جامعة عين تموشنت-بلحاج بوشعيب

كلية الحقوق

قسم الحقوق

نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق –تخصص: قانون خاص.

من إعداد الطالبتين:

* بن ميلود رحمونة .

* بوحجلة يمينة .

تحت إشراف:

* د.لاكلي نادية.

لجنة المناقشة:

الرئيس	**براهيمي آسيا**	**أستاذة محاضرة"ب"**	**عين تموشنت**
المشرف	**لاكلي نادية**	**أستاذة محاضرة"أ"**	**عين تموشنت**
الممتحن	**بوكايس سمية**	**أستاذة مساعدة"ب"**	**عين تموشنت**

السنة الجامعية: 2022-2023.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد الله ربي العالمين، الذي أعاننا على إتمام هذه الدراسة، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصبح أجمعين وبعد:

نتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى أستاذتنا المشرفة" **لاكلي نادية** " التي أغرقت طالبتيها بجميل تفانيها وطول صبرها، ودقة ملاحظاتها وتصويباتها وغزير نصائحها، لا اللغة تجزيها ولا العبارات توفي جميلها.

أستاذتنا جزاها الله كل خير.

الشكر الجزيل لأساتذتنا في لجنة المناقشة الذين سهروا على قراءة وتقييم البحث وبذلوا من الوقت والجهد لمتابعة خطواته فلهم الشكر الجزيل مرة أخرى.

نتوجه بخالص شكري والدعاء لكل من قدم لنا يد العون والمشورة من قريب أو من بعيد.

إهداء

إلى من وضع المولى–سبحانه وتعالى– الجنة تحت قدميها، ووقرها في كتابه العزيز أمي الغالية والحنونة "رحمونة".

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة، فلم يبخل علي طيلة حياته

والدي العزيز "عكاشة".

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقَّة..

وها أنا ذا أختم بحث تخرُّجي بكل همَّة ونشاط،

وأمتنُّ لكل من كان له فضل في مسيرتي،

وساعدني ولو باليسير، إلى أختي وحبيبتي "فاطمة" وأخي الذي أعتمد عليه "منذر".

إلى زميلتي في المذكرة وإلى عائلتي أعمامي وخالاتي وأولادهم إلى صديقاتي "مروة، زهرة، دنيا، أمينة، مونة".

بوحجلة يمينة

إهداء

أهدي هذا العمل إلى أبي الغالي وصديقتي مروة بروة بن زينة رحمهما الله وإلى أمي الغالية التي هي سندي في مسيرتي الدراسية والتي وقفت بجانبي في أزمات حياتي وإلى إخوتي الأعزاء وإلى أفراد عائلتي الكبيرة.

أقدم إهدائي إلى أشخاص أعتز وأفتخر بمعرفتي، فهم أروع من صادفت في دراستي وحياتي وخاصة زميلتي في المذكرة أحبكم من أعماق قلبي.

بن ميلود رحمونة

قائمة أهم المختصرات :

باللغة العربية:

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ص : صفحة.

د..د.ن : دون دار النشر.

د.س.ن : دون دار النشر.

د.ب.ن : دون بلد النشر.

د.ط: دون طبعة.

ق.ش.ف: قانون الشركات الفرنسية.

باللغة الفرنسية:

P : pages.

المقدمة

إن أساس تقدم الدول وتطورها الاقتصادي هو المجتمع التجاري الذي يدفعها إلى التنمية الاقتصادية، وهذا المجتمع ممثل بفئة التجار سواء كان ممثلا في شخص طبيعي أو معنوي والذي وجب أن يحكمه عامل الثقة، والائتمان لذلك قام المشرع الجزائري بتخصيص قانون يضمن تنظيم هذه الفئة.

فكرة الشركة ليست وليدة اليوم، بل قديمة قدم هذا العالم، عرفها الرجل الأول في تعاونه مع أفراد عائلته وبين العشائر، وهذا يعني أن الشركة في شكلها الحالي هي نتاج تطور الفكر البشري على مر العصور.

تم اعتبار الشركة كنظام قانوني منذ العصور الوسطى، عندما زاد النشاط التجاري في الجمهوريات الايطالية وظهرت ما يسمى بالشركات العامة، يحكمها قانون مستقل عن الشركاء ويقوم على فكرة المصلحة المشتركة للشركاء والتي هي نواة فكرة الشخصية التي يتمتع بها الشركات اليوم.[1]

في إثراء وتطوير هذه النظرية لا خلاف على أن نظرية الشركة الفعلية هي نظرية اخترعها القضاء الفرنسي ودعمها الفقه، حتى وصلت إلى القوانين الحديثة كما هي الآن، والشركة كعقد عرفتها المادة 416 من القانون المدني الجزائري كالتالي: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهما في مشروع مالي بتقديم حصة من المال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة».[2]

والملاحظ أن المشرع الجزائري عند تنظيمه للشركات التجارية، قد اقتبس معظم أحكامها من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966[3]، حيث خصصت هذه الشركات الفصل الخامس من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.[4]

ومع ذلك، يتمتع عقد الشركة عن باقي العقود التقليدية بأنه لا ينشئ التزامات متبادلة بين طرفي العقد وأكثر من ذلك، فانه يؤدي إلى إنشاء شخص معنوي يتمتع بالشخصية القانونية وما يترتب على ذلك من نتائج مهمة مثل الأهلية والمسؤولية المالية المستقلة والحق في التقاضي وغيرها من الحقوق ومع ذلك، فإن إنشاء الشخص المعنوي يؤدي إلى هيمنته على فكرة العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الشركة الفعلية، بعد إنشائها، قد تختلط من الناحية المفاهمية مع بعضها البعض أنظمة قانونية مماثلة، مثل المؤسسة من الواقع، والشركة المشتركة، والشركة في طور التنفيذ التأسيس وإن البحث في محتوى الشركة الفعلية من شأنه أن يميز بين الشركة القانونية.

---

[1] محمد النهاري، الشركات التجارية، عن موقع الانترنت، بتاريخ 6 ماي 2023، على الساعة 11:30 صباح: Abuse@arabsqate.com

[2] أمر 75-85 المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، الصادر في 30 ديسمبر 1975، معدل متمم.

[3] La loi n°66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales. www.legifrance.gouv/fr.

[4] أمر رقم75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101 الصادر في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

وبالنظر إلى أن الشركة عقد، من أجل صحة هذا العقد، يجب استفاء الشروط ، وإذا كان عقد الشركة يتوفر بجميع أركانه الأساسية وهي الرضا، الأهلية، المحل والسبب والإجراءات الشكلية، فإن العقد ينتج الأثر القانوني المبتغى من إبرامه ويعتبر العقد صحيحا ومرتبا لذلك التزامات على عاتق كل الأطراف.

أما إذا لم يتم استفتاء هذه الشروط أو تم انتهاك أحد العناصر الضرورية لصحة العقد، كانعدام الأهلية الأزمة لتعاقد أو عدم سلامة الرضا من العيوب، فإن العقد باطل أو قابل لإبطال، بمعنى أنه سوف يؤدي إلى بطلان العقد.

والبطلان كأثر مترتب على وجود خلل أصاب العقد في أحد أركان، ويختلف حسب نوع العيب الذي أثر على العقد ويؤدي إلى البطلان، سواء كان البطلان مطلق والذي يعني لا وجود العقد أما في حالة وجود خلل في شروط الصحة أحد الأركان فهناك إمكانية تصحيحها بالنسبة للبطلان النسبي، والقاعدة العامة في حالة بطلان العقد هي إعادة الشركاء إلى حالة التي كانوا عليها قبل العقد، مع تطبيق الأثر الرجعي للبطلان.

ووفقا للقواعد العامة لنظرية البطلان، عندما يصبح العقد باطلا يعود البطلان إلى الماضي بأثر رجعي، وهذا ما نصت عليه المادة 1/103 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «**يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل**».[1]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات يقر فيها القانون بتطبيق نظرية الشركة الفعلية قانونا وواقعيا، وهناك حالات يعترف فيها القانون بتطبيقه، وهذا الاعتراف له آثار على الشركة، الشركاء والغير والدائنين الشخصيين للشركاء وعند صدور حكم ضد الشركة يدخل بطلان فعلي مرحلة التصفية والقسمة.

ولعل غاية المشرع الجزائري في الاعتراف بالشركة الفعلية و تنظيمها، بموجب أحكام قانونية في التقنين التجاري والمدني، كان الهدف منه هو الحفاظ على استقرار المعاملات، والمراكز القانونية وهذا كله لغرض تدعيم الثقة والائتمان التي تشكل الدعامة الأساسية التي تقوم عليها القانون التجاري وبما أن الشركة الفعلية موضوع جديد مقارنة بالشركات الأخرى.

أسباب اختيار الموضوع:

البحث في أي موضوع قانوني يخفي وراءه، العديد من الأسباب والدوافع المرتبطة بأهمية الموضوع ودوره في إغناء المكتبة الحقوقية بالدراسات والأبحاث، وبحث الشركة الفعلية، ليس بمنئ على ذلك فقد دفعنا إلى اختيار مجموعة من الأسباب الذاتية والموضوعية.

[1] الأمر رقم 75–85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر العدد13، المؤرخ بتاريخ 1975/09/26.

1-الأسباب الذاتية:رغم تنوع المواضيع القانون التجاري والتي يمكن البحث في أي منها، إلا أن قلة الدراسات والأبحاث التي شملت الشركة الفعلية، زادنا إصرار على اختيار هذا الموضوع، إزالة الغموض عن هذه الشركة، وتطابق عنوان هذا الموضوع مع تخصص دراستنا.

2- الأسباب الموضوعية: تتمثل في قلة الدراسات العلمية التي تناولت الشركة الفعلية وكون هذا الموضوع لم يحظى بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين رغم أهميته، وما يحققه من عدالة في رفع الضرر عن الغير، والإقرار بوجود الشركة التي تعامل معها، وأما عن مجال بحثنا قمنا بدراسة موضوعنا في إطار القانون التجاري وكذا المدني الجزائري.

إشكالية الدراسة:

سبق الذكر أن الشركة الفعلية شركة قامت بنشاط، وتعاملت مع الغير ثم طرأ عيب بسبب تخلف أحد أركانها سبب في بطلانها، على أن هذا البطلان يقتصر على المستقبل فقط ولا يمتدّ إلى الماضي، ومختلف التشريعات اعترفت بوجود الشركة، في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها باعتبار أنها شركة فعلية.

على هذا الأساس نتساءل : كيف نظم المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية ؟

ما مضمون نظرية الشركة الفعلية وما مجال تطبيقها؟

منهجية الدراسة:

لبلوغ هدفنا من هذه الدراسة؛ في إيجاد حلول للإشكالية المثارة» والتساؤلات الفرعية عنها اعتمدنا عدد من المناهج نذكر منها:

أ-المنهج الوصفي التحليلي: وذلك من خلال وصف إشكالية البحث وصفا دقيقا ودراستها من كافة الجوانب وبيان أركانها وخصائصها، وكيفية إنشائها وطريقة إدارتها، من خلال ما توافر للباحث من مراجع ومصادر وبحوث ودوريات تتعلق بإشكالية البحث.

ب- المنهج المقارن: لقد اعتمدنا على هذا النهج المقارن عند مقارنة القانونين الجزائري والفرنسي لمتابعة ما توصلت إليه القوانين الأخرى في هذين القانونين والتكيف وفقًا لذلك.

الدراسات السابقة:

سجلنا وجود بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، وإن كانت قليلة وغير مستوفية لكل جوانب الموضوع ومن أهم هذه الدراسات نستدل بدراسة الباحث:

•عليوة رابح» بطلان الشركات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه» كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة 2009م/2010م.

•مقالة: محمد فتاحي الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الجزائر، 2010، ص. ص 107.

وبعض الكتب منها:

•سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية؛ ط1، منشورات الحلبي الحقوقية .

• عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية» الجزائر، 2015.

•نادية فوضيل، أحكام الشركة، طبقا للقانون التجاري الجزائري، ط7، دار هومة للطبع والنشر، الجزائر 2008.

أما هذه المذكرة: فقد تناولت بالتفصيل موضوع الشركة الفعلية بمختلف جوانبها بصورة واضحة وجلية، من خلال ما تضمنه القانون المدني والقانون التجاري سواء في النصوص الواردة في القواعد العامة للشركات أو ما تضمنه.

صعوبات الدراسة:

لعل أهم مشكل واجهنا خلال هذه الدراسة؛ نقص المراجع الجزائرية إن لم نقل انعدامها، المتخصصة في هذا الموضوع وإن وجدت تكون مجرد إشارات في أسطر معدود.

فجميع المؤلفات التي وقعت في أيدينا تطرقت إلى الشركات التجارية بصفة عامة والشركة الفعلية؛ ماهي إلاّ جزئية بسيطة ضمنها.

وبعد اطلاعنا على العديد من المكتبات على مستوى التراب الوطني اكتشفنا أنه لا توجد إطلاقا أي كتب جزائرية تعالج في هذا البحث، ولا مجال للحديث عن الرسائل العلمية أكاديمية أما بالنسبة على المستوى العربي فوجدنا مؤلف لإلياس ناصيف بعنوان الشركات التجارية ومؤلف لسليم الجبوري بعنوان الشركة الفعلية، ورسالة دكتوراه لعبدالله الشريدي في الشركة الفعلية.

لذلك يمكننا القول إن موضوع الشركة الفعلية لم يحظ بدراسة دقيقة تبرز كل ما فيه لم يتم التحقيق فيها بشكل شامل.

خطة البحث:

لغرض الإحاطة بموضوع الدراسة من مختلف جوانبه بصورة واضحة وجلية، فقد قسمت هذه الدارسة إلى فصلين، الفصل الذي اشتمل على دراسة مفهوم الشركة الفعلية والذي جاء بتعريف الشركة الفعلية في الفقه و القانون الجزائري، وموقف المشرع الجزائري و الفرنسي من هذه الشركة هذا من خلال المبحث الأول.

أما المبحث الثاني فقد طرح نطاق عقد الشركة الفعلية فتحدثنا عن بطلان عقد الشركة الفعلية وممارسة نشاط فعلي الوضع الظاهر وحماية الغير.

أما الفصل الثاني فقد تحدث النظام القانوني للشركة الفعلية، فتطرقنا في المبحث الأول إلى آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء؛ وإلى آثاره بالنسبة للغير وللدائنين الشخصيين وذلك في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فتحدث عن الأسباب المباشرة و الأسباب الغير مباشرة لانقضاء الشركة الفعلية وكيفية تصنيفها وقسمتها.

الفصل الأول:

مفهوم نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

تخضع الشركات بصفة عامة إلى أحكام تنظمها، و تسيرها بغض النظر عن نوعها سواء كانت مدنية أو تجارية، و لكن ماذا لو أن هذه الشركة تخلف ركن من أركانها فما هو حكمها؟ فتسمى عندئذ الشركة التي تنعقد صحيحة، و تتجه إرادة الأطراف فيها إلى إنشاء شخص معنوي، ثم يعتريها سبب من أسباب البطلان، فيعيبها و يجعلها قابلة للإبطال.

الشركة الفعلية تتمتع بالشخصية المعنوية لفترة كافية لتصفيتها، أو تحويلها إلى شركة من نوع آخر و ذلك حماية للغير المتعامل معها،وهذه الشركة تتشابه مع العديد من الأنظمة القانونية من بينها شركة المحاصة،التي تعتبر شركة رغم تخلف ركن الكتابة.

وتعتبر الشركة الإطار القانوني الذي يحتضن المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى لما يتميز به نظامها القانوني من خصائص،لعل أهمها تمتعها بالشخصية المعنوية وما ينتج عنه من استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء.

ولقد استمدت الشركة الفعلية وجودها من اجتهاد القضاء الفرنسي الذي تبناها وسانده في ذلك الفقه الجزائري، وحلل كل ما يخصها وبعد ذلك أنسبتها مختلف القوانين الخاصة بالشركات من بينها القانون الجزائري.

ويقتضي تحديد مفهوم الشركة التجارية الفعلية أن نبين تمييزها عن الشركات المشابهة لها من جهة، ومن جهة أخرى كيفية تطبيقها، ومن ناحية ثانية نبين موقف المشرع الجزائري من النظرية على النحو الأتي:

المبحث الأول: مضمون نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

استند القضاء في إقامة نظرية الشركة الفعلية إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، لإستقرار المراكز القانونية ذلك لأن الغير قد تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها، على أساس أنها شركة صحيحة، و من ثم لا يسوغ أن يقابل هذا الغير الذي أطمأن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب يكون خفيا، عليه كما استند القضاء أيضا في إقامة هذه النظرية على أساس قانوني، فأعتبر أن عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التي تنفذ يوم بعد يوم، فإذا قضي بالبطلان تتناول مستقبل العقد فحسب،أما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة و لكن وجودها ليس له كيان قانوني بل فعـلي و واقعي[1] فتكون الشركة قامت فعلا ببعض الأعمال، ونشأت التزامات متبادلة مثل: شراء البضائع و عمليات البيع ...الخ[2].

فلا يجوز مطالبتها بتنفيذ أي شرط من شروط العقد في المستقبل ووجوب تصفيتها بغرض، تحديد نصيب كل من الشركاء في الأرباح و الخسارة من قبيل حل الشركة قبل حلول ميعاد انتهائها[3].

كذلك تنص المادة 417 القانون المدني على أنه: «**تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخص معنوي، غير إن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا من يوم شهرها، ومع ذلك إذا لم تستوفي الشروط المنصوص عليها قانونا فيجوز للغير التمسك بهذه الشخصية**». و تجدر بنا الإشارة إلى أنه لا مجال الكلام عن الشركة الفعلية، في حالة ما إذا لم تباشر أي نشاط لأنه لا يتوفر لها الكيان في الواقع، و للقاضي السلطة التقديرية في قيام الشخص المعنوي من عدمه في حالة عدم مباشرتها نشاطها[4].

بيد أن فكرة العقد لا تستوعب كل الآثار القانونية التي تترتب على تكوين الشركة، ذلك أن عقد الشركة ليس عقدا كغيره من العقود تقتصر أثاره على ترتيب التزامات على عاتق الشركاء، بل هو عقد ينبني عليه غالب الأحيان نشوء شخص قانوني جديد[5].

---

[1] نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركة أشخاص. د ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص51.

[2] إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، أحكام عامة للشركات، د ط، دون دار النشر، لبنان، 1994، ص 199.

[3] مصطفى كمال طه ،أصولالقانون التجاري، د. ط، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2013، ص3.

[4] سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط3، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1992، ص96.

[5] طباع نجاة، مطبوعة مقياس قانون الشركات، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2017-2018، ص9.

المطلب الأول: تعريف نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

الشركة هي الاعتراف القانوني بوجود الشركة في الفترة ما بين تاريخ تأسيسها وتاريخ الحكم بأنها غير صالحة. التعبير عن وجود الشركة يعني أنها شركة غير صالحة قانونًا، لكن الشركاء أرادوا تشكيلها، فبدأت ممارسة الأعمال التجارية قبل إعلان بطلانها رسميا.[1]

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

أما إذا نشأ عن العقد شخص معنوي فتطبق القاعدة العامة، لان ذلك يؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العمليةأو الاقتصادية، فتطبيق الأثر الرجعي للبطلان يؤذي إلى تجاهل وقائع وجدت فعال في الفترة السابقة بالحكم بالبطلان.[2]

لذا اكتفى القضاء بأنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أمر البطلان على المستقبل دون أن تمتد آثاره على الماضي. و تعتبر الشركة خلال هذه الفترة شركة فعلية وليست قانونية.

والهدف من وجود الشركة الفعلية هو حمايةالأوضاع الظاهرة تحقيقا الاستقرار المراكز القانونية، لأن الغير تعامل مع الشركة على أساس اعتبارها شركة صحيحة وبالتالي تعتبر الشركة موجودة فعليا لا قانونيا.[3]

الفرع الأول:التعريف الفقهي والقانوني لنظرية الشركة الفعلية

إن الشركة الفعلية هي في الحقيقة لا تخرج عن كونها شركة صحيحة تتمتع بالشخصية المعنوية في نظر الغير، و الشركاء و قد تعاملت و مارست نشاطها إلا أنه أصيب أحد أركانها بعيب فأصبحت معتلة، ولذلك عند الحكم ببطلانها، فإنه يتناول مستقبل العقد فقط، لذلك نتطرق أولا إلى التعريف الفقهي وثانيا إلى التعريف القانوني.

---

[1] حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين يشايرة، «مفهوم الشركة الفعلية و نطاق تطبيقها: دراسة مقارنة» المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، د.س.ن.، جامعة الجزائر، الجزائر، ص50 .

[2] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، ط2، دون دار النشر، الجزائر، 1980، ص92 و93.

[3] نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 21.

أولا: التعريف الفقهي للشركة الفعلية

الشركة الفعلية عمل قضائي، ومجهود فقهي نشأت على هامش نصوص القانون المدني والتجاري، مرادها استبعاد النتائج المترتبة على الثر الرجعي للبطلان، وتنوع أسباب البطلان أدى إلى تنوع المفاهيم القضائية والفقهية للشركة الفعلية، وتنوع صورها، وكانت في هذا المجال مثار جدل وخلاف فقهي،ولتحديد حقيقة المقصود بالشركة الفعلية، نشير مبدئياً إلى أن المشكلة التي واجهها القضاء ولجأ في سبيل حلها إلى فكرة الشركة الفعلية هي مشكلة تصفية الشركة، وهذه المشكلة لا تثور إلا إذا كنا بصدد شركة أبطلت بعد أن مارست شيئاً من نشاطها، وهذه الشركة وفقاً لإجماع الفقه والقضاء، تقتضي دائماً أن يتوفر فيها العناصر الموضوعية اللازمة لوجود وصحة أية شركة، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط في الشركة فلا مجال للقول بتطبيق فكرة الشركة الفعلية. وحسب الرأي التقليدي، فالعناصر الموضوعية الواجب توافرها في عقد الشركة، هي العناصر الموضوعية اللازمة لصحة أي عقد فضلاً عن العناصر الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، وفكرة الشركة الفعلية، كما رسمها الفقه والقضاء.

سابقاً تقوم على أساس الاعتراف بوجود الشركة فعلياً، وأن يكون بطلانها قد تقرر بعد مزاولتها لنشاطها فعلاً، ومن جهة أخرى فإنه بعد تقرير البطلان لا يعود لهذه الشركة أي أثر بالنسبة للمستقبل. ولم يتردد القضاء في الاعتراف بنظام قانوني لتلك الشركات الفعلية استوحاه من النصوص القانونية وقواعد العدالة، لتجنب المشاكل القانونية التي تثيرها الشركات الفعلية.[1]

ثانيا:التعريف القانوني للشركة الفعلية

أما من الناحية القانونية هي تلك الشركة التجارية التي يقضى ببطلانها ومن تم يشرع في تصفيتها بموجب المادة 741من القانون التجاري، لتظل تصرفاتها قبل الحكم ببطلانها صحيحة في مواجهة الغير حسن النية، بحيث لا يجوز للشركة التجارية ولا لشركائها الاحتجاج بالبطلان اتجاه الغير حسن النية المادة 742من القانون التجاري. ومن ثم، فالعبرة بالشركة الفعلية، هي صحة تصرفاتها، ومن تم افتراض صحة وجودها كشركة تجارية، قبل القضاء ببطلانها، لكن " فقط " في مواجهة الغير حسن النية.

هذا يعني أنه لا يستفيد من مسألة وجود الشركة الفعلية، الدائن الذي تعامل معها مع علمه بسبب بطلانها، وفي هذه الحالة يفرز البطلان في مواجهته آثاره بصفة رجعية. في نفس السياق، يمكن الاحتجاج

[1] مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط أولى الأردن 1996، ص11.

بالبطلان في مواجهة الغير، من طرف الشريك أو ممثله المعني بعيوب الإرادة أو ممثله في حالة فقدان الأهلية، طبقا للمادة 742من القانون التجاري، بحيث لا تسري في هذه الحالة مسألة الشركة الفعلية بالنسبة لذلك الشريك، وهو ما يفيد أن للشركة الفعلية حجية نسبية، في حين أن للحكم بالإفلاس حجية مطلقة.[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري والفرنسي من نظرية الشركة الفعلية

لقد أخذ المشرع الجزائري بتعريف وشرح الشركة الفعلية قضائيا كما أخذ أيضا الفقه الفرنسي وهذا ما نتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية

اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية كما يظهر من نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري والتي تقتضي ب: «**يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و لا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.**

غير انه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له اثر فيما بينهم، إلا من اليوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان ».

فمن خلال هذا النص فقد رتب المشرع البطلان في حالة عدم كتابة عقد الشركة، غير أنه لم يجعل للبطلان أثر ا رجعيا كما هو الحال في نظرية العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أعطى المشرع للغير الحق في التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء، ومنع الشركاء من التمسك بالبطلان في مواجهة الغير، وإن كان أجاز لهم التمسك بالبطلان في مواجهة بعضهم البعض. وهذا النص يطبق على الشركات التجارية أيضا باعتباره من القواعد العامة.[2]

وفي نطاق القانون التجاري فقد كرس المشرع أيضا نظرية الشركة التجارية الفعلية ويتجلى ذلك من نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه:

« **تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.**

لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة.

---

[1] مفتاح بوجلال، الإفلاس في القانون التجاري، تعليق على قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 18 جويلية 2007، الملف رقم 468234، مجلة حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2011، العدد 3، الصفحة 209.

[2] علي البارودي، القانون التجاري، ج 2 (الشركات التجارية) منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1988، ص 157.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقصاء».

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

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

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

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية

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

1-الاتجاه الرافض لفكرة الشركة الفعلية

يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 18مارس 1997 من إحدى القرارات الرافضة لفكرة الشركة الفعلية وقد جاء في القرار مايلي: « من المستقر عليه قانونا أن إنشاء واثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا في قضية الحال، إن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المودعة إنشاءها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لان القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».[2]

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص) الجزء الأول، دار العلوم للنشر التوزيع، د.ب.ن، د.س.ن، ص108.

[2] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18-03-1997، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د.س.ن، ص145.

وعليه فان هذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية على أساس أن الشكلية من النظام العام، استنادا إلى المادة 418 من القانون المدني الجزائري [1] والمادة 545 من القانون التجاري الجزائري[2].

لكن هذا الاتجاه تم انتقاده من جهتين:

من جهة أولى:

فإن المادة 418 من القانون المدني الجزائري، وان كانت رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة إلا أن الفقرة الثانية منها تنص على: «**غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان**».

لم تجعل هذه المادة أثرا رجعيا للبطلان، مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام، وهذا خلافا لما ذهبت إليه المحكمة العليا، كما أن المادة 418/2 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر وضعت أحكاما خاصة بالبطلان سواء في علاقة الشركاء في مواجهة الغير، أو في علاقة الشركاء فيما بينهم.

من جهة ثانية:

بخصوص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري فإنها أيضا صريحة في أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام لأن المشرع أعطى الحق للغير بان يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الإثبات، وهو اعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية التجارية[3] كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[4] المؤرخ في 1990/12/20 يرفض الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية، حيث جاء في القرار ما يلي:«**من المستقر عليه قانونا أن إنشاء واثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادة الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا، وكذلك المادة 545 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر**».

وهذا الاتجاه أيضا تم انتقاده:

---

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

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

[3] محمد الفتاحي، مرجع سابق، ص 101.

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

من جهة أولى:

أن المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي يستند إليها القرار لا تشير إلى نوع الكتابة في عقد الشركة والمشرع اوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، والكتابة قد تكون رسمية وقد تكون عرفية.

كما أن المشرع في الفقرة 2 من المادة 545 من القانون المدني الجزائري لم يرتب البطلان المطلق فهو بطلان من نوع خاص.

ومن جهة أخرى: فان المادة 545 من القانون المدني الجزائري وان اشترطت في عقود الشركات التجارية الرسمية، إلا أن المشرع أجاز للغير إثبات وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات طبقا للمادة 545/3 من القانون المدني الجزائري، وهذا اعترافا بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية.[1]

2: الاتجاه الذي يعترف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية

من القرارات التي اعترفت بنظرية الشركة الفعلية نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 15جوان 1985،[2] حيث جاء فيه :« **متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا. غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من يوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون.**

إذ كان الثابت أن البطلان لا يكون له اثر فيما بين الشركاء، فكان على الطاعن .... فإن المجلس القضائي لما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فانه يكون قد أخطا في تطبيق أحكام المادة 418 من القانون المدني الجزائري».

بالتالي فان استعمال هذا القرار لمصطلح "الشركة الفعلية" استنادا إلى أحكام المادة 418 من القانون المدني الجزائري هو رأي سليم بنظرنا..

---

[1] انظر محمد الفتاحي، مرجع سابق، ص 102.

[2] قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 15-06-1985، يتعلق بالشركة التجارية بطلان العقد أثاره بين الشركاء "الشركة الفعلية"، مجلة قضائية، عدد04، 1985، ص 414.

وكذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 9-11-2005 الذي جاء فيه:«**أن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات بطلانا مطلقا ولا ينتج آثار إلا من تاريخ احتجاج احد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الأثر القانونية** ».[1]

وهذا القرار أيضا يؤيد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي في الاعتراف الواقعي للشركة التجارية الفعلية.

ثالثا: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي لسنة 1966.

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

أ-التخفيض من حالات البطلان

نصت المادة 360 من قانون1996 [2]، بعدم جواز الحكم ببطلان الشركة إلا بموجب نص صريح في القانون، أو بموجب نصوص قانونية منظمة للعقود.

كما نصت المادة 361 بالبطلان الخاص لمخالفة شركة التضامن و التوصية البسيطة لإجراءات النشر[3].

ب-التقليص من إمكانية رفع دعوى البطلان

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

كما أشارت المادة 360 من قانون 1966 السالف الذكر على الإجراءات الواجبة إتباعها من قبل محكمة درجة أولى من اجل عملية التصحيح مع تبيان مدة التصحيح و النتائج المترتبة عنها.[4]

ج-التقليص من أثار البطلان

لقد قصر قانون 1966 سالف الذكر، أثار البطلان على المستقبل دون الماضي، وفي حالة بطلان الشركة فانه يتم تصنيفها وفقا لقواعد تصفية الشركات القانونية، وتحتفظ الشركة الشخصية المعنوية، وتسري

---

[1] قرار مؤرخ في 19-11-2015، نشرة قضائية، عدد 59 ص 279، نقلا عن محمد الفتاحي، مرجع سابق، ص103.

[2] راجع المادة360 من قانون الشركات الفرنسية، 1966، من الموقع Hhttp: books.goole.dzعلى الساعة 23:26 يوم 12/02/2023.

[3] راجع المادة 361 من قانون الشركات الفرنسية، 1966، من الموقع Hhttp: books.goole.dzنفس اليوم و الساعة.

[4] عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة عنابة، د س ن، ص10.

أثار البطلان على كافة الشركاء إلا في حالة بطلان الشركة التي تصدر بناء على طلب الشريك الذي شاب رضاه عيب أو نقص في الأهلية.

أما فيما يخص علاقة الشركاء مع الغير، فان قانون الشركات 1966 أعطى للغير حسن النية الحق في اختيار بين طلب بطلان الشركة أو صحتها وفقا لمصلحته.[1]

المطلب الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن الشركات المشابهة لها

يلتبس بفكرة الشركة الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة لها، التي تقترب بصورة أو بأخرى من مفهوم ووضع تلك الشركة، و لغرض أن لا تتدخل هذه المفاهيم يجب أن نميز بين الشركة الفعلية و هذه النظم القانونية المشابهة لها فتطرقنا في (الفرع الأول) إلى الشركة المنشأة من الواقع و في (الفرع الثاني) إلى شركة المحاصة.

الفرع الأول: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع

أعطى الفقه الفرنسي أهمية للتفرقة بين الشركة الفعلية والشركة المنشأة من الواقع، فالشركة الفعلية هي شركة اتجهت فيها إرادة الأفراد إلى تكوينها من خلال إبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع مسائل العقد، غير أنه توفرت أحد الأسباب التي تهدد عقد الشركة بالبطلان، وحسب ما يقرره الفقه فإن الشركة الفعلية تتمتع بالشخصية المعنوية في فترة تكوينها إلى وقت الحكم ببطلانها وأثناء التصفية.[2]

في حين أن الشركة المنشأة من الواقع لم تنظم بموجب عقد، ولم تكن لدى أطرافها نية تأسيس الشركة فالأطراف لم يفصحوا عن نيتهم، كما أنهم لم يحرروا أي عقد على يد موثق، وأحيانا يكون للشركاء نية التأسيس ولكنهم لم يهتموا باختيار نموذج معين للشركة، أو ربما يتفق الأطراف على تأسيس الشركة بدون إزعاج موثق العقود أو رجال القانون.

وعليه فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تنظم بعقد خطي، و إنما ينتج وجودها من العمل المشترك الذي يرمي إلى اقتسام الربح و الخسارة، مع ذوي الشأن في التعاون على قدم المساواة،و بالتالي فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي لا تخضع لنظام الإفلاس.[3]

---

[1] مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 35 و36.

[2] محمد فتاحي، الشركة الفعلية التجارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الشهيد لخضر حمة لخضر، الجزائر، 13 جوان 2016، ص99.

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

الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة.

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

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

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

تشابه الشركة الفعلية مع شركة المحاصة خاصة في الحالة التي تكون فيها الشركة الفعلية تحتوي على خلل يتعلق بالجانب الشكلي، عند عدم خضوعها لقواعد التسجيل والشهر، وهنا قد يقع الخلط بينهما، مع ذلك فإن أساس التفرقة بينهما واضح هو أن لشركة المحاصة كيان ونظام قانوني بحيث نص عليها المشرع الجزائري في المواد 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 5 من القانون التجاري، وكما هو مفهوم من المادة 795 مكرر 1:

« **يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية**».

فهي شركة تأسس بإرادة الشركاء الصريحة لتأسيسها دون الإعلان عنها، بينما تكون الشركة الفعلية غير صحيحة ومعيبة أو بها خلل شكلي ممكن أن يؤدي لإبطالها، في حين تعتبر شركة المحاصة شركة صحيحة قانونيا لكنها غير خاضعة لشكل معين، كما تتجه إرادة الشركاء لتأسيسها هذه الإرادة التي تعتبر غير واضحة كليا في الشركة الفعلية، فنية الاشتراك فيها لا يوجد ما يدل عليها خاصة في حالة انعدام الشكلية.

فمعيار التفرقة بينهما هو نفسي و ليس مادي يتمثل في النية التي كانت لدى الشركاء، ففي حالة عدم توفر الإرادة لاتخاذ الشركة شكل قانوني معين، نكون أمام شركة محاصة، وهي شركة صحيحة قانونا ميزتها أنها لا تتخذ شكل الشركة التجارية وهذا لا يجعلها غير قانونية، بينما تتوفر لدى الشركاء في الشركة الفعلية

[1] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 100.

نية الشركاء من اجل إنشاء شركة تجارية إلى جانب أن وجودها واقعي ليس قانوني، من هنا يتضح الفرق، 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 في شركة المحاصة.[1]

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 ويقوم فيها الشركاء بإدارتها خارجيا أمام الغير، فيمكن للقاضي هنا اعتبارها شركة فعلية نظرا لعدم إشهارها قانونيا .[2]

المبحث الثاني: أركان قيام الشركة الفعلية

بما أن المشرع عرف الشركة على أنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر وجب ان تتوافر بهذا العقد الأركان الموضوعية العامة التي تقوم عليها سائر العقود.

غير أن هذا العقد ذو طبيعة خاصة،لذا لا يكتفي فيه توافر الأركان الموضوعية العامة فحسب،بل يجب أن تتوافر فيه الأركان الخاصة حتى يتسنى له ترتيب آثار القانونية التي نص عليها القانون،كما لابد من الشروط الشكلية على اعتبار الشركة الفعلية من المواضيع التي اشترط فيها المشرع لكي تكون صحيحة،ويترتب على توافر الشروط الموضوعية العامة والخاصة والشروط الشكلية ميلاد كيان قانوني يتمتع الشخصية المعنوية.[3]

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتعرض فيه للأركان الموضوعية العامة والخاصة والمطلب الثاني نتعرض فيه الأركان الشكلية.

---

[1] تنص المادة 795 مكرر 4 من ق. ت: « يتعاقد كل شريك مع الغير باسمها الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين ودون موافقتهم» .

[2] عبد الله خالد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، ج 2، "هدم الوجود القانوني للشركة التجارية"، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تونس 2000 /2001، ص 493.

[3] نادية فضيل، المرجع سابق، صفحة 27.

المطلب الأول: الأركان الموضوعية

لدى الشركة الفعلية شروط موضوعية اعتمادا على العقد المبرم فيه بين شروط موضوعية عامة التي تطلبها كل عقد على اعتباران الشركة عقد،وهناك شروط موضوعية خاصة بعقد الشركة،والتي تشكل بدورها أركانا منتجة لكافة آثارها ولا سيما أنه ينتج عنها كيان قانوني جديد مستقل عن شخصية الأطراف المكتوبة له.[1]

لذا سنقسم هذه الأركان إلى قسمين والمتمثلة في الأركان الموضوعية العامة،والأركان الموضوعية الخاصة.

الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة

إن الأركان الموضوعية العامة الواجب توافرها فيعقد الشركة الفعلية هي نفس الأركان التي تقوم عليها كافة العقود الأخرى وتتمثل هذه في الرضا، الأهلية، المحل والسبب.

أولا: الرضا

وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين وتتمثل في الإيجاب والقبول، وذلك طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:« **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**».

بمعنى يجب التلاحم بين إرادات الشركاء قصد بناء العلاقة التبادلية بينهما على ضوء ما يرضيانه عن موضوعها وطبيعتها وشروطها والتزامات وحقوق كلا منهما.

ويعتبر الرضا بمثابة الركن الأول لانعقاد الشركة، ويجب أن ينصب هذا الرضا على الشروط عقد الشركة الفعلية، أي على رأس مالها وغرض الشركة ومدتها وطريقة إدارتها.[2]

أما عند وقوع عيب من عيوب الإرادة كالغلط، التدليس، الإكراه أو الاستغلال فيكون الرضا غير صحيح، وبهذا يصبح العقد قابلا للإبطال بناء على طلب من وقوع رضاه في أحد عيوب الإرادة[3] عملا بنص المادة

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، صفحة 17.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشريدي، الشركة الفعلية، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، معهد العالي للقضاء، السعودية، 2012، ص 172.

[3] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، طبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 90.

01/82 وهي من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:«**يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط**».

وإذا كنت ترغب في إبرام عقد صالح في القانون فعليك التأكد من الإرادة الحقيقية للطرفين هذا يعني أن الطرفين قد اتفقا بالفعل على العقد، حتى ولو لم يكنا صادقين تماما بشأنه، على سبيل المثال، إذا وافقت شركة على عقد أخفته وراء اتفاقية وهمية، فإن هذا يعتبر الاتفاق الحقيقي بين الطرفين تسري أحكام الاتفاقية الوهمية، حتى ولو لم تكن ما يريده الطرفان.[1]

ثانيا: الأهلية

لإبرام عقد الشركة الفعلية لا يكفي وجود الرضا فحسب بل يجب أن يكون الشريك أهلا للتصرف، أي ذي أهلية ولم يحجز عليه لعته أو سفه أو جنون لأنها تعتبر من التصرفات الواقعة بين النفع والضرر[2]، وسن البلوغ الأهلية هو 19سنة كما تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه:«**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية**».

فإذا أبرم عقد الشركة الفعلية شخص قاصر، كان العقد قابلا للإبطال، ويستطيع إبرام مثل هذا العقد إلا إذا حصل على إذن، وهذا طبقا لنص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري [3]التي تقتضي بأن القاصر الذي بلغ سنة 18 سنة كاملة وأراد الاتجار وجب عليه أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من طرف المحكمة في حالة ما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها في حالة انعدام الأب أو الأم،ويجوز للولي أو الموصي أن يستثمر أموال القاصر في شكل حصة توصية أو في صورة أسهم، لأن القاصر لا يكتسب في مثل هذه الحالات صفة التاجر، ولا يكون مسؤولا عن ديون الشركة إلا في حدود حصته التي تمت الاكتتاب لمصلحته.[4]

---

[1] سامي عبد الباقي أبو صالح، الشركات التجارية، دون دار النشر، دون مكان نشر، سنة 2013، ص 6.

[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 29.

[3] راجع نص المادة 5 من ق.ت.ج التي تنص على أنه: «لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية: إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم».

[4] بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص ص 20، 21.

ثالثا: المحل والسبب

يختلف محل عقد الشركة عن المحل العقود الأخرى، ومحل أي عقد من العقود العملية التي تريد المتعاقدين تحقيقها، محل الشركة فهو غرضها الذي قامت من أجله ورصدت الأموال اللازمة من الشركاء لتحقيقه فهو المشروع الذي يلتزم المتعاقدون بالمساهمة فيه.[1]

محل عقد الشركة هو الغرض الذي قامت من أجله الشركة، أي النشاط الاقتصادي الذي اتجهت لممارسته إرادة الشركاء والذي من أجله التزم كل شريك بتقديم حصة من المال أو عمل، وبعبارة أخرى، محل عقد الشركة هو المشروع التجاري الذي اجتمعت إرادة الأطراف على إنشائه وممارسته، وهذا المشروع قد يكون موضوعه ممارسة تجارة معينة، كتجارة الجلود أو الحبوب، أو صناعة محددة كدبغ الجلود أو طحن الحبوب لبيعها دقيقا أو خبزا.[2]

وموضوع الشركة يتمثل في المشروع المالي بحيث محل ممكنا ومشروعا، وغير مخالف للنظام العامة والآداب العامة مثلا كالتهريب الأسلحة كان العقد باطلا.[3]

أما سبب العقد فهو ما تحاول الشركة تحقيقه بالفعل مشروع، وهذا ما يحدد ما إذا كان العقد قانونيا أم لا، بينما صممت هذه القوانين الأخرى لحماية الأشخاص والممتلكات على جني الأموال تسمى هذه الأهداف المختلفة محل القانون وسببه، وهي أهداف مشروعة[4] لم ينص المشرع الجزائري في نصوص وفي التقنين الجزائري عن السبب، ويستوجب الرجوع إلى الأحكام العامة حيث نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: «**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**»، و نصت أيضا المادة 98 من التقنين المدني الجزائري على أنه: «**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك**».

كل التزام تعاقدي يجب أن يكون له سبب وهو الغاية أو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد والسبب في عقد الشركة هو الرغبة في تحقيق الأرباح واقتسامها عن طريق القيام بمشروع مالي، واستغلال فرع من فروع النشاط التجاري واقتصادي.[5]

---

[1] محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية، المجلد الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 50.

[2] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص ص، 6، 7.

[3] راجع نص المادة 93 من ق.م.ج المعدلة التي تنص على أنه: «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا».

[4] محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية ـ الشركات التجارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص ص 29،30.

[5] حميدة نادية، محاضرات في قانون الشركات، جامعة مستغانم، الجزائر، 2022/2021، ص 4.

الفرع الثاني: الموضوعية الخاصة

إلى جانب الشروط العامة يجب توفر شروط خاصة يتميز بها عقد الشركة عن غيره من العقود، أي لا تكفي لإبرام عقد الشركة الفعلية توافر الأركان الموضوعية العامة فحسب، بل لابد أيضا من توافر الأركان الموضوعية الخاصة والتي تميز هذا العقد عن سائر العقود[1]، تتمثل في تقديم الحصص، تعدد الشركاء، نية المشاركة، اقتسام الأرباح والخسائر، والتي نصت عليها المادة 416 من القانون المدني الجزائري على أنه: «**الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة**».

بالإضافة إلى ركن النية الذي أضافه الفقه وتتمثل هذه فيما يلي عرض كذلك.

أولا: تقديم الحصص

تقديم الحصص يعد جوهر الشركة وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها الأمر الذي يجب معه على كل شريك أن يقدم حصته من المال أو عمل وقد نصت المادة 416 من القانون المدني الجزائري على إمكانية تقديم حصة من نقد أو مال أو عمل، ولا تقوم الشركة الفعلية إلا بتوافر هذا الركن الأساسي وهو تقديم كل شريك الحصة المترتبة عليه وفقا التزامات التي ارتبط بها في العقد.[2]

فإذا ما كانت الحصة حقيقية لا صورية، وتم تقديرها في عقد الشركة، فلا يهم بعد ذلك أن تكون الحصص متساوية القيمة أم لا، كما أنه لا يهم نوع هذه الحصة. فالحصة التي يلتزم بها الشريك بتقديمها قد تكون حصة نقدية، أو حصة عينية، أو حصة بالعمل، ونظرا لاختلاف الأحكام التي تنطبق على كل حصة، ذلك الاختلاف النابع من اختلاف طبيعة كل حصة، فإننا سنتكلم على كل منهم على حدى.[3]

1ـ الحصة النقدية:

غالبا ما يكون عرض الشريك دفع مبلغ من المال كحصة، إذا لم يدفع هذا المبلغ في الموعد المتفق عليه، فيمكن للدائن أخذ هذه الأموال منه أي إذا لم يساهم الشريك بمبلغ من المال تحتاجه الشركة، فإنه ملزم

---

[1] فوزي محمد سامي، الشركات التجارية ـالأحكام العامة والخاصةـ، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 13.

[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 34.

[3] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 13.

بتعويض الشركة عن هذا التأخير حسب المادة 421 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:«**إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلزمه التعويض**».

وقد نظر المشرع إلى حاجة الشركة إلى المالكي تتمكن من بدء أعمالها أو لمواصلة نشاطها وذلك من خلال هذه الحصص.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم تنص على الاستثناءات التأخيرية والتكميلية والسبب هو أن التشريع الجزائري يمنع القرض بالفائدة فيما بين الأفراد.

ويسمح للمشرع بخرق القواعد لأن الشركة تحتاج إلى الأموال التي تمثلها الأسهم، إذا لم تحصل الشركة على الأموال التي تحتاجها، فلن تتمكن من القيام بأنشطتها أو سداد ديونها، هذا أيضا مسموح به لأنه من مصلحة الشركة و دائنيها.[1]

2ـ الحصة العينية:

يجوز أن تكون الحصة مالا غير نقدي، إما أن تكون عقارا أو منقولا حسب المادة 422 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: «**إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري على ذلك**»، إذا لم تقدم حصتك العينية في التاريخ المتفق عليه، كالحصة النقدية، فسيتعين عليك دفع التعويضات للشركة عن الأضرار التي تحدث نتيجة ذلك.[2]

إذا قدمت الحصة العينية على سبيل التمليك تخرج نهائيا من ذمة صاحبها لتنتقل إلى ذمة الشركة، تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بالبيع، وتعتبر الحصة بمثابة بيع صادر من الشريك إلى الشركة باعتبارها شخصا معنويا، ويجب استفتاء مختلف إجراءات البيع. أما إذا قدمت على سبيلا الانتفاع فتسرى عليها أحكام عقد الإيجار، فيحتفظ الشريك بملكيته لها ولا يحق للشركة أن تتصرف فيها بالبيع، وإذا هلكت هذه الحصة

[1] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 15.

[2] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع نفسه، ص 16.

فتكون على مسؤولية الشريك ويجب عليه أن يقدم حصة أخرى بدلا عن الحصة التي هلكت، ويجوز استرجاع الحصة بعد انقضاء الشركة.[1]

وقد يقدم الشريك حصته ديونا له في ذمة الغير، وقد فرض المشرع الجزائري الضمان على تسديد هذه الديون ودخولها ذمة الشركة على عاتق الشريك حتى تستطيع الشركة أن تباشر نشاطها.[2]
ويجب تحديد قيمة الحصة العينية ليتسنى تحديد مدى مساهمة الشريك لنعرف على ضوئها نصيبه من الأرباح وما عليه من خسائر.[3]

3ـ الحصة العمل:

فإنها تصح أن تكون حصة في الشركة بأن يقدم الشريك عملا تصيب منه نفعا ماديا، كالخبرة الفنية أو إدارة مصنع الشركة أو تسويق منتوجاتها[4]، يمتنع على الشريك الذي يساهم بحصة عمل أن يقوم لحساب نفسه أو للغير نفس العمل الذي التزم القيام به للشركة وهذا حتى لا يصبح منافسا لها، فإذا قام بذلك التزم بالتعويض للشركة، ويمكن له القيام بأعمال لحسابه خاص شريطة ألا يترتب عن ذلك نقص في التزام بالقيام بعمله كحصة في الشركة[5] وذلك حسب المادة 423 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «**إذا كانت حصة الشريك عملا يقدمه للشركة وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها وأن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذي قدم كحصة لها**».

وحصة العمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة ذلك لأن رأس المال يجب أن له تنفيد جبري أي أن حصة العمل لا تعد صحيحة لانعدام ذمتها المالية وانعدام تنفيد الجبري.
إن الحصة بالعمل، كالحصة العينية المقدمة على سبيل الانتفاع، يعتبر التزام بها من قبل الالتزامات المستمرة التي تنفد يوما بيوم، إذا لم يعد الشريك قادرا على العمل، فلا تزال الشركة مسؤولة عنه، أما إذا انحلت الشركة بسبب الشريك، فلا يحصل الشريك فيها إلا على نصيب إذا استطاع إدارتها ومراقبتها بنفسه.[6]

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص ص 34،35.
[2] حميدة نادية، المرجع السابق، ص 5.
[3] مساعدبن حمد بن عبدالله الشريدي، المرجع السابق، ص176.
[4] مساعدبن حمد بن عبدالله الشريدي، المرجع نفسه، ص177.
[5] نادية فضيل، المرجع السابق، ص37.
[6] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص .19

ولا يجوز أن تكون الحصة مجرد نفود سياسي يتمتع به الشخص أو ثقة في مركزه المالي حيث نصت عليها المادة 420 من القانون المدني الجزائري، ويلاحظ أن التي يقدمها الشريك الذي يتعهد بالعمل هي شخصية أي أن الشريك الذي يقدمها يتعهد بالعمل شخصيا فإذا عجز عن أدائه لهذا العمل انحلت الشركة.[1]

ثانيا: تعدد الشركاء

يختلف عقد الشركة الفعلية عن العقود الأخرى لأنه مبني على نوايا الأطراف واستعداد جميع الشركاء للتعاون، هذا مهم لأنه يضمن استمرار الشركة في العمل والنجاح، وسيخلف ركن تعدد الشركاء من نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، عند إبرام عقد الشركة هناك حاجة إلى شخصين وأكثر لأنه من المستحيل القيام بذلك بدونهم.

وضع القانون حدا لعدد الأشخاص الذين يمكن إشراكهم من أجل تحقيق الغرض التجاري للشركة، وهو جمع الأموال وإكمال المشروع المشترك.[2]

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى كقاعدة عامة وحدة الذمة بالنسبة لجميع الشركات التجارية والذي يؤكد على ذلك ما جاء في المادة 188 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «**أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان**».

وعليه والشركة هي توافق إرادتين فأكثر وقد ورد للمشرع الجزائري تضمنه لأمر رقم 27/96 الصادر في 1996/12/09 المتضمن التقنين التجاري الجزائري أجاز تكوين شركة الشخص الواحد بأنه أعطى للشركات ذات المسؤولية المحدودة الحق بأن تتأسس بشريك واحد، لذلك انطلقا من القاعدة العامة فإن الشركات بصفة العامة تتكون من شخصين فأكثر، وذلك أن المادة 416 من القانون المدني الجزائري كانت قد عرفت الشركة على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر.

إذا كان هناك عدة شركاء، فلكل منهم وضع قانوني مختلف ومن ثم يتم تحديد نوع الشركة التي يمكن تشكيلها.[3]

---

[1] راجع نص المادة 420 من ق.م.ج التي تنص على انه: «لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية».

[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 33.

[3] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 12.

ثالثا: نية المشاركة

تعتبر نية الاشتراك أحد أهم الأركان التي تقوم عليها الشركة، تظهر هذه النية من خلال التعاون الإيجابي الذي يوازن بين مصالح الشركاء ويمنعهم من أن يصبحوا معتمدين بشكل كبير على بعضهم البعض وانعدام رابطة التبعية بينهم، وذلك من خلال مشاركة كل شريك في تسيير أمور الشركة والاهتمام بها كشخص معنوي وللبعد كل البعد عن المصالح الفردية والأنانية لكل شريك[1]، حيث أعطى جانب من الفقه لنية الاشتراك محتوى اقتصادي محض، وذلك بطريق الإشراف والرقابة على الشركة ويستخلص هذا الركن من المادة 417 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «**تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استفتاء إجراءات الشهر التي تنص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية**».

ونية المشاركة لازمة لتكوين عقد الشركة واستمرارها فإذا تخلفت نية المشاركة لدى أحد الشركاء في أي مرحلة من مراحل حياة الشركة فإن ذلك يؤثر على استمرارها، فلو طالب أحد الشركاء مثلا بعدم مساهمته في خسائر الشركة، أو طالب بالحصول على كل أرباح الشركة أو طالب بتسيير الشركة دون أي مشاركة لباقي الشركاء لاعتبر ذلك نقضا لهذا الركن وبالتالي من حق باقي الشركاء عدم الاستجابة الى هذا الشرط بل ويحق لهم طلب إبطال الشركة.[2]

يقصد بنية المشاركة، رغبة الشركاء في توحيد جهودهم والتعاون فيها بينهم تعاونا إيجابيا واعيا، وعلى قدم المساواة لتحقيق الأغراض التي تأسست من أجلها الشركة، وذلك عن طريق تقديم حصصهم لتكوينرأس مالها وكذلك الإشراف والرقابة على الشركة والالتزام بتحمل المسؤولية أمام الغير[3]، بمعنى ذلك يحق لشريك في التحكم في الشركة وجميع أصولها، بما في ذلك دفاترها وحساباتها، كما يحق له التصويت ومناقشة قراراتها ومحاسبة مصدريها.[4]

---

[1] قليلي بن عمر، الطبيعة القانونية لنية الاشتراك في عقد الشركة، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، مركز الجامعي مغنية، الجزائر، 2022/05/12، ص 906.

[2] حميدة نادية، المرجع السابق، ص 6.

[3] خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، ط1، دار المعتز، الأردن، 2003، ص 131.

[4] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 30.

رابعا: اقتسام الأرباح والخسائر

الربح والخسارة تتعرض لها الشركة الفعلية ويعد ركنا جوهريا لها وإذا كان الربح هو الهدف لقيام الشركة، فان الخسارة احتمال لابد من أن تقع فيه، فان ذلك لابد أن يعود على الشركاء جميعا كل منهم بنصيب يعينه إما الاتفاق في العقد أو يعينه القانون.[1]

ويختلف عقد الشركة عن غيره من العقود بالضرورة اشتراك جميع الشركاء فيما تحققه من أرباح وخسائر، أي أننا نجد مصلحة الشركاء واحة وهي هدف الشركة وبالتالي تحقيق الربح لاقتسامه فيما بينهم كل حسب حصته في الشركة وفقا لنص المادة 425 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.[2]

والعقد الذي ينص على حصول أحد الشركاء على جميع الأرباح غير صحيح لأنه يعتبر عقد باطل لأنه يؤدي هذا الشرط بالإخلال بالمساواة بين الشركاء، أي أن هذا الشرط باطل لأنه يتنافى مع طبيعة عقد الشركة ويعد شرطا من شروط الأسد وهذا ما تنص عليه المادة 426 من القانون المدني الجزائري على أنه: **«إذا وقع اتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا».**

وعلى أساس أن إرادة الشركاء انصرفت إلى توزيع الأرباح والخسائر وفقا لقواعد معينة، فإذا ما أهدرت هذه القواعد فلا محل لإبقاء على الشركة، إذ لا شك في أن استمرارها وتوزيع الأرباح والخسائر بطريقة أخرى غير التي ارتضوها لما يتعارض مع إرادتهم، ولأن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزأ، وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء شرط باطل. يضاف إلى ذلك أن ورود شرط الأسد في عقد الشركة يؤدي إلى هدم أحد الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، فكما قلنا من قبل أن شرط المشاركة في الأرباح و الخسائر هو أهم الأركان اللازمة لتكوين عقد الشركة، فإذا ما نص العقد على إعفاء أحد الشركاء أو بعضهم من المشاركة في الأرباح والخسائر، انعدم هذا الركن، وهو انعدام يؤدي بضرورة إلى بطلان عقد الشركة الذي لا يمكن أن ينقص أحد أركانه[3] حسب المادة 426 من القانون المدني الجزائري.[4]

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 50.

[2] راجع نص المادة 425 فقرة 1 من ق.م.ج التي تنص على انه:«إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح، والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال».

[3] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 28.

[4] راجع نص المادة 426 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا».

المطلب الثاني: الأركان الشكلية

ينشأ عن عقد الشركة شخص جديد مستقل عن شخصية الشركاء يمكنه التعامل مع الغير، فتراه يكتسب الحقوق ويتحمل التزامات لذلك فعقد الشركة هو الذي يحدد النظام القانوني لهذا الشخص.

وفضلا عن تعيين نشاط الشركة وتحديد رأسمالها تظهر سلطات الأشخاص الذين يتولون تسيير أمورها بالإضافة إلى الكثير من البيانات التي يتضمنها عقد الشركة وهذه البيانات هي التي تهم المتعاملين معها. لهذا حرص المشرع على حماية الأشخاص المتعاملين مع الشركة وحماية الشركاء باشتراط الكتابة عقد الشركة حتى يسهل إثبات مضمون الشركة واشتراط الشهر بالنسبة للشركات التجارية.[1]

ولا يكفي توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لكي تحيا الشركة حياة قانونية صحيحة، وإنما يلزم إلى جانب ذلك أركان شكلية متمثلة في كتابة عقد الشركة وكذا نشر هذا العقد وشهره، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، فرع الأول سنتحدث عن الكتابة، أما في الفرع الثاني شهر ونشر عقد الشركة الفعلية.

الفرع الأول: الكتابة

يبدو أن اشتراط ركن الشكلية في عقد الشركة هو حالة استثنائية، حيث أخذ المشرع كأصل مبدأ الرضائية في العقود[2]، ويقصد بالشكلية في عقد الشركة الشكلية المباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين العقد، حيث يعتبر إنشاء أو تأسيس الشركة في التشريع الحديث للشركات، عملية إجرائية تتميز بالكثير من الشكلية في جميع مراحلها.[3]

وتظهر الصبغة الشكلية لعملية تأسيس الشركة ابتداء من المرحلة التمهيدية التي يتم فيها تحرير العقد باعتبارها مرحلة وضع نظام الشركة، وهي تبدو وفقا للتشريع الفرنسي أقرب إلى الشكلية المعروفة في الأوراق التجارية التي تقوم على فكرة البيانات الإلزامية للمحرر أو ما يسمى "بالشكلية الحديثة"، وهي بحسب قواعد

---

[1] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 44.

[2] راجع نص المادة 59 من ق.م.ج التي تنص على انه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

[3] علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موقم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 232.

العامة للشركات في القانون الفرنسي أن يشمل العقد على بيانات الإلزامية معينة وهي الحصص المقدمة من قبل كل شريك، الغرض أو نشاط المشروع، تسمية الشركة، مقرها، مدة النشاط.[1]

ويخضع عقد الشركة الفعلية إلى الكتابة، وهو ما أكد عليه المشرع التجاري في المادة1/418 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنه: «**يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا**»، ومنه وجب كتابة عقد الشركة تحت طائلة البطلان.

ولقد قرر المشرع تغيير أسلوب الحياة التجارية على أساس مبدأ الإثبات، هذا يعني أنه جعل عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وأن هذه الشركة تثبت بعقد رسمي حسب المادة 545 من القانون التجاري التي تنص على أنه: «**تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة**».

ولعل لاشتراط المشرع لكتابة في عقد الشركة له مبرراته ومن أهمها أن الشركة لها مدة طويلة لزوال مع تشعب الالتزامات وتعقد المعاملات أي استلزم المشرع الكتابة لتوضيح الالتزامات وتحديد الحقوق مع ذكر أهم المسؤوليات كما أنها تتيح المجال للمتعاقدين والغير على معرفة مضمون الشركة مع الوصول لهدف من الكتابة أي من يريد الانضمام للشركة معرفة رأسمالها ومدي ضماناتها التي تملكها إذا أراد التعامل معها.[2]

ويشترط كتابة عقد الشركة لتفادي الضرر أو تعسف في حق أحد الشركاء أو مع بعضهم البعض وذلك لغياب العقد الرسمي[3]، وهكذا فكتابة تعتبر بالنسبة للشركات المدنية شرطا لصحة العقد، بينما هي بالنسبة للشركات التجارية شرط الإثبات.[4]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار لرقم 142806 بتاريخ 1996/03/26 المتضمن ما يلي: من مستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلا.
ولما كان ثابتا – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود شركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد رسميا وإلا كان باطلا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

---

[1] مراد منير فهيم، نحو قانون واحد للشركات (تقنين الشركات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 162.
[2] بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 102.
[3] فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 22.
[4] محمد فريد العريني وجلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال: دراسة النشاط التجاري وآلياته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 197.

ونفس الموقف تم تأكيده بموجب القرار رقم 148423 بتاريخ 1997/03/18.

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 تأسيس عقد الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا، ومتى كان كذلك استوجب الرفض.[2]

وهذا ما يؤدي بنا إلى القول أن المشرع الجزائري ساير المشرع الفرنسي من حيث اعتماد الشكلية الحديثة في عقد الشركة.

الفرع الثاني: الشهر والنشر

بالرغم من عدم اعتبار الشهر شرطا لصحة عقد الشركة المدنية، وإنما هو مجرد شرط لنفاد العقد في مواجهة الغير، إلا أنه نجد التشريع الحديث للشركات يحرص في تناوله الشركة بمفهوم التنظيم القانوني للمشروع على التوسع في مجال الشهر والنشر بالنسبة للشركات، حيث تطلب المشرع شهر عقودها التأسيسية وبذلك تحقيقا للغاية من الشكلية الخاصة، وهي توفير العلم الكافي لحماية الغير بكل ما يتصل بالمشروع.[3]

وإذا كانت الكتابة كافية لوجود الشركة فيما بين الشركاء، فإن الشهر والنشر يشترطان لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية سواء بالنسبة للشركاء أو للغير[4]، حيث نصت المادة 417 من القانون المدني على أنه: «**تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استفتاء إجراءات الشهر التي تنص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية**».

ولقد ألزم المشرع ضرورة شهر ونشر عقد الشركة وإلا ترتب على ذلك بطلان الشركة، وذلك حسب ما نصت المادة 548 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه: «**يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركاء التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة**»، وعليه لا يمكن للشركة الفعلية أن تباشر نشاطها إلا بعد قيدها في السجل التجاري الذي يعتبر قرينة قاطعة لاكتسابها صفة التاجر وهو ما نصت عليه المادة 21 من

---

[1] راجع قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية، ملف رقم 142806، مؤرخ في 1996/03/26، المجلة القضائية، عدد 05، 1997.

[2] راجع قرار المحكمة العليا، رقم148423، مؤرخ في 1997/03/18، المجلة القضائية، عدد 06، 1998.

[3] محمد فريد العريني، جلال وفاء البدري محمدين، مرجع السابق، ص 199.

[4] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 34.

القانون التجاري الجزائري[1] وتكتسب كذلك الشخصية المعنوية بمجرد قيدها في السجل التجاري وفقا للمادة 549 من القانون التجاري الجزائري.[2]

وتكمن الأهمية الخاصة لإجراء القيد في السجل التجاري، باعتباره يكشف عن الميلاد الفعلي للشركة، ويعلق القانون تمتع الشركة بالشخصية المعنوية على استفتاء هذا الإجراء، عدا شركة المحاصة لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية.

ويتم النشر حسب المرسوم التنفيذي رقم 92/97 مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1417 الموافق 17 مارس سنة 1997، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 69/92 المؤرخ في 18 فبراير سنة 1992 و المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري بالمركز الوطني للسجل التجاري و تنظيمه، حيث جاء فيه: «**يسجل كل عقد رسمي يتضمن إنشاء شركات أو يؤثر على وضعها القانوني كعقود تأسيس الشركات وتغييرها وتحويلها وحلها وجميع العقود الرسمية التي تعالج الوضع القانوني للمحلات التجارية، يقوم بكل نشر قانوني**».[3]

إضافة إلى نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، مع نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في الجريدة اليومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة.[4]

كما أوجب المشرع الجزائري أن يحدد في عقد الشركة شكلها، عنوانها، اسمها، مركزها وموضوعها ومدتها التي لا تتجاوز 99 سنة، كما نصت عليها المادة 546 من القانون التجاري الجزائري.[5]

---

[1] راجع نص المادة 21 من الأمر 27/96 المؤرخ في 1996/12/09 المتضمن ق.ت.ج التي تنص على أنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة».

[2] راجع نص المادة 549 من ق.ت.ج التي تنص على أنه: «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».

[3] الجريدة الرسمية العدد 17، المؤرخة 1997/03/17.

[4] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 45.

[5] راجع نص المادة 546 من ق.ت.ج التي تنص على أنه: «يحدد شكل الشركة ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة، وكذلك عنوانها أو اسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها في قانونها الأساسي».

ولتفادي المخالفات وكذا أثار هذه المخالفات وجب تحرير العقد من طرف موثق وهو ما ورد في المادة 2/2 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18اوت1990 المتعلق بالسجل التجاري.[1]

[1] الجريدة الرسمية العدد 36، المؤرخة 1990/08/18.

خلاصة الفصل الأول:

استمدت الشركة الفعلية وجودها من الاجتهاد القضاء الفرنسي الذي تبناها وسانده في ذلك الفقه القانوني، بعد أن حلل معطياتها، بعدها تبنتها مختلف القوانين الخاصة بالشركات من بينها القانون الجزائري ومع تمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها.

عقد الشركة الفعلية كغيره من العقود، يلزم لانعقاده توافر الأركان الموضوعية العامة المتمثلة في الرضا، الأهلية، المحل والسبب، إضافة إلى الأركان الموضوعية الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود، والمتمثلة أساسا في تعدد الشركاء، تقديم الحصص، نية المشاركة، اقتسام الأرباح والخسائر.

واشترط المشرع الجزائري إلى جانب ذلك توافر شروط شكلية لانعقاد العقد صحيحا، وعليه ليكون عقد الشركة صحيحا ومنتجا لأثاره توافر كل أركانه وشروطه صحة هذه الأركان وإلا كجزاء تخلف هذه الأركان هو بطلان عقد الشركة.

الفصل الثاني:

نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

يشترط لتطبيق نظرية الشركة الفعلية أن تكون الشركة قد بدأت أعمالها قبل صدور حكم بالبطلان فستظل تعتبر شركة فعلية، وأما إذا صدر حكم البطلان قبل أن تباشر أعمالها فلن يكون لها كيان في الواقع.

هذا ولم يعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان لأن هناك أسبابا للبطلان، لا يجوز الاعتراف فيها بوجود الشركة لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع اذ يجب في هذه الحالات تطبيق القاعدة العامة في بطلان بصفة مطلقة واعتبار الشركة في الحكم العدم، بينما هناك حالات يمكن أن تطبق عليها الشركة الفعلية.

ويلاحظ أن عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان لا يكون إلا بالنسبة للشركة التي زاولت نشاطها فعلا. أما الشركة التي لم تزاول نشاطها فعليا فليس هناك ما يمنع من تطبيق أحكام البطلان عليها بأثر رجعي، ومن جهة أخرى يتم استبعاد تطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالة البطلان لعدم المشروعية لأن تطبيقها في هذه الحالة ينطوي على الاعتراف بالعمل غير المشروع.

تخلف ركن من الأركان الخاصة بتأسيس عقد الشركة بوجه عام، يعرض الشركة القائمة للانهيار، وقد تولد عن ذلك انهيار قيام الشركة الفعلية، كما قد لا يتولد وجود هذا النوع من الشركات، فضلا عن أنه ينفي وجود الشركة القانونية أصلا.

يرتبط أصل فكرة الشركة الفعلية ارتباطا وثيقا بمسألة البطلان عموما ومدى تطبيقها على عقد الشركة، إذ أن الشركة الفعلية تتزايد في مجال الشركات الباطلة، بيد أنه لا يمكن اعتبار كل شركة باطلة شركة فعلية، إذ هناك حالات استخلص القضاء منها وجود الشركة الفعلية مستندة في ذلك إلى أسباب أخرى خلاف البطلان، وتنتهي الشركة الفعلية بنتيجتين اثنين، فإما أن تحقق لها سبيل الاستمرار في الحياة بوضعها كشركة قانونية، وأما أن تختفي هذه الشركة وتزول من الوجود بأن تحل وتصفى بمجرد الحكم ببطلانها.

المبحث الأول: نطاق عقد الشركة الفعلية

أنشا القضاء التجاري نظرية الشركة الفعلية وأرسى قواعدها من أجل العمل على الحد من أثار البطلان التي تقتضي بها القواعد العامة والقواعد العامة للبطلان تقتضي بأنه في حالة الحكم بالبطلان المطلق أو النسبي يعود أطراف العقد إلى حالة التي كانوا عليها قبل العقد وذلك تطبيقا للأثر الرجعي للعقد، ولكن تطبيق هذه القواعد العامة للبطلان على عقد الشركة الباطلة يؤدي من الناحية العملية إلى النتائج غير مقبولة، فالشركة حتى ولو كان عقد تأسيسها باطلا تكون قد ارتبطت مع الغير بمعاملات كثيرة وأصبحت بمقتضاها دائنة ومدينة، وتطبيق الأثر الرجعي يترتب عليه خلق صعوبات جمة. لذلك فقد استقر القضاء التجاري على أن أثر الحكم بالبطلان لا يسرى إلا بالنسبة للمستقبل فقط ولا ينسحب أثر البطلان للماضي توجد شركة فعلية أو واقعية يجب الاعتداد بنشاطها السابق وتصفيتها وتحديد نصيب الشركاء من الأرباح والخسائر، وبعبارة أخرى فان البطلان بالنسبة للشركات هو نوع من حل الشركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها. [1]

المطلب الأول: تطبيقات الشركة الفعلية

ولم يعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، لأن هناك أسبابا للبطلان لا يجوز الاعتراف فيها بوجود الشركة لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع، إذ يجب في هذه الحالات تطبيق القاعدة العامة في البطلان بصفة مطلقة واعتبار الشركة في حكم العدم، فهناك أسباب البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية، والبطلان بسبب في عيوب الرضا ونقص الأهلية، والبطلان بسبب مخالفة الشروط الخاصة لعقد الشركة، مع وجود حالات غير البطلان وهذا ما سنفصل في هذا المطلب.

الفرع الأول: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة البطلان

منذ البداية النطق بالبطلان شركة يستتبع بالضرورة وحسب القواعد العامة إعدام الحالة وبأثر رجعي، أي إعدام الشركة بأثر رجعي، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. إن هذا الوضع صحيح من الناحية النظرية غير أنه في العمل مستحيل التطبيق، ولقد استبعد القضاء الفرنسي ومنذ 1817 فكرة الأثر الرجعي لبطلان الشركات.

إن مصطلح الشركة يقصد في ذات الوقت التصرف القانوني (العقد) وكذا الشخص المعنوي الذي نشأ عن التأسيس الصحيح للشركة الفعلية. واقتصر اهتمام المشرع بصورة أساسية على الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية إلا أنه ليس لكل الشركات الشخصية المعنوية.[2]

---

[1] حميدة نادية، المرجع السابق، ص 9.

[2] بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص ص 129، 130.

أولا: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية العامة

إذا تخلف ركن من الأركان الموضوعية العامة، تعرضت الشركة القائمة على الاعتبار الشخصي للانهيار وتبعا لذلك بطلان العقد فقد ينتج عن هذا البطلان قيام الشركة الفعلية، أو قد يتولد وجود ذلك النوع من الشركات فضلا عن أنه ينفي وجود الشركة القانونية أصلا، يختلف أثر البطلان في الواقع في حالة ما إذا كان ذلك البطلان بسبب عيب في رضا ونقص الأهلية كما قد يحدث لعدم مشروعية المحل والسبب.[1]

1ـ أسباب البطلان المتعلقة بالرضا والأهلية

لما كانت الإرادة شرطا جوهريا للانعقاد الشركة، فبانعدامها لا يمكن القول بقيام شركة قانونية أو فعلية، إذ لا يمكن أن يوصف الشخص الذي انعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة، فعقد الشركة في هذه الحالة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.[2]

أما إذا أصيب رضا أحد الشركاء بعيب من العيوب، كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو كان الشريك ناقص الأهلية لعته أو سفه فان الجزاء المترتب عن هذا العيب هو البطلان دون سائر الشركاء، ويسقط حق الشريك في طلب البطلان إذا أجاز العقد، سواء كانت الإجازة صريحة أو ضمنية، كما يسقط حقه أيضا إذا لم يتمسك به الشريك خلال عشر سنوات تبدأ من يوم كشف العيب، كما لا يجوز التمسك بالبطلان إذا انقضت مدة خمسة عشر سنة من وقت تمام العقد، كما تنص عليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري: «**يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.**

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تمام العقد».

وفي الواقع تظهر فكرة الشركة الفعلية بوجه خاص في العلاقة بين الشركاء، وإذا وقفنا عند الفكرة التقليدية للبطلان، فإن كل شريك يسترد حصته سالمة من الخسارة، ويمتنع عليه أن يدعي حقا على الأرباح، وأن هذا الحكم التقليدي واجب التطبيق بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه إذا حكم ببطلان الشركة بطلانا نسبيا لنقص الأهلية أو عيب الرضا، بيد أن هذا الحكم لا يعمل به بالنسبة إلى الشركاء الذين لا

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 145.

[2] عليوة رابح، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون التجاري، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2011، ص 4.

يحميهم القانون بصفة فردية، وذلك لأن استرداد الشركاء لحصصهم منوط بتصفية الشركة وتحديد نصيب كل واحد منهم في الأرباح والخسائر.[1]

ومتى قضي للشريك بالبطلان، فالقواعد العامة تقتضي باسترداد الشريك حصته، فان كان غير ممكن جاز له الحكم له بالتعويض، اي معنى ذلك تعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.[2]

لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية متى انعدمت الإرادة، ولا يمكن أن نوصف الشخص الذي انعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة، وأما إذ شاب إرادة احد الشركاء عيب من عيوب الإرادة الرضا، فان ذلك يؤثر على التزام هذا الشريك دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الشركة إذ أن مصلحة باقي الشركاء تقتضي الإبقاء على العلاقة بينهم.

أما نقص الأهلية أحد الشركاء لا يؤثر في كيان الشركات خلافا للقواعد العامة بل يؤثر على التزام الشريك فقط.[3]

2 ـ أسباب البطلان المتعلقة بالمحل والسبب

يكون عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا، إذا كان الموضوع الشركة أو سببها غير مباح، أي مخالفا للنظام العام أو للآداب العامة، أو للأحكام القانونية الإلزامية. كما لو كانت منشأة للاتجار بالمواد المخدرة، أو لتهريب مواد يحظر القانون التعامل بها، أو لإدارة بيت للدعارة. وغيرها من الأغراض غير المشروعة. وتكون باطلة أيضا لمخالفتها الأحكام القانونية الإلزامية، مثلا كشركة التي تؤسس لاستيراد الأدوية وبيعها بين شريكين لا يحمل أحدهما شهادة صيدلة، والشركة التي تؤسس للقيام بأعمال الضمان بدون أن تتم الشروط القانونية المفروضة.[4]

حيث يجوز لكل ذي مصلحة هنا أن يطلب بطلانها، سواء تعلق الأمر بالشركاء أنفسهم أو الغير، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بهذا البطلان من تلقاء نفسها، ولا يجوز إجازة هذا البطلان كما لا تسقط دعوى البطلان في هذا المقام إلا بمضي 15 سنة من تاريخ العقد.

---

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 219.

[2] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص 53.

[3] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 255.

[4] إلياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 189.

وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في البطلان باعتبار الشركة عقد واخضع للقواعد العامة للعقود، ولقد نص المشرع التجاري على هذا في المادة 735 من القانون التجاري الجزائري: «**تتقادم دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتول فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة**».[1]

كما ثار الخلاف أيضا حول الآثار المترتبة على البطلان عقد الشركة تجاه الغير الذي يتعامل مع الشركة قبل الحكم عليها بالبطلان، فبينما يرى جانب من الفقه أنه إذا قضى بالبطلان المطلق لعقد الشركة التي يكون موضوعها أو سببها غير مشروع مقتضاه أنه يؤدي بطلان جميع التصرفات التي اجريت مع الغير، لكن الرأي الراجح يميز بين ما إذا كان الغير حسن النية أو سيء النية، أي إذا كان الغير يعلم بالغرض الغير المشروع الذي تأسست من أجله الشركة أم لا. فإذا كان سيء النية جاز التمسك في مواجهته بالبطلان، أما إذا كان حسن النية فلا يجوز ذلك، بل يحق للغير أن يطالب الشركاء بتنفيذ العقد الذي تم بينهم، طالما كان هذا العقد لا يستند إلى سبب غير مشروع.[2]

ثانيا: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة

تكون الشركة باطلة ويعتد بها كشركة فعلية في حال مخالفة الشروط الخاصة التي يفرضها القانون لتأسيس بعض الشركات، كالشروط المتعلقة بعدد الشركاء، وبمقدار رأس المال، والاكتتاب به كاملا، وبتقديم الحصص العينية تقديرا صحيحا، وباشتراك مقدمي الحصص العينية في التصويت على تقدير هذه الحصص، وبتعيين مفوضي المراقبة، وبتوكيل محام، وما نحو ذلك[3]، أي 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 لتصبح شخصا معنوي، يتمتع بكيان مستقل.[4]

ولابد لقيام الشركة الفعلية من توافر الشروط الثلاثة الآتية مجتمعة: توافر العناصر الموضوعية الخاصة اللازمة لإنشاء الشركة، أما ثانيا الحكم ببطلان الشركة، وأخيرا قيام الشركة الباطلة فعلا ببعض الأعمال قبل الحكم ببطلانها، ولا تطبق نظرية الشركة الفعلية أيضا في شركات المحاصة بالنسبة إلى الغير، لأنه لا ينظم

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 135.

[2] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 48.

[2] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 210.

[4] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 49.

عقد خطي بها، ولا تخضع لإجراءات النشر، وإذا حصل إعلانها للغير، تتحول مبدئيا إلى شركة تضامن ويصبح الشركاء مسؤولين عن ديون الشركة بالتضامن وعلى أموالهم الخاصة تجاه الغير. وعندئذ يصح إبطال هذه الشركة لإغفال إجراءات النشر واعتبارها كشركة فعلية واجبة التصفية.[1]

إذا انعدم وجود عنصر من العناصر الموضوعية المكونة للشركة، كعنصر تقديم الحصص، أو نية الاشتراك، أو تعدد الشركاء، أو غيرها من الشروط الموضوعية الأزمة لتأسيس الشركة، تكون الشركة غير موجودة أصلا، وكذلك الأمر في حال وجود شروط اسدية في عقد الشركة، ولا محل بالتالي للقضاء ببطلانها وقيام شركة فعلية على أساس هذا البطلان، لأن عدم توافر الشروط المذكورة ينفي فكرة الشركة ذاتها فلا تقوم قانونا ولا فعلا. ولذلك لا تعتبر الشركة الصورية شركة فعلية لانتقاء نية الاشتراك في تكوين رأس مالها، أو في توزيع الأرباح والخسائر الناتجة عنها.[2]

لا تطبق الشركة الفعلية في حالة انتفاء ركن تعدد الشركاء أو نية المشاركة أو الحصص، لأن عدم وجود هذه العناصر تنفي وجود الشركة فعلا.[3]

إذ لا يعقل أن تقوم الشركة باعتبارها شخصا معنويا، عند انتفاء ركن تعدد الشركاء لتعارض ذلك مع مبدأ وحدة الذمة، كما لا يتصور قيامها أيضا دون ركن تقديم الحصص، لأن الشركة لابد لها من ذمة خاصة، وهذه الذمة قوامها رأس المال المكون من حصص الشركاء.

كما لا يقبل وجود الشركة بدون نية الاشتراك، لأن هذه النية هي التي تميز الشركة، كشخص معنوي، عن غيره من الأشخاص المعنوية الأخرى كالجمعيات مثلا، ولكن الذي يثور عند تخلف هذه الأركان الثلاثة هو تكييف العقد الذي تم إبرامه، ومعرفة ما إذا كان عقد شركة أو عقدا من نوع آخر.[4]

ويترتب على اعتبار الشركة باطلة بطلانا مطلقا إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فالشريك الذي قدم حصة يستردها وإذا تم توزيع الأرباح والخسائر قبل صدور الحكم بالبطلان بقي الوضع كما هو عليه، أما

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص215.

[2] إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص214.

[3] عليوة رابح، المرجع السابق، ص 99.

[4] فريد العريني، المرجع السابق، ص61.

بعد صدور الحكم بالبطلان فإنها توزع على الشركاء ليس على أساس عقد الشركة فهو باطل وإنما يتم توزيعها حسب قواعد التوزيع القانوني.[1]

ثالثا: البطلان لتخلف الأركان الشكلية

يترتب على عدم كتابة عقد الشركة، أو اتخاذ الإجراءات التي نص عليها القانون لشهره، بطلان هذا العقد والبطلان في هذه الحالة من نوع خاص فلا هو بالبطلان المطلق، نظرا لأن المحكمة لا تستطيع النطق به من تلقاء نفسها، إنما يجب طلبه قضاء.

ولا هو بالبطلان النسبي، لأن التمسك به جائز لكل ذي مصلحة في القضاء به. وذو المصلحة في التمسك بهذا البطلان هم الشركاء والغير، فيجوز للشركاء أن يحتجوا به في مواجهة بعضهم بعضا، غير أنهم لا يستطيعون التمسك به في مواجهة الغير، لأن واجب الشهر يقع على عاتقهم، فإن أهملوا أداء هذا الواجب فليس من المقبول السماح لهم بإفادة من إهمالهم.[2]

وهذا ما نصت عليه المادة 418 من القانون المدني الجزائري على أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان،[3] ويختلف أثر هذا البطلان باختلاف الشخص الذي يطلبه، فإن تمسك به الشركاء اقتصر أثره على المستقبل فقط ولا ينسحب إلى الماضي، فيبقى العقد والشخص المعنوي الذي تولد عنه صحيحين في الفترة ما بين انعقاد العقد والحكم ببطلانه. فكأن البطلان يعتبر بمثابة حل للشركة، أما إذا تمسك به الغير وحكم له به ترتب على ذلك زوال العقد وما نشأ عنه بأثر رجعي، فإن تمسك به بعضهم وأحجم الآخرون عن طلبه، قضي بالبطلان لأنه هو الأصل في حالة تخلف إجراءات شهر الشركة.[4]

بقاء عقد الشركة غير المكتوب قائما منتجا لآثاره فيما بين الشركاء إلى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة وهذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في القرار رقم 63999 بتاريخ 1990/12/20 المتضمن: «من المقرر أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء ببطلان عقد الشركة إلا من اليوم

---

[1] فريد العريني،المرجع السابق، ص 62.

[2] فريد العريني، المرجع نفسه، ص 62.

[3] حميدة نادية، المرجع السابق، ص 8.

[4] فريد العريني، المرجع السابق ، ص 63.

الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القضاة الموضوع بتصريحهم بعدم وجود الشركة وقيامها وعدم مناقشتهم للوثائق المقدمة إليهم وإبداء رأيهم فيها، يكونون قد أخطأو في تطبيق القانون». ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

بطلان الشركة لعدم استفتاءها الشكل المطلوب، حيث يجوز أن يحتج به الغير قبل الشركة دون أن يحق للشركة أن تحتج على الغير الذي تعاقد معها وأراد أن يطالبها بالتزاماتها، ويمكن للغير أن يثبت وجود الشركة بكل الطرق على أساس أنها واقعة مادية.[2]

في حالة مخالفة إجراءات النشر الخاصة بعقد الشركة أو المداولة، يؤدي ذلك إلى بطلان الشركة بطلانا خاصا يقبل التصحيح، حسب المادتين 739 و734 من القانون التجاري الجزائري، ويجوز للغير التمسك به، كما يجوز ذلك للشركاء في مواجهة بعضهم البعض، وتطبيقا لذلك يحق لكل شريك عند مطالبته بالوفاء بحصته أو ما تبقى منها الدفع بالبطلان لعدم الشهر، وعدم نفاد الشهر يمتد أيضا للتعديلات، فإن لم تشهر الوقائع المستجدة فإنها لا تكون نافدة في حق الغير حسن النية، وباعتبار الشركاء أطرافا في التعديلات فليس لهم الاحتجاج بعدم شهرها ذلك أن الشهر يستهدف حفظ حقوق الغير.[3]

إذا لم يتم قيد الشركة الفعلية فلن تكتسب الشخصية المعنوية، بالتالي عدم قيامها كشخص معنوي مستقل حسب المادة 549 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: «**لا يتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعاهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة**».

[1] راجع قرار المحكمة العليا، رقم 63999، مؤرخ في 1990/12/20، المجلة القضائية، عدد 01، 1992.

[2] مصطفى كمال طه، الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 385.

[3] جمال الدين مكناس، القانون التجاري (الشركات التجارية)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 46.

الفرع الثاني: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة غير البطلان

توجد إلى جانب الحالات التي سبق ذكرها حالات أخرى قرر القضاء فيها وجود شركة فعلية، دون أن تتضمن إحكامها الحكم بالبطلان وقد استدل القضاء على وجودها من سلوك أطرافها وتتمثل هذه الحالات في الشركة التي لم تقيد في السجل التجاري، وكذا الشركة التي تستمر في نشاطها بعد الحكم عليها أو فسخها باعتبارها شركة قانونية. قد يلجأ الأفراد إلى هذا النوع من الشركات، لإخفاء علاقة سرية، أو غير مشروعة.[1]

نظرية الشركة الفعلية قد يعتريها عيب في إجراءات تأسيسها، دون أن تصحح عيبها وتستمر في التعامل مع الغير وتمارس نشاطها قبل أن يحكم القضاء ببطلانها، وقد تنحل الشركة وتنقضي أو يتم فسخها، ومع ذلك في نشاطها حلال فترة طويلة بعد صدور قرار الحل أو الفسخ، حيث ينشأ عنها خلال تلك الفترة شركة فعلية مخالفة لحكم القانون. [2]

المطلب الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية

إن الحكم ببطلان الشركة كما سبق الإشارة إليه يجب تفسيره بعيدا عن مفهوم البطلان طبقا للنظرية العامة، لأن البطلان في هذه الحالة يمس إلا المستقبل وعلى هذا الأساس ذهب البعض إلى اعتبار البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة لا ينتج أثاره إلا من تاريخ النطق به، ويسري على المستقبل فقط، أما بالنسبة للماضي فيعتبر العقد صحيحا، والشخص المعنوي موجودا مما يترتب على هذا الوجود صحة التصرفات التي قامت بها الشركة ، يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة ما بين إبرام العقد، والحكم بالبطلان نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء، أو علاقة الشركة مع الغير، وهو ما سنحاول توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء

يترتب على الاعتراف بوجود الشركة الفعلية عدة آثار سواء بالنسبة للشركة أو بالنسبة للشركاء، سنحاول التطرق إلى ذلك في الفرع التالي.

أولا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة

[1] رابح عليوة، المرجع السابق، ص 5.

[2] صباح عبد الرحيم، محاضرة في أحكام الشركة الفعلية، جامعة أم بواقي، الجزائر، د.س.ن، ص 45.

تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة، ومن ثم تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة كما تظل التعهدات التي يقوم بها الشركاء وحقوقهم صحيحة، ومنتجة للآثار مع الغير فإن عدم شهرها لا يجعلها غير فإن عدم شهرها لا يجعلها غير موجودة وإنما هي قائمة فعلا بين الشركاء.[1]

بعد الاعتراف بالشركة الفعلية فإن الشركة تتمتع بالأهلية القانونية وشخصيتها المعنوية وإن كان الأصل ألا تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية القانونية قبل استكمال إجراءات تأسيسها، ويترتب على ذلك إنها تكتسب أهلية التقاضي وبالتالي بالنسبة للمنازعات أمام القضاء يمكنها أن تكون مدعية أو مدعى عليها[2]، إن للشركة الفعلية الحق في التقاضي مثلها مثل الشركة الصحيحة، خاصة وأن القضاء يطبق قواعد الإفلاس على الشركة الفعلية باعتبارها مدعى عليها، ما يعني أنها تتمتع بشخصية معنوية إلى جانب الاعتراف بأهليتها في العديد من النظم القانونية مثل القانون الإنجليزي الذي يسمح لأحد الشركاء بالتقاضي باسم الشركة ونيابة عن الشركاء حتى ولو كانت شركة معيبة، لذلك فمن الضروري الاعتراف بأهلية التقاضي لهذه الشركة من أجل التغلب على الصعوبات العلمية التي قد تواجهها أمام القضاء.[3]

ثانيا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء

باعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإن أثر البطلان ينسحب إلى المستقبل ويكون على حماية الأوضاع الظاهرة لحماية الغير، حيث يستدل على كيان الشركة من سلوك الشركاء فطبيعة العلاقة بين الشركاء يحددها العقد التأسيسي للشركة والذي يتضمن اتفاقهم المطبق عليهم لكن في إطار الشركة الفعلية، وفي حالة عدم اتفاق فيخضعون للأحكام القانونية التي تطبق على الشريك القانوني أي الشريك في شركة تجارية منتظمة قانونا، وعند حصول نزاع بين الشركاء فإن اللجوء للقضاء.[4]

---

[1] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 54.

[2] Joseph. Hemard, théorie pratique des nullités de sociétés de fait, études de jurisprudence et de droit, Recueil Sirey, 2éme éd, France, 1926, P 542.

[3] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 11.

[4] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 54.

وفي حالة بطلان الشركة وتصفيتها تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر على أساس العقد التأسيسي للشركة الذي يعتبر صحيحا في الماضي أو على أساس الاتفاق طبقا للمادة 425 من القانون المدني الجزائري[1]، ويكون كل شريك مسؤولا عن ديون الشركة بحسب نوع الشركة وطبيعة الدين وشروط العقد[2].

يؤدي تطبيق نظرية الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء إلى استرداد كل شريك حصته، بعد مساهمته في الأرباح أو الخسائر إن وجدت، غير أن الفقه اختلف حول الطريقة التي يتم توزيع الربح أو الخسارة بين الشركاء ويرى البعض، أن يتم توزيع الأرباح أو الخسائر، طبقا لما نص عليه العقد التأسيسي للشركة، وقد تبنى المشرع الفرنسي والمصري والجزائري، هذا المبدأ.[3]

وهذا المبدأ يكون واجب التطبيق على الأخص في حالة بطلان الشركة لعدم مشروعية سببها أو موضوعها، لأن البطلان في هذه الحالة وهو بطلان مطلق، يزيل أثر العقد للمستقبل وللماضي، فتصفى العلاقات بين المتعاقدين على أساس العدالة، لعدم جواز تطبيق أحكام العقد الباطل أو نصوص القانون المتعلقة بتصفية الشركات الصحيحة، إلا أنه يكون للمحكمة الاستئناس بتلك الأحكام والنصوص إذا وجدت أنها تضمن الحل العادل.[4]

ويحق لدائني الشركاء الشخصيين التمسك بالبطلان، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، وتتمثل هذه المصلحة في التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد تصفية الشركة أثناء الحكم بالبطلان.[5]

الفرع الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين

إضافة إلى الآثار المترتبة على الاعتراف بوجود الشركة الفعلية على الشركة والشركاء السالفة الذكر، هناك آثار أخرى تلحق بالغير الذي تعامل مع الشركة وأخرى مع دائني الشركاء الشخصيين، وهذا ما سنوضح كالتالي.

---

[1] راجع نص المادة 425 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «إذا تبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح، والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال».

[2] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 55.

[3] رابح عليوة، المرجع السابق، ص 6.

[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 226.

[5] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 98.

أولا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير

إن للشركاء الحق في الاحتجاج ببطلان الشركة فيما بينهم فلا يحق لهم التمسك بالبطلان في مواجهة دائني الشركة للتخلص، من التزاماتهم التي كانوا يلتزمون بها فيما بينهم لو تأسست تأسيس صحيح. وذلك لتمكين الدائنين من الحصول على حقوقهم من أموال الشركة بالأفضلية على الدائنين الشخصيين للشركاء.[1]

استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة لدائني الشركة لقد اختلف الفقه، في مدى تحلل الغير من الالتزامات الناشئة عن تصرفات الشركة في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها، فيرى البعض بصحة الأعمال والعقود المبرمة بين الشركة والغير، قبل الحكم ببطلانها، بحيث لا يجوز للغير التحلل من الالتزامات الناشئة عنها.[2]

كما يذهب البعض الآخر إلى الاعتماد بتطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من آثارها، إذ يبقى للغير الحق في أن يختار وفقا لمصلحته، بين التمسك ببقاء الشركة في الماضي أو التمسك ببطلانها بأثر الرجعي.[3]

فإذا تمسك الغير بصحة الشركة، فتكون الأعمال التي باشرتها الشركة معه صحيحة ونافذة، وبالتالي لا يحق للشركة أن تحتج ضده بالبطلان، حفاظا على استقرار الأوضاع المكتسبة، وأما بالنسبة للشركاء، فلم يخولهم القانون هذا الحق، والسبب في ذلك أن البطلان قد وقع بالخطأ أو إهمال منهم، مما يحملهم نتائجه.
إلا أن الملاحظ أن الخيار المخول للغير كل لا يتجزأ، أي لا يجوز للغير أن يطلب بإبطال الشركة، للتحلل من الالتزامات المترتبة عليه، وفي نفس الوقت أن يتمسك بصحتها، لتنفيذ حقا له في مواجهتها، فمثلا، لا يمكن للغير أن يتمسك بصحة الشركة، لأجل إجبار أحد الشركاء بتقديم حصته، وأن يطلب من جهة ثانية إبطال الشركة حتى يتحلل من تعهداته معها.[4]

ويترتب على عدم جواز تمسك الشركاء ببطلان الشركة في مواجهة الدائنين، أن التصرفات التي أبرمتها الشركة معهم صحيحة، وبالتالي لهم الحق في مطالبة الشركاء بتنفيذ العقود التي تعهدوا بها للشركة، ولهم

---

[1] أحمد عبد الله سليم الجبوري، المرجع السابق، ص 283.

[2] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 441.

[3] راجع نص المادة 742 من القانون التجاري التي تنص على أنه: لا يجوز للشركة ولا الشركاء 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، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف.

[4] رابح عليوة، المرجع السابق، ص 7.

الحق في إشهار إفلاسها، والحق في طلب إبطال الشركة من قبل الدائنين لا يقبل التجزئة، ولا يجوز الرجوع فيه.[1]

ثانيا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشركاء الشخصيين

قد يتمسك الدائنون الشخصيون للشركاء بقيام الشركة الفعلية، متى كانت لهم المصلحة في ذلك، كأن يؤدي البقاء على الشركة إلى زيادة حقوق مدينهم عند التصفية عن الحصة التي قدمها، كما قد يتمسك هؤلاء بحقهم في إبطال الشركة، باستعمالهم الدعوة غير المباشرة، أو الدعوة المباشرة إلا أنه، غالبا ما يحصل تعارض بين كمصالح الدائنين الشخصيين للشركاء، ودائني الشركة كأن يحتج دائنو الشركاء ببطلان الشركة بقصد استرجاع الحصص المقدمة من مدينهم، بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث تقتضي مصلحتهم استمرار الشركة حتى يحتفظون بالأولوية تجاه دائني الشركاء فأمام هذا التعارض، يرى أغلبية الفقه والقضاء[2]، أن للدائنين الشخصيين للشركاء حق الأولية في التمسك ببطلان الشركة في مواجهة الشركاء على دائني الشركة، لأن البطلان في هذا الحالة هو الأصل.

كما يترتب على ذلك تحول ذمة الشركة إلى ملكية شائعة بين الشركاء، ويختلط ما يعود للشريك من الشركة الباطلة، مع أمواله الشخصية، ويصبح هذه الأموال محل ضامنا عاما للدائنين الشخصيين للشركاء.[3]

إلا أنه غالبا ما يحصل تعارض بين مصالح دائني الشركاء الشخصيين ودائني الشركة، كأن يحتج دائنو الشركاء ببطلان الشركة بقصد استرجاع الحصص المقدمة من مدينهم، بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث يقضي مصلحتهم استمرار الشركة حتى يحتفظون بحق الأولوية على ذمتها اتجاه دائني الشركاء، يرى أغلبية الفقه أن تقرير البطلان هذا هو حماية الغير الذي تعامل مع الشركة، وبالتالي لا يقبل أن تنقلب القواعد التي قررت لمصالحهم لتصبح بالا عليهم، فعليه نكون حافظنا على استقرار المعاملات من جهة، وفي ذلك تغليبا للوضع الظاهر من جهة أخرى.[4]

وهو نفس الحق المخول للغير على أن يكون تمسكه بالبطلان سببه التحلل من التزاماته في مواجهة الشركة، لذلك فإن تعارض مصالح الغير ممكن حصوله خاصة بين دائني الشركة والدائنين الشخصيين بين مطالب ببقائها ومطالب بإبطالها.[5]

---

[1] مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، د ط، دار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994، ص 55.

[2] قرار مؤرخ في 1889/08/22، جريدة الشركات، عدد 1900، ص 80، نقلا عن رابح عليوة، المرجع السابق، ص 8.

[3] رابح عليوة، المرجع نفسه، ص 8.

[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 229.

[5] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 58.

المبحث الثاني: أسباب انقضاء الشركة الفعلية.

تنشأ الشركة التجارية من أجل تحقيق الأهداف والأرباح التي يعجز كل شريك عن تحقيقها بمفرده، وقد تحدث عوائق في نشاط الشركة واستمرارها فيؤدي ذلك إلى زوالها وهو ما يعرف من الناحية القانونية بانقضاء الشركة سواء عن طريق تحويل الشركة أو توفر الأسباب العامة أو الخاصة لانقضائها (المطلب الأول)، فتدخل الشركة بذلك مرحلة التصفية والقسمة (مطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب انحلال الشركة الفعلية

يراد بالانحلال زوال الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين الشركاء ومن ثم انقضائها، وتحل الشركة الفعلية بأسباب متعددة ومتباينة الطبيعية، منها أسباب خاصة تخص الشركة الفعلية القائمة نتيجة البطلان، ومنها أسباب عامة أو القانون التجاري بصفة خاصة على أسباب انحلال الشركات التجارية التي تنقسم إلى أسباب مباشرة (فرع أول)، وأسباب غير مباشرة (فرع ثاني).

الفرع الأول: الأسباب المباشرة

تنحل الشركة الفعلية إما عن طريق دعوى البطلان (أولا)، أو إذا توفرت الأسباب القانونية التي تؤدي إلى انقضائها (ثانيا).

أولا: الانحلال بسبب دعوى البطلان

يعتبر البطلان السبب الرئيسي والمباشر لانقضاء الشركة التجارية الفعلية، فإذا تمسك الغير بحقه في طلبه استنادا للمادة 2/418 من القانون المدني الجزائري.[1]

و2/545 من القانون التجاري الجزائري[2]، فان القاضي في هذه الحالة ملزم بالاستجابة لهذا الطلب. والبطلان المقصود في هذه هو البطلان النسبي (في حالة نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة)، وكذلك في حالة البطلان من نوع خاص. إذا حكم ببطلان الشركة الفعلية، فان لهذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الجميع.

وبخصوص آثاره في الماضي فان التصرفات السابقة على صدور حكم البطلان تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية.

---

[1] تنص المادة2/418 من ق.ت.ج: على أنه:"غير انه لايجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من اليوم... لطلب البطلان".

[2] تنص المادة 2/545 من ق.ت.ج: على أنه: "لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء، فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة".

أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية لغاية تسوية أعمال الشركة وتصفية موجوداتها، وبعد انتهاء التصفية تختفي لشركة من الوجود.[1]

ثانيا: الانحلال للأسباب القانونية

يقصد بالأسباب القانونية تلك التي ورد ذكرها في القانون، والتي يترتب عليها انحلال الشركة وهذه الأسباب وإن كانت تتعلق بالشركة القانونية، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيقها على الشركة الفعلية، لاسيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لسبب من أسباب البطلان يجعل وجودها فعليا بعد أن كان قانونيا، أو تلك التي تنشا باطلة وتمارس نشاطها في واقع الحياة العملية مدة من الزمن دون أن يظهر تنازع بخصوصها و تستمر على تلك الحالة إلى أن يظهر سببا قانونيا يلجا فيه الشركاء إلى حل شركتهم.[2]

وتنقسم الأسباب القانونية إلى أسباب عامة و أسباب خاصة :

1-الأسباب العامة

أ-انتهاء مدة الشركة

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

إن مدة الشركة يتم تعيينها في العقد التأسيسي، أو في عقد الحق بشرط أن تتجاوز ميعاد 99 سنة وذلك وفق ما نصت عليه المادة 546 من القانون التجاري الجزائري، لكن هذا فيما يخص شركات الأموال، أما شركات الأشخاص فمدتها تتراوح ما بين 5 إلى 25 سنة دون أن تتجاوز مدة 30 سنة وهذا راجع لطبيعة الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي، لكن في حالة ما لم يوجد بند في العقد ينص على مدة الشركة فإن مسألة اكتشاف ذلك يتبين من ماهية الشركة وموضوعها[3].

والأصل أن انتهاء المدة المعينة للشركة في العقد يؤدي حتما لانقضائها بقوة القانون حتى وإن لم يتحقق الهدف المراد من إنشائها وهذا ما أقرته المادة 437 من القانون المدني الجزائري.

غير أنه قد تنتهي مدة الشركة لكن الشركاء يرغبون الاستمرار فيها نظرا ألنها تحقق لهم أرباحا، أو أن الغرض الذي أنشأت من أجله لم يتحقق بعد بالتالي يجوز لهم تمديد أجلها، حيث أنه إذا اتفق الشركاء على

[1] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص108.

[2] سليم عبد الله احمد الجبوري، مرجع سابق، ص 227.

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

تمديد أجل الشركة قبل انتهاء المدة المحددة في العقد، يعد ذلك استمرارا للشركة وتعديلا لأحد بنوده لذلك يشترط لصحة هذا التعديل موافقة جميع الشركاء والقيام بالإجراءات اللازمة لشهره[1].

كما يمكن أن يكون الامتداد ضمنيا وليس صريحا فيتحقق ذلك إذا استمر الشركاء على مزاولة عمل من الأعمال التي أنشأت الشركة من أجلها وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 437 من القانون المدني الجزائري، حيث تمتد الشركة سنة فسنة بالشروط ذاتها وفي هذه الحالة المشرع هومن تكفل بتحديد المدة.
وسواء كان تمديد أجل الشركة باتفاق صريح أو ضمني، فإنه يحق للدائنين الشخصيين للشركاء الاعتراض على هذا التمديد إذا كان مبلغ دينهم معينا بموجب حكم اكتسب حجية الشيء المقضي فيه،[2]و لقد تم وضع هذا الاعتراض حماية لمصلحة دائن الشريك الذي لا يستطيع التنفيذ على حصة الشريك المدين قبل حصول القسمة وباعتراضه على التمديد تعتبر الشركة منقضية بالنسبة إليه عندئذ يستطيع التنفيذ على حصة مدينه.
ويجوز لباقي الشركاء الاتفاق على استمرار الشركة فيما بينهم، فيقوموا بتقدير نصيب الشريك من مال وأرباح الشركة في اليوم الذي تقرر الانسحاب حتى يتمكن دائنيه من التنفيذ عليه[3].

ب-تحقيق الغرض الذي أنشأت الشركة التجارية لأجله

أقر المشرع الجزائري في نص المادة 437 من القانون المدني الجزائري[4]، تنقضي الشركة بقوة القانون بانتهاء العمل الذي تكونت من أجله، ألنها تكون قد أنجزت مهمتها، فلم يعد هناك ما يبرر بقاءها، فمتى قامت الشركة لحفر قناة أو لبناء سد، كانت مدة تنفيذ العمل هي مدة العقد وتنقضي الشركة بانتهاء العمل.
وقد تؤسس الشركة لتنفيذ عمل معين ومع ذلك يتضمن عقدها مدة عمل الشركة ففي هذه الحالة لا تنقضي الشركة إلا بتمام تحقيق الغرض الذي تكونت من أجله ولو انتهت مدة الشركة[5]، طالما أن الثابت من ظروف تأسيس الشركة أنها أنشئت لإنجاز عمل معين، ويقاس على انتهاء العمل كسبب من أسباب الانقضاء استحالة القيام به أو تحريمه[6]، فمن جهة تنقضي الشركة إذا ثبت استحالة انجاز العمل الذي تأسست من أجله شرط أن تطرأ هذه الاستحالة بعد التأسيس، أما إذا كانت قائمة منذ البداية فإن عقد الشركة يبطل

---

[1] محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 86.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 356.

[3] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص86.

[4] المادة 437 من ق.م.ج: "تنتهي بانقضاء الميعاد الذي لها أو بتحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها".

[5] عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء 4، الطبعة 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص 93،94.

[6] Brigitte (HF) et Anne (US),droit des affaires, 12ème édition Sirey, Paris, 1999, p 108.

الاستحالة محله، ومثال الاستحالة أن تصدر الدولة مثال قانون يحضر ممارسة النشاط الذي تزعم الشركة مباشرته أو قصر ممارسته على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة[1].

والملاحظ في هذا الصدد أن أغلب التشريعات قد عاملت الغاية معاملة المدة من حيث التمديد الضمني للشركة، ولم يعالج كل من المشرع الجزائري والمصري مسألة التمديد بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله الشركة، بمعنى أنه إذا استمر الشركاء في الشركة على الرغم من إنهاء أعمالها التي قامت من أجلها، أو بعد إتمام العمل الذي قامت من أجله، أعتبر المشرع ذلك امتداد ضمنيا للشركة.

والواقع أن هذا الأمر يمكن تصوره في حالة استمرار الشركاء في القيام بعمل مماثل للعمل الذي قامت من أجله الشركة، أما إذا كان مغايرا فهذا يعني تعديلا على غايات الشركة التي تتحدد بواسطتها أهليتها كشخص اعتباري وفي كل الأحوال يلزم القيام بكافة إجراءات التسجيل والنشر التي يطلبها القانون باعتبار أن ذلك تعديلا على عقدها[2].

ويثور التساؤل في الأخير حول حالة ما إذا اقترن في عقد الشركة تحديد المدة مع تحديد الغاية، بحيث يمكن أن تنتهي المدة قبل إتمام الغاية، وقد تنتهي الغاية قبل انتهاء مدة الشركة، ولو أن هذا الفرض نادر الوقوع إلا أنه قد يقع، فما هو الحل في مثل هذا الموقف؟

بداية نقول إذا انتهت المدة ولم ينته العمل الذي قامت من أجله الشركة، فإن الشركة تستمر على الرغم من انتهاء المدة، ألن القول بانحلال الشركة يتضمن على الأرجح مخالفة صريحة لإرادة المتعاقدين، وبحسبان أن تحديد الأجل في هذه الحالة لبس ليس له إلا قيمة ثانوية أو أنه جاء بصفة احتياطية، فالعمل هو الأساس الذي قامت من أجله الشركة، إلا إذا كان هذا العمل متجدد بطبيعته فقد يتزامن انتهاء المدة مع انتهاء العمل[3].

ولكن انتهت الغاية ولم تنته المدة فيمكن القول هنا بأن الشركة وإن استمرت قانونا إلا أن هذا الاستمرار يخلو من المضمون، ولا داع لهذا الاستمرار، ألنه هيكل بدون حياة ولذلك يمكن القول تنتهي الشركة بانتهاء

---

[1] محمود مختار أحمد البريري، قانون العالمات التجارية، الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر،1987، ص250-251.

[2] أحمد عبد اللطيف غطاشة، الشركات التجارية، دار الصفاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، سنة 1999، ص 62.

[3] قرواش رضوان، عقد الشركة في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، سنة 2003/ 2004، ص 170.

غايتها على الرغم من استمرار المدة، وهذا الفرض يتصور فيه قيام الشركة للقيام بعمل محدد كإنشاء مبني بعينه، أو شق طريق محددة أو إتمام غاية محددة[1].

ومن خلال ما تقدم فإنه يمكن القول بأنه هناك ارتباط وتداخل ما بين انتهاء المدة وتحقيق الغرض، كسببين لانقضاء الشركة بقوة القانون، ولكن وإن كان لمدة الشركة أهمية لتحديد حياتها القانونية، فإن معيار تحقيق الغرض هو الذي يتماشى مع الواقع الاقتصادي والعملي .

هذا بالنسبة لانقضاء الشركات بانتهاء مدتها وتحقيق غرضها، فما هو الحال لو هلك رأس مال الشركة أو بعضه؟

ج-هلاك مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه

تنص المادة 438 من القانون المدني الجزائري على: «**تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها**».

وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة والائتمان فحماية لهذا، نص المشرع الجزائري في المادة 2/589، من القانون التجاري الجزائري على أنه: «**في حالة ما أصيبت شركة ذات المسؤولية المحدودة بخسارة قدرها 3/4 من رأس مال الشركة يجب حل الشركة** ».

وتنقضي الشركة بالهلاك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه طبقا للمادة2/438 من القانون المدني الجزائري[2]، ولتحقق هذا الانقضاء يشترط أن يكون الشيء الذي تعهد الشريك بتقديمه لازما لحياة الشركة.

د-انعدام ركن تعدد الشركاء:

إذا اجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنقضي الشركة بقوة القانون، حيث لا يجوز تكوين شركة بوجه عام إلا بوجود شريكين على الأقل، استثناءا أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بان تؤسس من شخص واحد[3]، وهذا حسب المادة 564 من القانون التجاري الجزائري.

---

[1]أحمد عبد اللطيف غطاشة، المرجع السابق، ص 52 .

[2]تنص المادة2/438 من القانون المدني الجزائري على انه:" وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء".

[3] معارفية مالية، تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة الماجستر في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013/2012، ص .19

[4]إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 157.

هـ –اتفاق الشركاء على حل الشركة

يمنح القانون الشركاء الحق في حل الشركة حتى قبل انقضاء الميعاد المحدد لها في العقد، ويعد هذا الحق بديهيا طالما أن الشركاء هم الذين أنشأوا الشركة بإرادتهم فإنهم يستطيعون حلها متى أرادوا[1] ، وهذا ما نصت عليه المادة 440 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية التي تنص: " **وتنتهي الشركة أيضا بإجماع الشركاء على حلها**".

غير أنه يشترط ليكون اتفاق الشركاء صحيحا أن يوافق جميعهم على هذا القرار ما لم يوجد نص قانوني أو شرط في العقد يخالف ذلك، ألنه قد يشترط في العقد أو القانون الحصول على أغلبية معينة لحل الشركة وهذا الإجماع لم يتم إيراده في القانون التجاري إلا فيما يخص شركة المساهمة[2] ، ويشترط كذلك لحل الشركة أن تكون هذه الأخيرة قادرة وميسورة على الوفاء بالتزاماتها، فال يعتد بإنهاء الشركة إذا كانت في حالة توقف عن الدفع أي في حالة إفلاس مثال للتهرب من مسؤولياتها القانونية[3].

و –فصل الشريك

قدمنا أن للشريك أن يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجدت أسباب تبرر هذا الحل، والقضاء يقدر خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت تسوغ الحكم بالحل، ولكن قد يرى الشركاء أنه يكفي فصل الشريك المعترض عليه دون حل الشركة، إذ قد تكون الشركة ناجحة في أعمالها أو على وشك النجاح، وأن وجود هذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض فأجاز القانون لأي من الشركاء في هذه الحالة أن يطلب من القضاء، لا حل الشركة، بل فصل الشريك الذي تكون تصرفاته محل الاعتراض[4].

ومع أن فصل الشريك من الشركة عن طريق القضاء لا يشكل في حد ذاته سببا حقيقيا من أسباب انقضاء الشركات، إلا أننا ارتأينا دراسته في هذه المرحلة من البحث كونه يمس بالمركز الأول للشركة من جهة ويؤدي إلى تصفية نصيب الشريك المفصول من جهة أخرى.

وقد يكون الشريك المعترض عليه قد أوفي بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو خطأ يبرر فصله، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أساسا معقولا لهذا الرفض،

---

[1] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص108.

[2] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 286.

[3] مصطفى كمال طه، المرجع نفسه، ص 287.

[4] عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص والأموال، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة الإسكندرية، مصر،1991، ص 124.

فيجوز ألي شريك آخر في هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة، حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة إلى أجل جديد[1].

ي –الحل القضائي

بالإضافة إلى أسباب انقضاء الشركة بقوة القانون وانقضائها باتفاق الشركاء السالف ذكرها، هناك أسباب تؤدي أيضا إلى الانقضاء، هذه الأسباب هي الأسباب القضائية.

ولأن القضاء يعتبر الجهة التي تستطيع الموازنة بين مصالح الشركاء، وترجيح المصلحة الأولى بالاعتبار، نظرا لما يتصف به من حياد، فبتخلف أحد الشركاء عن الوفاء بما التزم به، أو تصرف برعونة فأصاب الشركة ضررا، أو تقاعس عن القيام بما أوكل إليه القيام به، أو عدم قيام الشركة بمواصلة نشاطها، كان للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءا على طلب كل ذي مصلحة [2].

وحل الشركة عن طريق القضاء يعتبر بمثابة فسخا لها، شأنها في ذلك شأن سائر العقود، حيث تنشأ التزامات متقابلة، فإذا لم ينفذ جانب ما عليه من التزامات كان للقاضي أن يفسخ العقد، غير أنه لما كان عقد الشركة عقدا زمنيا كعقد الإيجار، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعي[3].

وانقضاء الشركة بحكم قضائي يمكن تقسيمه إلى نوعين من الأسباب: أسباب ترجع إلى الشركاء، وأسباب ترجع إلى الشركة ونشاطها، كل ذلك على النحو التالي:

الأسباب التي ترجع إلى الشركاء:

لقد أعطى المشرع للشركاء حق اللجوء إلى القضاء لحل الشركة، ويجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة متى اقتنعت بالواقع المطروح عليها وأنه لا سبيل غير ذلك، كذلك يجوز للشركاء طلب فصل أحدهم دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء الشركة.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص382.

[2] محمود محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 138.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 387.

عدم وفاء أحد لشركاء بالتزاماته:

تقضي المادة 441 من القانون المدني بأنه: "**يجوز أن تحل الشركة بحكم القضاء بناءا على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب لحل الشركة ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك**"[1].

يتضح من خلال نصوص هذه المواد، أنه يجوز للقضاء أن يحكم بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء، لكن ذلك لا يشكل إشكالا في محل دراستنا لأن المشرع قد نص على ذلك صراحة، فالإشكال إذن يكمن في تحديد هذه الأسباب كون المشرع ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جدية الأسباب التي استند إليها الشريك.

من الأسباب التي ترجح خطأ أحد الشركاء ويترتب عليها نتيجة لعدم تنفيذها حل الشركة، ألا يقدم الشريك حصته التي تعهد بتقديمها في رأس المال، أو كانت حصته عمال فامتنع عن العمل لحساب الشركة، أو أن يكون غير كفء[2].

وإذا كان الشريك مديرا غير قابل للعزل، فأهمل في إدارة الشركة وخالف أغراضها ونظامها وأحكام القانون، فواقع الأمر أن عدم تنفيذ أحد الشركاء لالتزاماته يعدو كونه سببا لانقضاء العقد طبقا للقواعد العامة، فلا يحق للشريك المتخلف عن التنفيذ لاستعادة من خطئه وطلب حل الشركة، وإنما يقوم هذا الحق لغيره من الشركاء والذين يكون من حقهم مطالبة الشريك المخطئ بالتعويض عما ترتب من أضرار[3].

وقد يكون السبب غير راجع إلى خطأ، بل إلى مرض أحد الشركاء مرض خطير يعجزه عن القيام بعمله في الشركة، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة، ولا يشترط القضاء للحكم بانقضاء الشركة، بسبب الخلافات الجسيمة بين الشركاء، أن يكون رافع الدعوى ممن يكونوا طرفا في هذه الخلافات لأن كل شريك يهمه استقرار الأمور في الشركة حتى تحقق أهدافه[4].

---

[1] الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم والمؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر لسنة 1975، المتضمن القانون المدني.

[2] أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري، دار الفكر العربي، دون طبعة، مصر، 1988، ص 177.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 123.

[4] أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 243.

2-الأسباب الخاصة

أ-موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه

نصت المادة 439 من القانون المدني الجزائري على انقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه، لأن شركة الأشخاص قائمة على أساسا الاعتبار الشخصي، وبالتالي فزوال هذه الشخصية يؤدي إلى انحلال الشركة، غير أنه يجوز الاتفاق في حالة موت أحد الشركاء على استمرار [1] الشركة مع الورثة حتى ولو كان قاصرا.

وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، كما إذا اتفق الشركاء في عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه في الشركة لأجنبي وإحلال المتنازل له في محله في الشركة، وإذا جاز لأجنبي أن يحل محل الشريك فأولى أن يحل محله الورثة، فإن الشركة بذلك لا تنقضي بل تبقى قائمة ويحل محل الشريك المتوفي ورثته[2].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ضرورة الاتفاق المسبق للشركاء، حتى يمكن استمرار الشركة مع الورثة، وذلك في الطعن رقم 1833 لسنة 52 قضائية بتاريخ 20 جانفي1988،وقد أقرت محكمة النقض أن خلو عقد تأسيس الشركة من اتفاق صريح بين الشركاء أنفسهم على أنه إذا مات أحدهم تستمر الشركة مع ورثته، فإن مؤدى ذلك اعتبار الشركة منحلة قانونا بمجرد وقوع الوفاة[3].

فإذا لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة مع ورثة أحدهم في حالة موته، واتفقوا على استمرارها فيما بينهم فإن الورثة لا يأخذون إلا نصيب مورثهم من أموال الشركة وبقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع لهم نقدا ولا يكون لهم نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر الحقوق الناتجة من أعمال سابقة على الوفاة[4]، وهذا ما نصت عليه المادة 439 من القانون المدني في فقرتها الثالثة.

---

[1] أحمد محرز أحمد، المرجع نفسه، ص 75.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 364 .

[3] مجلة الشركات 1993، رقم 203، ص .75

[4] أحمد محرز أحمد، مرجع سابق، ص230.

وغني عن البيان أنه في حالة الاتفاق على استمرار الشركة وكانت حصة الشريك تقديم عمل للشركة، فإن وفاته بترتب عليها انقضاء الشركة بالنسبة إليه لتعلقها بشخصه ويكون لورثته فقط الحصول على حق مورثهم في الأرباح عن العمليات التي تمت قبل وفاته[1].

إلا أنه تجدر الإشارة في حالة الحجر على الشريك، يستوي في ذلك أن يكون الحجر قانونيا بناء على عقوبة جنائية أم قضائية... أو جنون أو سفها[2].

ب-انسحاب أحد الشركاء

تقضي المادة 440 من القانون المدني الجزائري، بانتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محدودة وذلك بمجرد إعلان رغبته في الانسحاب. غير أن الشريك لا يمكنه استعمال هذا الحق إلا إذا توفرت بعض الشروط، كأن يعلن الشريك مسبقا عن إرادته للانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الأمر وفقا لمبدأ حسن النية.

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

الفرع الثاني: الأسباب غير المباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء إلى إصلاح العيب الموجود في الشركة، وتتحول الشركة المعتدلة بذلك إلى شركة قانونية، مهما كان نموذج الشركة، ومهما كان العيب الموجود فيها.

فقد يكون العيب متعلق بالشركة بأكملها كأن يلجأ الشركاء إلى تكوين نوع من الشركات لا يجيز القانون تكوينها، وقد يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوينها، أو بسبب يتعلق بصفة الشركاء.[4]

أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك

كأن يكون الأطراف ممنوعون من تكوين الشركة التجارية لسبب يعود إلى صفة يحملها الشريك يمنع القانون عليه أن يكون عضوا في مثل هذه الشركات، كصفة الأطباء أو المحامين الممنوعين من تكوين شركة

---

[1] سميحة القليوبي، مبادئ القانون التجاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، الطبعة الثالثة، مصر، بدون ذكر السنة، ص 204.

[2] أحمد محرز أحمد، المرجع السابق، ص231.

[3] عمورة عمار، مرجع سابق، ص 164.

[4] سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص 202.

تجارية فإذا لجأ الأطراف لتحويلها إلى شركة مدنية يسمح لهم القانون بإنشائها، وبالتالي تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة.

ثانيا: عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة

كأن يكون رضا أحد الشركاء مشوبا بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه، الغلط، التدليس، الغبن)، أو أن يمتنع أحد الشركاء عن دفع حصته للشركة، فلو كان أحد الشركاء ناقص الأهلية وكان رضاه معيبا، فإن إصلاح العيب يتم عند موافقة الشريك ناقص الأهلية على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد وعندئذ تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.

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

المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

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

وعليه بمجرد انقضاء الشركة الفعلية تدخل في مرحلة التصفية (فرع أول)، فالتصفية إجراء وجوبي يطبق على كافة الشركات التجارية ما عدى شركة المحاصة[2]، وتتم وفق عمليات وإجراءات خاصة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية

يقصد بالتصفية القيام بمجموعة من الأعمال التي من شأنها تحديد ما للشركة من حقوق لدى الشركاء والغير للمطالبة بها بالإضافة إلى ما عليها من ديون اتجاه الغير، أي التسوية لجميع العمليات التي باشرتها الشركة طوال وجودها بالتالي لا يمكن تصور قيام الشركة ما لم تمارس شيئا من نشاطها[3] .

---

[1] سليم عبد الله احمد الجبوري، مرجع نفسه، ص 204.

[2] باستثناء شركة المحاصة: لا تخضع هذه الشركة لقواعد تصفية الشركات عند انحلالها ألن التصفية تعني تسوية مركز الشركة من حيث كونها دائنة ومدينة، لذا فإنها تنتهي عن طريق المحاسبة بتقديم حساب من المدير أو الشركاء، عما قاموا به من أعمال لحساب الشركة. لمزيد من التفصيل. راجع سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 230.

[3] سليمان بودياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، 2008، ص237.

ونظرا لاختلاف طبيعة عالقة الشركة بالنسبة للشركاء وبالنسبة للغير، سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء (أولا)، ثم القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير(ثانيا).

أولا: القواعد الخاصة بتصفية العالقات فيما بين الشركاء الفعليين

متى حكم على الشركة بالبطلان، جاز لكل شريك المطالبة باسترداد حصته ولا يكون ذلك إلا بعد تطبيق قاعدة توزيع الأرباح والخسائر ذلك أن استرداد الحصة سالمة من الخسارة ومجردة من الربح لا يكون إلا بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره[1].

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

إلا أنه إذا كانت الشركة باطلة لسبب آخر كعدم مشروعية المحل أو السبب فلا يجوز أن تتم التصفية طبقا للقواعد الواردة في عقد الشركة. و تجدر الإشارة إلى أنه في حالة انعدام النص على طريقة التصفية في العقد التأسيسي للشركة، فإن القضاء يميل إلى لاعتماد على الإرادة الجماعية للشركاء التي يجب على القاضي استخلاصها والكشف عنها، وعند الاستحالة يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للتصفية.

مهما يكن فإنه تصفية الشركات الفعلية بصفة عامة والعالقات التي نشأت بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية.[2]

ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العالقات بين الشركة والغير

يقصد بالغير الأشخاص الذين تهمهم التصفية أي دائنوا الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء.

إن اختلاف مصالح دائنوا الشركة يتطلب من البعض التمسك بصحة الشركة، بينما البعض الآخر يتمسك ببطلانها، والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي القواعد التي تتم بها التصفية طبقا لحق الاختيار الممنوح له؟

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

[1] سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال و الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 274.

[2] رابح عليوة، مجال تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 105.

أما في حالة تمسك دائنوا الشركة ببطلانها فتنصرف أثره إلى الماضي فتنهار الشركة وينهار معها عقدها، ويترتب على ذلك انعدام الكائن المعنوي كأثر مباشر للبطلان، وتتحول إلى كتلة مالية، يستخرج منها حصص الشركاء وترد إليهم[1].

الفرع الثاني: عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

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

أولا: تعيين المصفي وتحديد سلطاته

متى حكم على الشركة بالبطلان فإن للمحكمة تعيين المصفي وتحديد طريقة التصفية، وبالنسبة للشركة الفعلية يتم تعيين المصفي من قبل المحكمة التي قررت بطلان الشركة[2].

يرى جانب من الفقه أن حق تعيين المصفي هو محصور على الشركاء لا غير ومن ثم يكون على عاتقهم الإسراع في اختيار مصفي للشركة، وفي حالة عدم الاتفاق يجوز لأي الشريك الرجوع إلى المحكمة من أجل رفع دعوى يكون موضوعها تعيين مصفي للشركة[3].

إلا أن جانب من الفقه يرى أنه يجوز لدائني الشركة في حالة تقصير الشركاء في واجبهم بتعيين مصفي للشركة فيكون من مصلحة هؤلاء الدائنين رفع دعوى مباشرة يطالبون فيها تعيين مصفي أو أكثر وهذا لتوافر مصلحة مشروعة لهم[4].

ثانيا: تحقيق الأصول وتسوية الخصوم

بما أن الهدف من التصفية هو تحقيق موجودات الشركة وتوزيع حصيلتها بعد بيعها واستفاء ما الشركة من حقوق وديون، استلزم الأمر على المصفي تحصيل ديون الشركاء دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك

---

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 276.

[2] راجع عمورة عمار، مرجع سابق، ص 166.

[3] محمود محمد شمسان، المرجع السابق، ص 465.

[4] الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (الشركات التجارية)، الجزء الثاني، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، 1999، ص2.

بعيب الشركة للتخلص من التزاماتهم ولا يجوز لهم استرجاع حصصهم إلا إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، ونفس الحكم ينطبق على الغير فيحق له المطالبة بالديون التي تعود للشركة.

أما عن تسوية الخصوم فعلى المصفى أن يقوم بتسديدها على الشركة من ديونها لدى الغير[1].

ثالثا: القسمة

تعتبر القسمة الهدف النهائي في التصفية بعد تسديد ما على الشركة من ديون وتتم القسمة بين الشركاء بالطريقة المبينة في العقد التأسيسي للشركة أي وفقا لما اتفق عليه الشركاء، أما في حالة عدم الاتفاق على كيفية إجراء القسمة بينهم أو تعذر تطبيق بنود العقد بسبب مخالفتها للقانون، تجري القسمة طبقا لأحكام القانون[2].

في حالة عدم كفاية صافي مال الشركة للوفاء نعود على حصص الشركاء، و توزع عليهم الخسارة جميعا بالنسبة لرأس المال تطبيقا للقواعد العامة. وعند الانتهاء من عملية التصفية و يتبين أن الشركة الفعلية معسرة وجب شهر إفلاسها وتخضع في ذلك لنفس الإجراءات الخاصة بإفلاس الشركات القانونية[3].

[1] رابح عليوة، نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

[2] عمورة عمار، مرجع سابق، ص 172.

[3] رابح عليوة، مرجع نفسه، ص 165.

خلاصة فصل الثاني:

لقد أقر المشرع الجزائري نوعين من البطلان، بطلان مطلق وبطلان نسبي، غير أنه وبصدد عقد الشركة، هناك نوع أخر من البطلان وهو البطلان من نوع خاص.

وإذا كان البطلان هو الجزاء المترتب عن تخلف ركن من أركان عقد الشركة، فيستوجب علينا تحديد المقصود من البطلان، والحالات التي قرر فيها القانون بطلان عقد الشركة، وآثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية مع الغير والشركاء.

نص المشرع الجزائري في القانون المدني بصفة عامة والقانون التجاري بصفة خاصة على الأسباب المؤدية لانقضاء الشركات التجارية، التي تنقسم بدورها إلى أسباب عامة تنحل بها كافة الشركات وأسباب خاصة تخص مجموعة من الشركات التجارية سواء كانت شركات أشخاص أو أموال، وقد نص أيضا على أسباب انحلال الشركات التجارية المباشرة والغير المباشرة.

الخاتمة

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

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

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

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

-إن الشركة الفعلية توجد في الواقع ولابد من الاعتراف بها حفاظا على قواعد العدالة، وأساسها نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري والمادة 545 قانون تجاري جزائري.

-ترجع أسباب قيام الشركة الفعلية في أغلب حالاتها إلى بطلانها، بيد أن هذا الاختلال في الشكل لا يلاحظ، وتمارس الشركة نشاطها وعلاقاتها مع الغير، ثم يتضح بعد ذلك العيب في الركن المذكور وعندئذ توجد الشركة الفعلية.

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

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

-كذلك حالة ممارسة الشركة لنشاطها و لم تتم إجراءات تأسيسها، و تنتهي الشركة الفعلية إما بعوامل الانقضاء العامة للشركة القانونية أو بتحويلها إلى شركة قانونية صحيحة وذلك عن طريق إزالة العيب الذي لحقها، وعندئذ تستمر بممارسة نشاطها كشركة قانونية.

-تسري على الشركة الفعلية جميع الأحكام الخاصة بالتصفية عموما و المتعلقة بالشركات القانونية.

-يمكن شهر إفلاس الشركة الفعلية (إذا تم شهر إفلاسها)خلال فترة التصفية، ترفع عندئذ يدها على أموالها، ومجوداتها وتعامل معاملة الشركة المنقضية انقضائها انقضاء طبيعيا.

-تخضع الشركة التجارية الفعلية للضريبة التي تقررها الدولة على نشاط الشركات حيث يحق لمصلحة الضرائب المطالبة بها.

-ومع كل هذه النتائج المتوصل إليها نقترح جملة من التوصيات والتي سبق الذكر الكثير منها في متن هذا الموضوع بحسب موضعه وهي كالآتي:

-أن يضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية تنظم الشركة التجارية الفعلية من حيث قواعد التصفية وقواعد الإفلاس.

-ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي بحيث نظرية الشركة التجارية لرسوخها تشريعا وقضاء.

-نرى ضرورة العمل على استمرار الشركة الفعلية في الحياة القانونية من جديد، وذلك بتحويلها إلى شركة قانونية عن طريق إصلاح العيب الموجود فيها، وبذلك تظل جميع إلتزاماتها صحيحة في مواجهة الغير، و نقترح أن يأخذ المشرع الجزائري بأحكام وقواعد ست الشركة الفعلية التي اقر عليها القضاء والتشريع الفرنسي، إذ من الأفضل أن تجد الشركة حلول جاهزة وثابتة ومستوفاة من القانون.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1-أحمد محرز أحمد، الشركات التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.

2-أحمد محرز أحمد، القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دون دار النشر، الجزائر، 1980.

3-إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة: الشركات التجارية، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، 1999.

4-إلياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

5- أحمد عبد اللطيف غطاشة،، الشركات التجارية، دار الصفاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1999.

6- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري، دار الفكر العربي، دون طبعة، مصر، 1999.

7-بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص)، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون طبعة، دون سنة النشر.

8-بيراميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009.

9-جمال الدين مكناس، القانون التجاري، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.

10-خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار المعتز، الأردن، 2003.

11-سامي عبد الباقي أبو صالح، الشركات التجارية، دون دار نشر، 2013.

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

13-سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1992.

14-سميحة القيلوبي، مبادئ القانون التجاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، الطبعة الثالثة، مصر، دون سنة.

15-سليمان بودياب، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

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

17-علي البارودي، القانون التجاري، الجزء الثاني، (الشركات التجارية)، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1988.

18-علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موقم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.

19-عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

20-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرص والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

21-عمار عمورة، شرح القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

22-عبد الحميد شواربي، موسوعة شركات الأشخاص والأموال، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الاسكندرية، مصر، 1991.

23-عبد القادر بقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

24-فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

25-فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات، طبعة واحد، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.

26-محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية، المجلد الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

27-محمود مختار، أحمد البربري، قانون المعاملات التجارية، الشركات التجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

28-مراد منير فهمي، نحو قانون واحد للشركات (تقنين الشركات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.

29-محمد فريد العريني وجلال وفاء البدري محدين، قانون الأعمال دراسة النشاط التجاري وآلياته، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

30-مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1998.

31-مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، دون طبعة، دار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994.

32-محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

33-محمود مختار أحمد البريري، قانون المعاملات التجارية، الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1987.

34-محمود محمد شمسان، تصفية الشركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1994.

35-نسرين شريقي، الإفلاس والتسوية القضائية، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

المذكرات والرسائل:

1- عبد الله خالد السوفاني، الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، ج2، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس،2001/2000.

2- قرواش رضوان، عقد الشركة في القانون التجاري، مذكرة ماجستير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2004/2003.

3- مساعد بن حمد بن عبدالله الشريدي، الشركة الفعلية،أطروحة دكتوراه في السياسة الشرعية، معهد العالي للقضاء، السعودية، 2013/2012.

4- معارفية مالية، تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة ماجستير في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2013/2012.

المقالات:

1- حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسن يشايرة، «مفهوم الشركة الفعلية و نطاق تطبيقها: دراسة مقارنة» المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، د.س.ن، ص.ص80،110.

2- عليوة رابح، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون التجاري، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد28، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2011،ص.ص95،109.

3- قليلي بنعمر، الطبيعة القانونية لنية الاشتراك في عقد الشركة، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، مركز الجامعي لمغنية، الجزائر، 2022/05/12، ص.ص899،908.

4-محمد الفتاحي، الشركة الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جامعة الشهيد لخضر حمة لخضر، 13 جوان 2010، ص.ص90،104.

المحاضرات:

1- حميدة نادية، محاضرات في قانون الشركات، جامعة مستغانم، الجزائر، 2022/2021.

2- صباح عبد الرحيم، محاضرة في أحكام الشركة الفعلية، جامعة أم بواقي، الجزائر، د.س.ن.

3-طباع نجاة، مطبوعة مقياس قانون الشركات، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2018/2017.

النصوص القانونية:

1-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني،المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد13، الصادرة في 1975/09/26.

2- الأمر رقم 22/90 المؤرخ في 1990/08/18 المتضمن السجل التجاري، الجريدة الرسمية العدد36، المؤرخة في 1990/08/18.

3- الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/09 المتضمن التقنين التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية العدد77، الصادرة بتاريخ 1996/12/11، معدل والمتمم.

4-الأمر رقم 92/97 المؤرخ في 1997/03/17 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، الجريدة الرسمية العدد17، المؤرخة في 1997/03/17.

القرارات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1980/12/20، المجلة القضائية، عدد04، 1991.قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د.س.ن.

2- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1985/06/15، يتعلق بالشركة التجارية بطلان العقد آثاره بين الشركاء، المجلة القضائية، عدد04، 1985.

3- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1889/08/22، جريدة الشركات، العدد1900.

4- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1990/12/20، المجلة القضائية، العدد01، 1992.

5- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1996/03/26، يتعلق بالإثبات عقد الشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلا، المجلة القضائية، العدد05، 1997.

6- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1997/03/18، المجلة القضائية، العدد06، 1998.

7- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د.س.ن.

8-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2015/11/19، نشرة القضائية، عدد59، د.س.ن.

المراجع باللغة الفرنسية:

1-Brigitte (HF) et Anne (US), droit des affaires, 12éme édition sirey, paris, 1999.

2-Joseph, théorie pratique des mullitiés de sociétés de fait, études de jurisprudence et de droit, recueil sirey, 2émé éd, France, 1996.

المواقع الالكترونية:

http :books.google.dz.

الفهرس:

شكر وتقدير ..... أ

إهداء .....ب

إهداء ..... ج

قائمة المختصرات : .....د

المقدمة 1

أسباب اختيار الموضوع: 3

1-الأسباب الذاتية:.....4

2-الأسباب الموضوعية:.....4

إشكالية الدراسة:..... 4

منهجية الدراسة:..... 4

الدراسات السابقة: 4

صعوبات الدراسة:..... 5

خطة البحث: 5

الفصل الأول مفهوم نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

المبحث الأول: مضمون نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري 9

المطلب الأول: تعريف نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري 10

الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني لنظرية الشركة الفعلية.....10

أولا: التعريف الفقهي للشركة الفعلية.....11

ثانيا: التعريف القانوني للشركة الفعلية.....11

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري والفرنسي من نظرية الشركة الفعلية 12

أولا: موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية 12

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية 13

ثالثا: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي لسنة 1966. 16

المطلب الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن الشركات المشابهة لها 17

الفرع الأول: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع 17

الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة. 18

المبحثالثاني: أركان قيام الشركة الفعلية 19

المطلب الأول: الأركان الموضوعية 20

الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة 20

أولا: الرضا 20

ثانيا: الأهلية 21

ثالثا: المحل والسبب 22

الفرع الثاني: الموضوعية الخاصة 23

أولا: تقديم الحصص 23

ثانيا: تعدد الشركاء 26

ثالثا: نية المشاركة.....27

رابعا: اقتسام الأرباح والخسائر 28

المطلب الثاني: الأركان الشكلية.....29

الفرع الأول: الكتابة.....29

الفرع الثاني: الشهر والنشر 31

خلاصة الفصل الأول: 34

الفصل الثاني نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

المبحث الأول: نطاق عقد الشركة الفعلية 37

المطلب الأول: تطبيقات الشركة الفعلية.....37

الفرع الأول: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة البطلان 37

أولا: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية العامة.....38

ثانيا: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة 40

ثالثا: البطلان لتخلف الأركان الشكلية.....42

الفرع الثاني: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة غير البطلان 44

المطلب الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية 44

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء.....44

أولا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة 44

ثانيا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء 45

الفرع الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين 46

أولا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير 47

ثانيا: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشركاء الشخصيين 48

المبحث الثاني: أسباب انقضاء الشركة الفعلية. 49

المطلب الأول: أسباب انحلال الشركة الفعلية 49

الفرع الثاني: الأسباب المباشرة 49

أولا: الانحلال بسبب دعوى البطلان 49

ثانيا: الانحلال للأسباب القانونية 50

الفرع الأول: الأسباب غير المباشرة.....58

أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك.....58

ثانيا: عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة 59

المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها.....59

الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية 59

أولا: القواعد الخاصة بتصفية العالقات فيما بين الشركاء الفعليين 60

ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العالقات بين الشركة والغير 60

الفرع الثاني: عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية 61

أولا: تعيين المصفي وتحديد سلطاته 61

ثانيا: تحقيق الأصول وتسوية الخصوم.....61

ثالثا: القسمة.....62

خلاصة فصل الثاني: 63

الخاتمة 64

قائمة المصادر والمراجع 64

ملخص:

عالجت الدراسة نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، وبينت أوجه التفرقة بين الشركة الفعلية وبعض النظم القانونية التي قد تلتبس بها كشركة المحاصة والشركة المنشاة من الواقع، والشركة في مرحلة التأسيس. كما تناولت الدراسة موقف المشرع الجزائري من النظرية والذي اعترف بها كما عالجت موقف القضاء الجزائري المتردد من نظرية الشركة الفعلية. وأخيرا تناولت الدراسة مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية، وبينت النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة وكيفية انقضاؤها وتصفيتها.

Abstract:

The study has treated the theory of the de facto company according to the Algerian law. The study similarly distinguishes the defining juristic characteristics of de facto company from other kinds of corporations like the ones already practicing and startups. The study has also considered the Algerian lawmaker's theoretical position from the facto companies as that law maker has shown a hesitancy and a preference for a real or traditional company. Eventually, the study has focused on the extent to which the facto company can function, the consequences from fully acknowledging its existence and the ways in which it can be legally dissolve.