وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم حقوق نظام ل. م. د

النظام القانونى للشركة الفعلية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبتين:

عمرون رقية

يعقوبي وفاء كميلة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
صغير بيرم عبد المجيد	استاذ محاضر أ	رئيسا
خالد عطوي	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق	استاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم رقية اللقب عمروني

اسم الأب عبد الله اسم ولقب الأم غربي عائشة

تاريخ الازدياد 1968/12/10 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف 06.96.02.06.76

البريد الالكتروني mahRaFi8888@gmail.com

العنوان الشخصي 98 مسكن

الباكالوريا:

المعدل 10.59 الشعبة/التخصص أدب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس: الحقوق

تخصص الليسانس قانون خاص الدفعة/ سنة التخرج: 2020 / 2019

الماستر: حقوق

تخصص الماستر قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022 / 2021

المعدل التراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف ☐ عاطل عن العمل ☐

في حالة موظف:

وضيف عمومي X قطاع خاص:

مصلحة مستخدمة اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل

الصيغة:

موظف دائم X موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) عمروش رقية

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200334025

الصادرة بتاريخ 24/04/2016 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

النظام القانوني للشركة المغفلة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 19/06/2022

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: وفاء كميلة اللقب: يعقوبي

اسم الاب: سليمان اسم ولقب الأم: قريشة عشوشة

تاريخ الازدياد: 29/09/1995 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06.57.08-86.53

البريد الالكتروني: YagoubiKamiLiawaja@gmail.com

العنوان الشخصي: حي التخزينة رقم 06

الباكالوريا:

المعدل: 10,30 الشعبة/التخصص: لغات أجنبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2015

الليسانس: حقوق

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/ سنة التخرج: 2019/2020

الماستر: حقوق

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2021/2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وصف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

Yagoubi

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) بعقوبي وفاء أميلة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201837336

الصادرة بتاريخ 25/09/2017 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

النظام القانوني للشركة القابضة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 19/06/2022

إمضاء المعني

Yagoubi

شكر وعرفان

نشكر الله تعالى على كل ما منحه لنا طالبين منه عز وجل أن يوفقنا للمضي قدًما في مسارنا الدراسي والعملي والشخصي.

ولنا الشرف العظيم أن نتقدم بخالص شكرنا وتقديرنا للأستاذ " **عطوي خالد**" الذي ساعدنا في إنجاز هذا العمل عن طريق تشجيعنا وتوجيهنا، والذي لم يبخل علينا بالنصح والإرشاد ونشكره على تواضعه وسعة صدره، فله منا كل الاحترام والتقدير.

إهـــــــــــــداء

إلى روحهما أهدي هذا البحث، راجية أن يكون حسنة وصدقة عنهما، إليكما أمي وأبي الحاضرين دومًا رغم الغياب.

إلى أولئك الذين يفرحهم نجاحنا، ويحزنهم فشلنا أهدي هذا البحث إلى الأقارب قلبًا ودمًا ووفاءً.

عمرون رقية

إهـــــــــــــداء

إلى من حق فيهما قوله تعالى: "**ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما، واخفض جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا**".

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز من في الوجود إلى من حملتني وهنًا على وهن ومن كانت خير معين أمي العزيزة والحنونة "عيشوش".

وإلى الذي تحمل الشدائد وكان عرق جبينه دربي أبي الغالي "سليمان"

اللذان لقناني دروس الحياة، وتوجاني بثقتهم الكاملة أطال الله في عمرهما.

وإلى اخواتي وزوجة أخي، وخاصة أخي الصغير الحبيب "عيسى".

وإلى البراعم الصغار مرام نوارة، ويحيى ريان.

وإلى كل عائلتي جميعا.

يعقوبي وفاء كميلة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــــــدمة

يتسم عالم التجارة بحركية وسرعة، تقتضي ضرورة وجود ضوابط قانونية تتمتع بالمرونة والمواءمة بالنظر إلى مضمون الحياة التجارية ذات الطبيعة الخاصة سواء من حيث الأشخاص أو الأموال، فنتج القانون التجاري كفرع من فروع القانون الخاص لنظم علاقات التجار، وصفة التجار لا تقتصر فقط على الأفراد الطبيعيين الذين يحترفون القيام بالأعمال التجارية، بل تمتد أيضا إلى بعض الأشخاص المعنوية وتسمى الشركات التجارية.

تعد الشركة عقدا ينشأ عنه شخص معنوي، له شخصيته وكيانه المستقل عن شخصية الشركاء المكونين له، وله ذمة مالية منفصلة عن ذممهم، ويباشر نشاطه كسائر الأشخاص المعنوية، فتنشأ له حقوق وتترتب عليه التزامات.

يلزم لتكوين عقد الشركة التجارية صحيحا، توافر بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة المتعلقة بجميع العقود من محل ورضا وسبب، أركانا الخاصة بعقد الشركة، وهي تعدد الشركاء، وركن تقديم الحصص وركن توزيع الأرباح والخسائر وركن نية الاشتراك كشرط مفترض، ناهيك عن الشروط الشكلية والمتمثلة في الكتابة الرسمية والقيد في السجل التجاري. ويترتب على تختلف أي ركن من هذه الأركان او الشروط بطلان عقد الشركة، غير ان هذا البطلان يستقل بأحكام منفردة عن البطلان المعروف في القواعد العامة، هذه الاستقلالية التي يستشف جانب منها من بعض النصوص القانونية المتعلقة بالشركات، وجانب آخر من القضاء من خلال تكريس فكرة الشركة الفعلية، فمتى حكم القاضي ببطلان عقد الشركة بناء على طلب من له مصلحة لتخلف شروط تأسيس الشركة قامت الشركة الفعلية، مع ضرورة أن تكون هذه الأخيرة رتبت آثارا بالنسبة للغير فنشأت في حقها حقوق، وترتبت عليها التزامات.

الشركة الفعلية – محل الدراسة– لا تخرج في الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنها شركة صحيحة، ولكن سرعان ما يظهر بعد ممارستها لنشاطها أنها شركة معتلة بسبب وجود عيب قانوني في التأسيس فتتعرض للبطلان، على أن القضاء والقانون يلغي الأثر الرجعي لبطلانها أي يحدّ من بطلانها بالنسبة للماضي ، خلافا للقواعد العامة لنظرية البطلان في العقود، التي تقتضي أنه متى بطل العقد ارتد البطلان إلى الماضي بأثر

رجعي، وهذا ما نصت عليه المادة 1/103 [1]من القانون المدني الجزائري: " **يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل**".

وفي الحقيقة ان هذا الخروج عن القواعد العامة جاء بهدف الحفاظ على استقرار المراكز القانونية الناشئة، وتجنبا للأضرار التي قد تقع على الغير نتيجة إلغائها جذريا وبصورة مطلقة، ولتعذر إعادة أطراف جميع أطراف العلاقة إلى حالتهم الأولى[2].

ويعود أصل الشركة الفعلية إلى القضاء الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر، حيث رفضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 10 أبريل 1825[3]، تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التي أنشأت بغير كتابة أو بغير إشهار حماية للغير، واعتبرت المحكمة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمالا صحيحه على أساس الوجود الفعلي للشركة واستعمل حينها لأول مرة في مصطلح "الشركة الفعلية"، ليسايره بعد ذلك الفقه في تطوير هذه النظرية وبلورتها، ما دفع المشرع الفرنسي الاعتراف صراحة بالشركة الفعلية، وتأصلها بنصوص قانونية لتنظيمها[4].

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تتناول شركة من الشركات التجارية وهي الشركة الفعلية التي أنشأت في ظاهرها على أنها سلمية، وبني على ذلك أن الشركة الفعلية هي الشركة التي أنشأت في ظاهرها على أنها سلمية، بني على ذلك تعاملات مع الغير ونشوء مراكز قانونية دائن أو مدين، ثم حكم ببطلانها لتخلف إحدى الشروط الموضوعية العامة أو

---

[1]سعيد يوسف البستاني، **قانون الأعمال والشركات ـ القانون التجاري العام، الشركات، المؤسسة التجارية، الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول**، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 247.

[2]المادة 1/103 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، قانون رقم07-05 مؤرخ في 2007، ج-ر، عدد31، 2007.

[3] سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 38.

[4]محمد فتاحي، **الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، العدد الثالث عشر، جوان 2016، ص 98، 99.

الخاصة، أو الشروط الشكلية، وتقضي القاعدة العامة في البطلان المطلق والبطلان النسبي بإعادة الشركة إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إذا كشف سبب البطلان منذ البداية.

وما يزيد من أهمية هذه الدراسة أن موضوع الشركة الفعلية لم يحظ بدراسية كافية، نظرا لندرة الدراسات والأبحاث والمراجع المتعلقة بهذا الموضوع.

كما تتجلى هذه الدراسة في أنها ستحلل موضوع الشركة الفعلية ابتداء من التعريف وانتهاء بالآثار المترتبة عن انحلال الشركة وتصفيتها.

ونظرا لكل هذا فإن الباحث في هذه الدراسة يأمل أن يشكل اسهامه هذا رافدا جديدا للمكتبة الجزائرية التي تفتقر إلى هذا النوع من الدراسات.

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-الأسباب الذاتية:

رغم تنوع مواضيع القانون التجاري والتي يمكن البحث في أي منها، إلا أن قلة الدراسات والأبحاث التي شملت الشركة الفعلية، زادنا إصرار على اختيار هذا الموضوع، وإزالة الغموض عن هذه الشركة، وتطابق عنوان هذا الموضوع مع تخصص دراستنا، والاستزادة قدر المستطاع بما يتعلق به من معلومات.

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، **فماهي الشركة الفعلية وكيف نظمها المشرع الجزائري؟**

منهجية الدراسة:

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

أ- **المنهج الاستقرائي:** لأننا بصدد استقراء النصوص القانونية، وأراء الفقهاء التي عالجت الموضوع ومحاولة الإلمام بكل جزئياته والربط بينها.

ب-**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.

ت-**المنهج القانوني:** وذلك بتوضيح أحكام هذه الشركة من خلال نضرة التشريعات ولاسيما المشرع الجزائري لها والأحكام التي خصها بها. ونظرا لطبيعة المادة حيث قمنا بتحاليل عدة مواد، في إطار القانون التجاري وكذا القانون المدني الجزائري، التي تخضع لها الشركة الفعلية.

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 97_110.

وبعض **الكتب** منها:

- سليم عبد الله الجبوري، **الشركة الفعلية**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 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:

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

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

لذلك يمكننا القول إن موضوع الشركة الفعلية لم يَحظَ بدراسة دقيقة تبرز كل ما فيه.

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 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 والأسباب غير المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية، وكيفية تصفيتها وقسمتها.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للشركة الفعلية

الفصل الأول
الإطار المفاهيمي للشركة الفعلية

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

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

لذلك وفي سبيل محاولة التعرف إلى الشركة الفعلية قسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الشركة الفعلية.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الشركة الفعلية.

المبحث الأول

مفهوم الشركة الفعلية

لتحديد مفهوم شامل للشركات التجارية، نتطرق في المطلب الاول الى التعاريف الفقهية والقانونية والاجتهاد القضائي. وتمييز الشركة التجارية عن غيرها من الحالات المشابهة ثم نتناول في المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية لذا قسمنا هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: التعريف بالشركة الفعلية.

المطلب الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائري من الشركة الفعلية.

المطلب الأول

التعريف بالشركة الفعلية

لا تخرج الشركة الفعلية في الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنها شركة صحيحة، ولكن سرعان ما يظهر بعد ممارستها لنشاطها أنها مثل شركة معتلة أي مخالفة لأحكام القانون.

توجد أسباب كثيرة دعت إلى وجود مثل هذا النوع من الشركات، فقد تنشأ لقصور في القانون على وضع نظام كامل لتكوين الشركات، أو تنشأ مخالفة للأحكام والقواعد القانونية المنظمة للشركات، أو لاتجاه إرادة المتعاقدين عمدا لقيامها.

يقتضي تحديد مفهوم الشركة الفعلية التجارية الفعلية أن نتطرق لتعريف الشركة الفعلية في الفقه والقانون الجزائري في الفرع الأول.

تجدر الإشارة إلى أن الشركة الفعلية قد تختلط بعد قيامها من حيث المفهوم مع بعض النظم القانونية المشابهة لها. والبحث في مضمون الشركة الفعلية من شأنه التمييز بين الشركة الفعلية والنظم المشابهة لها في الفرع الثاني.

لذلك سيتم تقسيم المطلب على فرعين:

الفرع الأول: تعريف الشركة الفعلية في الفقه والقانون.

الفرع الثاني: التمييز بين النظم المشابهة لها.

الفرع الأول

تعريف الشركة الفعلية

تعرف الشركة الفعلية على أنها الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة في الفترة ما بين التأسيس والحكم ببطلانها، بحيث يدل تعبير الشركة الفعلية عن شركة باطلة قانونا، إلا أن الشركاء أرادوا تكوينها فباشرت نشاطها قبل إعلان بطلانها[1].

نستطيع القول أيضا أن الشركة الفعلية هي الشركة التي أنشأت في ظاهرها على أنها سليمة، وبني 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 البطلان المطلق والبطلان النسبي بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إذا كشف سبب البطلان منذ البداية.

وعليه نتطرق الى تعريف الشركة الفعلية في الفقه والقانون الجزائري.

أولا: تعريف الشركة الفعلية في الفقه:

هي شركة نشأت في ممارسة نشاط أو أكثر تم اعتبارها لسبب من أسباب البطلان فيلتزم الشركاء بتصحيحه أو تحويل أو انهاء.

ثانيا: تعريف الشركة الفعلية في القانون الجزائري:

تتمثل النصوص القانونية التي تخص الشركة الفعلية في شكلين هما:

الأول عملي: يتمثل في وجود علاقات قانونية ومراكز أنشأت بعد قيام الشركة بالفعل.
الثاني قانوني: هو نص المادة 418 من الأمر 59-75 المؤرخ في 1975/09/26 ج. ر الصادرة في 1975/09/30 المتضمن القانون المدني الجزائري التي تقرر بطلان عقد

[1] حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين يشايرة، "**مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، دس من.، ص 50.

الشركة إذا لم يكن مكتوب وكذلك تنص المادة 417 من ق. م. ج " **تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخص معنوي غير أن 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** ".

الفرع الثاني

تمييز الشركة الفعلية عن النظم المشابهة لها

يلتبس بفكرة الشركة التجارية الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة كالشركة المنشاة من الواقع وشركة المحاصة والشركة تحت التأسيس وهو ما نوضحه على النحو التالي:

أولا: الشركة التجارية الفعلية والشركة المنشاة من الواقع

يبدو أن التفرقة لها أهميتها خاصة في ظل القانون الفرنسي حيث درج الفقه الفرنسي على التفرقة بين الشركة التجارية الفعلية والشركة المنشاة من الواقع. فالشركة التجارية الفعلية هي في الأصل شركة اتجهت إدارة الأفراد إلى تكوينها من خلال إبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع مسائل العقد [1]، غير أنه توافر أحد الأسباب التي تهدد عقد الشركة بالزوال.
كما أن الشركة التجارية الفعلية وحسب ما يقرره الفقه[2] ، تتمتع بالشخصية المعنوية في الفترة بين تكوينها إلى وقت الحكم ببطلانها وأثناء التصفية، أما الشركة المنشأة من الواقع فهي

---

[1] كغرض الشركة، مدة الشركة جهات الإدارة، كيفية توزيع الأرباح والخسائر مقدار الحصص، عدد الشركاء ..... الخ.

[2] (G) Repert, op cité p807. – (ph) Merle, op cité, p 503 – (M) jeanatin, droit des sociétés, 3 éditions, 1994 paris, p 95 et Suits. – (M) cozian, op.cit. p 73.

في الفقه العربي: أحمد محرز، **الوسيط في الشركات التجارية**، منشأة المعرف القاهرة، 2004، ص 2014، علي قاسم، مرجع سابق، ص 98، فريد العريني، مرجع سابق، ص 60، اكتم الخولي، **قانون التجاري اللبناني في التعاون**، دارا لنهضة= =العربية، القاهرة، 1966، ص 20. علي جمال الدين عوض، **الشركات التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961، ص56 كمال مصطفى طه، **شرح القانون التجاري ح (1) (الشركات)**، منشأة المعارف القاهرة، ص 70.

شركة لا تستند إلى عقد اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينه وإنما هي حالة واقعية لشركة تجارية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي لا تخضع لنظام الإفلاس[1] .

ومن أمثلة الشركات المنشأة من الواقع في القانون الفرنسي أن تساعد الزوجة زوجها في أعماله التجارية وبعد وفاته تدعي أن هناك شركة من صنع الواقع كانت تربطها بزوجها لتحصل على حقها من الأرباح وحقها في فائض التصفية[2] .

وعلاقة الخليل بخليلته في ظل القانون الفرنسي فبعد حل هذه العلاقة يدعي كل منها وجود شركة بينهما لتصفية ما بينهما من أموال وقسمة الأرباح الناتجة عن نشاطهم المشترك[3] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشركات المنشأة من الواقع أخضعها المشرع الفرنسي لأحكام شركة المحاصة[4] .

ثانيا: الشركة التجارية الفعلية وشركة المحاصة

تعرف شركة المحاصة أنها شركة صحيحة لها وجود قانوني ولكن فقط بين الشركاء لوجود خاصية الاستتار والخفاء، كما أن شركة المحاصة معفاة من الأحكام الشكلية (الكتابة والقيد والنشر)[5] ولذلك فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليست لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء ولا تخضع لإجراءات التصفية.

أما الشركة التجارية الفعلية فكما سبق القول هي شركة اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها ولكن تم إغفال الإجراءات الشكلية (الكتابة والقيد والنشر) مما يهدد الشركة بالزوال.

---

[1] (G) - Repert, op citp 807.

[2] علي قاسم، مرجع سابق، ص99.

[3] (G) Repert, op cite, p 807.

[4] (G) - Repert, op cite, p807- (ph) Merle, op cité, p 503

علي قاسم، مرجع سابق، ص 105، فريد العربني، مرجع سابق، ص 61 – 62

[5] انظر المواد من 795 مكرر (01) إلى 795 مكرر 05 تجاري جزائري.

تجدر الإشارة إليه أنه قد تتحول شركة محاصة إلى شركة واقع إذا ظهرت إلى العيان وفي هذه الحالة تطبق عليها أحكام الشركة الفعلية [1] من حيث التصفية وغيرها من الأحكام التي سوف نتناولها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

ثالثا: الشركة التجارية الفعلية والشركة تحت التأسيس

تعرف الشركة تحت التأسيس أنها شركة اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها من خلال قيام المؤسسين بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها كالقيد والنشر ولكن نية الشركاء تقصد استكمالها.

والفوارق الجوهرية بين الشركة في مرحلة التأسيس والشركة التجارية الفعلية، فالأولى نجد أن جل التشريعات لا تعترف لها بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة[2]، بخلاف الشركة الفعلية فهي شركة تتمتع بالشخصية المعنوية.

ومن ناحية أخرى فأن الشركة تحت التأسيس يمثلها المؤسسون ويتحملون المسؤولية بالتضامن[3] . أما الشركة التجارية الفعلية فانه يمثلها جهات الإدارة وتسال الشركة كشخص معنوي في مواجهة الغير كقاعدة عامة.

وأخيرا فإن الشركة تحت التأسيس لا تخضع للتصفية ولا تخضع لنظام الإفلاس بخلاف الشركة الفعلية التي يمكن تصفيتها وتخضع لنظام الإفلاس.

---

[1] على قاسم، مرجع سابق، ص 268 و269، أبو زيد رضوان، **الشركات التجارية**، ح 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 108، على البارودي، **القانون التجاري، ج 2(الشركات التجارية)** منشأة المعارف، القاهرة، 1988، ص157.

[2] بخلاف قانون الشركات الإماراتي الذي يعترف للشركة في مرحلة التأسيس بالشخصية المعنوية انظر المادة 72 من القانون رقم (18 لسنة 1984 المعدل) المتعلق بالشركات التجارية.

[3] المادة 549 تجاري جزائري.

المطلب الثاني

موقف المشرع والقضاء الجزائري من الشركة الفعلية

القول بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تأسيس الشركة أمر غير منطقي، وذلك بالنظر إلى الغير حسن النية الذي تعاقد معها. باعتبار هذا الأخير لاحظ الشكل الخارجي للشركة، حيث تبين له من خلال مظهرها أنها شركة قانونية ومكتملة الأركان، وبالتالي فإن فرصة إبطال الشركة وإعادة الشركاء إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد ليس بالحل العملي، ولذلك تم إعمال ما يعرف بنظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، بالتالي نتناول في هذا المطلب فرعين:

الفرع الأول: موقف المشرع من نظرية الشركة الفعلية.

الفرع الثاني: موقف القضاء من الشركة الفعلية.

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

نتناول موقف المشرع الجزائري في القانون المدني أولا ثم القانون التجاري ثانيا على النحو الاتي:

أولا: في القانون المدني:

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

[1] المادة 418 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

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

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

ثانيا: في القانون التجاري:

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

لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء»[2] .

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن الشركة قائمة فعلا لا قانونا في الفترة ما بين انعقادها والحكم ببطلانها، وهذا البطلان يعتبر كحل للشركة قبل حلول أجل انتهاءها. كما تخضع الشركة الفعلية لإثبات وجودها فعلا 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 فعلا عملها.

---

[1] محمد فتاحي، **الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة الخضر – الوادي – الجزائر، 2010، ص 101.

[2] المادة 545 من الأمر رقم 75– 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل للقانون رقم 15–20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، جريدة رسمية 71 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

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

الفرع الثاني

موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية

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 التجارية الفعلية، على هذا الأساس ظهر اتجاهين اتجاه ينكر صراحة قيام الشركة الفعلية(أولا)، واتجاه آخر يعترف بها(ثانيا) صراحة بالتالي سنتناول هذين الاتجاهين كما يلي:

أولا: الاتجاه الرافض لفكرة الشركة الفعلية:

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

وعليه فإن هذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية على أساس أن الشكلية من النظام العام، استنادا إلى المادة 418 [3] من ق. م. ج والمادة 545 ق. ت. ج[4].

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، **الشركات التجارية النظرية العامة وشركة الأشخاص، الجزء الأول**، دار العلوم للنشر والتوزيع، د. ب. ن، دس. ن، ص 108.

[2] قرار المحكمة العليا مؤرخ في 18- 03- 1997، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د.س.ن، ص 145.

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

[4] تنص المادة 545 من ق.م. ج: تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة.....

لكن هذا الاتجاه تم انتقاده من جهتين:

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

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

من جهة ثانية: بخصوص المادة 545 [1] ق. ت. ج فإنها أيضا صريحة في أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام لأن المشرع أعطى الحق للغير بأن يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الإثبات، وهو اعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية التجارية[2]

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[3] المؤرخ في 20-12-1990 يرفض الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية، حيث جاء في القرار ما يلي: «**من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات 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 ق. م. ج التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا، وكذلك المادة 545 ق. ت. ج التي تنص لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**».

وهذا الاتجاه أيضا تم انتقاده:

---

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

[2] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 101.

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

من **جهة أولى** أن المادة 418 ق. م. ج التي يستند إليها القرار لا تشير إلى نوع الكتابة في عقد الشركة والمشرع أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، والكتابة قد تكون رسمية وقد تكون عرفية.

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

ومن **جهة أخرى**، فإن المادة 545 ق. ت. ج وإن اشترطت في عقود الشركات التجارية الرسمية، إلا أن المشرع أجاز للغير إثبات وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات طبقا للمادة 545/3 ق. ت. ج، وهذا اعترافا بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية [1].

ثانيا: الاتجاه الذي يعترف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية.

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

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

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

وكذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 9-11-2005 الذي جاء فيه «**أن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج**

[1] أنظر محمد فتاحي، مرجع سابق، ص102.

[2] قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 15-06- 1985، يتعلق بالشركة التجارية بطلان العقد أثاره بين الشركاء – شركة فعلية"، مجلة قضائية، عدد 04، 1989، ص 414.

أثار إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الأثر القانونية»[1] .

وهذا القرار أيضا يؤيد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي في الاعتراف الواقعي للشركة التجارية الفعلية [2].

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الشركة الفعلية

تخلف ركن من الأركان الخاصة بتأسيس عقد الشركة بوجه عام، يعرض الشركة القائمة للانهيار، وقد يتولد عن ذلك الانهيار قيام شركة فعلية، 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 اثنتين، فإما أن تحقق لها سبيل الاستمرار في الحياة بوضعها كشركة قانونية، وإما أن تختفي هذه الشركة وتزول من الوجود بأن تحل وتصفى بمجرد الحكم ببطلانها. وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: بطلان عقد الشركة الفعلية.

المطلب الثاني: ممارسة النشاط الفعلي.

[1] قرار مؤرخ في 19-11-2015، نشرة قضائية، عدد 59 ص 279، نقلا عن محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 103.

[2] المرجع نفسه، ص 103.

المطلب الأول

بطلان عقد الشركة الفعلية

يقصد بالبطلان لغة الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة، أما اصطلاحا فيقصد به البطلان هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد سواء التراضي، المحل أو السبب والشكل في العقود الشكلية، أو تخلف شرط من شروط صحة العقد كالأهلية، وسلامة الإرادة، ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانوني غير موجود، وأنه لم يقم منذ البداية ولا يترتب عنه أي أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

بخصوص الشركات التجارية يقرر الفقه ثلاثة أنواع من البطلان، نذكرها على النحو الاتي:

الفرع الأول: البطلان المطلق والبطلان النسبي.

الفرع الثاني: البطلان من نوع خاص.

الفرع الأول

البطلان المطلق والبطلان النسبي

يعني البطلان انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير أيضا. الا أن الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة وهذا البطلان قد يكون مطلقا(أولا) أو نسبيا(ثانيا).

أولا: البطلان المطلق:

يكون عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة وهي الرضا والمحل والسبب أو تخلف أحد شروط المحل أو السبب [1].

كما يبطل عقد الشركة إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة [2] وهي ركن تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص وركن نية الاشتراك وركن توزيع الأرباح والخسائر.

وعقد الشركة التجارية الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء فلا يمكن إجازته ولا يخضع للتقادم ويمكن لكل ذي مصلحة أن يثيره، بل وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويترتب على اعتبار الشركة باطلة بطلانا مطلقا إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فالشريك الذي ق دم حصة يستردها وإذا تم توزيع الأرباح والخسائر قبل صدور الحكم بالبطلان بقي الوضع كما هو عليه، أما بعد ص دور الحكم بالبطلان فإنها توزع على الشركاء ليس على أساس عقد الشركة فهو باطل وإنما يتم توزيعها حسب قواعد التوزيع القانوني[3] . والرأي مستقر [4] في الفقه على عدم إعمال الشركة الفعلية في هذه الحالة.

---

[1] للتوسع في هذه الأركان أنظر المراجع التالية: بلحاج العربي، **نظرية الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2004ص ،50. صبري السعدي، **نظريه الالتزام**، دار الهدى، الجزائر، 2009ص 150.

[2] للتوسع في هذه الأركان أنظر المراجع التالية: سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها. علي حسن يونس، **الشركات التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص40، محسن شفيق، **الموجز في القانون التجاري**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 120.

[3] فريد العربي، مرجع سابق، ص. 62علي قاسم، مرجع سابق، ص 100.

[4] أحمد محرز، مرجع سابق، ص 260.علي قاسم، مرجع سابق، ص 100.فريد العريني، مرجع سابق، ص62.

ثانيا: البطلان النسبي:

يكون عقد الشركة التجارية باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الرضاء وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.
وعقد الشركة التجارية في هذه الحالة صحيحا ومنتج لكافة آثاره، غير أنه مهدد بالزوال حيث يجوز لناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضاء أن يتمسك بالبطلان قبل فوات مواعيد التقادم[1].

ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ما لم يتمسك به صاحب المصلحة لأنه لا يتعلق بالنظام العام[2] .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا تمسك الشريك ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضاء بحقه بالبطلان وقضت به المحكمة فإنه يفقد صفته كشريك وله الحق في استرداد حصته إذا كان قد قدمها، وإذا كان قد قبض الأرباح وجب عليه ردها وإذا كان لم تقسم الأرباح امتنع عليه المطالبة بها[3].

كما تجدر الإشارة أخيرا أنه في شركات الأشخاص وتمسك من تقرر البطلان لمصلحته بحقه في البطلان أدى ذلك إلى انقضاء الشركة، لزوال الاعتبار الشخصي هذا ما لم يقرر الشركاء بقاء الشركة على الرغم من ذلك[4] .

والرأي مستقر في الفقه [5] أنه إذا دخلت الشركة التجارية في تعاملات مع الغير وحكم ببطلان عقد الشركة، فإنه لا يتم إعمال الأثر الرجعي للبطلان، وإنما يكون له أثر فوري، وفي الفترة بين تكوين الشركة والحكم بالبطلان يكون للشركة وجود واقعي.

---

[1] أنظر المواد 100وما بعدها من القانون المدني الجزائري مع ملاحظة الحكم الخاص ببطلان الشركات التجارية المواد 743وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

[2] أحمد محرز مرجع سابق، ص100. فريد العربي، مرجع سابق، ص 63.

[3] علي قاسم، مرجع السابق، ص99 .فريد العريني، مرجع سابق، ص64.

[4] المادتان 562و 563تجاري جزائري.

[5]في الفقه الفرنسي(G Repert, op cit, p 807 -(Y) Guyon ,op cit p 158 100 - (A) jaufrait , op cite, p (F) coziani, op cit – في الفقه العربي : علي قاسم ، مرجع سابق، ص ،100. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثاني

البطلان الخاص

نتطرق الى اسباب تقرير البطلان الخاص (أولا)، ثم الى حالات تصحيح البطلان في الشركات التجارية (ثانيا) كالاتي:

أولا: أسباب تقرير البطلان الخاص

يتقرر هذا البطلان إذا تخلف ركن الشكلية أي عدم كتابة عقد الشركة أو عدم القيد في السجل التجاري والنشر بالنسبة للشركات التجارية.

وسمي بطلانا من نوع خاص لأنه لا تتوفر فيه خصائص البطلان المطلق من جهة، كما لا تتوفر فيه خصائص البطلان النسبي من جهة أخرى، ولا هو بطلان مطلق وأساس ذلك أن المحكمة لا تستطيع إثارته من تلقاء نفسها، ولا هو بطلان نسبي وأساس ذلك أن الغير يستطيع التمسك به[1].

ومن أثار هذا النوع من البطلان نفرق بين العلاقات الناشئة عن عقد الشركة، ففي علاقة الشركاء فيما بينهم يجوز لهم التمسك به، أما في علاقة الشركاء في مواجهة الغير فلا يجوز لهم التمسك به أما الغير فيستطيع هذا الغير أن يحتج بالبطلان على الشركاء. وهذا النوع من البطلان هو المجال الفسيح النظرية الشركة الفعلية بل إن نظرية الشركة الفعلية لم تقم إلا على أساس تخلف الشكلية (الكتابة والقيد)[2].

ثانيا: حالات تصحيح البطلان في الشركات التجارية

يتميز البطلان الخاص بالشركات بجواز تصحيحه وذلك لإزالة السبب الموجب له قبل أن تقضي به المحكمة، وقد اخذ المشرع الجزائري بهذه الفكرة في بادي الأمر في نطاق محدود بالنسبة للشركات التجارية في حالة التخلف على استيفاء إجراءات الشهر المقرر قانونا ثم

---

[1] علي قاسم، المرجع السابق، ص .102سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص54.

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

توسع ليشتمل القواعد العامة و المقصود هنا هو استبعاد الشركات من البطلان التخلف الأهلية و العيوب الرضا، و كذا هو جائر في أي حالة من حالات البطلان كشرط الشكلية الخاصة بعملية التأسيس فيما عدا حالة عدم مشروعية عرض الشركة[1].

ويحسب للمشرع الجزائري انه نص في المادة 733 ق. ت على أنه لا يحصل البطلان في عيب في الرضا أو فقد في الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين وذلك بالنسبة للشركة ذ.م.م وشركات المساهمة، وبالتالي يظهر اتجاهه واضحا نحو محاولته التقليص والحد من أسباب البطلان، وقد فرق المشرع الجزائري بين شركات الأموال وشركات الأشخاص باعتبار الأخيرة تقوم على الاعتبار الشخصي.

ومع استبعاد الشركات المساهمة و الشركات ذات. م. م من نطاق البطلان التخلف الأهلية والعيوب الرضا، فان المشرع أتاح للشركات الأخرى الأشخاص لتفادي البطلان لهذا السبب أو ذاك عن طريق اقتراح أي تدبير من الشركة أو أحد الشركاء يعرض على صاحب المصلحة في البطلان خصوصا شراء حقوقه في الشركة. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تقبل بهذا الإجراء إذا وافقت عليه الشركة مسبقا ضمن الشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي دون اعتداد في ذلك بصوت هذا الشريك و هذا الذي جاء في نص المادة 738/(2، 3) و ذلك من اجل الحفاظ على الشركة ككيان قانوني[2].

على انه ما يعاب على المشرع الجزائري انه في الفقرة الرابعة من نص المادة 738 ق. ت السالفة الذكر، أحال تقدير قيمة الحقوق في الشركة الواجب دفعها للشريك في حالة التنازع للفقرة الثالثة من المادة 578 ق. ت وهي إحالة لا تستقيم شكلا ولا موضوعا في مظهر آخر من مظاهر عدم الانسجام والتناسق بين القواعد القانونية لدى المشرع الجزائري، فهي مادة تتكلم عن مسؤولية المديرين في الشركة ذات. م. م في حين كان يتعين عليه إحالتها إلى المادة رقم 559/1 ق. ت التي تنص انه في حالة التنازع في استيفاء حقوق الشريك والمقدرة

[1] نص المادة 735 التي تنص "تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، إلا إذا كان هذا البطلان مبينا على عدم قانونية موضوع الشركة.

[2] هذا النص مأخوذ من المادة 1844/ 11 من القانون المدني الفرنسي وهي منقولة حرفيا إلى المادة 362 من قانون الشركات التجارية الفرنسي لسنة 1966.

حقوقها يوم العزل من طرف خبير معتمد ومعين إما من قبل الأطراف وإما عند عدم اتفاقهم بأمر من المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة، وكل شرط مخالف لا يحتج به ضد المدانين.

وبالتالي لابد من إعادة صياغة نص المادة 738 ق. ت وتعديل الفقرة الرابعة منها بتصحيح الإحالة إلى نص المادة 559 بدل المادة 578 ق. ت[1].

المطلب الثاني

ممارسة النشاط الفعلي

تقوم الشركة الفعلية على أساس نظريتين: الأولى تستند إلى أن عقد الشركة من عقود المدة المستمرة التنفيذ، والثانية تستند إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، وسنتطرق إليهما على النحو التالي:

الفرع الأول: نظرية عقود المدّة المستمرة التنفيذ.

الفرع الثاني: نظرية الأوضاع الظاهرة.

الفرع الأول:

نظرية عقود المدة المستمرة التنفيذ

يعتبر عقد الشركة من العقود المستمرة التي يلعب عنصر الزمن فيها دورا هاما، تقرر به الالتزامات الناشئة في العقد مثل عقد الإيجار وعقد العمل حيث يعتبر الزمن عنصرا أساسيا في تحديد المنفعة [2] في الحالة الأولى، وفي تحديد مقدار الخدمة التي يؤديها العامل في

---

[1] بوعمار صبرينة، **نحو مراجعة الاحكام العامة للشركات التجارية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة لنيل ماستر أكاديمي تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 46.

[2] عبد الفضيل محمد أحمد، **الشركات التجارية (الأموال – الأشخاص)**، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2011، ص 84.

الحالة الثانية وباعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة التي تنفذ بشكل دوري فإن الحكم ببطلانها يكون الأثر بالنسبة للمستقبل فقط، إذ لا ينسحب هذا الأثر على الماضي. يجد هذا التبرير أساسه القانوني في نص المادة 418 ق. م. ج، التي تقضي بعدم جواز الاحتجاج بالشركة قبل الغير، ولا يكون لها أي أثر فيما بين الشركاء إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهما بطلب البطلان. لأن ما تم تنفيذه لا يمكن إعادته، فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا لا يتصور استرجاع المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل استرداد الأجرة.

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

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

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

الفرع الثاني:

نظرية الأوضاع الظاهرة

نتطرق في هذا الفرع إلى مبررات حماية الوضع الظاهر (أولا) ثم الى شروط تطبيق الوضع الظاهر (ثانيا) كما يلي:

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

أولا: مبررات حماية الوضع الظاهر: يبرر بعض الفقهاء وجود الشركة الفعلية بالاستناد إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، فالغير الذي تعامل مع الشركة قبل بطلانها، اعتمد على أنها شركة صحيحة، فمن العدل ألا يفاجئ هذا الشخص الذي أطمئن إلى الوضع الظاهر للشركة ببطلانها بسبب قد يكون خفيا عليه.

ويعرف الوضع الظاهر حسب فريق من الفقه، بأنه ذلك الوضع الواقعي المخالف للحقيقة والذي يخفي وضعا حقيقيا يوهم الغير بأنه في مركز يحميه القانون، فيبعث في نفس الغير الثقة [1].

الذي يتم من خلاله الإقرار بوجود الشركة بناء على ما يظهر عنها من تصرفات تجاه الغير، وتبدوا أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، حيث يعتبر الظاهر حالة واقعية غير صحيحة، و عدم صحتها مختفي تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر

بالتالي فإن مواجهة المركز الواقعي المخالف للحقيقة لا يستند لقانون، و ان هذا الوضع الظاهر الذي أخذ به القضاء هو في نفس الوقت مشروع غير مخالف للقانون، كما أن وجود الوضع الظاهر لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، ولا يمكن وصف الظاهر بأنه غير مشروع أو مخالف للقانون ، بل يجب أن يوصف بأنه مركز لم يقرره القانون، أولا يحميه لعدم توافر شروط الحماية، أو لأن القانون يعطي الأفضلية لمركز قانوني آخر، ويكون هذا التفضيل بسبب وصف خاص لهذا المركز القانوني، لذلك فعندما تسمح الظروف بالاعتقاد بأن المركز الخارجي يطابق المركز القانوني فإن الظاهر يتغلب على الحقيقة[2].

ولم تصبح نظرية الظاهر أمر نادر الحدوث بل تكرر حدوثها بسبب تشابك المصالح وكثرة التشريعات، الأمر الذي جعل الوصول للحقيقة أمر صعب، فأصبحت من المسلمات في

---

[1] عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص 83.

[2] سلامة عبد الفتاح حلبية، **أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية**، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط ،2005 ص 105.

مختلف النظم القانونية، رغم أن تطبيقها يترتب عليه نتائج خطيرة نظرا لأنها تطبق على مركز تم تصوره.

تعتبر الشركة الفعلية أهم تطبيقاته نظرية الظاهر، حيث أن تبرير هذه الأخيرة بنظرية الظاهر يرجع للتقارب الكبير بين الفكرتين، إلى جانب أن دواعي مبادئ العدالة واستقرار المعاملات تفرض الأخذ بالظاهر رغم إمكانية مخالفته للحقيقة رعاية للثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة التجارية [1].

لا تعتبر نظرية الظاهر بمثابة امتياز مهم للغير فحسب بل حتى بالنسبة للشريك في حالة رغبته في إثبات الشركة، لكن عندما يكون الأمر متعلق بالغير فإن الحماية أكبر وأهم ، نظرا لأنها تخفف عليه عبئ الإثبات لأنه مطالب بإثبات الوجود الفعلي للشركة في حالة تمسكه بوجودها، وفي هذه الحالة يتعين على الغير إثبات الكثير من العناصر المكونة للشركة مثل اثبات ركن تقديم الشركاء للحصص، ووجود نية الاشتراك ، فمهمة الغير هنا صعبة ومعقدة لذلك فإن هذه النظرية جاءت وخففت هذا العبء على الغير عن طريق السماح له بإثبات حقوقه بناء على الوضع الذي يظهر عليه العقد دون حاجة لإثبات أركانه.

كما يكون الغير في حالة إثبات وجود الشركة على أساس الظاهر قد استفاد من وجود الشركة بصفتها دائن له عوض أن يكون أحد الشركاء المعسرين دائنا له.

من أهم مزايا نظرية الظاهر هي أنها خففت عبئ الإثبات بالنسبة للغير لأنها تسمح له أن يثبت وجود الشركة بالاستقلال عن الأركان المكونة لها.

وبالرغم من أن القضاء الفرنسي كان يلزم الغير لفترة طويلة بأن يثبت وجود الشركة عن طريق إثبات وجود أركانها، إلا أنه تراجع بعد أن اعترف بنظرية الظاهر كأساس لوجود الشركة الفعلية [2].

---

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص67.

[2] Jean. Louis Navarro, Droit des sociétés, mémento de la jurisprudence, Hachette, Paris ,2011, p109.

ومن بين القرارات التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسي بوجود الشركة التجارية تأسيسا على نظرية الظاهر، قرار ألزمت فيه المحكمة الشركاء بتسديد كل ما قاموا بالتعهد به تجاه الغير على أساس أنهم ظهروا بمظهر الشركاء، وتعاملوا مع الغير بصفتهم شركاء رغم أن الشركة لم تكن تتمتع بالشخصية المعنوية، واعتبرت المحكمة أن عدم اكتساب الشركة الشخصية المعنوية لا يعفي من تعاملوا باسمها على أساس وجودها القانوني من مسؤوليتهم بشركاء تجاه الغير[1] .

الميزة الثانية لهذه النظرية تتمثل في استفادة الغير من الوضع الظاهر للشركة التجارية والذي قد يكون مخالفا لحقيقتها، ورغم ذلك فلا مانع من أن يستغل الغير ذلك حماية لمصلحته، هذا ما دفع القضاء لتقييد نظرية الظاهر في الشركات التجارية فظهر شرط لتطبيقها والمتمثل في مبدأ حسن النية، والذي يعتبر أحد أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة، فإن نظرية الظاهر المبررة بحماية الغير والتي من خلالها تم التضحية بالكثير من المبادئ القانونية، جعلت القاضي يتأكد قبل أن يطبق أي أثر لهذه النظرية من وجود حسن النية لدى الغير، حيث يحدد زمن وجود حسن النية بوقت التعاقد، كما يتحقق عنصر حسن النية عندما لا يمكن للغير أن يعلم الوضع الحقيقي للشركة، يتكون الوضع الظاهر من عناصر :

1-وجود شيء خفي .

إن تطبيق نظرية الظاهر يفترض وجود عنصر خفي يكون هو الحقيقة، ويتأكد القاضي من وجوده وهذا العنصر يعتمد عليه الغير بحسن نية.

2- وجود عنصر الظاهر.

يتحقق هذا العنصر بإثبات أي شيء يدل على وجود الشركة، تطور بعد ذلك مفهوم تصور الوضع الظاهر إلى ضرورة وجود خطأ مشترك، حيث أصبح أهم عنصر يدل على حسن النية هو الوقوع في خطأ مشترك بين المتعاقدين، فلا يكون الخطأ مجرد تصور فردي، وهذا ما جاء به القضاء الفرنسي كدليل على حسن النية، لكن تم تجاهله عندما تم الاعتماد على

[1] Arrêt n 316 du 16 Mars 2010.09- 12.539, c. cass, chambre commerciale, financière et économique, Rev mensuelle, avril2010, Juris data, Lexis Nexi, p 24

التصور القانوني للخطأ، ولم يشترط القاضي في هذا التصور القانوني أن يقع الخطأ بصفة مشتركة من أشخاص متعددة بل يمكن أن يقع في الخطأ شخص واحد، على أن يكون خطأه وتصوره مشروعا، أي أنه اتخذ جميع الإجراءات اللازمة قانونا للاستعلام حول وضع الشركة، ورغم ذلك ظهر له عكس حقيقتها[1]، حيث تم تأسيس نظرية الظاهر على فكرة الغلط الشائع التي لا تشترط حسن النية على عكس نظرية الظاهر التي تعتبر حسن النية شرط ضروري لتطبيقها، فكان نتيجة لذلك ظهور فكرة الغلط المشروع كأساس قانوني لنظرية الظاهر.

لذلك فلابد من وجود عنصر معنوي لتبرير الظاهر والمتمثل في حسن النية وعدم علم الغير باختلال أحد شروط الشركة، وألا يكون ذلك التصور مصدره خطأ صادر من الغير، ولا يشترط هنا حسن نية الشركاء لأنهم أصحاب الوضع الظاهر رغم أنهم قد يجهلون وجود عيب بالشركة

يمكننا أن نقول في الأخير أن نظرية الظاهر قد حققت حماية كبيرة وأكيدة للغير الذي تعامل مع الشركة قبل إبطالها، وأهمية النظرية تظهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، وتظهر أهمية النظرية كذلك في سهولتها لأنها تعتمد على ما يظهر للغير دون حاجة لإثبات شروط معينة [2].

لكن من الناحية التطبيقية فإن صعوبة النظرية تكمن في اختلاط الحقيقة بالمظهر، فيتم الأخذ بالظاهر ولو كان غير حقيقي أي بالوضع الذي تظهر به الشركة ولو كان غير صحيحا، إلى جانب أن عنصر حسن النية لا يمكن أن يكون قائم دائما، خاصة عند الأخذ بنظرية الشركة الفعلية ، فإنه لا يعتد بشأنها في التفرقة بين الغير حسن النية وسيء النية، لكن هذه الصعوبة لم تؤثر على أهمية النظرية كأساس للشركة الفعلية ،نظرا لأنه تقوم على أساس الثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة ، كما تظهر أهميتها في أنها تساعد على

---

[1] حسن محمد هند، **مدى مسئولية الشركة الام عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ،1997، ص60.

[2] Sabine.Vacrate, La sociétés crée de fait, op, cit, p 92

ترتيب نفس آثار الشركة الصحيحة المطابقة للقانون حماية للغير من بطلانها بأثر رجعي، وكعقوبة للشركة التي اختلت أحد أركانها أو شروط صحته[1].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية حماية الوضع الظاهر:

تقوم نظرية حماية الظاهر حسب استنتاج الفقه على شرطين:

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

وفي الشركة الفعلية باعتبارها تطبيقا من تطبيقات الظاهر فإن الشرط المادي يكون في علاقة واقعية تنشأ بين الشركاء والغير، وهذه العلاقة سببها عقد الشركة الباطل الذي اختل فيه ركن من أركانه فقد منعه القانون من أن ينتج آثاره بين الشركاء أو في مواجهة الغير بالرغم من ذلك فإن العقد الباطل ليس عدما حقيقيا، فهناك دائما المظهر الخارجي العقد لأن العقد الباطل إذا كان قد فقد وجوده الاعتباري باختلال الشروط التي تطلبها القانون لانعقاده، فإن وجوده الحسي يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة [2].

ثانيا: الشرط المعنوي: يعطي المبرر الأدبي الأخلاقي لأجل أن تقبله النفوس. على هذا الأساس يتميز بحسن النية وانتفاء الخطأ من جانب الغير، فلكي تقوم الشركة الفعلية استنادا إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، لابد أن يتوفر في الغير الذي تعامل معها مبدأ حسن النية، ولا يهم أن يكون الشركاء حسن النية أم لا[3] .

لم تسلم هذه النظرية أيضا من الانتقادات الفقهية بحيث يرى البعض أن حسن النية والذي هو من شروط الظاهرة سيكون غير دائم، إذ أن الأفراد الذين يتعاملون مع شركة تجارية لا يجهلون أن الشخصية لتلك الشركة لا تقرر لها إلا بقيدها في السجل التجاري، كما أن الأثار

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 70

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 71.

[3] المرجع نفسه، ص 72.

القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي.

إن الانتقادات الموجهة لهذه النظرية لا تؤثر على أهميتها في تفسير واقع الشركة الفعلية، فهذه الشركة ومنذ لحظة تعاملها مع الغير تدخل في إطار الأوضاع الظاهرة بصفتها شركة صحيحة ترتب الآثار القانونية اللازمة لذلك الارتباط. [1]

[1] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الثاني

أثار الشركة الفعلية انقضاءها

الفصل الثاني
آثار الشركة الفعلية وانقضاءها

يؤدي الحكم ببطلان الشركة حتما إلى تصفيتها، وعلى هذا الأساس فإن اعتبار البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة ولا ينتج أثره إلا من تاريخ النطق به ويسري على المستقبل فقط أما بالنسبة للماضي يعتبر العقد صحيحا والشخص المعنوي موجودا.

أما إذا كان العيب الناتج عن البطلان بسبب عيب في العقد نفسه، كعدم مشروعية المحل والسبب أو عيب في الرضا أو نقص الأهلية، وبالتالي فإنه يقتصر بصورة عامة في حالة البطلان لإغفال إجراء من إجراءات الشهر المحدودة قانونا، أما فيما يتعلق بالشركاء فتصفى العلاقة بينهم في الأصل بما جاء في أحكام الشركة، وبالنسبة للغير فله الخيار بين التمسك بصحة الشركة أو بطلانها.

على إثر ذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: آثار الشركة الفعلية.

المبحث الثاني: انقضاء وتصفية الشركة الفعلية.

المبحث الأول

آثار الشركة الفعلية

متى تم الحكم ببطلان الشركة، فإن آثار هذا البطلان يبدأ من تاريخ الحكم بالبطلان ولا ينسحب أثره إلى الماضي وذلك حماية للغير الذي تعامل مع الشركة وحفاظا على المراكز القانونية المكتسبة، تطبيقا لأحكام نظرية الشركة الفعلية، وبهذا تعتبر الشركة الباطلة والتي مارست نشاطا فعليا كما لو كانت صحيحة تماما.

الحكم ببطلان الشركة كما سبق الإشارة إليه يجد تفسيره بعيدا عن مفهوم البطلان طبقا للنظرية العامة، لان البطلان في هذه الحالة لا يمتد إلى الماضي 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 عن هذا الوجود صحة التصرفات التي قامت بها الشركة ويترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين إبرام العقد والحكم بالبطلان نتائج هامة بالنسبة للأطراف الفاعلة في الشركة وحتى بالنسبة للشركة في حدّ ذاتها.

وعليه فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء.

المطلب الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير وبالنسبة للدائني الشخصيين.

المطلب 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 بداية الى:

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة الشركة.

الفرع الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة على الشركاء.

الفرع الأول

آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة

متى حكم ببطلان الشركة بسبب بطلان إجراءات تأسيسها، فإن هذا البطلان لا يمتد أثره للماضي، أي إلغاء الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركة خاصة إذا ما شرعت هذه الأخيرة في ممارسة نشاطها، وهذا ما يؤثر وبشكل مباشر على طبيعة الشركة(أولا) وعلى شخصيتها المعنوية(ثانيا).

أولا: آثار الشركة الفعلية على الطبيعة القانونية للشركة

نقصد بالطبيعة القانونية للشركة الشكل والنوع الذي اتخذته الشركة منذ تأسيسها، وحسب المادة 544 ق. ت. ج "تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها"[1]. وتظل محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته منذ تأسيسها (تضامن، مساهمة، مسؤولية محدودة) إلى غاية

[1] عدلت بالمرسوم التشريعي رقم 93_08 المؤرخ في 1993/04/25(ج_ر 27 مؤرخة في 041993/25 ص. 7)
حررت في ظل الأمر رقم 75_59 المؤرخ في 1975/09/26 كما يلي:
يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها.
تعد الشركات بسبب شكلها مهما يكن موضوعها: شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن.

تصفيتها، فتسري عليها أحكام التصفية المنصوص عليها في عقدها التأسيسي وفي القانون التجاري.

تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة، تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها، سواء بين الشركاء أو بالنسبة للغير.

تخضع الشركة الفعلية خلال حياتها لالتزامات التاجر كمسك الدفاتر التجارية ويوقع عليها جزاءات مدنية وجنائية وفي حالة مخالفتها لهذه الالتزامات، وكذلك تخضع للضرائب التجارية، ونظام الإعفاء منها.

إذا توقفت الشركة الفعلية عن دفع ديونها خلال نشاطها أو أثناء عملية التصفية فإنه يجوز شهر إفلاسها[1].

ثانيا: أثر الشركة الفعلية على الشخصية المعنوية للشركة

بعد الاعتراف بالشركة الفعلية فإن الشركة تتمتع بالأهلية القانونية وبشخصيتها 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.

تمتلك الشركة الفعلية أهلية قانونية لذلك فأي دعوى أو طعن يخصها يجب أن يقدمه كل شريك فيها باعتباره طرفا في هذه الشركة، لكن وباعتبار الشريك وكيل عن الشركة أمام القضاء يستلزم تقديمه وكالة باسم موكله، هذا ما جعل الفقه يعترف بالأهلية الناقصة للشركة الفعلية في فرنسا، وهي أهلية ناقصة على أساس عدم إمكانية الوكيل بيان اسم موكله، لكن هذا الرأي منتقد حيث اعتبر الفقيه "هيمار Homard" أن القاعدة التي تم الاعتماد عليها وهي التصريح باسم الموكل لا فائدة منها ولا تصلح لتبرير منح أهلية ناقصة للشركة الفعلية[2].

---

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

[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.

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 على 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[1].

لا نجد نص قانوني يتعلق بأهلية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، لكن وبما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الشركة هو الاعتراف بتصرفاتها التي قامت بها نظرا لوجودها الفعلي، فإنه من بين تلك التصرفات حق التقاضي مثل أي شركة قانونية.

الفرع الثاني

آثار وجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء

باعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإن أثر البطلان ينسحب إلى المستقبل ويؤسس ذلك على حماية الأوضاع الظاهرة حماية للغير، بعد الاعتراف بوجود كيان الشركة الذي يستدل عليه من سلوك الشركاء[2]، فطبيعة العلاقة بين الشركاء يحددها العقد التأسيسي للشركة والذي يتضمن اتفاقهم المطبق عليهم لكن في إطار شركة الفعلية، وفي حالة عدم وجود اتفاق فيخضعون للأحكام القانونية التي تطبق على الشريك القانوني أي الشريك في شركة تجارية منتظمة قانونا، وعند حصول نزاع بين الشركاء فيم اللجوء للقضاء.

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[3].

---

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

[2] عزيز العكيلي، **الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2007، ص54.

[3] فتيحة يوسف المولودة عماري، **أحكام الشركات التجارية**، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، د، س، ن، ص 81.

يدفع تطبيق القواعد العامة في البطلان إلى أن يسترد كل شريك حصته بالكامل ، دون أن يتحمل شيئا من الخسائر ، أو يكتسب حقا على الأرباح التي تحققت وتسري هذه القواعد دون تعديل على الشركاء الذين بطل العقد بالنسبة لهم ، كالشريك ناقص الأهلية ، أو الشريك الذي لحق إرادته عيب ، كما يجب ألا يعتد بالعقد وبشروطه غير المشروعة ، هذا هو المعمول به ، إلا أن هذا غير معقول ، فكيف يكون الشريك شريكا ويستغل رأس المال ويحقق أرباحا وهو الغالب في العمل التجاري، وإذا ما طالب ناقص الأهلية أو من عيبت إرادته بالبطلان يعطي له حصته دون أن يكسب شيئا[1].

يؤدي أمر تطبيق نظرية الشركة الفعلية على باقي الشركاء إلى أن يتم استرداد الحصة بعد المساهمة في الخسائر ومع المساهمة في الأرباح إن وجدت، لكن الخلاف شديد في الفقه بالنسبة إلى الأساس الذي يتم عليه توزيع الربح والخسارة بين الشركاء إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يقوم بإعمال أحكام العقد الخاصة، أي توزيع الأرباح والخسائر حسب العقد التأسيسي للشركة، وأصحاب هذا الرأي هم الذين يلحقون بطلان الشركة الفعلية بفكرة الانحلال.

الرأي الثاني: مفاد هذا الرأي أن يكون التوزيع بالمساواة بين الشركاء في حالة عدم اتفاق الشركاء، ونعني المساواة بالنسبة لرأس المال، أي حسب الحصة المقدمة فالشريك الذي قدم 10% من رأس المال يحصل على ربح ويتحمل الخسارة بقدر 10%

الرأي الثالث: مفاد هذا الرأي استبعاد نصوص العقد وكذلك أحكام القانون في حالة تصفية الشركة الباطلة معتبرا أن التصفية يجب أن تتم على أساس من العدالة، وبالتالي السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وأنه غير مقيد بنصوص العقد وأحكام القانون، فله الحق في اتخاذ حل مخالف لهما، غير أنه في حالة البطلان لعدم إتمام إجراءات الشهر يكون بتطبيق أحكام العقد الواجبة، لأن سبب البطلان خارج عنه ولاحق لإبرامه، ويلاحظ أن القضاء قد اعتمد في بعض أحكامه مبدأ العدالة لإجراء تصفية الشركة الباطلة فيما بين الشركاء[2].

---

[1] نادية فضيل، **شركات الأموال في القانون التجاري**، ديوان المطبوعات الجامعية ط3، الجزائر، 2008، ص 54.

[2] علي البارودي، **القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار والأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 305.

أولا: حقوق الشركاء

- لكل شريك الحق في المشاركة في إدارة الأعمال وإدارتها.
- لكل شريك الحق في استشارته قبل اتخاذ قرارات مهمة. يجب اتخاذ القرارات بالتراضي. إذا كانت القرارات غير مهمة، فيمكن إنفاذها بالأغلبية، لكن توافق جميع الشركاء ضروري لاتخاذ قرارات مهمة.
- للشركاء الحق في تفتيش دفاتر الحسابات.
- سيكون لكل شريك حصة متساوية في الأرباح، مالم يذكر خلاق ذلك في سند الشركة.
- لا يمكن قبول أي شريك جديد في الشركة دون موافقة جميع الشركاء.

ثانيا: واجبات الشركاء اتجاه الشركة

يبقى عقد الشركة الفعلية صحيحا بين الشركاء، وتبقى الشركة متمتعة بشخصية معنوية كما لو كانت صحيحة، كما يتمتع الشركاء بحقوق من أرباح وصفقات وتبقى قائمة منتجة لآثارها إلا بالنسبة للشريك الذي شاب رضاؤه عيب من عيوب الإدارة وكان ناقص أهلية الذي يكون له حق الاحتجاج بالبطلان بأثر رجعي تجاه الغير، ولكنه لا يمكنه المطالبة بنصيبه من الأرباح أما باقي الشركاء فتبقى الشركة فعليه فيما بينهم.

المطلب الثاني

أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للدائنين

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، وعليه سنتناول:

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشركة.

الفرع الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة لدائني الشخصيين للشركاء.

الفرع الأول

آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشركة

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].

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 الحق في إشهار إفلاسها، والحق في طلب إبطال الشركة من قبل الدائنين لا يقبل التجزئة، ولا يجوز الرجوع فيه[2]، فلا يقبل انقسام هذا الحق في إبطال من دائن الشركة مثلا إن يتمسك ببقاء الشركة ويطالب شريكا فعليا بتقديم حصته من جهة ويطالب من ناحية أخرى ببطلان الرهن الذي رتبه المدير الفعلي على عقار الشركة.

الفرع الثاني

آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشخصيين للشركاء

يتمسك الدائنين الشخصيين للشركاء بقيام الشركة الفعلية متى كانت لهم مصلحة في ذلك، كأن يدي البقاء على الشركة إلى زيادة حقوق مدينهم عند التصفية عن الحصة التي قدمها. قد يتمسك هؤلاء بحقهم في إبطال الشركة، باستعمالهم الدعوة الغير المباشرة، أو الدعوة المباشرة.

إلا انه غالبا ما يحصل تعارض بين مصالح دائني الشركاء الشخصيين ودائني الشركة، كأن يحتج دائنو الشركاء ببطلان الشركة بقصد استرجاع الحصص المقدمة من مدينهم، بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث تقضي مصلحتهم استمرار الشركة حتى يحتفظون بحق الأولوية على ذمتها اتجاه دائني الشركاء ، يرى أغلبية الفقه أن تقرير

---

[1] أحمد عبد الله سليم الجبوري، مرجع سابق، ص 283.

[2] مصطفى كمال طه، **أصول القانون التجاري**، د ط، بيروت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1994.

البطلان هنا 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 [1].

فيلجؤون للاختيار في المطالبة بإلغاء كل تصرفات الشركة لأنهم يستفيدون من مساهمة الشريك التي تدخل في الضمان العام المخول لهم بعد استرجاعها من طرف الشريك، كما أنه ليس من حقهم طلب الإبطال نيابة عن مدينهم الشريك حتى في حالة إفلاس الشركة إلا عن طريق دعوى غير مباشرة.

كما لا يمكن الغير المطالبة بالإبطال والتمسك بوجود الشركة في آن واحد بل يجيب الاختيار لأنه لا يمكن التمسك بالبطلان في مواجهة أحد الشركاء إلى جانب إثبات الوجود الفعلي للشركة والمطالبة بتصحيح تصرفاتها تجاه باقي الشركاء، فيقرر هنا الغير أن يكون دائن للشركة، أو يتحول لدائن شخصي للشركاء في حالة إبطال الشركة وفقدانها لشخصيتها المعنوية بأثر رجعي، كما لا يمكن للغير اعتبار الشركة صحيحة في مواجهة الشركاء والاحتجاج ببطلانها تجاه الدائنين، وفي حالة ممارسة الغير حق الاختيار وقيامه برفع دعوى فإن المطالبة لا تكون جماعية بل بإجراء فردي.

وفي حالة تعارض الاختيار إذا تمسك الغير ببطلانها ببقائها بينما دائني الشركاء الشخصيين تمسكوا ببطلانها، فإن البطلان هو الأصل حيث يغلب جانب الدائنين الشخصيين، ويبرره الفقه كذلك بتقصير الغير الذي تعامل مع الشركة، لأنه لم يتأكد من صحة الشركة قانونيا.

كما لا يتأثر حق الدائنين الشخصيين للشركاء بحالة الإفلاس لأن الشركة بالنسبة لهم غير موجودة، فلا يمكن إعلان إفلاسها وحتى ولو تم البدئ في إجراءات الإفلاس من حفهم طلب الإبطال.

[1] إلياس ناصيف، **الأحكام العامة للشركة**، الجزء الأول، د.د.ن، لبنان، 1994، ص 299.

الفرع الأول

آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير

في هذا الفرع نتحدث على أثر الشركة الفعلية على المركز القانوني للغير(أولا) وعلى حق الخيار في بطلان الشركة للغير(ثانيا).

أولا: أثر الشركة الفعلية على المركز القانوني للغير

يبقى مركز الغير ثابتا ولا يتغير سواء تعلق الأمر بشركة قانونية أو فعلية، نظرا لأنه في الشركة الفعلية لا يمكنه اكتشاف العيب الذي يشوبها، هذا ما جعل مركزه القانوني لا يتأثر من حيث تعامله مع الشركة، حيث يجعل منه هذا التعامل دائن أو مدين للشركة بالإضافة لسرعة المعاملات التجارية، الأمر الذي يصعب معه قيام المتعامل معها بالتأكيد في كل مرة من صحتها وانتظامها قانونيا إلى جانب صعوبة اكتشاف بعض العيوب التي تظهر للغير، خاصة أن هذه العيوب والأخطاء ليست بفعل الغير وليس من العدل أن يتحمل عبئها، فيكون الغير إما دائن للشركة فيطالب حينها بتسديد ديونه أو مدينا لها فيلتزم تجاهها بكل ما عليه دفعه لها لو كانت شركة صحيحة قانونا.

ثانيا: حق الخيار في بطلان الشركة للغير

من الآثار المهمة لفكرة الشركة الفعلية هو حق الخيار الممنوح للغير بين إبطال الشركة نظرا لوجود خلل بها، أو التمسك بوجودها الواقعي وصحة تصرفاتها التي قامت بها، ويجد هذا الأثر تبريره في نظرية الظاهر.

إن مسألة الاختيار بين الإبقاء على الشركة وطلب إبطالها يتعلق بمسألة أخرى وهي فقدان أموال الشركة كضمان، حيث لا تكون الشركة مدينة للدائنيها فقط في حالة انتهائها قانونيا وواقعيا بعد المطالبة بإبطالها والقضاء به.

تعتبر جميع التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لآثارها (رغم الحكم بالبطلان)، ويحق لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يتجنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ويكون لهم الحق في التنفيذ على أموال الشركة، كما لهم الحق في طلب شهر إفلاسها وتقسيم إفلاسها وتقسيم أموالها لاستفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس.

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

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[2].

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة منح حق الأولوية أو تغليب طرف على آخر من الدائنين لكنه قرر حماية للدائنين كل بحسب مركزه القانوني.

المبحث الثاني

انقضاء الشركة الفعلية وتصفيتها

تنشأ الشركة التجارية من أجل تحقيق الأرباح 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، فتدخل الشركة بذلك مرحلة التصفية والقسمة وعليه سنتناول في هذ المبحث:

المطلب الأول: انقضاء الشركة الفعلية.

المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها.

---

[1] مراد منير فهمي، **القانون التجاري**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،1984، ص 249.

[2] عزيز العكيلي، مرجع السابق، ص58.

المطلب الأول

انقضاء الشركة الفعلية

يراد بالانقضاء زوال الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين الشركاء ومن ثم انقضائها، وتحلل الشركة الفعلية بأسباب متعددة ومتباينة الطبيعة، منها أسباب خاصة تخص الشركة الفعلية القائمة نتيجة البطلان، ومنها أسباب عامة وردت في القانون، ولقد نص المشرع الجزائري سواء في القانون المدني بصفة عامة أو القانون تجاري بصفة خاصة على أسباب انقضاء الشركة التجارية التي تقسم إلى:

الفرع الأول: أسباب الانقضاء الغير مباشرة.

الفرع الثاني: أسباب الانقضاء المباشرة.

الفرع الأول

أسباب الانقضاء الغير مباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء إلى إصلاح العيب الموجود في الشركة، وتتحول الشركة المعتلة بذلك إلى شركه 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[1].

أولا: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك:

كأن يكون الأطراف ممنوعون من تكوين الشركة التجارية بسبب يعود الى صفة يحملها الشريك يمنع القانون عليه أن يكون عضوا في مثل هذه الشركات، كصفة الأطباء أو المحامين الممنوعين من تكوين شركة تجارية فإذا لجأ الأطراف لتحويلها الى شركه مدنية

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

يسمح لهم القانون بإنشائها، وبالتالي تتحول الشركة الفعلية الى شركه قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة.

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

يحدث في حالة كون رضا أحد الشركاء مشوبا بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه، التدليس، الغلط، الغبن)، أو أن يتمتع أحد الشركاء عن دفع حصته للشركة، فلو كان أحد شركاء ناقص الأهلية وكان رضاه معيبا، فان إصلاح العيب يتم عند موافقة الشريك ناقص الأهلية على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد وعندئذ تحويل 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 قانونيه[1].

الفرع الثاني

أسباب الانقضاء المباشرة

تنحل الشركة الفعلية أما 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 طلب استنادا للمادة 418 ف 2[2]ق. م. ج والمادة 545 ف[3] ق. ت. ج، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بالاستجابة لهذا الطلب. والبطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي (في حالة نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة)، وكذلك في حالة

---

[1] المرجع نفسه، ص204.

[2] تنص المادة 418 فـ2 من ق. م. ج على انه: "**غير انه لا يجوزان يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان**"

[3] تنص المادة 545 فـ2 من ق. ت. ج على انه: «**لا يقبل أي إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة** "

البطلان من نوع خاص. إذا حكم ببطلان الشركة الفعلية، فإن لهذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الجميع.

وبخصوص آثاره في الماضي فإن التصرفات السابقة على صدور حكم البطلان تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية. أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية لغاية تسويه أعمال الشركة وتصفية موجوداتها، وبعد انتهاء التصفية تختفي الشركة من الوجود[1].

ثانيا: الانحلال بالأسباب 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، لا سيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لسبب من أسباب البطلان يجعل وجودها فعليا بعد أن كان قانونيا، أو تلك التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في واقع الحياة العملية مده من الزمن دون أن يظهر تنازع بخصوصها وتستمر على تلك الحالة إلى أن يظهر سببا قانونيا يلجأ فيه الشركاء إلى حل شركتهم2.

وتنقسم الأسباب القانونية إلى أسباب عامة وأسباب خاصة.

1-الأسباب العامة: وتتمثل في

أ) **انتهاء مدة الشركة:**

تنتهي الشركة بانتهاء الميعاد الذي عين له بهدف تحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها، وفي حاله استمرار عملها رغم انقضاء الميعاد المحدد يعتبر عقد الشركة مجددا تلقائيا سنه بشروط ذاتها.

ب)**تحقيق الغرض الذي أنشأت الشركة التجارية لأجله:**

[1] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 108.

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص227.

إذا نشأت الشركة للقيام بغرض معين كإنشاء مساكن ثم انتهت مهمتها، فالشركة تنقضي مباشرة رغم انقضاء الأجل المحدد لها[1]، هذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 437 ق.م.ج[2].

ج) هلاك مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه:

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

وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة والائتمان فحماية لهذا، نص المشرع الجزائري في المادة 589 ف 2 ق. ت. ج على أنه: "وفي حالة خسارة ثالثة أرباع رأس مال الشركة يجب على المديرين استشارة الشركاء للنظر فيما إذا كان يتعين إصدار قرار بحل الشركة".

تنقضي الشركة بالهلاك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه طبقا للمادة 438 ف 3 ق. م. ج [3]. 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، استثناءات أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس من شخص واحد4 وهذا حسب المادة 564ق.ت.ج[5].

هـ) اتفاق الشركاء على حل الشركة:

---

[1] قويرة سمير، **المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية**، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبة، تخصص، تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013 ص23.

[2] المادة 437 من ق. م. ج: "**تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها او بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها**".

[3] المادة 438ف2 من ق. م. ج. على أنه: «**وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء**".

[4] معارفية مالية، **تصفية الشركات التجارية وقسمتها**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012، ص19.

[5] تنص المادة 546 ف 1 ق. ت. ج: على أنه: «**تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قادموا من حصص**".

قد يتضمن عقد الشركة نصا يقضي بحل الشركة لظروف معينة وفي هذه الحالة يعمل بالشروط المذكورة وللشركاء متى شاءوا حل الشركة قبل حلول أجلها، ويشترط لحل الشركة أن تكون قادرة وميسورة على الوفاء بالتزاماتها[1].

و) الحل القضائي وفصل الشريك:

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

2-الأسباب الخاصة:

أ) موت الشركاء أو الحجز عليه أو إفلاسه:

نصت المادة 439 ق. م. ج على انقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه، لأن شركة الأشخاص قائمة على أساس الاعتبار الشخصي، وبالتالي فزوال هذه الشخصية يودي إلى انحلال الشركة، غير أنه يجوز الاتفاق في حالة موت أحد الشركاء على استمرار2 الشركة مع لورثة حتى ولو كان قاصرا.

ب) انسحاب أحد الشركاء:

تقضي المادة 440 من ق.م.ج[1] 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 عم إرادته للانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الأمر وفق لمبدأ حسن النية.

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

---

[1] عيساني كهينة، عاشور وسيلة، "**تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري**"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2017. ص15.

[2] عبد القادر البقريات، **مبادئ القانون التجاري**، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص110.

[3] عموري عمار، **شرح القانون التجاري الجزائري**، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص14

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، ويفترض عند التصفية وجود ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية الخاصة بالشركاء، إذ أن القول بانعدام الذمة المالية للشركة يترتب عليه عدم وجود قانوني وفعلي وبالتالي لا توجد تصفية.

وعليه بمجرد انقضاء الشركة الفعلية تدخل في مرحلة التصفية، فالتصفية إجراء وجوبي يطبق على كافة الشركات التجارية ما عدى شركة المحاصة[1]، وتتم وفق عمليات وإجراءات خاصة لذلك سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية

الفرع الثاني: عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

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[2].

---

[1] باستثناء شركة المحاصة: لا تخضع هذه الشركة لقواعد تصفية الشركات عند انحلالها لأن 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.

[2] سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص237.

ونظرا لاختلاف طبيعة علاقة الشركة بالنسبة للشركاء وبالنسبة للغير، سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء(أولا)، ثم القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير (ثانيا)[1].

أولا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء الفعليين:

متى حكم على الشركة بالبطلان، جاز لكل شريك المطالبة باسترداد حصته ولا يكون ذلك إلا بعد تطبيق قاعدة توزيع الأرباح والخسائر ذلك أن استرداد الحصة سالمة من الخسارة ومجردة من الربح لا يكون إلا بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره[2].

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

إلا أنه إذا كانت الشركة باطلة لسبب آخر كعدم مشروعية المحل أو السبب فلا يجوز أن تتم التصفية طبقا للقواعد الواردة في عقد الشركة. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة انعدام النص على طريقة التصفية في العقد التأسيسي للشركة، فإن القضاء يميل إلى الاعتماد 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 والعلاقات التي تنشأ بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية[3].

ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير:

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

---

[1] رابح عليوة، "**مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري**"، **مجلة تواصل العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الحقوق برج باجي مختار، عنابة عدد 28 جوان 2011، ص105**.

[2] سعيد يوسف البستاني، **قانون الأعمال والشركات**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص274.

[3] رابح عليوة، مرجع سابق، ص 106.

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

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

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

الفرع الثاني

عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

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

أولا: تعيين المصفى وتحديد سلطاته:

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

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

ثانيا: تحصيل الأصول وتسوية الخصوم:

---

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

[2] لمزيد من التفاصيل، راجع عمورة عمار، مرجع سباق، ص 166.

واضح أن الهدف من التصفية هو تحصيل موجودات الشركة وتوزيع حصيلتها بعد بيعها واستفاء ما للشركة من حقوق وديون، لذلك استلزم الأمر على المصفى تحصيل ديون الشركاء دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك بعيب الشركة للتخلص من التزاماتهم ولا يجوز لهم استرجاع حصصهم إلا إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، ونفس الحكم ينطبق على الغير فيحق له المطالبة بالديون التي 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 أجراء القسمة بينهم أو إذا 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، وتوزع عليهم الخسارة جميعا بالنسبة لرأس المال تطبيقا للقواعد العامة. وعند الانتهاء من عملية التصفية ويتبين 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، ص185.

[2] المرجع نفسه، ص 172.

[3] رابح عليوة، مرجع سابق، ص165.

خاتمة

الخاتمة:

بعد العرض التفصيلي لمختلف جوانب البحث الذي حاولنا من خلاله الإجابة على الإشكالية التي طرحنها في مقدمة الدراسة خلصنا إلى جملة من **النتائج** أهمها:

1) الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري أبرزت الفوارق الجوهرية الموجودة بين الشركة التجارية الفعلية وبعض النظم القانونية التي قد تلتبس بها كشركة المحاصة والشركة المنشأة من الواقع.
2) نظرية الشركة الفعلية نظرية قضائية المنشأ ابتكرها القضاء الفرنسي كتقنية قانونية لحماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة.
3) مجال نظرية الشركة الفعلية يتحدد في حالة بطلان عقد الشركة بطلانا نسبيا وكذا حالة البطلان من النوع الخاص.
4) النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة لعلى ابرزاها تمتعها بالشخصية المعنوية والتي تكمن من حل الشركة وتصفيتها وإذا ما تم الحكم ببطلان الشركة أو فسخ العقد.
5) على الرغم من أن فكرة الشركة الفعلية معروفة منذ زمن طويل في بعض النظم القانونية إلا أن تحديد خصائصها وعوامل نشوئها كان ومازال مركز نقاس وتصورات مختلفة.
6) تحتفظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية المعنوية، وبذمتها المالية المستقلة، وتظل كافة تصرفاتها صحيحة منتجة لآثارها فيما بين الشركاء، وبالنسبة للغير الذي تعامل مع الشركة.
7) تخضع الشركة التجارية الفعلية للضريبة التي تقررها الدولة على نشاط الشركات خيث 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:

1) ضرورة تعديل المادة 324 مكرر 01 مدني جزائري بحذف الفقرة الثانية التي تنص على أنه: "كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى (الضابط العمومي المحرر للعقد) وأساس ذلك أن نص المادة 418 ق.م. ج والمادة 545 ق. م. ج يؤديان قصد المشرع.
2) أن يضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية تنظم الشركة التجارية الفعلية من حيث قواعد التصفية وقواعد الإفلاس.
3) ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي بحيث يتبنى نظرية الشركة التجارية لرسوخها تشريعا وقضاء.

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.

وتناولت الدراسة مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية، وبينت النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية، وأخيرا تناولت الدراسة الأسباب المباشرة والأسباب غير المباشرة لانقضاء الشركة الفعلية، وكيفية تصفيتها وقسمتها.

Abstract

The study dealt with the theory of the actual company in Algerian law, and showed the differences between the actual company and some legal systems that may be confused, such as a share company, a company established from reality, and a company at the stage of incorporation. The study also dealt with the Algerian legislator's position on the theory, which he recognized, and also addressed the Algerian judiciary's hesitant position on the theory of the actual company.

The study dealt with the field of application of the actual company theory, and showed the legal consequences of recognizing the actual existence of the actual company. Finally, the study dealt with the direct and indirect causes of the actual company's demise, and how to liquidate and divide.

قائمة المراجع والمصادر:

المواد القانونية:

المادة 545 من الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل للقانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، جريدة رسمية 71 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

المادة 545 من الأمر رقم 75_59 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

المادة 549 تجاري جزائري.

المادة 72 من القانون رقم (18 لسنة 1984 المعدل) المتعلق بالشركات التجارية.

المادتان 562 و563 تجاري جزائري.

المادة 1/103 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، قانون رقم07-05 مؤرخ في 2007، ج-ر، عدد31، 2007.

المادة 1844/ 11 من القانون المدني الفرنسي وهي منقولة حرفيا إلى المادة 362 من قانون الشركات التجارية الفرنسي لسنة 1966.

المرسوم التشريعي رقم 93_08 المؤرخ في 1993/04/25(ج_ ر 27 مؤرخة في 041993/25. حررت في ظل الأمر رقم 75_59 المؤرخ في 1975/09/26.

المواد 100 وما بعدها من القانون المدني الجزائري .

المواد 743 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري..

المواد من 795 مكرر (01) إلى 795 مكرر 05 تجاري جزائري.

المادة 418 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

المادة 437 من ق. م. ج: "تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها او بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها."

المادة 438 فـ2 من ق. م. ج. على أنه: «وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء.

المراجع باللغة العربية:

-أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، ح 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

-أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعرف القاهرة، 2004، ص 2014.

-اكتم الخولي، قانون التجاري اللبناني في التعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966. -

-علي جمال الدين عوض، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961.

-إلياس ناصيف، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، د. د. ن، لبنان، 1994.

بلحاج العربي، نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2004.

- بالعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع.

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

- بوعمار صبرينة، نحو مراجعة الاحكام العامة للشركات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة لنيل ماستر أكاديمي تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020.

-حسن محمد هند، مدى مسئولية الشركة الام عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ،1997.

-حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين يشايرة، "مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية".

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

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

-سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط .

-سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

- سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،1955.

صبري السعدي، نظريه الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2009.

عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات التجارية (الأموال - الأشخاص)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 2011.

-عبد القادر البقريات، مبادئ القانون التجاري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

-عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2007.

-على البارودي، القانون التجاري، ج 2 (الشركات التجارية) منشأة المعارف، القاهرة، 1988.

-علي البارودي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار والأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

- عموري عمار شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

- عيساني كهينة، عاشور وسيلة، "تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2017.

-فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، د، س، ن.

- قويرة سمير، المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبة، تخصص: تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.

- كمال مصطفى طه، شرح القانون التجاري ح (1) (الشركات)، منشأة المعارف القاهرة.

محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة.

- محمد فتاحي، الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة الخضر - الوادي - الجزائر، 2010.

-مراد منير فهمي، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.

-مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، د ط، بيروت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1994.

-معارفية مالية تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012.

- مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة في القانون المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط أولى الأردن 1996.

-نادية فضيل، شركات الأموال في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية ط3، الجزائر، 2008.

المراجع باللغة الفرنسية:

100 - (A) jaufrait , op :G) Repert, op cit, p 807 -(Y) Guyon ,op cit

- (F) coziani, op cit

.Sabine.Vacrate , La sociétés crée de fait, op, cit

Joseph. Hemard, Théorie pratique des nullités de sociétés de fait, études de jurisprudence et de droit, Recueil Sirey, 2éme éd, France, 1926.

financière et économique, Rev mensuelle, avril2010, Juris data, Lexis .Nexi

Jean. Louis Navarro , Droit des sociétés, mémento de la jurisprudence .,Hachette , Paris ,2011

Arrêt n 316 du 16 Mars 2010.09- 12.539, c. cass, chambre .commerciale

. (G) - Repert, op citp

. (G) - Repert, op cite, p807- (ph) Merle, op cité

(G) Repert, op cité p807. - (ph) Merle, op cité, p 503 - (M) jeanatin, droit des sociétés, 3 édition, 1994 paris, p 95 et Suits. - (M) cozian,

الفهرس

مقدمة:..... 1

الفصل الأول: 8

الإطار المفاهيمي للشركة الفعلية 8

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الشركة الفعلية 8

المبحث الأول: 9

مفهوم الشركة الفعلية 9

المطلب الأول: 10

التعريف بالشركة الفعلية.....10

الفرع الأول: 11

تعريف الشركة الفعلية.....11

الأول عملي:.....11

الثاني قانوني: 11

الفرع الثاني:.....12

تمييز الشركة الفعلية عن النظم المشابهة لها 12

المطلب الثاني:.....15

موقف المشرع الجزائري من الشركة الفعلية 15

الفرع الأول 15

موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية 15

الفرع الثاني.....17

موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية 17

المبحث الثاني:.....20

نطاق تطبيق الشركة الفعلية 20
المطلب الأول: 21
بطلان عقد الشركة الفعلية 21
الفرع الأول: 22
البطلان المطلق و البطلان النسبي.....22
الفرع الثاني:.....24
البطلان الخاص.....24
المطلب الثاني:.....26
ممارسة النشاط الفعلي 26
الفرع الأول: 26
نظرية عقود المدة المستمرة التنفيذ.....26
الفرع الثاني:.....27
نظرية الأوضاع الظاهرة 27

الفصل الثاني.....35

النظام القانوني للشركة الفعلية.....35

المبحث الأول آثار الشركة الفعلية 36
المطلب الأول 37
آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء 37

الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة الشركة.....37

الفرع الثاني :آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة على الشركاء. 37
الفرع الأول 37

آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة 37
الفرع الثاني.....39
بالنسبة للشركاء 39
المطلب الثاني.....41
أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للدائنين 41
الفرع الأول 42
آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشركة 42
الفرع الثاني.....42
آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة دائني الشخصيين للشركاء 42
الفرع الأول 44
آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للغير 44

المبحث الثاني.....45

انقضاء الشركة الفعلية وتصفيتها.....45

المطلب الأول: انقضاء الشركة الفعلية.....45
المطلب الأول 46
انقضاء الشركة الفعلية 46
الفرع الأول 46
أسباب الانقضاء الغير مباشرة.....46
الفرع الثاني.....47
أسباب الانقضاء المباشرة 47
المطلب الثاني.....51
تصفية الشركة الفعلية وقسمتها 51
الفرع الأول 51
تصفية الشركة الفعلية.....51

الفرع الثاني.....53
عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية 53

خاتمة:.....56

ملخص:.....58

قائمة المراجع والمصادر:.....59