الشّركة في مواجهة الشّركاء ، على دائني الشّركة ؛ لأنّ البطلان في هذه الحالة هو الأصل .

والرّأيّ الرّاجح هو نقيض هذا الرّأيّ ؛ حيث يستند إلى أنّ الهدف من تقرير البطلان من طرف المشرّع ؛ هو حماية الغير الّذي تعامل مع الشّركة أيّ دائن الشّركة ، ومن هذا المنطلق لا يمكن أن تنقلب القواعد الّتي وجدت من أجله لتكون وبالاً عليه ، وبهذا نكون قد حافظنا على استقرار المعاملات التّجاريّة من جهة ، وتغليب للوضع الظّاهر من جهة أخرى .

أمّا إذا كان تعارض المصالح مقصورا على دائني الشّركة فقط ؛ فيمكن القول هنا في هذه الحالة بأنّ البطلان هو الأصل ؛ لأنّه هو القاعدة في حالة عدم استفاء الأوضاع القانونيّة .[1]

المبحث الثّاني

انقضاء الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

ويقصد بانقضاء الشّركة الفعليّة ؛ المآل الّذي تؤول إليه الشّركة الفعليّة ، إثر وجود أو ظهور خلل في تكوينها ، إذ لا يمكنها الاستمرار في نشاطها ، ومن هنا تكون أمام خيارين ؛ إمّا أن تُصحّح من أوضاعها القانونيّة وتستمرّ كشركة قانونيّة ، أو انحلال الرّابطة القانونيّة الّتي تجمع بين الشّركاء ، وتختفي الشّركة من الوجود . وهو ما ستتمّ معالجته في مطلبين :

يتضمّن **المطلب الأوّل** ؛ تحويل الشّركة الفعليّة إلى شركة قانونيّة ، و**المطلب الثّاني** ؛ انحلال الشّركة الفعليّة .

المطلب الأوّل

تحويل الشّركة الفعليّة إلى شركة قانونيّة

لقد سعى المشرّع الجزائريّ ؛ إلى التّضييق من حالات البطلان في الشّركات التّجاريّة إلى أبعد الحدود ؛ نظرا للإشكالات القانونيّة الّتي تثار بعد البطلان ، وخاصّة إذا ما كانت الشّركة قد دخلت في معاملات مع الغير ، وارتبطت معه بالتزامات وحقوق ، ويظهر هذا التّضيق جليّا من خلال نصّ المادّة 736 قانون تجاريّ ، الّتي تنصّ على أنّه : « **يجوز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا ولو تلقائيا لتمكن من إزالة البطلان .**

ولا يسوغ أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى » .[2] من خلال هذه المادّة نجد أنّ المشرّع الجزائريّ قد أعطى فرصة للشّركاء ، أو لمن له مصلحة ؛ بتصحيح الخلل الّذي يشوب عقد الشّركة وتحويلها إلى شركة قانونيّة ، وجعل دعوى البطلان تنقضي بانقضاء سبب البطلان ؛

---

[1] – عليوة رابح ، (مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري) ، المرجع السابق ، ص 9 .

[2] – المادة : 736 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

حتّى ولو كان في نفس اليوم الّذي تنظر فيه المحكمة في الأصل ابتدائيا ، إلاّ إذا كان هذا البطلان متعلّقا بعدم مشروعيّة المحلّ ، بنصّ المادّة 735 قانون تجاريّ . [1]

ويكون تحويل وتصحيح الشّركة ، من شركة فعليّة إلى شركة قانونيّة ؛ حسب الإجراءات القانونيّة المتاحة ، كما يمكن أن يكون هذا التّحويل إمّا بإرادة الشّركاء **(الفرع الأول)** ، أو بناء على طلب من له مصلحة **(الفرع الثاني)** ، أو يكون بمرور مدّة من الزّمن**(الفرع الثالث)** .

الفرع الأول

تحويلها إلى شركة قانونيّة بإرادة الشّركاء

ومفاده أن يسعى الشّركاء إلى تصحيح العيب الموجود في عقد الشّركة ، وتحويلها من شركة فعليّة إلى شركة قانونيّة ، مهما كان العيب الموجود فيها ؛ إلاّ إذا تعلّق بموضوع الشّركة ، وفي أحيان أخرى قد يكون العيب في عنصر واحد من عناصر تكوينها .

* ففي الحالة الأولى ، كأن يلجأ بعض الأشخاص إلى إنشاء شركات لا يسمح لهم القانون أن تكون لهم العضويّة فيها ، كالأطبّاء مثلا ورجال القانون ، فيكون التّصحيح عندئذ بتحويل هذه الشّركات من شركات تجاريّة إلى شركات مدنيّة . [2]

* ويكون التّصحيح أو التّحويل في الحالة الثّانيّة ؛ إذا كان العيب يتعلّق بعنصر واحد من عناصر تكوين الشّركة ؛ كأن يكون أحد الشّركاء ناقص الأهليّة ، أوشاب رضاه عيب من عيوب الإرادة (كالغلط ،التدليس ،الإكراه ، الغبن) ، فيكون التّصحيح بموافقة الشّريك عند بلوغه سنّ الرّشد ؛ على إجازة عقد الشّركة ، وتتحوّل الشّركة من شركة فعليّة إلى شركة قانونيّة ، وكذلك الحال عند تخلّف أحد الشّركاء بتقديم حصّته في الشّركة ؛ فيكون التّصحيح بتقديم الشّريك لحصّته ، وبهذا يزول العيب ويصبح عقد الشّركة صحيحا ، وتتحوّل من شركة فعليّة إلى شركة قانونيّة .

الفرع الثّاني

تحويلها إلى شركة قانونيّة بناء على طلب من له مصلحة

دعمًا من المشرّع الجزائريّ للائتمان التّجاريّ ، وحرصًا منه على التّقليل من البطلان في الشّركات ، أجاز لكلّ من يهمّه الأمر أن يطلب التّصحيح ، وأن ينذر الشّركة بالقيّام بهذا التّصحيح [3] ، وهذا ما جاءت به المادّة 738 قانون تجاريّ في فقرتها الأولى ، على أنّه : « **في حالة بطلان شركة أو**

---

[1] – تنص المادة : 735 قانون تجاري على أنه : « **تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، إلا إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة** » .

[2] – سليم عبدالله أحمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 202 .

[3] – عبد القادر البقيرات ، المرجع السابق ، 97 .

أعمال مداولات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضا أو فقد أهلية شريك وإذا كان التصحيح ممكنا يجوز لكل شخص يهمه الأمر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الإجراء إما بالقيام ، بالتصحيح أو يرفع دعوى البطلان في أجل ستة أشهر تحت طائلة انقضاء الميعاد ويتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار... » .

[1] ونستنتج من خلال نصّ المادّة ؛ أنّ المشرّع أعطى للغير ، ولكلّ صاحب مصلحة ؛ الحقّ بالمبادرة بتصحيح البطلان وإزالة سببه ، ماعدا الأسباب غير المشروعة ، ويكون عن طريق إخطار المسؤول المخوّل لذلك في الشّركة . ويكون هذا إذا رأى الغير ؛ أنّ في حلّ الشّركة ضررا لمصلحته من خلال مزاحمة دائني الشّركاء العاديين له .

الفرع الثّالث

تحويلها إلى شركة قانونيّة بمضيّ مدّة من الزّمن

يمكن أن تتحوّل الشّركة الفعليّة إلى شركة قانونيّة ؛ بالتّقادم بعد مرور مدّة من الزّمن حدّدها القانون ، ذلك أنّ فوات هذه المدّة يُسقط الحقّ في إبطال عقد الشّركة الفعليّة ، وتتحوّل بالتّالي إلى شركة قانونيّة ، وهذا بالرّغم من عدم زوال العيب أو نفيّ وجوده ، ولكنّه يجعل الحقّ في طلب بطلان الشّركة يرتبط بأجل محدّد قانونا ، فإذا انقضى ذلك الأجل يسقط الحقّ وتدعّم بذلك صحّة الشّركة [2] ، ولقد تحدّث المشرّع الجزائريّ عن التّقادم من خلال المادّة 740 قانون تجاري على أنّه : « **تتقادم دعاوى بطلان الشركة وأعمال المداولات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل 3 سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان ...** » [3] والتّقادم الّذي يتحدّث عنه المشرّع ، هو التّقادم الّذي يكون نتيجة عيب في أركان الشّركة ، وليس العيب الّذي يكون في محلّ الشّركة ، كأن يكون مخالفا للنّظام والآداب العامّة ؛ فإنّه لا يسقط بالتّقادم .

المطلب الثّاني

انحلال الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ

يقصد بانحلال الشّركة ؛ زوال الرّابطة القانونيّة الّتي أوجدها عقد إنشائها بين الشّركاء ، ومن ثمّ انقضاؤها، وتنحلّ الشّركة الفعليّة لأسباب خاصّة ، كما تنطبق على انقضائها أسباب عامّة وردت في عدّة تشريعات مقارنة ، وهي تنطبق على الشّركة الفعليّة مثلما تنطبق على الشّركة القانونيّة على حدّ سواء ، ومهما كان السّبب الّذي يُنهي الشّركة الفعليّة ؛ فإنّ شخصيّة الشّركة الفعليّة تبقى قائمة إلى حين تصفيّتها

---

[1] – المادة : 738 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

[2] – سليم عبد الله الجبوري ، المرجع السابق ، ص ، رقم 212 .

[3] – المادة : 740 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75-59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

ومن أهمّ هذه الأسباب ما ورد في الفرعين الآتيين : **الفرع الأول** و يتضمن انحلال الشركة الفعلية بدعوى البطلان ، أما **الفرع الثاني** فقد احتوى على انحلال الشركة الفعلية بالأسباب القانونية . [1]

الفرع الأوّل

انحلال الشّركة الفعليّة بدعوى البطلان

يعتبر البطلان السّبب الرّئيس والمباشر لانقضاء الشّركة التّجاريّة الفعليّة ، و نجد المشرّع الجزائريّ كباقي التّشريعات المقارنة ، قد أحال دعوى البطلان للأحكام العامّة في القانون المدنيّ من خلال نصّ المادّة 418 الفقرة الثّانيّة [2] ، والبطلان الّذي تكلمّ عنه المشرّع من خلال هذه المادّة ؛ هو البطلان الناتج عن تخلف أحد الأركان الموضوعيّة والشّكليّة ، أمّا البطلان النّاتج عن مخالفة إجراءات التّأسيس ؛ فقد أحاله المشرّع لنصوص القانون التّجاريّ ، من خلال نصّ المادّة 545 : « **تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ...** » . [3] وتبقى تصرّفات الشّركة الّتي حكم ببطلانها صحيحة بالنّسبة للماضي وتنعدم في المستقبل .

الفرع الثّاني

انحلال الشّركة الفعليّة بالأسباب القانونيّة

ويُقصد بها تلك الأسباب الّتي تنقضي بها عادة جميع الشّركات القانونيّة ، ولا مانع أن تنقضي بها بعض الشّركات الفعليّة الّتي تنشأ صحيحة ، ويعتريها عيب أثناء نشاطها ويعرّضها للبطلان ، ويجعل وجودها فعليّا لا قانونيّا ، وكما يمكن أن تعيش الشّركة الفعليّة وتستمرّ في مشروعها دون أن يثار حولها أي شبهة للبطلان ، أي دون أن يتعرّض لها أحد بدعوى البطلان ، شأنها في ذلك شأن أيّ شركة قانونيّة ، ومن خلال ما ذكرنا يمكن القول بأنّ هناك سببين لانحلال الشّركة الفعليّة ؛ وهما الأسباب القانونيّة العامّة والأسباب القانونيّة الخاصّة .

أولا : الأسباب القانونيّة العامّة .

1- انتهاء الأجل المحدّد للشّركة : تنقضي الشّركة الفعليّة بانتهاء الميعاد الّذي تمّ تحديده في قانون تأسيسها بقوّة القانون ، وفي حالة استمرارها بعد هذا التّاريخ ، يعدّ هذا الاستمرار تجديدا لعقد الشّركة سنة فسنة بالشّروط ذاتها ، وهذا ما نصّت عليه المادّة 437 قانون مدنيّ جزائريّ : « **تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها أو بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها .**

---

[1] – سليم عبد الله أحمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 218 .

[2] – سمسوم نسيمة ومقراني حياة ، نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماستر ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، 2018/2017 ، ص 46 .

[3] – المادة : 545 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

فإذا انقضت المدة المعينة أو تحققت الغاية التي أنشئت لأجلها ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من الأعمال التي تكونت من أجلها الشركة امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها... » .[1]

إنّ اتّفاق الشّركاء على استمرار الشّركة بعد انقضاء أجلها المحدّد في عقدها التّأسيسيّ ؛ يعدّ بمثابة إنشاء شركة جديدة غير الشّركة المنقضيّة ، فتنشأ هذه الشّركة بشخصيّة معنويّة جديدة ، حتّى ولو اتّفق الشّركاء في عقدها على الاستمرار في نفس النّشاط الّذي أنشئت من أجله الشّركة الأولى ، إلاّ أنّنا نكون في هذه الحالة أمام شركة من حيث الواقع ، لأنّ الشّركاء لم يحرّروا عقد الشّركة الجديدة . إنّ إجماع الشّركاء الصّريح أو الضّمنيّ في استمرار الشّركة ؛ يقابله حقّ لدائن أحد الشّركاء في الاعتراض على هذا الامتداد ، ويترتّب على هذا الاعتراض وقف أثره في حقّه ، وهذا ما نصّت عليه المادّة 437 فقرة 3 قانون مدنيّ ، وتصفّى الشّركة في هذه الحالة وتحدّد حصّة الشّريك المدين والتّنفيذ عليها ، ويمكن لباقي الشّركاء الاستمرار في الشّركة بعد خروج الشّريك المدين . [2]

2 – انتهاء الغرض الّذي أنشئت الشّركة من أجله : إذا ما أُنْشئت شركة للقيّام بعمل معيّن ، كإنشاء مشروع سكنيّ مثلا أو تعبيد للطّروقات ، فيكون انقضاء هذه الشّركة بمجرّد الانتهاء من هذا العمل ، حتّى ولو لم ينته الأجل المحدّد لانقضائها ، وفي حالة استمرار الشّركة في نشاطها بعد إتمام هدفها ، ففي هذه الحالة يمكنها الاستمرار بنفس الشّروط لمدّة سنة واحدة ، وهذا طبقا للفقرة الثّانية من المادّة المذكورة أعلاه . [3] ، مع حقّ دائن الشّريك في الاعتراض على هذا الاستمرار.

إلاّ أنّه يمكن التّمييز بين حالة انقضاء نشاط الشّركة قبل الأجل ، وحالة انقضاء الأجل قبل انتهاء نشاط الشّركة ، ففي الحالة الأولى تنقضي الشّركة لانتهاء الغرض أو النّشاط الّذي وجدت من أجله ، أمّا الحالة الثّانيّة فتستمرّ حتّى تمام النّشاط الّذي تأسّست من أجله . [4]

3 – هلاك مال الشّركة أو هلاك جزء كبير منه : وهذا ما نصّت عليه المادّة 438 الفقرة الأولى قانون مدني : « **تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها... »** وذلك نظرا لعجزها عن القيّام بواجباتها ، والهلاك قد يكون ماديّا كأن يشبّ حريق في أحد مصانعها قد يتسبّب في إتلاف معدّاتها ، حتّى وإن كان من الممكن أن تتفادى الشّركة هذا الخطر عن طريق التّعويض الّذي تقدّمه شركات التّأمين في هذا الشّأن ، ومن ثمّ يمكنها الاستمرار ، وقد يكون الهلاك معنويّ عندما

---

(1) – المادة : 437 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

(2) – بن عفان خالد ، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر : دراسة مقارنة ، (بحث لم ينشر) ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسة ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2016/2015 ، ص 23 .

(3) – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 69 .

(4) – بن عفان خالد ، المرجع السابق ، ص 24 .

تقوم الدّولة بحظر النّشاط الّذي تمارسه الشّركة ، وتعود السّلطة التّقديريّة للمحكمة في تقرير انقضاء الشّركة ، أو الاستمرار في نشاطها استنادا لحجم النّشاط والإمكانيّات المتوفّرة لتحقيقه و حفاظا على الائتمان ؛ الّذي يقوم عليه أيّ نشاط تجاريّ ، والّذي أكّد المشرّع على حمايته من خلال المادّة 589 الفقرة 2 من القانون التجاريّ ، على أنّه في حالة ما إذا أصيبت الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة بخسارة مقدارها ¾ ثلاثة أرباع رأس مالها ، يجب على المديرين استشارة الشّركاء للبتّ في موضوع حلّ الشّركة. [1]

4 – اجتماع الحصص في يد شريك واحد : إذا اجتمعت حصص الشّركة في يد شريك واحد ؛ فإنّها تحلّ بقوّة القانون ؛ لأنّ الشّركة لا يمكن أن تقوم إلا بوجود شريكين على الأقلّ وهذا بوجه عام ، ويستثنى من هذا المبدأ الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة وذات الشّخص الوحيد ، وذلك لقيّامها على شريك واحد[2] ، حيث نصّت المادّة 590 مكرر01 من القانون التجاريّ : « **لا تطبق احكام المادة 441 من القانون المدني والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحد ة** » .

وقد حدّد المشرّع الجزائريّ عدد الشّركاء ، الّذي يجب أن يكون في شركة المساهمة حيث لا يجب أن يقلّ عن سبعة شركاء ، بنصّ المادّة 2/592 ، وهذا باستثناء الشّركات ذات رؤوس أموال عموميّة ، لأنّ المشرّع الجزائريّ أجاز لشركة المساهمة أن تكون ذات شخص وحيد في نطاق القانون العامّ ، وهذا الاستثناء أوردته الفقرة الثّالثة من نفس المادّة . أمّا بالنّسبة للشّركات ذات المسؤوليّة المحدودة ، فإنّ المشرّع قد حدّد حدّا أقصى لعدد الشّركاء الّذي لا يمكن أن يتجاوز عشرين شريكا ، وقد منح المشرّع مدّة سنة واحدة لتحويل الشّركة إلى شركة مساهمة في حالة تجاوزها هذا العدد ، أو تخفيض عدد الشّركاء وإلاّ انقضت بقوّة القانون ، وذلك طبقا للمادّة 590 من القانون التجاريّ .[3]

5 – اتّفاق الشّركاء : يشترط لحلّ الشّركة كقاعدة عامّة إجماع الشّركاء على حلّها ، إلاّ أنّه يخضع هذا الإجماع لمجموعة من الشّروط منها ؛ أن تكون قادرة على الوفاء بالتزاماتها ، فلا يمكن حلّها وهي في حالة ماليّة صعبة ، كأن تكون في حالة توقّف فعليّ عن دفع ديّونها ، وذلك منعا للتّحايل على قواعد الإفلاس .

ويسمّى هذا الانقضاء بالحلّ المبستر للشّركة ، لكن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة ، وذلك بعدم وجود شرط مسبق في عقد الشّركة يحرّم إجازة حلّ الشّركة قبل انتهاء مدّتها ، فإن كان موجودا فلا سبيل

---

[1] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 70

[2] – عبد القادر البقيرات ، المرجع السابق ، ص 108 .

[3] – بلهوان حسين ، النظام القانوني لانقضاء الشركات التجارية : دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، 2013/2012 ، ص 28 ، 29 .

لحلّ الشّركة إلاّ الحلّ القضائيّ ، وإجماع الشّركاء في حلّ الشّركة لا يمكن تطبيقه إلاّ في شركات الأشخاص لمحدوديّة عدد الشّركاء ؛ مما يسهّل معرفة الإجماع ، أمّا بالنّسبة لشركات الأموال وخاصّة شركة المساهمة ؛ فلا يمكن إعمال هذه القاعدة لارتفاع عدد المساهمين ، ممّا يتعذّر الحصول على الإجماع والأغلبيّة عادة المتّفق عليها في العقد التّأسيسيّ للشّركة ، وتكون في حدود ¾ أو3/2 من المساهمين . [1]

6 – التّأميم : بالرّغم من عدم وجود نصّ صريح يعتبر التّأميم سبب من أسباب انقضاء الشّركة ، إلاّ أنّه يعتبر سببا مسلّما به ، وذلك لكون التّأميم هو نقل للمشروع من الملكيّة الخاصّة للأفراد إلى نطاق الملكيّة العامّة للدّولة ، أي حلول الدّولة بواسطة مؤسّساتها مكان المساهمين ، الأمر الّذي يترتّب عليه انقضاء الشّركة المؤمّمة وزوال شخصيتها القانونيّة ، واستبدالها بشخص من أشخاص القانون العامّ .[2]

7 – اندماج الشّركة: قد تتّجه إرادة الشّركاء إلى حلّ الشّركة قبل حلول أجلها المحدّد في العقد ، وذلك عن طريق دمجها في شركة أخرى ، أو إنشاء شركة جديدة باندماجها مع شركة ثانيّة .

والاندماج هو عمليّة قانونيّة تتوحّد بمقتضاها شركتين أو أكثر ، ويترتّب عليها اتّحاد ذمّتهما الماليّة بحيث يصبح كلّ الشّركاء في شركة واحدة . [3]

والاندماج له صورتان ، اندماج عن طريق الضمّ والابتلاع أو عن طريق المزج ، فيكون في الحالة الأولى عندما تندمج شركة مع شركة أخرى فتنقضي الشّركة المندمجة وتذوب شخصيّتها في الشّركة الدّامجة ، وقد أجاز المشرّع الجزائريّ الاندماج بين مختلف الشّركات وهذا طبقا للمادّة 745 قانون تجاريّ . أمّا الاندماج عن طريق المزج فيكون عندما تندمج شركتان أو أكثر لتنشأ شركة جديدة ، وفي هذه الحالة فإنّ جميع الشّركات المندمجة تنقضي لتنشأ على أنقاضها شركة جديدة ، وهذا ما جاءت به المادّة 744 قانون تجاريّ الفقرة الأولى [4] : « **للشركة ولو في حالة تصفيتها ، أن تندمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج...** » .[5]

ثانيا : الأسباب الخاصّة .

1 – موت أحد الشّركاء : تنصّ المادّة 439 قانون مدني في فقرتها الأولى ؛ على انقضاء الشّركة بموت أحد الشّركاء ، أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه ، لاعتبار أنّ الشّركاء عندما تعاقدوا بناء على صفات معيّنة في شخص الشّريك ، فتكون هذه الشّخصية محلّ اعتبار ، فإذا زالت هذه الشّخصيّة لأيّ

---

(1) – بالهوان حسين ، المرجع نفسه ، ص 32 و 33 .

(2) – عبد القادر البقيرات ، المرجع السابق ، ص 109 .

(3) – بن عفان خالد ، المرجع السابق ، ص 17 .

(4) – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 73 .

(5) – المادة : 744 ، ق . ت . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–59 ، المتضمن القانون التجاري ، الذي سبق ذكره .

سبب من الأسباب المذكورة ؛ تزول وتنحلّ معها الشّركة ، غير أنّه واستنادا للفقرة الثّانيّة من نفس المادّة المذكورة أعلاه ؛ يمكن استمرار الشّركة مع ورثة الشّريك حتّى ولو كانوا قصّر ، ويجوز وطبقا لنصّ المادّة 563 مكرر قانون تجاريّ وبخصوص شركة التّوصيّة البسيطة ، فإنّه إذا توفيّ أحد الشّركاء المتضامنين ، وتضمّن عقد تأسيسيها شرطا باستمرار الشّركة مع ورثته بعد وفاته ، فإن كانوا غير راشدين فيصبحون شركاء موصيين ، أمّا إذا كانوا كلّهم قصّر غير راشدين وكان المتوفي هو الشّريك المتضامن الوحيد ، ففي هذه الحالة يجب تعويضه بشريك متضامن جديد ، أو تحويل الشّركة خلال سنة ابتداء من تاريخ الوفاة ، وإلاّ تحلّ بقوّة القانون .

2 – انسحاب الشّريك : ويجب أن نميّز في حالة انسحاب أحد الشّركاء بين حالتين، حالة ما إذا كانت الشّركة محدودة المدّة ، وحالة ما إذا كانت غير محدودة المدّة .

* انسحاب الشّريك من الشّركة الغير محدودة المدّة : تنصّ المادّة 440 من القانون المدني بانتهاء الشّركة بانسحاب أحد الشّركاء إذا كانت مدّتها غير محدودة ؛ بمجرّد إعلان رغبته في الانسحاب ، إذ لا يمكن أن تقيّد حريّته وربطها بالتزام غير محدّد المدّة ، إلاّ أنّ هناك شروط وجب توفّرها وهي :

- أن يفصح الشّريك عن هذه الرّغبة مسبقا، و أن يمنح للشّركاء مهلة كافيّة .[1]
- يجب أن يكون الانسحاب عن حسن نيّة .
- أن يكون الانسحاب في وقت مناسب .

* انسحاب الشّريك من الشّركة المحدودة المدّة : وهذا الاستثناء جاءت به المادّة 442 قانون مدني على أنّه يمكن لأحد الشّركاء في الشّركة المحدودة المدّة ؛ أن يطلب وعن طريق القضاء انسحابه من الشّركة ، وذلك وفقا لأسباب معقولة ومقنعة ، وللمحكمة سلطة الفصل في مدى جديّة الأسباب المقدّمة ، ومتى قبلت المحكمة الأسباب المقدّمة لها من الشّريك ؛ فإنّ الشّركة تنحلّ في هذه الحالة بين باقي الشّركاء إلاّ إذا قرّروا الاستمرار فيها [2] ، وهذا ما نصّت عليه المادّة 2/442 من القانون المدني : «**... ويجوز أيضا لأي شريك إذا كانت الشركة معينة لأجل أن يطلب من السلطة القضائية إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة مالم يتفق الشركاء على استمرارها**».[3]

ثالثا : الأسباب القضائيّة .

يمكن لأحد الشّركاء وعن طريق القضاء أن يقدّم طلبا بحلّ الشّركة ، وذلك إذا توفّرت الأسباب التّاليّة:

---

[1] - نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 76 .

[2] – بلهوان حسين ، المرجع السابق ، ص 35 .

[3] – المادة : 2/442 ، ق . م . ج ، صادرة بالأمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني ، الذي سبق ذكره .

1 – عدم وفاء أحد الشّركاء بالتزاماته أو لأسباب خطيرة : حسب المادّة 441 قانون مدني جزائريّ [1] ، وحقّ الشّريك في طلب الحلّ القضائيّ في مثل هذه الحالات متعلّق بالنّظام العامّ ، فلا يجوز حرمان الشّريك منه .

2 – فصل الشّريك : لكلّ شريك الحقّ في طلب فصل أيّ شريك ؛ إذا قدّم أسبابا مقبولة في ذلك ، وهذا طبقا للمادّة 442 قانون مدني ، ولا يؤدّي فصل الشّريك إلى حلّ الشّركة بل تبقى قائمة بين الشّركاء [2] ، وتقدّر حصّة الشّريك المفصول بقيمتها يوم الفصل طبقا لأحكام المادّة 439 قانون تجاريّ .

3 – خروج أحد الشّركاء من الشّركة : ويكون هذا إذا ما أحسّ الشّريك بعدم قدرته على مواصلة العمل لأسباب معيّنة ، كالمرض مثلا بنصّ المادّة 2/442 : «**... ويجوز أيضا لأي شريك إذا كانت الشركة معينة لأجل أن يطلب من السلطة القضائية إخراجه من الشركة متى استند في ذلك لأسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة مالم يتفق الشركاء على استمرارها** » .[3]

4 – إصابة الشّركة بخسارة : تنص المادّة 589 الفقرة الثّانيّة من القانون التّجاريّ الجزائريّ ، وبالنّسبة للشّركات ذات المسؤوليّة المحدودة ؛ على أنّه في حالة إصابتها بخسارة تقدّر ¾ من رأس مالها يجب على المديرين استشارة الشّركاء للنّظر فيما إذا كان يتعيّن إصدار قرار بحلها ، ويتمّ في جميع الحالات شهر قرار الشّركاء في صحيفة معتمدة لتلقّي الإعلانات القانونيّة ، في الولاية الّتي يكون المركز الرّئيسيّ للشّركة تابعا لها ، وايداعه بكتابة ضبط المحكمة الّتي يكون هذا المركز تابعا لها ، وقيده في السّجل التّجاريّ .[4]

كما نصّت المادّة 594 من نفس القانون بالنّسبة لشركة المساهمة ؛ على أن يكون رأس مالها قيمته 5 مليون دينار جزائريّ على الأقلّ ، وفي حالة انخفاضه وجب تصحيحه خلال سنة ، وتتحوّل الشّركة إلى نوع آخر من الشّركات ، وإذا لم يحصل التّصحيح أو التّحويل جاز لكلّ من يهمه أن يطالب بحلّ الشّركة عن طريق القضاء ، هذا بعد توجيه إنذار لممثّليها القانونيين بتسويّة الوضعيّة . [5]

---

[1] – تنص المادة : 441 قانون مدني « **يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء الشريك بما تعهد به أو بسبب أخر ليس هو من فعل الشركاء ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة** » .

[2] – عبد القادر البقيرات ، المرجع السابق ، ص 110 .

[3] – عمار بوضياف ، القانون المدني : في ضوء اجتهاد المحكمة العليا ، ط1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2015م ، ص 129 .

[4] – قويدري كمال ، الإجراءات القانونية لتصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 ، ص 16 و17 .

[5] – عبد القادر البقيرات ، المرجع السابق ، ص110 و 111 .

الخـــــــــــــــــاتمــة

الخاتمـــــــــــــــــــة

الشّركة الفعليّة هي حالة ناشئة عن بطلان شركة غير قانونيّة ، بسبب وجود عيب قانونيّ فيها أثناء التّأسيس ، باشرت عملها ونشأ عن ذلك وجود تصرّفات ومراكز قانونيّة . وحماية لهذه المراكز جاءت الحاجة إلى ضرورة استبعاد تطبيق الأثر الرّجعيّ للبطلان حماية للغير حسن النّيّة.

ومن خلال دراستنا لموضوع الشّركة الفعليّة خلُصنا إلى النّتائج والاقتراحات التّاليّة :

أوّلا : النّتائج :

* أنّ تطبيق القاعدة العامّة للبطلان على عقود الشّركات أمر غير ممكن من النّاحيّة العمليّة ، لأنّ فيه إهدار للتّصرّفات الّتي قامت بها الشّركة ، وبالتّالي الإضرار بالغير الّذي تعامل معها.

* أنّ الشّركة الفعليّة ، هي حالة ناشئة عن بطلان شركة قانونيّة باشرت أعمالها قبل الحكم ببطلانها ، و الاعتراف بالوجود الفعليّ لها ، لا يمنع الحكم ببطلانها ، وإنّما يمنع تطبيق الأثر الرّجعيّ للبطلان حماية للغير حسن النّيّة الّذي تعامل معها .

* وأنّ التّسميّة الأدقّ لهذه الحالة هي " الشّركة الفعليّة " ، والّتي يجب على المشرّع الجزائريّ أن يُوردَها في النّصوص القانونيّة .

* و المشرّع الجزائريّ لم يتطرّق إلى الأوضاع المشابهة للشّركة الفعليّة ، ماعدا شركة المحاصة الّتي ذكرها في المواد ، من 595 مكرر 1 إلى 595 مكرر5 .

* أنّ المشرّع الجزائريّ مازال لم يحسم أمره في موضوع الشّركة الفعليّة، لأنّه لم يذكر الشّركة الفعليّة صراحة ، وإنّما بشكل ضمنيّ من خلال إشارته لعدم جواز احتجاج الغير بالبطلان تجاه الغير ، ولا يسري البطلان على الماضي ، كما يحقّ للغير أن يُثبت وجود الشّركة بكافّة وسائل الإثبات ، وهذا في المواد : 418 قانون مدني ، و 545 قانون تجاريّ ، وغيرهما من المواد .

* كما لاحظنا على مستوى القضاء الجزائريّ ، أنّ هناك تضاربًا بين الأحكام القضائيّة ، فهناك أحكاما اعترفت بالشّركة الفعليّة ، مثل قرار المحكمة العليّا المؤرّخ في 1985/06/15 ، وأحكاما أخرى أنكرت وجودها ، وهذا ما يتّضح من قرار المحكمة العليّا المؤرّخ في 1997/03/18 . وهذا يدلّ على عدم وضوح الرّؤيا في القانون الجزائريّ بالنّسبة لموضوع الشّركة الفعليّة .

* بالإضافة إلى أنّ المشرّع الجزائريّ لم يُشر إلى نظريّة العقود المستمرّة – الّتي اعتمد عليها الفقه في تبرير الشّركة الفعليّة – مثلما أشار إلى نظريّة الوضع الظّاهر في عدّة موادّ ، منها ، المادّة: 549 قانون تجاري ، ونظريّة الشّخصيّة المعنويّة في عدّة موادّ أيضا ، منها : المادّة 417 قانون مدني .

* ولم يوضّح المشرّع الجزائريّ الحالات الّتي ينتج عنها قيّام الشّركة الفعليّة ، والحالات الّتي لا يمكن أن ينتج عنها الشّركة الفعليّة ، بشكل دقيق ، ماعدا بعض الإشارات الّتي جاءت عامّة.

* كما أغفل المشرّع الجزائريّ ركن نيّة المشاركة في عقد الشّركة ، من خلال نصّ المادّة 416 قانون مدني ، رغم أنّه عنصر جوهريّ في تكوين عقد الشّركة .

* ولم يُشر المشرّع الجزائريّ كذلك إلى التّأميم ؛ كسبب من أسباب انقضاء الشّركة الفعليّة والشّركات بصفة عامّة .

* كما أنّ المشرّع الجزائريّ ضيّق من حالات البطلان في الشّركات التجاريّة ، وجعل الشّركة الفعليّة تنتهي إلى إحدى النّتيجتين :

– إمّا أن تصحّح العيب عن طريق من له مصلحة في ذلك ، أو تستمرّ بالتّقادم في نشاطها كشركة قانونيّة ، وتصبح جميع تصرّفاتها السّابقة صحيحة.

– وإما أن تُحَلَّ وتنتهي من الوجود عن طريق دعوى البطلان.

ثانيّا : الاقتراحات :

*على المشرّع الجزائريّ أن يتبنّى صراحة الشّركة الفعليّة ، لأنّها أصبحت واقعا لا مفرّ منه ، حماية للشّركة والشّركاء والغير .

* يجب على المشرّع أن يوضّح موقفه من الشّركة المنشأة من الواقع ، والشّركة قيد التّأسيس ، حتّى يتمّ تمييزهما عن الشّركة الفعليّة .

* ضرورة توحيد أحكام القضاء في الجزائر ، حول موقف موحّد من موضوع الشّركة الفعليّة .

* على المشرّع الجزائريّ تفصيل حالات الاعتراف ، وحالات عدم الاعتراف بالشّركة الفعليّة ، دعمًا لتطبيقها في الواقع .

* وجوب العمل على تصحيح الشّركة الفعليّة وتحويلها إلى شركة قانونيّة ، والحفاظ على حقوقها والتزاماتها مع الغير ، والابتعاد قدر الإمكان عن البطلان.

قائـــــمة المصادر و المــراجــع

قائـــــمة المصادر و المــراجــع

أوّلا : النّصـــــوص القــانـــــونيّــة والتّنظــيــمــيّـــــة :

1 – القانون رقم 88 – 14 ، المؤرخ في 3 ماي 1988 ، ج . ر ، عدد 18 ، صادرة في1988 .

2 – القانون رقم 05 – 10 ، المؤرّخ في 20 يونيو 2005 ، ج . ر ، عدد 44 .

3 – القانون 07 – 05 ، المؤرّخ في 13 مايو سنة 2007 ، (ج . ر ، 31 ، ص 4) .

4 – الأمر رقم 75 – 58 ، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة 1975 ، المتضمّن القانون المدنيّ المعدّل والمتمّم .

5 – الأمر رقم 75 – 59 ، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمّن القانون التجاريّ المعدّل والمتمّم .

6 – الأمر رقم 96 – 27 ، المؤرّخ في 1996/12/09 ج . ر ، عدد 77 ، مؤرخة في 1996/12/11 .

7 – المرسوم التشّريعيّ ، رقم 93 – 08 مؤرخ في 1993/04/25 ج . ر عدد 27 مؤرخة في 1993/04/25 .

ثانيا : الكتـــــــــــــب :

1 – إبراهيم سيّد أحمد ، العقود والشّركات التّجاريّة ، ط 1 ، دار الجامعة الجديدة للنّشر ، الإسكندرية (مصر) ، 1999 .

2– إلياس ناصيف ، موسوعة الشّركات التّجاريّة : الأحكام العامّة ، ط 3 ، (د . د . ن)،(د . م . ن) ، 2008 .

4– نادية فضيل ، أحكام الشّركة في القانون التجاريّ الجزائريّ : شركات الأشخاص ، (ط . 8) ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 .

3 – محمود الكيلاني ، الموسوعة التّجاريّة والمصرفيّة (التّشريعات التّجاريّة والإلكترونيّة) : دراسة مقارنة ، (ط 1) ، مجلّد 2 ، دار الثقافة ، جامعة عمّان الأهليّة (الأردن) ، 2009 .

5– نسرين شريقي ، الشّركات التّجاريّة ، ط 1 ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2013 .

6 – سامي عبد الباقي أبو صالح ، الشّركات التّجاريّة ، (د . ط) ، (د . د . ن) ، القاهرة (مصر) ، 2012 .

7– سليم عبدالله أحمد الجبوري ، الشّركة الفعليّة : دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقيّة ، بيروت (لبنان) ، 2011 .

8 – عبد القادر البقيرات ، مبادئ القانون التّجاريّ (الأعمال التّجاريّة ، نظريّة التّاجر، المحلّ التجاريّ ، الشّركات التّجاريّة) ، ط 2 ، ديوان ، م ، ج ، الجزائر ، 2012 .

9- عبد الرّزّاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني: نظريّة الالتزام بوجه عام،(د . ط) ، ج 1 ، دار إحياء التّراث العربي ، بيروت(لبنان) ، 1952 .
10- عمار بو ضياف ، القانون المدني : في ضوء اجتهاد المحكمة العليّا ، ط 1 ، جسور للنشر والإشهار ، الجزائر ، 2015 .
11 – عمورة عمّار ، شرح القانون التّجاريّ الجزائريّ ، (د . ط) ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2018 .

ثالثا : المذكّرات والرّسائل الجامعيّة :

1 – رسائل الدّكتوراه :

أ – بن عفان خالد ، النّظام القانونيّ لتصفيّة الشّركات التّجاريّة في الجزائر : دراسة مقارنة ، (بحث لم ينشر) ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كليّة الحقوق والعلوم السّيّاسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2016/2015 .
ب – زكري إيمان ، حماية الغير المتعاملين مع الشّركات التجاريّة (بحث لم ينشر) ، رسالة دكتوراه ، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2017/2016 .

2 – مذكّرات الماجستير :

أ- بلهوان حسين ، النّظام القانونيّ لانقضاء الشّركات التّجاريّة : دراسة مقارنة ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، 2013/2012 .
ب- قويدري كمال ، الإجراءات القانونيّة لتصفيّة الشّركات التّجاريّة في القانون الجزائريّ ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 .
ج- عليوة رابح ، نظريّة الشّركة الفعليّة : دراسة مقارنة ، (بحث لم ينشر) ، مذكرة ماجستير ، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة ، جامعة عنّابة ، (د . ت) .

3 – مذكّرات الماستر :

أ – سمسوم نسيمة و مقراني حياة ، نظريّة الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ ، مذكرة ماستر ، كليّة الحقوق والعلوم السيّاسيّة ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2018/2017

رابعا : المقالات:

1 – بقدار كمال ، (مظاهر حماية الغير في الشّركات التّجاريّة وفق القانون التّجاريّ الجزائريّ) ، مجلّة جامعة تكريت للعلوم القانونيّة ، مجلّد2 ، العدد 28 ، 2015 .
2 – دربال سهام ، (الإطار القانونيّ للشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة في الجزائر) ، مجلّة جيل الأبحاث القانونيّة المعمّقة ، العدد 23 ، 2018 .
3 – حلو عبد الرحمن أبو حلو و محمد حسين بشايرة ،(مفهوم الشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها) : دراسة مقارنة ، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة ، عدد 3 ، جامعة الجزائر (كليّة

الحقوق) ، 2007 .
4 – محمّد فتاحي ، (الشّركة التّجاريّة الفعليّة في التّشريع الجزائريّ) ، مجلّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة ، العدد 13 ، 2016
5 – عليوة رابح ، (مجال تطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ) ، مجلّة التّواصل في العلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة ، عدد 28 ، 2011 .

خامسا : المطبـــــــــوعـــــــات والمحـــــــــــاضـــــــرات :

1 – عبد القادر عيد ، " الشّركة الفعليّة " (مطبوعة غير منشورة) ، جامعة الطّائف ، المملكة العربيّة السّعوديّة ، 1438 هـــ .

سادسا : المؤتمـــــــــــــرات :

1 – مؤتمر تعايش الأنظمة القانونيّة في القانون الجزائريّ والمقاربات الجهويّة للقانون : ملتقى دوليّ ، جامعة الجزائر ، 2015 ، تمّ الاطلاع عليّة في شهر مارس 2020 ، في موقع : شبكة ضياء للمؤتمرات والدّراسات والأبحاث .

ســـابعـــا: القـــــــرارات والأحـــــكـــــام القـــضـــــــائـــيّـــــة :

1 – قرار محكمة النّقض الفرنسيّة ، مؤرخ في :11/4/ 1791 ، نقلا عن محمّد فتاحي ، المرجع السابق.
2 – قرار الحكمة العليّا ، رقم 34400 ، مؤرّخ في : 06/15/ 1985 ، المجلّة القضائيّة ، العدد 4 ، 1989 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع نفسه.
3 – قرار المحكمة العليّا ، مؤرّخ في : 1997/03/18 م ، مجلّة الاجتهاد القضائيّ ، عدد خاصّ ، 1997 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع السّابق .
4 – قرار الحكمة العليّا ، مؤرّخ في : 2005/11/9 ، نشرة القضاء ، العدد 59 ، نقلا عن : محمّد فتاحي ، المرجع نفسه .

فهـــــــــرس المحتـــــــويـــــــــات

الفـــهـــــــــــــــــــرس

شكر

إهداء

مقدّمة..... أ

قائمة الاختصارات .....

الفصل الأوّل : ظهور نظريّة الشّركة الفعليّة وأسس قيّامها 2

المبحث الأوّل : ظهور نظريّة الشّركة الفعليّة 3

المطلب الأوّل : مفهوم الشّركة الفعليّة 3

الفرع الأوّل : تعريف الشّركة الفعليّة 3

الفرع الثّاني : تمييز الشّركة الفعليّة عن النّظم المشابهة لها 4

أوّلا : الشّركة الفعليّة والشّركة المنشأة من الواقع 4

ثانيّا : الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة 6

ثالثا :الشّركة الفعليّة والشّركة قيد التّأسيس 7

1- معيار طبيعة الأعمال الّتي تقوم بها الشّركة 7

2- معيار المدّة الّتي تستغرقها إجراءات التّأسيس 8

المطلب الثّاني : أسس نشأة نظريّة الشّركة الفعليّة 8

الفرع الأوّل : الأساس القضائيّ لنشأة الشّركة الفعليّة 9

الفرع الثّاني : الأساس الفقهيّ لنشأة الشّركة الفعليّة 12

أوّلا : عقود المدّة 13

ثانيّا : نظريّة الوضع الظّاهر 13

ثالثا : نظريّة الشّخصيّة المعنويّة 15

الفرع الثّالث : الأساس القانونيّ لنشأة الشّركة الفعليّة 15

المبحث الثّاني : الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة ونطاق تطبيقها في القانون الجزائريّ 18

المطلب الأوّل : الأساس القانونيّ للشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 18

الفرع الأوّل : الشّركة الفعليّة في القانون المطبّق على الجزائريين أثناء الاحتلال 18

الفرع الثّاني : الشّركة الفعليّة بعد صدور قانون 1975 19

المطلب الثّاني : نطاق تطبيق الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 24

الفرع الأوّل : حالات الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 24

الحالة الأولى : البطلان لعدم مراعاة الشّروط الشّكليّة 24
الحالة الثّانيّة : البطلان بسبب نقص الأهليّة أو عيّوب الرّضا 26
الحالة الثّالثة : البطلان بسبب مخالفة الشّروط الخاصّة بعقد الشّركة 27
حالات أخرى 29
الفرع الثّاني : حالات عدم الاعتراف بوجود الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 30
الحالة الأولى : البطلان المؤسّس على عدم توفر الأركان الموضوعيّة الخاصّة 30
الحالة الثّانيّة : الحكم ببطلان الشّركة قبل مباشرة أعمالها 31
الحالة الثّالثة : البطلان بسبب مخالفة النّظام العامّ أو أحكام القانون 32
الفصـــل الثّـــاني : أحكام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 35
المبحث الأوّل: مضمون الشّركة الفعليّة وآثار قيّامها في القانون الجزائريّ 36
المطلب الأوّل : مضمون الشّركة الفعليّة 36
الفرع الأوّل: تقديم الحصص 36
أوّلا : الحصّة النّقديّة 37
ثانيّا : الحصّة العينيّة 37
ثالثا : حصة العمل 38
الفرع الثّاني : نيّة المشاركة 39
المطلب الثاني : آثار قيّام الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 39
الفرع الأوّل : بالنّسبة للشّركة 40
الفرع الثّاني : بالنّسبة للشّركاء 40
الفرع الثّالث: بالنّسبة للغير 41
أوّلا: دائني الشّركة 41
ثانيّا: بالنّسبة لدائني الشّركاء الشّخصيين 41
المبحث الثّاني: انقضاء الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 42
المطلب الأوّل: تحويل الشّركة الفعليّة إلى شركة قانونيّة 42
الفرع الأول : تحويلها إلى شركة قانونيّة بإرادة الشّركاء 43
الفرع الثاني : تحويلها إلى شركة قانونيّة بناء على طلب من له مصلحة 43
الفرع الثالث : تحويلها إلى شركة قانونيّة بمضيّ مدّة من الزّمن 44
المطلب الثّاني: انحلال الشّركة الفعليّة في القانون الجزائريّ 44
الفرع الأول : انحلال الشّركة الفعليّة بدعوى البطلان 45
الفرع الثاني : انحلال الشّركة الفعليّة بالأسباب القانونيّة 45

أولا : الأسباب القانونيّة العامّة 45
1 – انتهاء الأجل المحدّد للشّركة 45
2 – انتهاء الغرض الّذي أنشئت الشّركة من أجله 46
3 – هلاك مال الشّركة أو هلاك جزء كبير منه 46
4 – اجتماع الحصص في يد شريك واحد 47
5 – اتّفاق الشّركاء 47
6 – التّأميم 48
7 – اندماج الشّركة 48
ثانيا : الأسباب الخاصّة 48
1 – موت أحد الشّركاء 48
2 – انسحاب الشّريك 49
ثالثا : الأسباب القضائيّة 49
1 – عدم وفاء أحد الشّركاء بالتزاماته أو لأسباب خطيرة 50
2 – فصل الشّريك 50
3 – خروج أحد الشّركاء من الشّركة 50
4 – إصابة الشّركة بخسارة 50
الخاتمة 51
قائمة المصادر والمراجع 54
فهرس المحتويات 58
ملخص المذكرة 62

ملخّص المذكّرة

الشّركة الفعليّة هي حالة ناشئة عن شركة باطلة قانونا، إلاّ أنّها باشرت عملها قبل الحكم ببطلانها ، وحفاظا على مصالح الغير الّذي تعامل معها ، اجتهد القضاء الفرنسيّ في استبعاد الأثر الرّجعيّ للبطلان وسريانه على المستقبل فقط .

فكان القضاء الفرنسيّ بذلك سبّاقا لتبنّي هذه الفكرة ، ثم تبعه الفقه بعد تردّد ، ثمّ عمل بها التّشريع ونظّم لها نصوصا خاصّة .

لكنّ المشرّع الجزائريّ في قانون 1975 ، لم يذكر الشّركة الفعليّة صراحة ، وإنّما أشار إليها ضمنيّا في بعض الموادّ منها : المادّة 418 قانون مدني ، والمادّتين 545 و734 من القانون التّجاري ، وغيرها .

وكذلك الأمر بالنّسبة للأحكام القضائيّة ، الّتي وجدنا فيها تضاربًا بين رأيين ، حيث أنّ هناك أحكاما قضائيّة اعترفت بالشّركة الفعليّة ، و أحكاما أخرى لم تعترف بها .

كما لم يفصّل المشرّع الجزائريّ في حالات البطلان الّتي تنشأ عنها الشّركة الفعليّة ، والحالات التي لا ينتج عنها وجود شركة فعليّة .

ولا تزال الآراء الفقهيّة متضاربة حول تحديد مضمون الشّركة الفعليّة رغم قدمها من حيث الظّهور، وهذا ما لمسناه من خلال دراستنا .

إذا تخلّف أحد الأركان الموضوعيّة العامّة والمتمثّلة في الرّضا ، والأهليّة ، والمحلّ والسّبب ، يكون العقد باطلا بالنّسبة للشّخص الّذي شاب رضاه عيب ، أو ناقص الأهليّة . ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، إذا كان المحلّ والسّبب غير مشروعين . بالإضافة إلى الأركان الشّكليّة والمتمثّلة في الكتابة والإشهار والقيد ، والّتي يؤدّي تخلّف أيّ ركن منها ؛ إلى بطلان الشّركة بطلانا من نوع خاصّ .

لقد سعى المشرّع الجزائريّ إلى التّضييق من حالات البطلان من خلال إتاحة الفرصة لتصحيح الخلل الموجود ، وانتهاء الشّركة الفعليّة بالتّصحيح لتصبح شركة قانونيّة ، أو تنتهي بالبطلان ، كما تنتهي بنفس الأسباب الّتي تنتهي بها الشّركة القانونيّة في حالات معيّنة ، ومثال ذلك استمرار الشّركاء في ممارسة نفس النّشاط الّذي كانت تمارسه الشّركة بعد انقضائها .

Summary of the diary

The actual company is a case arising from a legally invalid company, but it started its work before it was ruled null and void, and in order to preserve the interests of others who dealt with it, the French judiciary has worked hard to exclude the negative impact of the nullity and its effectiveness on the future only.

The French judiciary was a forerunner for adopting this idea, followed by jurisprudence after hesitation, and then worked on it and organized special texts for it.

However, the Algerian legislator, in the 1975 law, did not explicitly mention the actual company, but rather referred to it in some articles, including: Article 418 Civil Law, Articles 545 and 734 of the Commercial Code, and others.

The same applies to the judicial rulings, in which we found a conflict between two opinions, as there are judicial provisions that recognized the actual company, and there are other provisions that were not recognized.

Also, the Algerian legislator did not detail the cases of nullity that give rise to the actual company, and the cases that do not result in the existence of a physical company.

Juristic opinions are still conflicting regarding the determination of the actual content of the company despite its age in terms of appearance, and this is what we felt through our study.

If one of the general substantive pillars of consent, eligibility, locality and reason lags behind, then the contract is void for the person who is satisfied with a defect, or lack of eligibility. The contract is absolutely void, if the place and the reason are unlawful. In addition to the formal elements represented in writing, advertising, and registration, which lead to the failure of any of them; To the Company's invalidity is a special kind.

The Algerian legislator has sought to narrow the cases of annulment by providing the opportunity to correct the existing defect, and the actual company ending in the correction to become a legal company, or ending in nullification, as it ends with the same reasons that the legal company ends in certain cases, for example, the partners continue to engage in the same activity What the company was practicing after its expiry.