

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري- تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون نظام ل.م.د



## نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف:

- أ. حامل صليحة

من إعداد الطالبتين:

- سموم نسيمة

- مقراني حياة

### لجنة المناقشة

- الأستاذة: د. حمادوش أنيسة، أستاذة محاضرة "أ" ..... رئيسا

- الأستاذة: حامل صليحة، أستاذة مساعدة "أ" ..... مشرفا ومقررا

- الأستاذة: سي محي الدين صليحة، أستاذة مساعدة "أ" ..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2017 - 2018

## شكر وعرفان

بإسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

نشكر الله تعالى على كل ما منحه لنا طالبين منه عزّ وجلّ أن يوفّقنا للمُضي قُدماً في مسارنا

الدراسي والعملية والشخصي.

ولنا الشرف العظيم أن نتقدم بخالص شكرنا وتقديرنا وإحترامنا للأستاذة المشرفة "حامل

صليحة" التي ساعدتنا في إنجاز هذا العمل عن طريق تشجيعاتها وتوجيهاتها، و التي لم تبخل علينا

بالنصح والإرشاد ونشكرها على تواضعها وسعة صدرها، فلها منّا كل الإحترام والتقدير.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتنا الكرام أعضاء لجنة المناقشة المحترمين على قبولهم

مناقشة و قراءة هذا العمل.

نسيمة وحياء

## إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى أعز من في الوجود أُمي العزيزة والحنونة "باية"  
وأبي الغالي "إيدير" اللذان لقّناي دروس الحياة، وتوّجاني بثقتهم الكاملة أطال الله في عمرهما.

وإلى إخوتي وزوجاتهم وأخواتي وأزواجهن.

وإلى البراعم الصغار، زينة، حسين، ريان، مهدي.

وإلى الأصدقاء والصديقات.

شمسوم نسمية.

## إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من حملتني وهناً على وهن ومن كانت خير معين  
أمي العزيزة والحنونة "ذهبية" .

وإلى الذي كبد الشدائد وكان عرق جبينه دربي  
أبي الغالي "موسى" .

و إلى جميع إخوتي وأخواتي .  
أدامهم الله لي أجمعين .

وإلى البراعم الصغار:

ملاك لبني، رتاج، رؤي أشواق ورشيد حفظهم الله .

وإلى كل من ساعدني .

وإلى كل الأصدقاء والصديقات .

مقراني حياة .

## قائمة أهم المختصرات

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ص: صفحة.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

ق.ش.ف: قانون الشركات الفرنسية.

# مقدمة

## مقدمة:

الشركة الفعلية لا تخرج في الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنها شركة صحيحة، ولكن سرعان ما يظهر بعد ممارستها للنشاطها أنها 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 و القواعد القانونية المنظمة للشركات، أو لإتجاه إرادة المتعاقدين عمداً لقيامها.

يعود أصل الشركة الفعلية إلى القضاء الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر، حيث رفضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 10 أبريل 1825<sup>(1)</sup> تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التي أنشأت بغير كتابة أو بغير إشهار حماية للغير، وأستعملت لأول مرة مصطلح "الشركة الفعلية"، وتنتهي بعد ذلك العديد من التشريعات، ومنها المشرع الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أن الشركة الفعلية قد تختلط بعد قيامها من حيث المفهوم مع بعض النظم القانونية المشابهة لها، كالشركة المنشأة من الواقع، وشركة المحاصة، وشركة في طور التأسيس. والبحث في مضمون الشركة الفعلية من شأنه التمييز بين الشركة القانونية المستوفاة لجميع الأركان الموضوعية "العامة والخاصة" والأركان الشكلية "الكتابة، الشهر، القيد" التي يتطلبها القانون في جميع الشركات عامة والشركات التجارية خاصة، وبين الشركة الفعلية التي تخلفت فيها أحد الأركان الخاصة بتأسيس الشركة.

من البديهي أن بطلان الشركة السابق على ممارستها للنشاط الذي قامت من أجله لا يثير إشكالات جدية، إذ يعود الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد أصلا ويتحمل المؤسسون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم.

(1) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص38.

قد تظهر بعض الصعاب إذا ما تقرر البطلان بعد قيام الشركة ودخولها مع الغير في معاملات قانونية، وطبقا للقواعد العامة لنظرية البطلان متى بطل العقد، إرتد البطلان إلى الماضي بأثر رجعي، وهذا ما نصت عليه المادة 1/103<sup>(1)</sup> 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».

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

تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات لا يعترف فيها القانون بتطبيق نظرية الشركة الفعلية لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الواقعية، وهناك حالات يعترف بها القانون بتطبيقها ويترتب عن هذا الإعتراف آثار بالنسبة للشركة، والشركاء، والغير والدائنين الشخصيين للشركاء، ومتى حكم على الشركة الفعلية بالبطلان تدخل في مرحلة التصفية والقسمة. وعلى هذا الأساس نتساءل: كيف نظم المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية؟

ولمعالجة هذا الموضوع إعتدنا المنهج الوصفي التحليلي لكونهما يتلائمان مع طبيعة الموضوع، وذلك من خلال تحليل النصوص المراد دراستها وتقديم صورة شاملة وواضحة للموضوع، و ذلك بتقسيم هذه الدراسة إلى قسمين:

الفصل الأول: يتضمن مفهوم نظرية الشركة الفعلية.

والفصل الثاني: خصصناه لأحكام تطبيق الشركة الفعلية.

(1) - المادة 1/103 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007، ج.ر، عدد 31، 2007.

# الفصل الأول

مفهوم نظرية الشركة الفعلية

## الفصل الأول

### مفهوم نظرية الشركة الفعلية

نظرية الشركة الفعلية "la sociétés de faits" هي بناء قانوني نشأ أساساً بجهد القضاء الفرنسي إثر ما ظهر من مساوئ تطبيق الأثر الرجعي لبطلان الشركة، وذلك أن المبدأ العام في أثر البطلان هو إعتبار العقد المبرم كأنه لم يكن، ويرجع أثره للماضي فيلغي وجود هذا العقد فيه. إنطلاقاً من ضرورة الحفاظ على مصالح الغير وحمايتها وإتساقاً مع قواعد العدالة فقد لجأ القضاء منذ مجابته لهذا الواقع إلى فكرة الشركة الفعلية، لتفادي الآثار السلبية المترتبة جراء تقرير بطلان الشركة المعتلة.

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

للإحاطة بهذا النمط من الشركات فإنه من الضروري حسب تقديرنا أن نتعرض أولاً إلى نشأتها (مبحث أول) سواءً في القانون الفرنسي أو في القانون الجزائري، ثم إلى مضمونها (مبحث ثاني) من خلال تعريفها وذكر مبررات قيامها، وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها.

## المبحث الأول

### ظهور نظرية الشركة الفعلية

ظهرت الشركة الفعلية على يد القضاء الفرنسي الذي ساهم في إيجادها فعليا بعد أن وجدها خير مُعين لتفادي الآثار الغير المقبولة والسلبية التي تترتب جرّاء بطلان عقد الشركة غير النظامية، ومن الضروري التنويه إلى أن مهمة القضاء هذه لم تكن باليسيرة إذ أنه لم يصل إلى وضع أحكام للشركة الفعلية إلا بصورة متدرجة، وقد ساند فقه القانون التجاري الإتجاه القضائي. وأخذ المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية أسوة بالمشرع الفرنسي، بالتالي نتعرض إلى دراستها في القانون الفرنسي (مطلب أول)، ثم في القانون الجزائري (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

#### الشركة الفعلية في القانون الفرنسي

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

## الفرع الأول

## الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي

صدر أمر "مولان"<sup>(1)</sup> في فبراير 1566، وتم النص فيه على أنّ إثبات العقود التي تزداد قيمتها عن 100 فرنك يكون بالكتابة. ومنها عقد الشركة، إلا أنّ القضاء رفض في ذلك الوقت تطبيق هذه القاعدة المطلقة. وموقف القضاء هذا أدى فيما بعد إلى البناء القضائي للشركة الفعلية.

صدر بعد ذلك أمر "Blois" سنة 1579 الذي أخضع جميع الشركات المنشأة بين الأجانب للشهر، وفرض جزاءات قاسية على الشركات التي تخالف هذا الإجراء، كعدم الإحتجاج بها ضد الغير<sup>(2)</sup>.

جاء بعد ذلك ما يعرف بـ: "Code Michoud"<sup>(3)</sup>، في عام 1629 الذي نصت المادة 414 منه على وجوب النشر الإلزامي للشركات التي تنشأ بين المواطنين، إلا أنّ القضاء لم يأخذ بما جاء به الأمر، وظل إثبات الشركات خاضع لقاعدة حرية الإثبات<sup>(4)</sup>.

في 23 مارس 1673، صدر أمر قصد تنظيم التجارة والتجمعات التجارية التي كانت تتمو بصفة فوضوية وذلك حماية للغير، من خلال فرض الكتابة وإجراءات النشر لتأسيس

(1) - أمر مولان: أول تشريع بشري أعطى للكتابة مرتبة أسمى من الشهادة بعد الإسلام صدر بفرنسا في فبراير عام 1566، إذ نص في المادة 56 منه وجوب تدوين المعاملات التي تزيد على مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود وقد تأكد أيضا هذا المبدأ بصدور قانون لويس الرابع عشر: من الموقع:

(3)- forums. othkralah.com.ozkorallah1780.

(2) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 37.

(3) - يسمى هذا الأمر بقانون "Michoud" وقد أصدره الوزير "Michel de Marillac". (لمزيد من التفاصيل راجع مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن، ص 20 .

(4) - مفلح عواد القضاة، مرجع نفسه، ص 25.

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

في القرن 19، صدر عن محكمة النقض الفرنسي قرار يقضي ببطلان الشركة لعدم قيدها في السجل التجاري، وبأن آثار البطلان لا يمكن الإحتجاج بها إتجاه الغير لعدم إشتراكهم في السبب الذي أدى إلى بطلان عقد الشركة<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الشركة الفعلية في القانون التجاري الفرنسي 1807

وحد القانون التجاري الصادر عام 1807، جميع التجمعات التجارية تحت إسم واحد هو "عقد الشركة"، والشخصية المعنوية التي لم تكن تمنح إلا في حالات إستثنائية، منحت لجميع الشركات ما عدى شركة المحاصة<sup>(2)</sup>. وتغيير مفهوم الشركة من عقد إلى نظام لأن القانون فرض في تأسيس الشركة عدة إجراءات منها، الكتابة، والقيود، حيث قرر على مخالفتها جزاءً خاصاً وهو البطلان، وبذلك أصبحت الكتابة ركناً للإنعقاد بعدما كانت شرط للإثبات. إلا أن القضاء إكتشف عدم ملائمة هذه النصوص، لأن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان أمر صعب التطبيق<sup>(3)</sup>. ففي قرار محكمة باريس الصادر عام 1825<sup>(4)</sup> في قضية شركة عُرضت أمامها، ذهبته المحكمة إلى ما يلي:

1- الحكم ببطلان الشركة.

2- رفض الحكم بسريان الأثر الرجعي للبطلان.

(1) - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة عنابة، د.س.ن، ص 06.

(2) - شركة المحاصة، هي شركة مستترة ليس لها وجود ظاهر أمام الغير، ويقوم بأعمالها أحد الشركاء بإسمه الخاص وبشرط قسمة الأرباح والخسائر بين جميع الشركاء. راجع المادة 795 مكرر 2 ومكرر 4 من القانون التجاري الجزائري.

(3) - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 07.

(4) - راجع حكم محكمة باريس في 8 أبريل 1825، نقلا عن سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 38.

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

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

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

ميّز الفقه بعد ذلك بين نوعين من الشركات الفعلية، الأولى أطلق عليها تسمية الشركة الفعلية، والثانية أطلق عليها تسمية الشركة المنشأة من الواقع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الشركة الفعلية في قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966

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

**أولاً: التخفيض من حالات البطلان:** نصت المادة 360<sup>(2)</sup> من قانون 1966، بعدم جواز الحكم ببطلان الشركة إلا بموجب نص صريح في القانون، أو بموجب نصوص قانونية منظمة للعقود.

كما نصت المادة 361<sup>(3)</sup> بالبطلان الخاص لمخالفة شركات التضامن والتوصية البسيطة لإجراءات النشر.

(1) - مفلح عواد القضاة، نظرية الشركة الفعلية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 28 .

(2) - راجع المادة 360 من ق.ش.ف. 1966، من الموقع: <https://books.google.dz>

(3) - راجع المادة 361 من ق.ش.ف. 1966، من الموقع: <https://books.google.dz>

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

كما أشارت المادة 360 من قانون 1966 السالف الذكر على الإجراءات الواجبة إتباعها من قبل محكمة درجة أولى من أجل عملية التصحيح مع تبيان مدة التصحيح والنتائج المترتبة عنها<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: التقليل من آثار البطلان: لقد قصر قانون 1966 السالف الذكر، آثار البطلان على المستقبل دون الماضي، وفي حالة بطلان الشركة فإنه يتم تصفيتها وفقاً لقواعد تصفية الشركات القانونية، وتحتفظ الشركة بالشخصية المعنوية. وتسري آثار البطلان على كافة الشركاء إلا في حالة بطلان الشركة التي تصدر بناءً على طلب الشريك الذي شاب رضاه عيب أو نقص في الأهلية.

أما فيما يخص علاقة الشركاء مع الغير، فإن قانون الشركات 1966 أعطى للغير حسن النية الحق في الإختيار بين طلب بطلان الشركة أو صحتها وفقاً لمصلحته<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### الشركة الفعلية في القانون الجزائري

القول بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تأسيس الشركة أمر غير منطقي، وذلك بالنظر إلى الغير حسن النية الذي تعاقد معها. بإعتبار 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 كانوا عليها قبل

(1) - عليوة رايح، نظرية الشركة الفعلية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 10.

(2) - مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 35 و 36.

إبرام العقد ليس بالحل العملي، و لذلك تم إعمال ما يعرف بنظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، بالتالي نتناول موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية (فرع أول)، ثم موقف القضاء الجزائري المتردد من هذه النظرية (فرع ثاني).

## الفرع الأول

### موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

إعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية، كما يظهر من نص المادة 418 من القانون المدني والتي تقضي بـ «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 اكتسبه 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»<sup>(1)</sup>.

يتبين من خلال النص أن المشرع إعتبر 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 إستقرار المعاملات التجارية وحماية للغير، أعطى المشرع للغير حسن النية الحق في التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء<sup>(2)</sup>.

(1) - المادة 418 من الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

(2) - محمد فتاحي، الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر-الوادي- الجزائر، 2010، ص101.

كما كرّس المشرّع 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 الإقتضاء»<sup>(1)</sup>.

يتضح من خلال نص هذه المادة، أنّ الشركة قائمة فعلا لا قانونا في الفترة ما بين إنعقادها والحكم ببطلانها، وهذا البطلان يعتبر كحل للشركة قبل حلول أجل إنتهاءها. 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.

أما إذا لم تكن قد باشرت في ممارسة النشاط، فلا مجال لإعمال قاعدة عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان، على إعتبار أن السبب قد إنتفى وهو ممارسة الأعمال، أي عدم وجود الغير الذي تعامل مع هذه الشركة<sup>(2)</sup>.

(1) - 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.

(2) - بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص)، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن، ص 108.

## الفرع الثاني

## موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية

رغم رسوخ نظرية الشركة التجارية الفعلية في التشريعات المقارنة وإعتراف القضاء الفرنسي قديما وحديثا بهذه النظرية وتأييد الفقه لها، إلا أنّ القضاء الجزائري لا يزال مترددا اتجاه نظرية الشركة التجارية الفعلية، على هذا الأساس ظهر إتجاهين إتجاه ينكر صراحة قيام الشركة الفعلية، واتجاه آخر يعترف بها صراحة بالتالي سنتناول هذين الإتجاهين كما يلي:

أولاً: الإتجاه الرفض لفكرة الشركة الفعلية: يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 18 مارس 1997<sup>(1)</sup> من إحدى القرارات الراضة 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 باشرطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن».

وعليه فإن هذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية على أساس أنّ الشكلية من النظام العام، استنادا إلى المادة 418<sup>(2)</sup> من ق.م.ج والمادة 545 ق.ت.ج<sup>(3)</sup>.

(1) - قرار المحكمة العليا مؤرخ في 18 - 03 - 1997، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، د.س.ن، ص 145.

(2) - تنص المادة 418 من ق.م.ج: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا.....".

(3) - تنص المادة 545 من ق.م.ج: "تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة.....".

لكن هذا الاتجاه تم إنتقاده 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 رجعيًا للبطلان، مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام، وهذا خلافا لما ذهبت إليه المحكمة العليا، كما أن المادة 2/418 ق.م.ج سالفة الذكر وضعت أحكام خاصة بالبطلان سواءً في علاقة الشركاء في مواجهة الغير، أو في علاقة الشركاء فيما بينهم.

من جهة ثانية: بخصوص المادة 545<sup>(1)</sup> 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 إعتراف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية التجارية<sup>(2)</sup>.

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup> المؤرخ في 20-12-1990 يرفض الإعتراف 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 خرخوا 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».

(1) - راجع المادة 545 من الأمر رقم 59\_75 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

(2) - لمزيد من التفاصيل راجع، محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 101.

(3) - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 20/12/1980، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 50.

وهذا الاتجاه أيضا تم انتقاده:

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 أنّ 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 3/545 ق.ت.ج، وهذا اعترافا بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية<sup>(1)</sup>.

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،<sup>(2)</sup> حيث جاء فيه «متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا. غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما 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».

(1) - أنظر محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 102.

(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.

بالتالي فإن إستعمال هذا القرار لمصطلح "الشركة الفعلية" إستنادا 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 آثار إلا من تاريخ إحتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الإلتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الأثر القانونية»<sup>(1)</sup>.

وهذا القرار أيضا يؤيد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي في الإعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### مضمون الشركة الفعلية

إن التعرض إلى مضمون الشركة الفعلية يعد أمرا عسيراً فعلى الرغم من أن فكرة الشركة الفعلية معروفة منذ زمن طويل في بعض النظم القانونية، إلا أن تحديد تعريفها وعوامل قيامها، ما يزال محل نقاش، أضف إلى ذلك بعض النظم القانونية المشابهة في بعض جوانبها مع الشركة الفعلية مما يثير اللبس والغموض في تمييز هذه الشركة عن تلك النظم القانونية المشابهة لها، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الشركة الفعلية ومبررات قيامها (مطلب أول) ثم نتعرض إلى تمييزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها (مطلب ثاني).

(1) - قرار مؤرخ في 19-11-2015، نشرة قضائية، عدد 59، ص 279، نقلا عن محمد فتاحي، ص 103.

(2) - نفس المرجع، ص 103.

## المطلب الأول

### تعريف الشركة الفعلية

فكرة الشركة الفعلية نشأت على هامش نصوص القانونين المدني والتجاري، وإن هذه الفكرة تستمد وجودها من ضرورة إستبعاد النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للبطلان إلا أن أسباب البطلان أدى بدوره إلى إختلاف التصور القضائي والفقهي لفكرة الشركة الفعلية، وبالتالي نتعرض إلى المقصود بالشركة الفعلية (فرع أول) ثم تبيان مبررات قيامها (فرع ثاني).

### الفرع الأول

#### المقصود بالشركة الفعلية

الشركة الفعلية هي الإعتراف بالوجود الواقعي للشركة في الفترة ما بين التأسيس والحكم ببطلانها، بحيث يدل تعبير الشركة الفعلية عن شركة باطلة قانوناً، إلا أنّ الشركاء أرادوا تكوينها فباشرت نشاطها قبل إعلان بطلانها<sup>(1)</sup>.

نستطيع القول أيضاً أنّ 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.

(1) - حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين يشايرة، "مفهوم الشركة الفعلية و نطاق تطبيقها: دراسة مقارنة" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، د.س.ن.، ص 50.

أما إذا نشأ عن العقد شخص معنوي فتطبق القاعدة العامة، لأن ذلك يؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الإقتصادية، فتطبيق الأثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى تجاهل وقائع وجدت فعلا في الفترة السابقة بالحكم بالبطلان<sup>(1)</sup>.

لذا إكتفى القضاء بأنه متى حكم ببطلان الشركة إقتصر أمر البطلان على المستقبل دون أن تمتد آثاره على الماضي. وتعتبر الشركة خلال هذه الفترة شركة فعلية وليست قانونية.

والهدف من وجود الشركة الفعلية هو حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية، لأن الغير تعامل مع الشركة على أساس إعتبارها شركة صحيحة وبالتالي تعتبر الشركة موجودة فعليا لا قانونيا<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### مبررات قيام الشركة الفعلية

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

**أولاً: نظرية عقود المدة المستمرة التنفيذ:** عقد الشركة من العقود المستمرة التي يلعب عنصر الزمن فيها دورا هاما، تقرر به الإلتزامات الناشئة في العقد مثل عقد الإيجار وعقد العمل حيث يعتبر الزمن عنصراً أساسياً في تحديد المنفعة<sup>(3)</sup> في الحالة الأولى، وفي تحديد مقدار الخدمة التي يؤديها العامل في الحالة الثانية وبإعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة

(1) - أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، د.د.ن، الجزء الثاني، ط 2، الجزائر، 1980، ص 92 و93.

(2) - نسرین شريقي، الشركات التجارية، ط 1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 21.

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

2011، ص 84.

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 الإحتجاج 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 إسترجاع المنفعة التي حصل عليها المستأجر مقابل إسترداد 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 إعتيادية إلى أن يتضح أنها تفتقد إلى إحدى أركان تأسيسها الموضوعية، أو الشكلية وإلى حين ذلك تعد الشركة قائمة بصورة صحيحة.

وجه الفقه عدة إنتقادات لهذه النظرية بحيث يرى البعض منه بأن هذا التبرير لا يستقيم، والحجة في ذلك هو أن الشركة ومنذ لحظة إختلال 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<sup>(1)</sup>.

(1) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 62.

ثانياً: نظرية الأوضاع الظاهرة: يبرر بعض الفقهاء وجود الشركة الفعلية بالإستناد إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة، فالغير الذي تعامل مع الشركة قبل بطلانها، إعتد على أنها شركة صحيحة، فمن العدل أن لا يفاجئ هذا الشخص الذي أطمئن إلى الوضع الظاهر للشركة ببطلانها بسبب قد يكون خفياً عليه.

ويعرف الوضع الظاهر حسب فريق من الفقه، بأنه ذلك الوضع الواقعي المخالف للحقيقة والذي يخفي وضعاً حقيقياً يوهم الغير بأنه في مركز يحميه القانون، فيبعث في نفس الغير الثقة<sup>(1)</sup>.

تقوم نظرية حماية الظاهر حسب استنتاج الفقه على شرطين:

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

وفي الشركة الفعلية بإعتبارها تطبيقاً 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 عدماً حقيقياً، فهناك دائماً المظهر الخارجي للعقد لأن العقد الباطل إذا كان قد فقد وجوده الإعتباري بإختلال الشروط التي تطلبها القانون لإنعقاده، فإن وجوده الحسي يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة<sup>(2)</sup>.

(1)- عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص 83.

(2)- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 71.

**2- الشرط المعنوي:** يعطي المبرر الأدبي الأخلاقي لأجل أن تقبله النفوس. على هذا الأساس يتميز بحسن النية وإنتفاء الخطأ من جانب الغير، فلكي تقوم الشركة الفعلية إستنادا إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، لابد أن يتوفر في الغير الذي تعامل معها مبدأ حسن النية، ولا يهم أن يكون الشركاء حسنو النية أم لا(1).

لم تسلم هذه النظرية أيضا من الإنتقادات 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 بقيدتها في السجل التجاري، كما أن الآثار القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي.

إنّ الإنتقادات 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(2).

## المطلب الثاني

### تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

يلتبس بفكرة الشركة الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة لها، التي تقترب بصورة أو بأخرى من مفهوم ووضع تلك الشركة، ولغرض أن لا تتدخل هذه المفاهيم يجب أن نميز بين الشركة الفعلية وهذه النظم القانونية المشابهة لها كالشركة المنشأة من الواقع (فرع أول)، والشركة في طور التأسيس (فرع ثاني)، ثم شركة المحاصة (فرع ثالث).

(1) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 72.

(2) - مرجع نفسه، ص 72.

## 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 إتجهت فيها إرادة الأفراد إلى تكوينها من خلال إبرام عقد الشركة والإتفاق 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<sup>(1)</sup>.

في حين أنّ 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، وأحياناً يكون للشركاء نية تأسيس ولكنهم لم يهتموا بإختيار نموذج معين للشركة، أو ربما يتفق الأطراف على تأسيس الشركة بدون إزجاج موثق العقود أو رجال القانون. وعليه فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تنظم بعقد خطي، وإنما ينتج وجودها من العمل المشترك الذي يرمي إلى إقتسام الربح والخسارة، مع ذوي الشأن في التعاون على قدم المساواة، وبالتالي فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي لا تخضع لنظام الإفلاس<sup>(2)</sup>.

(1) - محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 99.

(2) - بيارميل 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 محاصة، كما أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لديها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، وليس لها ممثل قانوني، أي مدير يعمل بإسمها ولحسابها، وإنما ينظم الشركاء عادة طريقة الإدارة في عقد الشركة، كما أنها لا تخضع لإجراءات التصفية.

في حين الشركة الفعلية كما سبق ذكرها هي شركة إتجهت 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<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثالث

### تمييز الشركة الفعلية عن الشركة في طور التأسيس

الشركة في طور التأسيس هي شركة إتجهت إرادة الأطراف في تكوينها من خلال قيام الشركاء بإبرام عقد الشركة والإتفاق على جميع الوسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم إستكمالها، كالقيد في السجل التجاري والنشر. لكن نية الشركاء تقصد إستكمالها، والفرق الجوهرى بين الشركة في طور التأسيس وبين الشركة التجارية الفعلية، هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة، كما أن ممثليها هم المؤسسون ويتحملون المسؤولية بالتضامن ولا تخضع لإجراءات التصفية ولا

(1) - محمد فتاحي، مرجع سابق، ص100.

لنظام الإفلاس، في حين تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية، تمثلها جهة الإدارة وتُسأل الشركة كشخص معنوي كقاعدة عامة، كما أنها تخضع للتصفية والإفلاس<sup>(1)</sup>.

---

(1) - حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين يشايرة، مرجع سابق، ص53.

# الفصل الثاني

أحكام تطبيق الشركة الفعلية

## الفصل الثاني

### أحكام تطبيق الشركة الفعلية

على الرغم من أن الشركة الفعلية توافق الشركة القانونية في أنها تستند في قيامها على الأركان الأساسية التي تستند عليها الشركة القانونية من حيث ضرورة توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة، وضرورة ممارسة الشركة الفعلية لنشاطها في واقع الحياة العملية، إلا أنها تتميز عن الشركة القانونية في مخالفتها لبعض الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى الحكم ببطلانها.

يرتبط أصل فكرة الشركة الفعلية إرتباطاً وثيقاً بمسألة البطلان عموماً 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 إستخلص القضاء منها وجود الشركة الفعلية مستنداً في ذلك إلى أسباب أخرى خلاف البطلان.

وتنتهي الشركة الفعلية بنتيجتين إثنين، فإما أن تحقق لها سبيل الإستمرار في الحياة بوضعها كشركة قانونية، وإما أن تختفي هذه الشركة وتزول من الوجود بأن تحل وتصفى بمجرد الحكم ببطلانها. وعليه سنتعرض في هذا الفصل إلى تحديد نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية (مبحث أول) وذلك من حيث تأسيسها، ثم تبيان آثار الإعتراف بوجود الشركة الفعلية، ثم التعرض إلى إنقضائها (مبحث ثاني) وذلك بتبيان أسباب إنحلال الشركة، وكيفية تصفيتها وقسمتها.

## المبحث الأول

### نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية

إذا تخلف ركن من الأركان الخاصة بتأسيس عقد الشركة بوجه عام، تعرضت الشركة القائمة للإنهيار، وقد يتولد عن ذلك الإنهيار قيام شركة فعلية، كما قد لا يتولد وجود هذا النوع من الشركات، فضلا عن أنه ينفي وجود الشركة القانونية أصلاً.

وعليه فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى تحديد كيفية تأسيس الشركة الفعلية (مطلب أول)، ثم إلى الآثار المترتبة على الإقرار بوجودها الفعلي (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

#### تأسيس الشركة الفعلية

لتقرير وجود الشركة الفعلية يجب أن تتوفر على كافة الأركان الموضوعية (العامة والخاصة) اللازمة لكل شركة كما حددها القانون، لأن هذه الأركان هي التي تحدد العلاقات بين الأطراف و تبين أن الشركة الفعلية تتميز بالمظهر العام اتجاه الغير الذين تعاملوا معها، إلى جانب الأركان الشكلية، كما هو الحال في الشركات القانونية، إلا أنها تتميز عنها في مخالفتها لبعض الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى الحكم بطلانها، وعليه فإن تأسيس الشركة الفعلية تقوم على مجموعة من الأركان (فرع أول) وفي حالة تخلف أحد هذه الأركان ترتب على ذلك بطلان عقد الشركة (فرع ثاني).

## الفرع الأول

### أركان الشركة الفعلية

يقوم عقد الشركة الفعلية كغيره من عقود الشركات الأخرى، على الأركان الموضوعية (أولاً) والأركان الشكلية (ثانياً).

**أولاً: الأركان الموضوعية:** تنقسم بدورها إلى قسمين (نوعين) والمتمثلة في الأركان الموضوعية العامة، والأركان الموضوعية الخاصة.

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

**أ- الرضا:** هو التعبير عن إرادة المتعاقدين الذين يصاغ في الإيجاب والقبول، ذلك طبقاً لنص المادة 59<sup>(1)</sup> من القانون المدني الجزائري.

يشترط في عقد الشركة ضرورة توافر الرضا في جميع الشركاء، ويجب أن ينصب كذلك على جميع شروط عقد الشركة، أي على الشكل الذي تتخذها رأسمالها، غرضها، ومقدار حصة كل شريك.

يجب أن يكون الرضا سليماً غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة (كالإكراه، الغلط، التدليس، الإستغلال). إذا شاب رضا أحد الشركاء عيباً من هذه العيوب جاز له أن

(1) - تنص المادة 59 من ق.م.ج: على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

يطلب بإبطال العقد شرط أن يكون الغلط جوهرياً<sup>(1)</sup> عملاً بنص المادة 1/82<sup>(2)</sup> من القانون المدني الجزائري.

ب- **المحل:** يقصد بمحل الشركة الغرض الذي أسست من أجله، أي النشاط الذي تمارسه ومن الواجب أن يكون محل الشركة مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وفقاً لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري<sup>(3)</sup>.

مثلاً في حالة ما إذا تكونت شركة بغرض الإتجار بالمخدرات أو تزوير النقود كانت باطلة بطلاناً مطلقاً وذلك لعدم مشروعية المحل.

كما يشترط أن يكون محل الشركة ممكناً، وإن كان من الصعب أن يكون محل الشركة مستحيلاً من الناحية المادية، إلا أنه قد يكون مستحيلاً من الناحية القانونية، كما في حالة مزاوله الشركة لنشاط يمنعه القانون<sup>(4)</sup>.

ج- **السبب:** هو الدافع الذي يهدف إليه كل متعاقد من وراء إلتزاماته، في تكوين الشركة، ويقوم على تحقيق الموضوع المشترك والمتمثل في تحقيق الأرباح وإقتسامها عن طريق ممارسة أحد الأنشطة الإقتصادية، فإذا كان سبب الشركة غير مشروع، كأن تأسس شركة ما لا تهدف إلى تحقيق الربح بل منافسة شركة أخرى للقضاء عليها، فيكون سببها غير مشروع وتكون باطلة بطلاناً مطلقاً، كما تنص المادة 97 من ق.م.ج «إذا إلتزم المتعاقدان لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً».

(1) - عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، 3ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 90.

(2) - تنص المادة 1/82 من ق.م.ج: على أنه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

(3) - تنص المادة 93 من ق.م.ج: على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

(4) - سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 256.

د- الأهلية: نظراً لأن عقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر، يجب أن يكون الرضا صادر من شخص يتمتع بأهلية كاملة وهي أهلية التصرف أي بلوغ الشخص 19 سنة كاملة وأن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه.

كما تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنه: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.»  
- وسن الرشد 19 سنة كاملة».

بالتالي لا يجوز للقاصر إبرام عقد الشركة، وإلا كان العقد باطلاً بالنسبة إليه، إلا إذا حصل على إذن من المحكمة يسمح له بذلك بناءً على نص المادة 5 ق.ت.ج<sup>(1)</sup>.

2- الأركان الموضوعية الخاصة: لا يكفي لتكوين عقد الشركة توفر الأركان الموضوعية العامة، وإنما لا بد من توفر الأركان الموضوعية الخاصة، التي تميزها عن سائر العقود، والتي تعتبر ضرورية لقيامها وهي:

أ- تعدد الشركاء: عقد الشركة يلتزم فيه شخصان فأكثر، بالمساهمة في مشروع مالي. فحسب المادة 416<sup>(2)</sup> من ق.م.ج فإنّ عقد الشركة يلتزم بوجود شخصان فأكثر، حيث لا يجوز لشخص واحد أن ينشأ بمفرده شركة، إستثناءً نجد المشرع الجزائري أجاز إنشاء شركة من طرف شخص واحد وهي مؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة<sup>(3)</sup> من خلال نص المادة 2/564 ق.ت.ج. وهذا الشرط واجب في جميع الشركات مدنية

(1) -تنص المادة 3/2/1/05 من ق.ت.ج:على أنه:"لا يجوز للقاصر المرشد، نكراً أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن.....".

(2) -تنص المادة 416 من ق.م.ج:على أنه"الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك.....".

(3) -تنص المادة 2/564 من ق.ت.ج:على أنه:"إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقاً للفقرة السابقة، لا تضم إلا شخصاً واحداً «كشريك وحيد»، تسمى هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة" .

أو تجارية، كما تدخل المشرع الجزائري في تحديد الحد الأدنى والأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات<sup>(1)</sup>.

ب- **تقديم الحصص:** الحصص هي جوهر الشركة وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها ونجد المشرع الجزائري في المادة 416 ق.م.ج، قسم الحصص إلى ثلاثة أنواع: حصة من عمل، أو من مال، أو عينية.

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

إنّ تقسيم حصة عمل في الشركات المدنية أمر جائز، أما في الشركة التجارية فالأمر يختلف من شركة إلى أخرى<sup>(2)</sup>. ففي شركة التضامن التي تكسب الشريك صفة التاجر وليس وصفه العامل أمر جائز، أما في شركات الأموال فإن المشرع قطع بصريح النص أن العمل لا يجوز أن يكون حصة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة إستثناءً أجاز المشرع تقديم حصة من عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتعديل المادة 3 من ق.ت.ج بموجب المادة 567 مكرر من القانون 15-20، وقصر جوازها فقط على شركة التضامن وحدها<sup>(3)</sup> (المادة 567 ق.ت.ج).

(1) - عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 92.

(2) - جمال محمود الحمودي، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، د.س.ن، ص 14.

ويجب على الشريك أن يقدم حسابا للشركة عما يكون قد قام به من عمل لصالحها كما جاء في نص المادة 423<sup>(1)</sup> ق.م.ج، لا يحق له القيام بنفس العمل لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وتكون حصة العمل شخصية، ويجب أن يقوم بها العامل نفسه.

ويجوز للشريك القيام بأعمال أخرى مستقلة غير التي تعهد بها للشركة ما دام ذلك لا يتعارض مع غرض الشركة ويحتفظ في هذه الحالة لنفسه بأرباح هذا العمل، بشرط أن لا يكون الوقت الذي كرسه لنفسه يمنعه من القيام بالتعهدات التي قدمها للشركة، وإلا جاز للشركة مطالبته بالتعويض<sup>(2)</sup>.

- **حصة نقدية (مال):** تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغا نقديا لأنها هي التي تكون رأسمال الشركة، ويجب على الشريك أن يقدم حصته في الميعاد المتفق عليه وإلا إلتزم بالتعويض طبقا لنص المادة 421<sup>(3)</sup> ق.م.ج.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على الإستثناءات المذكورة في القانونين الفرنسي والمصري الخاصة بالفوائد التأخيرية والتكميلية والسبب في ذلك هو أن التشريع الجزائري يمنع القرض بالفائدة فيما بين الأفراد.

- **حصة عينية:** تكون الحصة التي يقدمها الشريك مالا آخر غير النقود، كأن تكون عقاراً أو منقولا حسب نص المادة 492<sup>(4)</sup> ق.م.ج، والحصة العينية المقدمة تكون إما على سبيل التملك أو على سبيل الإنتفاع بها<sup>(5)</sup>.

(1) -تنص المادة 423 من ق.م.ج: على أنه: "إذا كانت حصة الشريك عملا يقدمه للشركة وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها و أن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل.....".

(2) - جمال محمود الحمودي، مرجع سابق، ص 15.

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

(4) - راجع نص المادة 492 من القانون المدني الجزائري.

(5) - ابراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 117.

ج - نية المشاركة: العنصر الذي يميز عقد الشركة عن سائر العقود الأخرى هو عنصر مستمد من نية المتعاقدين، ونية المشاركة هي إتجاه إرادة جميع الشركاء إلى التعاون الإيجابي لتحقيق غرض الشركة وإدارتها وقبول المخاطر المشتركة.

كما أنها لازمة لحياة الشركة وإستمرارها فإذا تخلفت هذه النية لدى أحد الشركاء في أية مرحلة من مراحل الشركة فإن ذلك سيؤثر على بقاءها(1).

د - إقتسام الأرباح والخسائر: يجب على جميع الشركاء أن يشتركوا في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر، فإذا وقع إتفاق على أنّ أحد الشركاء لا يساهم في الأرباح والخسائر، كان عقد الشركة باطلا عملا بنص المادة 1/426 ق.م.ج(2)، ونص المادة 733 ق.ت.ج(3).

يجوز إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر بشرط أن لا يتقاضى أجراً من عمله. وأن لا يكون قد قدّم إلى جانب حصة من عمل حصة أخرى (نقدية، عينية).

أما بالنسبة لقواعد توزيع الأرباح والخسائر فالقاعدة العامة هي الرجوع إلى ما إتفق عليه الشركاء ولا يشترط في التوزيع أن يكون متساويا(4). وإذا لم يوجد إتفاق على طريقة توزيع الأرباح وتحمل الخسائر يجب الرجوع إلى نص المادة 425 ق.م.ج(5).

ثانيا: الأركان الشكلية: يشترط القانون كتابة عقد الشركة حتى يسهل إثبات ما تضمنه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة. و تهم أيضا الشركاء أنفسهم، إضافة إلى الكتابة الرسمية إشتراط الإشهار والقيّد في السجل التجاري.

(1) - أسامة نائل المحيسن، مرجع سابق، ص 42.

(2) - راجع نص المادة 1/426 من القانون المدني الجزائري.

(3) - تنص المادة 733 من ق.ت.ج: على أنه: "لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون.....".

(4) - عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 93.

(5) - راجع نص المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

1- الكتابة: نصت المادة 418 ق.م.ج على ضرورة كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا سواءً تعلق الأمر بالشركات المدنية أو التجارية.

جدير بالذكر أن المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركات المدنية وإقتصر على ضرورة الكتابة فقط، بالتالي لا بد من إفراغ عقد الشركة في شكل رسمي وإلا كانت باطلة، وهذا ما قضت به المادة 545 ق.ت.ج.

2- الشهر: أوجبت المادة 542<sup>(1)</sup> ق.ت.ج إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة في الشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة.

3- القيد في السجل التجاري: اشترطت المادة 549 ق.ت.ج القيد في السجل التجاري حتى تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجية على الغير إلا بعد إستقاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذ لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية باعتبارها شركة فعلية<sup>(2)</sup>.

كما أوجب المشرع التجاري الجزائري أن يحدد في عقد الشركة شكلها، عنوانها، إسمها مركزها، موضوعها ومدتها التي لا تتجاوز 99 سنة، المادة 546<sup>(3)</sup> ق.ت.ج.

(1) - راجع نص المادة 542 من القانون التجاري الجزائري.

(2) - عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 94.

(3) - راجع نص المادة 546 من القانون التجاري الجزائري.

## الفرع الثاني

### بطلان عقد الشركة الفعلية

يترتب عن تخلف ركن من الأركان العامة أو الخاصة أو الشكلية المنصوص عليها في القانون التجاري جزاء يتمثل في البطلان، والبطلان يعني إنعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير كذلك.

إلا أنّ الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة، وهذا البطلان قد يكون نسبيا أو مطلقا وبالتالي تظهر فكرة الشركة الفعلية.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء متردد من وجود الشركة الفعلية<sup>(1)</sup> في جميع حالات البطلان لأن هناك حالات لا يجوز الإعراف بها، لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع وتتمثل هذه الحالات في:

#### أولاً: تطبيقات الشركة الفعلية في حالات البطلان:

**1-** قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عيب في رضا أحد الشركاء: حيث لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية متى إنعدمت الإرادة ولا يمكن أن نوصف الشخص الذي إنعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة.

أما إذا شاب إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الرضا فإن ذلك يؤثر على إلتزام هذا الشريك دون أن يؤدي إلى بطلان الشركة، إذ أن مصلحة باقي الشركاء تقتضي الإبقاء على العلاقة بينهم<sup>(2)</sup>.

(1) - نادية فوضيل، أحكام الشركة، طبقا للقانون التجاري الجزائري، ط7، دار هومة للطبع والنشر، الجزائر، 2008، ص 52.

(2) - أنظر مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 255.

2- قيام الشركة الفعلية بسبب نقص الأهلية: إذ لا يؤثر نقص أهلية أحد الشركاء في كيان الشركة خلافا للقواعد العامة، بل يؤثر على التزام الشريك فقط.

3- قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عدم كتابة عقدها: رغم أن المادة 418 ق.م.ج تنص على بطلان عقد الشركة إن لم يكن مكتوبا، إلا أنه لا يجوز للشركاء الإحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير حسن النية، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من وقت طلبه من أحدهم وعليه يترتب على هذا البطلان قيام الشركة الفعلية<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: تطبيقات الشركة الفعلية في حالات البطلان المطلق

1- لا تطبق نظرية الشركة الفعلية إلا إذا تكونت الشركة فعلا وتعاملت مع الغير، ويجب عدم الخلط بين الشركة الفعلية التي وجدت فعلا وتعاملت مع الغير بوصفها شخص معنوي وبين الشركة التي تكونت بحكم الواقع وهي التي لا يتوفر لدى مؤسسيها نية تكوين الشركة بالمعنى القانوني.

2- لا تطبق الشركة الفعلية في حالة بطلان الشركة بسبب عدم مشروعية غرضها لأن في ذلك إعترافا بالغرض الغير المشروع وهذا لا يجوز.

3- لا تطبق الشركة الفعلية في حالة إنتفاء ركن تعدد الشركاء أو نية المشاركة أو الحصص، لأن عدم وجود هذه العناصر تنفي وجود الشركة فعلا<sup>(2)</sup>.

(1) - عليوة رابع، (نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري)، مجلة العلوم القانونية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، د.س.ن، ص175.

(2) - عليوة رابع، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مجلة تواصل العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الحقوق برج باجي مختار عنابة، عدد 28 جوان، 2011، ص99.

## المطلب الثاني

### 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 إنحلال مسبق للشركة لا ينتج آثاره 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 الإقرار بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين إبرام العقد والحكم بالبطلان نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة أو للشركاء (فرع أول) أو بالنسبة للغير ودائني شركاء الشخصين (فرع ثاني).

### الفرع الأول

#### آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء

تترتب على الإقرار بوجود الشركة الفعلية، آثار على الشركة (أولا)، و آثار على الشركاء (ثانيا).

**أولا: بالنسبة للشركة:** 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 ومرتبطة لآثارها، سواء بين الشركاء أو بالنسبة للغير، وتظل محتفظة بشكلها ونوعها الذي إتخذته منذ تأسيسها (تضامن، مساهمة، مسؤولية محدودة) إلى غاية تصفيتها، فتسري عليها أحكام التصفية المنصوص عليها في عقدها التأسيسي وفي القانون التجاري.

تخضع الشركة الفعلية خلال حياتها لإلتزامات التاجر كمسك الدفاتير التجارية ويوقع عليها جزاءات مدنية وجنائية في حالة مخالفتها لهذه الإلتزامات، وكذلك تخضع للضرائب التجارية، ونظام الإعفاء منها.

إذا توقفت الشركة الفعلية عن دفع ديونها خلال فترة نشاطها أو أثناء عملية التصفية فإنه يجوز شهر إفلاسها<sup>(1)</sup>.

**ثانيا: بالنسبة للشركاء:** في حالة بطلان الشركة وتصفيتها تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر على أساس العقد التأسيسي للشركة الذي يعتبر صحيحا في الماضي أو على أساس الإتفاق طبقا للمادة 425 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### آثار الاعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين

إضافة إلى الآثار المترتبة على الإعتراف بوجود الشركة الفعلية على الشركة والشركاء السالفة الذكر. هناك آثار أخرى تلحق بالغير الذي تعامل مع الشركة ودائني الشركاء الشخصيين.

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

(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، ص 28.

(2) - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، د.س.ن، ص 81.

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 للفقهاء والقضاء في كل من فرنسا ومصر، يجب ترجيح الجانب الذي طلب الحكم بالبطلان لأنه هو الأصل<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين:** يتمسك الدائنون الشخصيون للشركاء بقيام الشركة الفعلية متى كانت لهم مصلحة في ذلك، كأن يؤدي 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 أنه غالباً ما يحصل تعارض بين مصالح دائني الشركاء الشخصيين ودائني الشركة، كأن يحتج دائنوا الشركاء ببطلان الشركة بقصد إسترجاع الحصص المقدمة من مدينهم، بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث تقضي مصلحتهم إستمرار الشركة حتى يحتفظون بحق الأولوية على ذمتها إتجاه دائني الشركاء، يرى أغلبية الفقهاء أن تقرير البطلان هنا هو حماية الغير الذي تعامل مع الشركة، وبالتالي لا يقبل أن تتقلب القواعد التي قرّرت لمصالحهم لتصبح بالاعتماد عليهم، فعليه نكون حافظنا على إستقرار المعاملات من جهة، وفي ذلك تغليباً للوضع الظاهر من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### إنقضاء الشركة الفعلية

تنشأ الشركة التجارية من أجل تحقيق الأهداف والأرباح التي يعجز كل شريك عن تحقيقها بمفرده، وقد تحدث عوائق في نشاط الشركة وإستمرارها فيؤدي ذلك إلى زوالها وهو

(1) - مراد منير فهمي، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص 249.

(2) - إلياس ناصف، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، د.د.ن، لبنان، 1994، ص 229.

ما يعرف من الناحية القانونية بإنقضاء الشركة سواء عن طريق تحويل الشركة أو توفر الأسباب العامة أو الخاصة لإنقضاءها (مطلب أول)، فتدخل الشركة بذلك مرحلة التصفية والقسمة (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

### أسباب انحلال الشركة الفعلية

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

## الفرع الأول

### الأسباب الغير المباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء إلى إصلاح العيب الموجود في الشركة، وتتحول الشركة المعتلة بذلك إلى شركة قانونية، مهما كان نموذج الشركة، ومهما كان العيب الموجود فيها. فقد يكون 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<sup>(1)</sup>.

(1) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 202.

**أولاً: 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 عضواً في مثل هذه الشركات، كصفة الأطباء أو المحامين ممنوعين من تكوين شركة تجارية فإذا لجأ الأطراف لتحويلها إلى شركة مدنية يسمح لهم القانون بإنشاءها، وبالتالي تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة.

**ثانياً: عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة:** كأن يكون رضا أحد الشركاء مشوباً 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 معيباً، 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<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأسباب المباشرة

تتحل الشركة الفعلية إما عن طريق دعوى البطلان (أولاً)، أو إذا توفرت الأسباب القانونية التي تؤدي إلى إنقضاءها (ثانياً).

**أولاً: الإنحلال بسبب دعوى البطلان:** يعتبر البطلان السبب الرئيسي والمباشر لإنقضاء الشركة التجارية الفعلية، فإذا تمسك الغير بحقه في طلبه إستناداً للمادة 2/418<sup>(2)</sup> ق.م.ج

(1) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 204.

(2) - تنص المادة 2/418 من ق.م.ج: على أنه: "غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم... لطلب البطلان".

و2/545<sup>(1)</sup> ق.ت.ج، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بالإستجابة لهذا الطلب. والبطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي (في حالة نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة)، وكذلك في حالة 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 إنتقالية لغاية تسوية أعمال الشركة وتصفية موجوداتها، وبعد إنتهاء التصفية تختفي الشركة من الوجود<sup>(2)</sup>.

**ثانياً: 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، لاسيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لسبب من أسباب البطلان يجعل وجودها فعلياً بعد أن كان قانونياً، أو تلك التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في واقع الحياة العملية مدة من الزمن دون أن يظهر تنازع بخصوصها وتستمر على تلك الحالة إلى أن يظهر سبباً قانونياً يلجأ فيه الشركاء إلى حل شركتهم<sup>(3)</sup>.

وتنقسم الأسباب القانونية إلى أسباب عامة وأسباب خاصة.

(1) - 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".

(2) - محمد فتاحي، مرجع سابق، ص108.

(3) - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 227.

## 1- الأسباب العامة:

أ- إنتهاء مدة الشركة: تنتهي الشركة بانتهاء الميعاد الذي عُيِّن لها بهدف تحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها. وفي حالة إستمرار عملها رغم إنقضاء الميعاد المحدد يعتبر عقد الشركة مجدداً تلقائياً سنة فسنة بالشروط ذاتها.

ب- تحقيق الغرض الذي أنشأت الشركة التجارية لأجله: إذا نشأت الشركة للقيام بغرض معين كإنشاء مساكن ثم إنتهت مهمتها، فالشركة تنقضي مباشرة رغم عدم إنقضاء الأجل المحدد لها<sup>(1)</sup>، هذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 437 ق.م.ج<sup>(2)</sup>.

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 إستمرارها».

وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة والإئتمان فحماية لهذا، نص المشرع الجزائري في المادة 2/589، ق.ت.ج على أنه: «في حالة ما أصيبت شركة ذات المسؤولية المحدودة بخسارة قدرها  $\frac{3}{4}$  من رأس مال الشركة يجب حل الشركة».

تنقضي الشركة بالهلاك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه طبقا للمادة 2/438<sup>(3)</sup> ق.م.ج. ولتحقق هذا الإنقضاء يشترط أن يكون الشيء الذي تعهد الشريك بتقديمه لازما لحياة الشركة.

(1) - لقويورة سمير، المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبية، تخصص: تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 23.

(2) - المادة 437 من ق.م.ج: "تنتهي بانقضاء الميعاد الذي لها أو بتحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها".

(3) - تنص المادة 2/438 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".

د- إنعدام ركن تعدد الشركاء: إذا إجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنتضي الشركة بقوة القانون، حيث لا يجوز تكوين شركة بوجه عام إلا بوجود شريكين على الأقل، إستثناءا أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس من شخص واحد<sup>(1)</sup>، وهذا حسب المادة 564 ق.ت.ج.<sup>(2)</sup>.

هـ- إتفاق الشركاء على حلّ الشركة: قد يتضمن عقد الشركة نصا يقضي بحل الشركة لظروف معينة، وفي هذه الحالة يعمل بالشروط المذكورة وللشركاء متى شاءوا حلّ الشركة قبل حلول أجلها، ويشترط لحل الشركة أن تكون قادرة وميسورة على الوفاء بالتزاماتها<sup>(3)</sup>.

و- الحل القضائي وفصل الشريك: يجوز للقاضي أن يحكم بحل الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء في حالة عدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته أو لأسباب خطيرة، وفي حالة خروج أحد الشركاء من الشركة أو إصابة الشركة بخسارة أو فصل الشريك، إذ يحق لكل شريك طلب فصل غيره من الشركاء إذا وجدت أسباب مقبولة لذلك.

## 2- الأسباب الخاصة:

أ- موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه: نصت المادة 439 ق.م.ج على انقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه، لأن شركة الأشخاص قائمة على أساس الإعتبار الشخصي، وبالتالي فزوال هذه الشخصية يؤدي إلى

(1) - معارفية مالية: تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012، ص19.

(2) - تنص المادة 1/564 ق.ت.ج.على أنه: "تأسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص".

(3) - عيساني كهيبة، 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، ص 15.

إنحلال الشركة، غير أنه يجوز الإتفاق في حالة موت أحد الشركاء على إستمرار (1) الشركة مع الورثة حتى ولو كان قاصراً.

ب- **إنسحاب أحد الشركاء:** تقضي المادة 440(2) من ق.م.ج بإنتهاء الشركة بإنسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محدودة وذلك بمجرد إعلان رغبته في الإنسحاب. غير أن الشريك لا يمكنه إستعمال هذا الحق إلا إذا توفرت بعض الشروط، كأن يعلن الشريك مسبقاً عن إرادته للإنسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الأمر وفقاً لمبدأ حسن النية.

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

### المطلب الثاني

#### تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

متى توقفت الشركة عن نشاطها إستلزم 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 للشركة الفعلية مستقلة عن الذمة المالية الخاصة بالشركاء، إذ أن القول بانعدام الذمة المالية للشركة يترتب عليه عدم وجود قانوني وفعلي وبالتالي لا توجد تصفية.

(1) - عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 110.

(2) - راجع المادة 440 من القانون المدني الجزائري.

(3) - عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 164.

وعليه بمجرد إنقضاء الشركة الفعلية تدخل في مرحلة التصفية (فرع أول)، فالتصفية إجراء وجوبي يطبق على كافة الشركات التجارية ما عدى شركة المحاصة<sup>(1)</sup>، 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 إتجاه الغير، أي التسوية لجميع العمليات التي باشرتتها الشركة طوال وجودها بالتالي لا يمكن تصور قيام الشركة ما لم تمارس شيئاً من نشاطها<sup>(2)</sup>.

ونظراً لإختلاف طبيعة علاقة الشركة بالنسبة للشركاء وبالنسبة للغير، سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء (أولاً)، ثم القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير (ثانياً)<sup>(3)</sup>.

**أولاً: 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

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

(2) - سليمان بونياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 237.

(3) - رابح عليوة، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص105.

توزيع الأرباح والخسائر ذلك أن إسترداد الحصة سالمة من الخسارة ومجردة من الربح لا يكون إلا بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره<sup>(1)</sup>.

ومتى كان سبب البطلان هو تخلف الشهر، فإنه يتبع في التصفية في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر على الشركاء، الشروط المتفق عليها في عقد الشركة وذلك لأن العيب الذي شاب العقد لاحق في الحقيقة لإتفاق 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 إنعدام النص على طريقة التصفية في العقد التأسيسي للشركة، فإن القضاء يميل إلى الإعتماد على الإرادة الجماعية للشركاء التي يجب على القاضي إستخلاصها والكشف عنها، وعند الإستحالة يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للتصفية.

مهما يكن فإنه تصفية الشركات الفعلية بصفة عامة والعلاقات التي نشأت بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية<sup>(2)</sup>.

**ثانيا: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير:** يقصد بالغير الأشخاص الذين تهمهم التصفية أي دائنوا الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء.

إن إختلاف 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 الإختيار الممنوح له؟

(1) - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 274.

(2) - راجع عليوة، مجال تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

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

أما في حالة تمسك دائنوا الشركة ببطلانها فتتصرف أثره إلى الماضي فتنهار الشركة وينهار معها عقدها، ويترتب على ذلك إنعدام الكائن المعنوي كأثر مباشر للبطلان، وتتحول الشركة إلى كتلة مالية، يستخرج منها حصص الشركاء وترد إليهم<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

إذا كانت تصفية الشركة الفعلية تخضع عموماً لنفس القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية، إلا أن عمليات التصفية تتميز بخصائص محددة كتعيين المصفي، وتحديد سلطاته (أولاً)، وتحقيق الأصول وتسوية الخصوم (ثانياً)، والقسمة (ثالثاً).  
**أولاً: 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<sup>(2)</sup>.

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

(1) - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 276.

(2) - لمزيد من التفاصيل، راجع عمورة عمار، مرجع سابق، ص 166.

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

أما عن تسوية الخصوم فعلى المصفي أن يقوم بتسديدها على الشركة من ديونها لدى الغير<sup>(1)</sup>.

ثالثا: القسمة: هي الهدف النهائي في التصفية بعد تسديد ما على الشركة من ديون وتتم القسمة بين الشركاء بالطريقة المبينة في العقد التأسيسي للشركة أي وفقا لما إتفق عليه الشركاء، أما في حالة عدم الإتفاق على كيفية إجراء القسمة بينهم أو إذا تعذر تطبيق بنود العقد بسبب مخالفتها للقانون، تجري القسمة طبقا لأحكام القانون<sup>(2)</sup>.

في حالة عدم كفاية صافي مال الشركة للوفاء نعود على حصص الشركاء، وتوزع عليهم الخسارة جميعا بالنسبة لرأس المال تطبيقا للقواعد العامة. وعند الإنتهاء من عملية التصفية ويتبين أن الشركة الفعلية معسرة وجب شهر إفلاسها وتخضع في ذلك لنفس الإجراءات الخاصة بإفلاس الشركات القانونية<sup>(3)</sup>.

(1) - رابع عليوة، نظرية الشركة الفعلية و تطبيقاتها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

(2) - لمزيد من التفصيل، راجع عمورة عمار، مرجع سابق، ص 172.

(3) - رابع عليوة، مرجع نفسه، ص 165.

خاتمة

## خاتمة:

الشركة الفعلية هي الشركة التي تباشر نشاطها رغم إختلال أحد أركانها، ويتعامل الغير معها على إعتبارها شركة صحيحة، ونظرية الشركة التجارية الفعلية نظرية قضائية المنشأ، حيث إبتكرها القضاء الفرنسي كتقنية قانونية لحماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة، وبيّنت الدراسات أنّ المشرع الجزائري متأثر بالمشرع الفرنسي الذي إعترف بنظرية الشركة التجارية الفعلية لفوائدها 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 بتنظيم قانوني معين كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي تعرض لهذه الشركة بصورة صريحة في نصوص قانونية.

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

التالية:

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

لابد من الإعتراف بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي قبل تقرير بطلانها تأييداً لوجودها الفعلي وحفاظاً على حقوق المتعاملين معها.

إنّ الشركة الفعلية توجد في الواقع ولا بد من الاعتراف بها حفاظاً 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 الإختلال في الشكل لا يلاحظ، وتمارس الشركة نشاطها وعلاقاتها مع الغير، ثم يتضح بعد ذلك العيب في الركن المذكور وعندئذ توجد الشركة الفعلية.

إنّ 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، فلا 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 الإعتيادية، إذ لا يمكن إعتبار حل الشركة الفعلية شركة باطلة، ذلك أن هناك حالات إستخلص القضاء المقارن منها وجود شركة فعلية مستندًا في ذلك إلى أسباب أخرى خلاف البطلان كحالة استمرار الشركاء كلهم أو بعض منهم في ممارسة نشاط الشركة بعد حلها وإنقضاءها.

كذلك حالة ممارسة الشركة لنشاطها ولم تتم إجراءات تأسيسها، وتنتهي 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 عموماً والمتعلقة بالشركات القانونية.

يمكن شهر إفلاس الشركة الفعلية (إذا تم شهر إفلاسها) خلال فترة التصفية، ترفع عندئذ يدها على أموالها، وموجوداتها وتعامل معاملة الشركة المنقضية إنقضاءً طبيعياً. وفي الأخير 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 التزاماتها صحيحة في مواجهة الغير، ونقترح أن يأخذ المشرع الجزائري بأحكام وقواعد الشركة الفعلية التي استقر عليها القضاء والتشريع الفرنسي، إذ من الأفضل أن تجد الشركة حلاً جاهزة وثابتة ومستوفاة من القانون.

# قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1- الكتب:

1. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، د.د.ن، الجزء الثاني، ط2، الجزائر، 1980.
2. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
3. إلياس ناصف الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، د.د.ن، لبنان، 1994.
4. بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية (النظرية العامة وشركة الأشخاص)، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.
5. براهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
6. بياراميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009.
7. جمال محمود الحمودي، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.
8. سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
9. سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
10. سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
11. عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات التجارية "الأموال - الأشخاص"، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2011.

12. عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
13. عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
14. فتيحة يوسف، المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، د.س.ن.
15. مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن.
16. مراد منير فهمي، القانون التجاري، دار الجامعية للطبع والنشر، بيروت، 1984.
17. نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
18. نادية فوضيل، أحكام الشركة، طبقا للقانون التجاري الجزائري، ط7، دار هومة للطبع والنشر، الجزائر، 2008.

## II- المذكرات الجامعية:

### أولاً: ماجستير.

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

### ثانياً: ماستر.

1. بن عاشور عيدة، شابوني كريمة، تأسيس شركة المساهمة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
2. عيساني كهينة، عاشوري دليلة، تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2016 - 2017.

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

4. معارفية مالية: تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011-2012.

### III - المقالات:

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

2. عليوة رابح، "نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، د.س.ن، ص.ص. 171-186.

3. عليوة رابح، "مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري"، مجلة تواصل العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الحقوق برج باجي مختار، عنابة عدد 28 جوان، 2011، ص.ص. 95-109.

4. محمد فتاحي، الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الجزائر، 2010، ص.ص. 97-110.

### VI - النصوص القانونية:

1. قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007، الجريدة الرسمية، عدد 31، 2007.

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

**VII- القرارات القضائية:**

1. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 15/06/1985، "يتعلق بالشركة التجارية-بطلان العقد-أثاره بين الشركاء-الشركة الفعلية"، مجلة قضائية، عدد 04، 1989.
2. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 20/12/1980، المجلة القضائية، عدد 04، 1989.
3. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 18/03/1997، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص.

# الفهرس

كلمة شكر .

إهداء .

07 ..... مقدمة

## الفصل الأول: مفهوم نظرية الشركة الفعلية

11 ..... المبحث الأول: ظهور نظرية الشركة الفعلية

11 ..... المطلب الأول: الشركة الفعلية في القانون الفرنسي

12 ..... الفرع الأول: الشركة الفعلية قبل صدور القانون التجاري الفرنسي

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

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

14 ..... أولاً: التخفيف من حالات البطلان

15 ..... ثانياً: التقليل من إمكانية رفع دعوى البطلان

15 ..... ثالثاً: التقليل من آثار البطلان

15 ..... المطلب الثاني: الشركة الفعلية في القانون الجزائري

16 ..... الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

18 ..... الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من نظرية الشركة الفعلية

18 ..... أولاً: الاتجاه الرافض لفكرة الشركة الفعلية

20 ..... ثانياً: الاتجاه الذي يعترف بالوجود الواقعي للشركة الفعلية

21 ..... المبحث الثاني: مضمون نظرية الشركة الفعلية

22 ..... المطلب الأول: تعريف الشركة الفعلية

22 ..... الفرع الأول: المقصود بالشركة الفعلية

- 23 ..... الفرع الثاني: مبررات قيم الشركة الفعلية
- 23 ..... أولاً: نظرية عقود المدّة المستمرة التنفيذ
- 25 ..... ثانياً: نظرية الأوضاع الظاهرة
- 26 ..... المطلوب الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة لها
- 27 ..... الفرع الأول: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع
- 28 ..... الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة
- 28 ..... الفرع الثالث: تمييز الشركة الفعلية عن الشركة تحت التأسيس

### الفصل الثاني: النظام القانوني لنظرية الشركة الفعلية.

- 32 ..... المبحث الأول: نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية
- 32 ..... المطلوب الأول: تأسيس الشركة الفعلية
- 33 ..... الفرع الأول: أركان الشركة الفعلية
- 33 ..... أولاً: الأركان الموضوعية
- 33 ..... 1- الأركان الموضوعية العامة
- 35 ..... 2- الأركان الموضوعية الخاصة
- 38 ..... ثانياً: الأركان الشكلية
- 39 ..... 1- الكتابة
- 39 ..... 2- الشهر
- 39 ..... 3- القيد في السجل التجاري
- 40 ..... الفرع الثاني: بطلان عقد الشركة الفعلية
- 40 ..... أولاً: تطبيقات الشركة الفعلية في حالة البطلان
- 41 ..... ثانياً: تطبيقات الشركة الفعلية في غير حالات البطلان
- 42 ..... المطلوب الثاني: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية
- 42 ..... الفرع الأول: آثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية بالنسبة للشركة والشركاء

42	أولاً: بالنسبة للشركة .....
43	ثانياً: بالنسبة للشركاء .....
43	الفرع الثاني: آثار الإعتراف بالنسبة للغير ودائني الشركاء الشخصيين .....
43	أولاً: بالنسبة للغير .....
44	ثانياً: بالنسبة للدائنين الشركاء الشخصيين .....
44	المبحث الثاني: إنقضاء الشركة الفعلية .....
45	المطلب الأول: أسباب انحلال الشركة الفعلية .....
45	الفرع الأول: الأسباب الغير المباشرة .....
46	أولاً: في حالة تعلق العيب بصفة الشريك .....
46	ثانياً: في حالة تعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة .....
46	الفرع الثاني: الأسباب المباشرة .....
46	أولاً: الإنحلال بسبب دعوى البطلان .....
47	ثانياً: الإنحلال بالأسباب القانونية .....
50	المطلب الثاني: تصفية الشركة الفعلية وقسمتها .....
51	الفرع الأول: تصفية الشركة الفعلية .....
51	أولاً: القواعد الخاصة بتصفية العلاقات في ما بين الشركاء الفعليين .....
52	ثانياً: القواعد الخاصة بتصفية العلاقة بين الشركة والغير .....
53	الفرع الثاني: عمليات التصفية الخاصة للشركة الفعلية .....
53	أولاً: تعيين المصفي وتحديد سلطاته .....
54	ثانياً: تحقيق الأصول وتسوية الخصوم .....
54	ثالثاً: القسمة .....
56	خاتمة .....
59	قائمة المراجع. ....