



جامعة مولود معمري – تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية



النظام القانوني للشركة الفعلية "دراسة مقارنة"

مذكرة لنيل شهادة الماستر
فرع القانون العام
تخصص قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذة:

د. حمادوش أنيسة

من إعداد الطالبتين

* إنقراشن ضاوية

* موسي ليدية

لجنة المناقشة:

- 1/ د/ نسير رفيق، أستاذ محاضر "ب" رئيسا
2/ د/ حمادوش أنيسة، أستاذة محاضرة "أ" مشرفة ومقررة
3/ أ/ فونان كاهنة، أستاذة مساعدة "أ" ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2015/ /

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ

هداء

نهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين، عرفانا بفضلهم، أطال الله
ففي عمرهما.

إلى كل من إخوتي و أخواتي.

إلى من أثار دربي معلمتي وأستاذتي تأكيداً
لقول الشاعر "كاد المعلم أن يكون رسولا".

إلى كل زملاء الدراسة الذين بادلوني الاحترام
و التقدير.

ضاوية وليدية

الشكر الخاص

نتقدم بخالص شكرنا وعرفاننا للأستاذة "حمادوش أنيسة"
المشرفة على هذا البحث وعلى حرصها الدائم على إتمام هذا
العمل وبلوغ الغاية المرجوة، فآلفه شكر.
كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا و لو بمثلقال
ذرة بكلمة أو فكرة أو توجيه في سبيل إنجاح هذا العمل
المتواضع.

قائمة بعض المختصرات

ص: الصفحة

د س ن : دون سنة النشر

ج ر : الجريدة الرسمية

د د ن : دون دار النشر

OP.CIT : ouvrage cité

مقدمة

لقد عرف القانون التجاري تعديلات كثيرة تعبر عن نية المشرع في تطويره، حتى يواكب متطلبات السوق وتطوير التجارة على المستوى العالمي، ومن أجل ذلك قام المشرع بفتح مجال للنشاط الفردي الحر، خاصة في الميدان التجاري والصناعي، لكن هذا النشاط لم يعد يتمشى مع تطور الاقتصاد وظهور مشاريع كثيرة تحتاج إلى إمكانيات مادية وفنية، بسبب عزز الأفراد ومحدودية قدراتهم على تحقيق تلك المشاريع الكبرى، لذا أصبح من الضروري إتحاد هؤلاء الأفراد مع أشخاص آخرين يتعاونون فيما بينهم.

لقد أدى هذا الإتحاد إلى خلق شخص معنوي يسمى بالشركة، فهذه الأخيرة تنتج ثروات وتقوم بتوزيعها على أكبر عدد ممكن من المستهلكين والعملاء وبالتالي لها وجود ذاتية خاصة، يظهر ذلك فيما خصه القانون المدني بصفة عامة والقانون التجاري بصفة خاصة. هذه القوانين وضعت أحكام خاصة لهذه الشركات وأعطيت لها أهمية بالغة حيث يتجسد ذلك في الجانب المالي والتجاري والقانوني.

إن الشركة عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشتركوا في مشروع معين يستهدف الربح، مقابل اقتسام أي ربح أو خسارة ينتج عن المشروع. وهذه الشركات تنقسم من حيث طبيعة عملها إلى شركات مدنية وأخرى تجارية، كما تنقسم إلى شركات أشخاص وأموال.

والملاحظ أن المشرع الجزائري عند تنظيمه للشركات التجارية، قد إقتبس معظم أحكامها من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966¹، حيث خصصت هذه الشركات الفصل الخامس من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975².

إن الشركة حسب التعريف السالف الذكر قد تزول عنها الصفة القانونية وتكون بذلك مخالفة للقانون، إذا ثبت بعد مدة من تأسيسها أنها غير مستوفية لبعض من أركانها أو شروطها وبالتالي يترتب عليها الحكم بالبطلان.

¹ - la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales. www.legifrance.gouv.fr
² - أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101 الصادر في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

إلا أن تطبيق القاعدة العامة للبطلان أي انصراف البطلان إلى الماضي لا يكون بأثر رجعي هذا ما نصت عله المادة 103 من القانون المدني الجزائري¹، ذلك أن الأعمال بهذه القاعدة يتناقض مع قاعدة أخرى وهي ضرورة حماية الغير حسن النية الذي دخل في معاملات مع الشخص المعنوي، ومن أجل ذلك لجأ القضاء الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشر إلى صيغة قانونية أطلق عليها ب "الشركة الفعلية"، ولقد تبنى كل من المشرع الجزائري والمصري فكرة الشركة الفعلية.

و لعل غاية المشرع الجزائري في الاعتراف بالشركة الفعلية وتنظيمها، بموجب أحكام قانونية في التقنين التجاري والمدني، كان الهدف منه هو الحفاظ على استقرار المعاملات، والمراكز القانونية. وهذا كله لغرض تدعيم الثقة والائتمان التي تشكل الدعامات الأساسية التي يقوم عليها القانون التجاري وبما أن الشركة الفعلية موضوع جديد مقارنة بالشركات الأخرى، فما هي الأحكام القانونية المنظمة لها؟

و للإجابة على هذه الإشكالية تم مقارنة الموضوع في فصلين، تم تخصيص الفصل الأول من البحث لدراسة مفهوم الشركة الفعلية (الفصل الأول).

أما الفصل الثاني لقد تم التطرق إلى مجال تطبيق الشركة الفعلية (الفصل الثاني).

¹ - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، دار بلقيس، الجزائر، 2008.

الفصل الأول:

مفهوم الشركة الفعلية

تعتبر الشركة الفعلية موضوعا جديدا، كما أنها وليدة القضاء، ثم تبناها المشرع في نصوص قانونية، وأيدها القفه.

ظهرت الشركة الفعلية في أوروبا ذلك في القرن التاسع عشر، وبدأت بعدها في الانتشار لتظهر في العديد من الدول خاصة منها الدول العربية والشركة الفعلية ليست وليدة العصر.

إن الشركة الفعلية ظهرت بظهور فكرة الشركة وتطورت بتطورها (المبحث الأول) وذلك راجع إلى أسباب ومبررات دفعت إلى الاعتراف بوجود هذه الشركة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

لمحة تاريخية عن ظهور الشركة الفعلية

لابد أن تكون الشركة الفعلية ظاهرة أمام الغير الذي يتعامل معها معتقدا صحتها، على الرغم من أنها مختلة في احد أركانها (المطلب الأول).

يعود هذه الشركة إلى القضاء الفرنسي، وانتقلت هذه الفكرة بعد ذلك إلى عدة دول الأوروبية (المطلب الثاني)، ونظرا لأهميتها وضرورتها أخذت بها التشريعات العربية منها (المطلب الثالث).

لذا عرفت تسمية الشركة الفعلية تطورات هامة وملحوظة، مما جعلها تختلط ببعض النظم القانونية التي تشته بها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

أهمية ظهور الشركة الفعلية

ينبغي أن تكون الشركة الفعلية ظاهرة أمام الغير الذي يتعامل معها (الفرع الأول)، كما يفترض أن يكون نشاط الشركة الفعلية مشروعاً وغير مخالف لنظام العام والآداب العامة (الفرع الثاني)، وإذا كان مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإن ذلك يضيف عليه طابع عدم المشروعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تبرير ظهور الشركة الفعلية

يقصد بالمظهر العام للشركة الفعلية أو الوجود الظاهري للشركة هو تحقق الوجود الظاهري لها بالنسبة للغير، وهذا الأخير الذي يعتبر ركنا جوهريا ينفي عنها صفة الاستتار التي هي ليست من صفات هذا النوع من الشركات، كما أن القضاء الفرنسي يعتمد في تبني فكرة الشركة الفعلية، على ما يكون منها من أعمال ظاهرة¹.

ولابد من التنويه إلى أن الذي نعنيه بظهور الشركة الفعلية، هو أن تكون هذه الشركة بارزة على مرأى وعلم الغير، بعبارة أخرى، لا تكون خفية ولا مستترة، باعتبار أن الاستتار هو من الصفة المميزة لشركة المحاصة، إذ لا عنونا لهذه الأخيرة، ولا وجود لها أمام الغير كما أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية فلا يمكن تصور قيام شركة محاصة فعلية، إلا إذا فقدت صفة الخفاء، وإذا فقدت هذه الأخيرة صفة الخفاء تتحول إلى شركة التضامن فعلية،² ولإبراز التداخل بين ضرورة ظهور الشركة الفعلية واستتار الشركة المحاصة فمن الضروري العرض لواقع هذه الشركة في كل من القانون الفرنسي (أولا) المصري (ثانيا) الجزائري (ثالثا).

أولا: شركة المحاصة في التشريع الفرنسي

عرفت المادة 419 من القانون الشركات الفرنسي إن شركة المحاصة هي الشركة التي لا يقوم الشركاء بتسجيلها وليس لها الشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بجميع الوسائل، ولتمييز بين شركة المحاصة وغيرها من الشركات نستند إلى قانون الشركات الفرنسي الصادر 1966³ وذلك بعد التعديل الشامل للشركات المدنية، إذ

¹ - علوية رابح، نظرية الشركة الفعلية، دراسة المقارنة، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة عنابة ص 67

² - احمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات _ المحاصة- الطبعة الثانية، منشأة المعارف، القاهرة، مصر 2004، ص 330.

³ - La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales. OP.CIT

أصبح العنصر الأساسي الذي يميز شركة المحاصة هو اتفاق الشركاء على القيد في السجل التجاري. وأما ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، فهو اعتبار شركة المحاصة التي تفقد صفتها المستترة بأنها شركة تضامن فعلية¹ وهو موقف القانون الفرنسي الجديد لسنة 1966.

ثانيا: شركة المحاصة في التشريع المصري

نظمت شركة المحاصة في القانون المصري في المواد (59-64) من المجموعة التجارية، والصفة المميزة للشركة المحاصة في القانون المصري هي صفة الاستتار المعمول بها تشريعا وقضاء وفقا للمادة (501) من مشروع القانون التجاري، وذلك من خلال محكمة النقض التي تحدد المقصود بصفة الاستتار¹ بأن لا وجود للشركة بالنسبة للغير، وليس لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء المكونين لها فإذا عقد أحد الشركاء عقدا مع المحاصرين عقدا مع الغير كان وحده المسؤول عنه قبل هذا الغير دون سائر الشركاء².

ثالثا: شركة المحاصة في التشريع الجزائري

وفقا لنص المادة 795 مكرر 2 من التقنين التجاري الجزائري: " لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل"³.

وتتميز شركة المحاصة بصفة الخفاء، بحيث يقتصر وجود هذه الشركة مقتصر على العلاقة بين الشركاء فقط، أما بالنسبة للغير فلا وجود لها، ولا يعرف إلا الشريك الذي يتعامل معه الغير باسمه الخاص ولحساب الشركاء الآخرين.

1- لقد اصدرت محكمة النقض المصرية بخصوص هذه المسألة، قرار في، 31 جانفي 1952، طعن رقم 28، سنة 2 من محكمة النقض المصرية. راجع: عبد الحميد الشواربي، الشركات التجارية، شركة الأشخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، د س ن، ص 107.

2- سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 173.

3- راجع المادة 795 مكرر 2 من الامر 59-75 ...، مرجع سابق.

رابعاً: التمييز بين الشركة الفعلية والشركة المحاصة

إذا كانت الشركة الفعلية في بعض صورها تشترك مع شركة المحاصة في أن كلا منهما لا يتم الإشهار عنها¹ إلا أن الشركة الفعلية تنشأ أصلاً لتكون شركة صحيحة في مواجهة الغير تتمتع بالشخصية المعنوية¹.

كما أن في شركة المحاصة من الناحية العملية لا يستطيع القضاء بسهولة أن يكشف عن نية الشركاء، وهل كانت نيتهم تتجه إلى تكوين شركة المحاصة أم أنهم كانوا يهدفون إلى تكوين شركة أشخاص أخرى ولكن لم تتوافر لها الأركان الشكلية فتصبح شركة فعلية وعليه ولا يمكن للقضاء أن يصل إلى هذه النية على أساس الوقائع المرتبطة بكل حالة على حدة².

فإذا دلت الظروف على أن الشركة قامت لتبقى خفية بأن مظهر الشركة لا يقوم إلا بين الشركاء في هذه الحالة نكون أمام شركة المحاصة، وعلى العكس من ذلك إذا كان مظهر الشركة ظاهر في نفس الوقت بين الشركاء وبين الغير، نكون في هذه الحالة أمام شركة تضامن فعلية وليس أمام شركة المحاصة.

وعليه فإن شركة المحاصة، لا يمكن أن تتحول إلى شركة محاصة فعلية إذ يرى جانب من الفقه إن شركة المحاصة إذا فقدت صفتها المستترة، تعتبر في هذه الحالة شركة تضامن فعلية وهذا ما يذهب إليه التشريعات في القانون المقارن³.

فالشركة الفعلية لا تظهر أمام الغير إلا بإرادة الشركاء، وذلك يكون في عدة طرق، قد يكون التعبير عن الإرادة لأجل إظهار الشركة الفعلية صراحة كإتمام إجراءات الإشهار

¹ - مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام الواردة في الشركات التجارية، شركة الأشخاص شركة الأموال، أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات الجامعة، مصر 2006، ص 150.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011 ص من 124 إلى 128.

³ - Voir Article 834 du code civil Français, Edition 2007, Dalloz, Paris, 2007.

مثلا، كما قد يكون ضمنيا إذ يستفاد من سلوك كاشف، كان يستخدم الشركاء اللافتات ويضعونها في أماكن عمل الشركة، أم قد تكون الطريقة شفوية بالاعتراف بوجود الشركة الفعلية مثلا في حالة وجود النزاع¹.

إن ضرورة المظهر العام للشركة الفعلية يبدو في حماية الغير حسن النية، الذي وثق بمظهر زائف ينخدع به الرجل العادي. وعليه فإن لتحقيق هذه الحماية تم بالاعتراف للمظهر غير الصحيح للشركة².

الفرع الثاني

مشروعية نشاط الشركة

ينبغي أن يكون نشاط الشركة مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويتمثل النشاط في المشروع المشترك الذي يهدف الشركاء إلى استثماره واقتسام أرباحه وخسائره، بعبارة أخرى الأعمال التي تقوم بها لاستغلال رأس مالها. ويعني عدم المشروعية مخالفة النظام العام والآداب العامة، بمعنى آخر مخالفة قاعدة قانونية أمرة من قواعد القانون وهي تلك القواعد التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لأن الغاية منها الحفاظ على النظام العام وحسن الآداب³. ومن صور عدم المشروعية كأن يكون نشاط الشركة عمل يحرمه القانون أصلا أو الآداب العامة والأخلاق كاتجار بالمخدرات مثلا.

وقد يكون نشاط الشركة مخالفا للقانون كمساعدة الأعداء، وأحسن مثال لذلك إبطال الشركة التي أسست في فرنسا أثناء الاحتلال لتمويل صنع المواد الحربية للأعداء⁴.

¹-سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص129.

²-عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص68.

³-سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص ص من 134 إلى 135.

⁴- شكري احمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي، الجزء الخامس، الشركات، كلية المعارف، الرباط، 1984 ص29.

الفرع الثالث

اثر عدم مشروعية نشاط الشركة على وجود الشركة الفعلية

إذا تحققت أية صورة من الصور المنشئة لعدم مشروعية نشاط الشركة، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الشركة بطلانا مطلقا، ويجوز تبعا لذلك لكل شريك أن يتمسك ببطلان الشركة في اتجاه الغير ويجب التنويه انه إذا كان غرض الشركة غير مشروع، فلا مجال للقول بوجود الشركة الفعلية هذا هو الرأي الراجح فقها وقضاء في فرنسا، فعندما يحكم ببطلان الشركة، فانه يتم إجراء تصفية الشركة طبقا لأحكام العقد¹.

أما موقف الفقه والتشريع المصري، فهناك رأيان في الفقه والتشريع المصري حول اثر عدم مشروعية نشاط الشركة على وجود الشركة الفعلية، فالرأي الأول وهو الراجح يذهب إلى انه لا وجود للشركة فعلية إذا كان غرض الشركة غير مشروع². وأما الرأي الثاني فيتمثل في الاحتجاج بالبطلان الناشئ عن عدم مشروعية نشاط الشركة على الغير حسن النية الذي يجهل غرض الشركة، يستند هذا الرأي على حماية الوضع الظاهر الذي اعتمد عليه الغير عند التعامل مع الشركة³.

ومتى تقرر البطلان، انتهى العقد واعتبرت الشركة كان لم تكن، بمعنى استحالة قيام الشركة الفعلية، إذا كان غرض الشركة غير مشروع.

وهو نفس الموقف المعتمد في الفقه والتشريع الجزائري، بحيث إذا كان نشاط الشركة غير مشروع يتقرر بطلان الشركة وبالتالي عدم إمكانية قيام الشركة الفعلية⁴.

¹ - سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 134، 135.

² - ابو زيد رضوان، الشركات التجارية، شركات الأشخاص، الجزء الأول، دار الفكر العربي، المطبعة التجارية الحديثة، 1988، ص 93 راجع أيضا: مصطفى كمال طه، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 68.

³ - علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، مصر، د س ن، ص 64.

⁴ - عليوة رابع، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 69.

المطلب الثاني

نشأة الشركة الفعلية في القانون المقارن

أول من اعترف بالوجود القانوني والفعلي للشركة الفعلية كان في التشريع المقارن، فظهرت الشركة الفعلية أولاً في فرنسا (الفرع الأول) لتنتشر بعدها في معظم الدول الأوروبية منها بريطانيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة الشركة الفعلية في فرنسا

لم يكن في فرنسا ولغاية وقت قريب نسبياً، قانون خاص بالشركات يجمع كل تقنيات و أحكام الشركات التجارية وإنما كانت تلك الأحكام مبعثرة بين القانون التجاري والقانون المدني وبين عدد القوانين الخاصة . فصدر قانون 30 ابريل 1857 الذي حدد المركز القانوني للشركات الأجنبية في فرنسا . وقانون 1875 الخاص بأحكام الشركات ذات المسؤولية المحدودة، وغيرها من القوانين¹. إلى حين صدور قانون الشركات الفرنسي الجديد في 24 جويلية 1966 الذي اعتبر مرحلة هامة في تاريخ قانون الشركات بصفة عامة والشركة الفعلية بصفة خاصة².

إذا كانت الشركة منذ البداية في القانون الفرنسي تعتبر مجرد عقد يرتب التزامات بين الأطراف فقط و لكنه لا يرتب اثر اتجاه الغير فلا تضامن بين الشركاء والأموال التي يقدمها الشركاء تظل ملكاً شائعاً بينهم، بمعنى لم يكن ينشأ عن الشركة شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء وبالتالي فلا اثر لظهور الشركة الفعلية³.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الواقعي للشركة الفعلية في القانون المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د س ن، ص25.

² - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص70.

¹ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، بيروت، 1966 ص ص 127، 128.

وفي بداية القرن السادس عشر، بدأت السلطة الملكية في فرنسا تهتم بتنظيم شركات التضامن والتوصية البسيطة، فصدر أمر مولين في فيفري 1566 الذي طور عملية الإثبات بالكتابة في العقود التي تزيد قيمتها عن مئة فرنك ومنها عقود الشركات، إلا أن القضاء رفض في ذلك الوقت تطبيق هذه القاعدة المطلقة، وهذا الموقف سمح بعد ذلك إلى البناء القضائي للشركة الفعلية، وبعد ذلك صدر أمر "BLOIS" سنة 1579¹ هذا الأمر الذي اخضع جميع الشركات المنشأة بين الأجانب لإجراء الإشهار، لغرض السماح بالاحتجاج بها تجاه الغير، وكل شركة تخالف هذا الأمر تفرض عليها عقوبة، بالإضافة إلى عدم الاحتجاج بها تجاه الغير في حالة عدم النشر²، غير أن القضاء لم يأخذ بما جاء به هذا الأمر.

وفي عام 1807، تم إصدار التقنين التجاري الفرنسي الذي غير النظرة إلى الشركة، من كونها مجرد عقد رضائي إلى شركة منظمة بموجب أحكام قانونية إذ اخضع المشرع تأسيس الشركات إلى عدة إجراءات منها الكتابة و القيد حيث قرر على مخالفة هذه الإجراءات الشكلية جزاء خاص يتمثل في البطلان، و بصدر هذا القانون ظهرت الشركة الفعلية، وذلك بموجب قرار صدر عن محكمة باريس سنة 1825³، رفض القضاء نتائج الأثر الرجعي للبطلان لحماية للغير، واستعمل لأول مرة مصطلح "شركة الفعلية" في القرار المشار إليه، فادى هذا الحكم إلى إرساء قواعد حماية الغير المتعاقد مع الشركة الباطلة، وذلك بالإقرار بصحة الأعمال التي تقوم بها الشركة قبل صدور قرار البطلان. و تجدر الملاحظة أن هذا القرار كان يتعلق بالشركة التي لم تحترم القواعد الشكلية المتمثلة في الكتابة وعملية الإشهار.

¹- Escarre et Rault, traité théorique et pratique de droit commerce en France, 1938, p94

³- مفلح عواد القضاة الوجود القانوني والواقعي للشركة الفعلية في القانون المقارن مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع؛ د س ن، ص ص 524، 525.

⁴- لقد اصدرت محكمة النقض الفرنسية بخصوص هذه المسألة بتاريخ 16 ديسمبر 1975، راجع: عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 05.

سائد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه القضائي منذ البداية، بخصوص نظرية الشركة الفعلية التي كان لها صدى ملموس في نصوص قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1966¹ و تعديلاته إذ قرر المشرع من خلال نصوص هذا القانون الأخير تضيق اثر البطلان وبالتالي الحد من نطاق الشركة الفعلية وذلك بالتخفيف من حالات البطلان وفقا للمادة 360 من قانون الشركات الفرنسي 1966² والتقليص من آثار البطلان على المستقبل دون الماضي في حالة الحكم ببطلان الشركة، تتم تصفية الشركة وتبقى محتفظة بالشخصية المعنوية وهذا المبدأ هو ذاته المقرر وفقا للنظرية الشركة الفعلية³.

الفرع الثاني

نشأة الشركة الفعلية في بريطانيا

يعرف النظام الانجليزي نوعين من الشركات، النوع الأول هي الشركات العادية وهي شركات الأشخاص لا تخضع للتسجيل والتي لا تتمتع بالشخصية المعنوية أما النوع الثاني وهي شركات الأموال منها شركة المساهمة، وهذه الشركة لا تؤسس إلا بإتمام إجراءات القيد بتسجيلها في السجل التجاري، الذي يكسبها الشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء المكونين والمنشئين لها. ولم ينشئ النظام الانجليزي نظرية تماثل نظرية الشركات الفعلية المعروفة في النظام اللاتيني، لكن توصل هذا النظام إلى ذات النتائج العادلة التي أقرتها نظرية الشركة الفعلية المعروفة في فرنسا، ولكن عن طريق يختلف عن الطريق المتبع في فرنسا⁴.

فالشركات الانجليزية العادية هي عبارة عن اتحاد بين عدد من الأشخاص يديرون عملا على الشروع، بغرض تحقيق الكسب ولا تخضع في تأسيسها لأية إجراءات شكلية،

¹- Voir paragraphe 1 de l'article 360 de la loi n° 66-537, sur les sociétés commerciales, OP.CIT

²- سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 37 إلى 39.

³- عليوة رابع، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 06

⁴- مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص من 64 إلى 70.

وبالتالي فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وعليه فهي تعد من أبسط أنواع الشركات المعروفة فهي شركات قانونية وفقا للقانون العام بمجرد ارتباط الشركاء بإدارة العمل.

يضاف إلى ذلك أن التسجيل هو الوسيلة الوحيدة لميلاد الشركة الانجليزية كشخص معنوي مميز عن شخصية الشركاء، وهذا ما يميزها عن الشركات العادية الغير المسجلة.

وما تجدر الإشارة إليه أن شهادة التسجيل تعتبر دلائل قطعية على وجود الشركة القانونية إلا أنه بالرغم من حجية شهادة التسجيل الشركة المطلقة وفقا لنظام الانجليزي، هذا لا يعني أن الشركة المسجلة لا تخالف القانون فما مصير هذه الشركة، مثلا أن تنشأ الشركة المساهمة عامة بأقل من سبعة أشخاص الحد الأدنى للشركاء المؤسسين في هذا النوع من الشركات أو أن يكون العقد فيها أو جزء منه باطلا¹.

في الحقيقة فإن النظام الانجليزي قد عالج ذلك الأمر، إما بالنص صراحة في قانون الشركات على حلول تلك المسائل أو بالاستناد إلى ما يستخلصه القضاء من مبادئ العادلة التي أرستها نظرية الشركة الفعلية وفقا لنظام اللاتيني.

أقر قانون الشركات الانجليزي مبدأ هام بخصوص الشركة التي تأسست خلاف للقانون أو كان احد بنودها باطلا بمخالفة قانون الشركات أو القانون العام، ويتمثل هذا المبدأ في شطب شهادة التسجيل، والأمر بالتصفية الشركة تصفية قضائية، وهذه الطريقة الوحيدة التي تنتهي بها الشركة المسجلة، أيا كان سبب بطلانها أو مخالفتها للقانون، والنتائج التي تترتب من هذه التصفية القضائية، في هذا النظام هي ذات النتائج التي يمكن الوصول إليها عند تطبيق نظرية الشركة الفعلية، وأهمها الاعتراف بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي قبل تصفيته².

¹ - مفلح عواد القضاة، ...، المرجع نفسه، ص من 72 إلى 82.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، المرجع السابق، ص من 81 إلى 86.

المطلب الثالث

نشأة الشركة الفعلية في التشريع العربي

لم ينحصر ظهور الشركة الفعلية في أوروبا فقط بل امتد ذلك إلى الدول العربية فانتقلت فكرة الشركة الفعلية إلى القانون المصري (الفرع الأول) ثم إلى القانون الجزائري (الفرع الثاني)

الفرع الأول

نشأة الشركة الفعلية في مصر

لم تعرف فكرة الشركة الفعلية في فترة صدور القانون التجاري المصري في 1883 فكان الرضا كاف لتكوين الشركة ثم تم إصدار مجموعة من النصوص القانونية، وهي عبارة عن ترجمة حرفية للقانون التجاري الفرنسي فنص المشرع المصري المواد من 19 إلى 65 على القواعد المنظمة على أربعة أنواع من الشركات منها شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المساهمة، بعدها اصدر مجلس الوزراء الأول في 17 ابريل 1899 والثاني 1907، مرسوما يتضمن نموذجا ثانويا خاص بإنشاء الشركة المساهمة بحيث اعتبر هذا النموذج جزءا من العقد التأسيسي للشركة، إذ لا يمكن إنشاء شركة المساهمة ما لم يتضمن عقدها هذا النموذج¹.

أما عن فكرة الشركة الفعلية، فقد عرفت طريقها في مصر من خلال المحاكم المختلطة خاصة في الحكم الصادر من محكمة استئناف المختلطة في 8 فيفري 1899، حيث استخلص وجود الشركة الفعلية من القرائن والأدلة المقدمة في الدعوى، رغم عدم كتابة عقد الشركة وإشهاره² ويعتبر هذا الحكم تاريخ بداية وضع مبادئ الشركة الفعلية والاعتراف، بوجود شركة تضامن الفعلية تجاه الدائنين نتيجة لمشاركة عدد من الأفراد

¹ - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 41.

² - لقد أصدرت محكمة إستئناف المختلطة، حكم في 8 فبراير، 1897 المنشور في مجموعة التشريع والقضاء المختلط، ص من 11

إلى 120. راجع : عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 15.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 41.

للقيام تحت اسم تجاري بكل العمليات التجارية، ك شراء بيع واكتساب الشركة الفعلية الشخصية المعنوية والاعتراف القانوني بوجودها تجاه الغير، وبعدها صدرت عدة تعديلات مست جوانب عدة من شركات الأشخاص والأموال وذلك بصدر قانون الشركات المصري عام 1888.

إن الشركة الفعلية ظهرت في القانون المصري عن طريق المحاكم القضائية المختلطة التي قامت بتطبيقها في الكثير من الأحكام، ثم تبناها القضاء الوطني في الكثير من أحكامه وأيدها جانب من الفقه المصري حتى أن بعض منهم يرى أن المادة 507¹ من القانون المدني المصري تعتبر سنداً تشريعياً لهذه النظرية.

الفرع الثاني

نشأة الشركة الفعلية في الجزائر

تعرضت الجزائر إلى الاستعمار الفرنسي و خلال هذه الفترة كانت كل القوانين الفرنسية هي التي تطبق في الجزائر (أولاً) وبما أن فكرة الشركة الفعلية كان منبعها القضاء الفرنسي وبالتالي وجدت طريقها إلى الجزائر كذلك (ثانياً).

أولاً: فترة تطبيق القانون الفرنسي على الجزائر

خلال فترة الاستعمار كانت تطبق القوانين الفرنسية على الجزائر وذلك من خلال فرض السيطرة والمحافظة على مصالحه سواء في المجال المدني والتجاري، فتم إدخال القانون المدني إلى الجزائر في سنة 1834 وطبق بصفة رسمية في الجزائر ابتداء من 20 يوليو 1873 باسم قانون "فارني" وبقي ساري المفعول حتى بعد الاستقلال².

²-عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية، مرجع سابق ص ص 20، 21.

وتم إدخال قانون التجاري الفرنسي إلى الجزائر وذلك منذ أن اعتبرت الجزائر إحدى مقاطعات فرنسا سنة 1834، حيث تم تأسيس أول محكمة تجارية في الجزائر بعد الاحتلال ثم تبعها تأسيس عدة محاكم تجارية أخرى في كل من وهران و قسنطينة وعنابة.

والملاحظ أن هذه المحاكم تتميز بطبيعتها، حيث لا يحق للتجار الجزائريين التقاضي أمامها إلا إذا كان المدعى عليه جزائرياً، كما كانت تشكل من أعضاء معينين من قبل الدولة الفرنسية، إلى أن صدر أمر بتاريخ 24 نوفمبر 1841، أعطى للتجار الفرنسيين المقيمين بالجزائر الحق في انتخاب هؤلاء الأعضاء فهناك عدة قوانين قد طبقت في الجزائر¹ نذكر منها مثلاً، قانون 17 مارس 1909 الخاص برهن المحل التجاري قانون 31 يوليو 1918 الخاص بمحل التجاري، وهناك قوانين خاصة بالشركات قانون 17 يوليو 1945 المتعلق بالشركة التوصية البسيطة والأمر الصادر 24 سبتمبر 1945 الخاص بالرقابة على الشركات التأمين والأمر الصادر في 12 أكتوبر 1945 والخاص بالانتماء الممنوح للشركات².

وبعد استقلال الجزائر جاء قانون 31 ديسمبر 1962 قضى باستمرار القانون الفرنسي بشرط أن لا يتعارض مع السيادة الوطنية حتى صدور القوانين الجزائرية، ثم بدأت القوانين تصدر، وإن كانت متأخرة فصدر القانون المدني والقانون التجاري، معبرين عن روح البرجوازية، حيث جاء القانون التجاري ومعظم مواده منقولة حرفياً من القانون الفرنسي³.

¹ - عليوة رابح...، مرجع نفسه ص 23.

² - أمر رقم 59-75...، مرجع سابق.

³ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 23.

ثانيا: فكرة الشركة الفعلية في ظل القانون التجاري الجزائري لعام 1975

كان القانون الفرنسي هو الذي يطبق خاصة فيما يخص القانون المدني و التجاري لاعتبار الجزائر جزءا من فرنسا، ولقد تبنى المشرع الجزائري فكرة الشركة الفعلية حيث نص عليها في المادة 418 فقرة 2 من القانون المدني " غير انه لا يجوز أن يحتج بهذا البطلان قبل ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم ادهم بطلب البطلان " من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع قد اعترف في هذه الحالة بالواقع الذي قام فعلا وهو وجود الشركة بين إبرام عقدها وطلب إبطالها ويترتب على هذا النص تقرير مبدأين هما:

- ✓ حماية الغير الذي دخل في معاملات مع الشركة حفاظا على استقرار المعاملات
- ✓ اعتبار الشركة موجودة في الماضي قبل الحكم ببطلانها¹.

أما عن نطاق تطبيق الشركة الفعلية، فانه يبدو أن المشرع الجزائري يميل إلى التضييق منه وذلك عن طريق تصحيح البطلان كلما أمكن ذلك، وحجبتنا في ذلك نص المادة 735² من القانون التجاري وفيه يبدو أن المشرع يأخذ بالرأي الذي يقول بضرورة إقامة نظام وقائي للقضاء على آثار بطلان الشركة³.

المطلب الرابع

تعريف الشركة الفعلية

عرفت الشركة الفعلية عدة مفاهيم سواء من جانب القضاء (الفرع الأول) الأمر الذي يجعل مفهوم قد يتداخل ببعض الأوضاع والمفاهيم الأخرى مما يستوجب التمييز بينهما (الفرع الثاني).

¹ - عليوة رابح ...، المرجع نفسه ص24.

³ - راجع: المادة 735 من الأمر 59-75...، المرجع سابق.

³ - راجع: المادة 100 من الأمر 58-75... مرجع سابق، وراجع أيضا: المادة 736 من الأمر 59-75...، مرجع سابق.

الفرع الأول

مضمون الشركة الفعلية

يرتبط تحديد مضمون الشركة الفعلية ارتباط وثيقا ببطلان عقد الشركة، مما يستوجب البحث عن الأثر المترتب عن اختلال ركن من أركان عقد هذه الشركة، ويعتبر هذا العقد كما لحضنا عقد معقد و مركب . يستوجب لقيامه توافر الشروط الموضوعية العامة و الخاصة كذا الشروط الشكلية¹.

وعليه يجب أن نميز بين الأثر المترتب عن اختلال الشروط الموضوعية الخاصة والعامة ذلك أن اختلال الشروط الموضوعية الخاصة لا يؤثر إطلاقا عن قيامها من الناحية القانونية، فمثلا نية المشاركة وهو من الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة يعد عنصرا مميزا للعقد المذكور وليس بشرط قيام وانعقاد².

فإذا تخلف هذا الشرط الأخير لوحده (نية المشاركة)، فإن العقد لا يبطل، إلا أن هذا العقد لا يكشف على أساس انه عقد شركة بل قد يكون عقد قرض أو عقد بيع أو عقد إجازة للخدمات. وعلى العموم إن اختلال أي ركن من الأركان الموضوعية الخاصة، لا يؤدي إلى بطلان ذلك العقد كما انه لا يجعلنا في أي حال من الأحوال أمام شركة فعلية على أساس أن انعدام الأركان الموضوعية الخاصة يجعل الشركة غير قائمة في الأصل.

أما عن اختلال ركن من أركان الموضوعية العامة أو الشكلية فإن ذلك سيؤدي إلى بطلان عقد الشركة، و تخلف ركن الرضا مثلا أو ركن المحل أو السبب، فإن العقد عند ذلك يعد باطلا، يؤخذ نفس الحكم عند تخلف ركن الكتابة مثلا لكن لا يمكن القول بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالبطلان على عقد الشركة باعتبارها شخص معنوي مستقل، ذلك أن تطبيق هذه القواعد من شأنه أن يترتب نتائج خطيرة تتمثل في تزعزع المراكز

¹- سليم احمد الجبوري ، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص55.

²- علي حسن يونس ، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص59.

القانونية المستقرة و تهديد الحقوق التي تتولد للغير تجاه الشركة، هذا الغير لم يكن على علم بالعيوب التي يتضمنها العقد¹.

إن الشركة من لحظة قيامها تدخل مع الغير في علاقات قانونية، فينتج عنها تصرفات قانونية ولا يمكن إلغاء هذه التصرفات، وعليه لا بد بالاعتراف بالوجود الفعلي للشركة للفترة الممتدة بين إبرام العقد والحكم ببطلانها، على العموم يتجسد مضمون الشركة متى تقرر بطلان الشركة لتخلف احد أركان العقد الموضوعية العامة أو الشكلية فإن أثر البطلان يقتصر على المستقبل فقط، فينعدم العقد فيما بين الشركاء والغير، لكن هذا البطلان لا ينصرف من حيث الأثر إلى الماضي، ليمحو حياة عاشها الشخص المعنوي في الواقع القانوني ذلك هو مضمون الشركة الفعلية التي أسسها القضاء ودعمها الفقه².

أما فيما يخص مصطلح الشركة الفعلية فلقد استعمل لأول مرة في فرنسا في حكم صادر من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في 8 ابريل عام 1925 وكان بشأن شركة أسست بغير كتابة العقد وبغير إشهاره، لقي هذا الحكم تأييدا كل من الفقه والقضاء الفرنسي، غير أن القضاء لم يتفق على تسمية واحدة ثابتة، فبعض الأحكام الفرنسية تطلق على هذا النوع من الشركات التسميات التالية الشيوع الفعلي أو الجمعية الفعلية أو الإدارة الفعلية.

مهما اختلفت هذه الأسماء إلا أن النتيجة واحدة، وهي اعتبار جميع ما قامت به الشركة من أعمال صحيحة . وأما القضاء المصري والجزائري فلقد اتفقا على اتخاذ مصطلح "الشركة الفعلية" كتسمية لهذه الشركة.

¹ - سليم احمد الجبوري ، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 56، 57.

² - ان نظرية الشركة الفعلية تعتبر نتيجة بناء قضائي وفقهي فرنسي، إلا أنها كانت تستند إلى بعض النصوص التشريعية مثل المادة 58 من قانون تموز 1867 المعدل بمرسوم 120 تشرين اول 1953 والمادة 07 من نفس القانون والمواد من 19 إلى 24 من قانون 7 ايار 1975 راجع: سليم عبد الله احمد الجبوري ، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 55.

وأما التشريع فلم يكن أكثر استقرار بشأن الاتفاق على تسمية محددة للشركة الفعلية، فالمشرع الايطالي يستعمل عبارة "الشركة غير النظامية" بدء من تعبير الشركة الفعلية المستعمل في فرنسا، بلجيكا، ألمانيا، مصر¹، الجزائر².

الفرع الثاني

تمييز الشركة الفعلية عن الأوضاع المشابهة لها

تقترب الشركة الفعلية مع الشركة الناشئة بصورة فعلية من حيث المفهوم، فيجب التمييز بينهما (أولا) والنتائج المترتبة عن هذا التمييز (ثانيا).

أولا: الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية

يجب التفرقة بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية، لغرض إزالة اللبس بين مفهومها. فالشركة الفعلية هي شركة قانونية معطوبة، تظهر للوجود بصورة مادية تستند إلى عقد خطي ينظم بين الشركاء، فيبين العقد نوع الشركة، وما وقع الاتفاق عليه بين الشركاء وذلك من أجل المساهمة في تكوين رأس مال الشركة، وفي توزيع الأرباح والخسائر الناجمة عنها.

فالشركة الفعلية، عقد استجمعت في مظهرها كل مقومات الشركة الصحيحة، فهي تعبر عن إرادة الشركاء الظاهرة على الأقل في إنشاء حالة قانونية تدخل في الإطار العادي المعروف من القانون، كما أنها ذات نموذج محدد قد تكون (مدنية، أو تجارية كشركة تضامن أو شركة التوصية البسيطة) ماعدا شركة المحاصة، إلا أنه يمكن لهذه الشركة أن تتحول إلى شركة فعلية، إذا فقدت سريتها³.

¹ - لقد أصدرت محكمة النقض المصرية بخصوص هذه المسألة حكم رقم 341 عام 1973 المنشور بمجلة المحاماة عدد يناير وفبراير 1975 سنة 55 ص 67 تحت رقم 52، راجع: رضوان أبو زيد، الشركات التجارية، شركات الأشخاص، الجزء الأول، دار الفكر العربي، المطبعة التجارية الحديثة 1988، ص 59.

² - عليوة رايح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص ص 58، 59.

³ - عليوة رايح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص ص 67، 86.

إذن الشركة الفعلية تنشأ أصلاً لتكون شركة قانونية، ولكن ينقصها إجراء معين، ويحصر نطاقها في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة البطلان و الجزاء المترتب عليه¹.

وعلى العكس من ذلك، فإن الشركة الناشئة بصورة واقعية (فعلية) تنشأ بطريقة تلقائية، لاتحاد سلوك ذوي الشأن وتعاونهم من أجل استغلال مشروع معين، دون أن يكون في نيتهم إنشاء شركة ما، ويلاحظ أن إذا لم تكن نية الأطراف محل شك في الشركة الفعلية، إلا أنها في الشركة الناشئة بصورة فعلية، غالباً ما تكون محل جدل فيما يتعلق بالتكيف القانوني للوضع الذي خلفته تلك النية، فالأطراف لم يفصحوا عن نيتهم، كما أنهم لم يحرروا أي عقد على يد موثق، وأحياناً يكون للشركاء نية التأسيس ولكنهم لم يهتموا باختيار نموذج معين للشركة، أو ربما يتفق الأطراف على تأسيس الشركة بدون اللجوء إلى تحرير عقد لدى الموثق. وغالباً ما تكون هذه الشركات تلقائية شركات أشخاص².

إذن فالشركات التي تنشأ بصورة فعلية، لا يحكمها عقد كتابي، وإنما ينتج وجودها من العمل المشترك الذي يرمي إلى اقتسام الربح والخسارة، مع اتجاه ذوي الشأن إلى التعاون على قدم المساواة، بالإضافة إلى أنه يمكن أن تنشأ الشركة بصورة فعلية نتيجة اشتراك بعض الحرفين وصغار التجار، الذين يعتقدون أنهم احترموا التعليمات والقوانين بمجرد تقديم الإقرار غير المسمى. بينما هم في الواقع لم يحرروا إي عقد للشركة. وكذلك الأمر بالنسبة لشركات المغفلة، إذ أن الأعضاء لم يكلفوا أنفسهم عناء التأسيس رسمياً والإعلان عنها كشركة مدنية.

ثانياً: نتائج التمييز بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية

يترتب على التمييز بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية سواء في

القانون الفرنسي والعراقي نتيجتان هامتان:

¹- مفلح عواد القضاة ' الوجود القانوني والواقعي للشركة الفعلية ...، مرجع سابق ص ص 123، 124.

²- سليم عبد الله احمد الجبوري الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 74.

1- النتيجة الأولى

إن الشركة الفعلية، بتوفرها لشروط إنشاء الشركة تكون قد استجمعت في مظهرها مقومات الشركة الصحيحة وتستند إلى عقد خطي، وتملك مظهر الشركة القانونية، ويظهر فيها اتجاه نية الأطراف إلى تأسيس شركة ذات نموذج محدد، فهي تأخذ جميع أشكال الشركات، فيمكن أن تكون شركة مدنية فعلية أو شركة تجارية فعلية كشركة مساهمة فعلية... الخ، باستثناء شركة المحاصة التي قد تتحول إلى شركة تضامن فعلية في حالة ما إذا فقدت سريتها¹.

أما الشركات الناشئة بصورة فعلية، فإن النشوء التلقائي لها هو نتيجة لاشتراك عدة أشخاص معا لتحقيق هدف واحد دون أن تكون لديهم نية إنشاء شركة.

وتكون هذه الشركات دائما شركات أشخاص وفي معظم حالاتها هي شركات التضامن².

2- النتيجة الثانية

إذا دخلت الشركة الفعلية بعد الحكم دور التصفية، كان لها شخصيتها القانونية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، رغم الحكم ببطلانها، وذلك حتى تتمكن من تأدية كل ما يلزم من تصرفات خلال فترة التصفية³. وتتم تصفيتها كقاعدة عامة وفقا لما اتفق عليه الشركاء في عقد الشركة المقرر إبطاله، وتتعرض الشركة للتوقف عن الدفع، ويشهر إفلاسها وتتعرض للتسوية القضائية ولتصفية الأموال، مع تحمل الشركاء للنتائج المترتبة على كل شكل الشركة⁴.

¹ - سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص77.

² - مفلح عواد القضاة 'الوجود القانوني والواقعي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 144.

³ - سميحة القيلوبي، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص35.

⁴ - عليوة رايح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص62.

في حين أن الشركة الناشئة بصورة فعلية وباعتبارها شركة تنشأ تلقائيا لاتحاد سلوك ذوي الشأن وتعاونهم دون وجود عقد ينظم حقوق الأطراف والتزاماتهم حتى في وقت التصفية لذلك تتم تصفيته بالاستناد إلى القواعد العامة المقررة، دون التقيد بشروط أو ضوابط قد يضعها الأطراف¹.

المبحث الثاني

أركان قيام الشركة الفعلية

لقيام الشركة الفعلية يجب أن تتوفر الأركان التي يقوم عليها الشركة القانونية مع وجود خلل أصاب بعض من تلك الأركان فعقد الشركة لا يقوم في الواقع، إلا إذا توفرت الأركان الموضوعية العامة (المطلب الأول) إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن تتوفر الأركان الموضوعية الخاصة (المطلب الثاني) كما يلزم المشرع إتباع الإجراءات الشكلية المقررة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الشروط الموضوعية العامة

إن الشركة عقد ولانعقاده وصحته لابد من توفر الشروط العامة لانعقاد والصحة والمتمثلة في رضا الشركاء (الفرع الأول)، الأهلية (الفرع الثاني)، ومحل عقد الشركة (الفرع الثالث) وأخيرا السبب (الفرع الرابع).

الفرع الأول

¹ - سليم عبد الله احمد الجبوري ،،،، مرجع سابق، ص ص 77، 78.

الرضا

يعتبر الرضا بمثابة الركن الأول لانعقاد الشركة وهذا الأمر منطقي، إذ من غير المتصور أن تنشأ رابطة عقدية دون أن تستند إلى رضا أطرافها، ويجب أن ينصب هذا الرضا على شروط العقد جميعاً، أي على رأس مال الشركة وغرضها ومدتها وطريقة إدارتها وغير ذلك من الشروط¹.

وينبغي أن يكون الرضا صحيحاً، أي صادراً عن إرادة واعية وبصيرة بما هي مقدمة عليه، ولذلك بان يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالغلط²، والتدليس، والإكراه، والاستغلال وإذا كان الإكراه نادر الوقوع عند إبرام عقد الشركة، فهناك حالات كثيرة أين يحصل فيها الرضا بهذا العقد نتيجة غلط أو تدليس. والغلط الذي يفسد الرضا ويؤدي إلى إبطال عقد الشركة، هو الغلط الجوهرى الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع المتعاقد معه عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط، وقد يكون الغلط في الشخص الشريك نتيجة تشابه الأسماء، وقد يقع الغلط على نوع الشركة وماهيتها. كان يعتقد الشخص انه يشترك في تكوين شركة ذات المسؤولية المحدودة في حين أنها شركة تضامن. فإذا وقع الغلط على الشخص الشريك، فلا يكون باطلاً إلا إذا كان لهذا الشخص الشريك اعتبار ملحوظ في العقد.

أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد، فلا يعتبر غلطاً جوهرياً، ولا يؤثر بالتالي على صحة العقد، كالغلط في تقدير قيمة الحصص التي يلتزم بتقديمها كل شريك، كذلك يعايب الرضا إذا كان هناك تدليس، ويصبح عقد الشركة قابلاً للإبطال إذا كان التدليس هو العامل الدافع إليه والحامل للمدلس عليه على التعاقد. ولكن يشترط في ذلك أن يكون التدليس صادراً من أحد الشركاء على شريك آخر، أما إذا صدر من الغير فليس للمتعاقد

¹- فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص22.

²- ياسين محمد الجبوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص45.

(المدلس عليه) أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به عند إنشاء العقد¹.

الفرع الثاني

الأهلية

لا يكفي توافر الرضا لإبرام عقد الشركة، بل لابد أن يكون هذا الرضا صادرا من ذي أهلية، أي يجب أن يكون الشريك أهلا للتصرف، ولم يحجز عليه لعتة، وسفه، وجنون، ذلك لأن عقد شركة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر².
وسن الأهلية يتحدد بتسعة عشرة عاما طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري³، في حين حدد المشرع الأردني سن الأهلية بثمانية عشرة عاما طبقا للمادة 43 فقرة 1 من القانون المدني الأردني⁴، ونفس السن حدده المشرع العراقي في المادة 106 من القانون المدني العراقي ويتفق نص هذه المادة مع المادة 488 من القانون المدني الفرنسي المعدل الذي حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة. أما المشرع المصري فحدد سن الرشد بواحد وعشرون عاما(21) وفقا لنص المادة 04 من القانون المدني المصري⁵.
إذا أبرم عقد الشركة شخص قاصر كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته إذ لا يجوز له إبرام مثل هذا العقد إلا إذا حصل على إذن لذلك، وهذا طبقا للنص المادة 05 من القانون التجاري الجزائري التي تقضي بأن القاصر الذي بلغ سن الثمانية عشرة سنة وأراد الاتجار وجب عليه أن يحصل على إذن من طرف والده أو أمه أو على إقرار من مجلس

¹- علي حسن يونس، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص 35، 34.
²- نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، (شركات الأشخاص) دار هوما، للطباعة والنشر الجزء الأول، الجزائر 2008 ، ص من 29 إلى 31.
³- نادية فوضيل...، المرجع نفسه، ص 32.
⁴- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، (دراسة فقهية قضائية) دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د س ن، ص 32، 33.
⁵- سليم عبد الله الجبوري الشركة الفعلية...، مرجع سابق ، ص 25، 26.

العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة في حالة ما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطة الأبوة أو استحالة عليه مباشرتها في حالة انعدام الأب والأم¹.

كما تختلف الأهلية اللازمة في الشريك باختلاف نوع الشركة، فإذا أراد الإنضمام إلى شركة الأشخاص فيسأل الشريك مسؤولية مطلقة، أما إذا كانت الشركة من شركات الأموال في هذه الحالة يسأل مسؤولية محدودة، فلا يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة كما هو الحال في شركات الأشخاص². وتختلف أيضا الأهلية اللازمة باختلاف نوع الشركة ما إذا كانت الشركة مدنية أي تقوم بأعمال منفردة فيكفي أن تتوفر فيه الأهلية لقيام بهذه الأعمال، أما إذا كانت تجارية أي كان عملها تجاري يتوفر فيها عنصر التكرار فيستوجب توفر الأهلية اللازمة لممارسة النشاط التجاري.

أما إذا كانت ممارسة التجارة من طرف المرأة، فالمشرع الجزائري قد خول لها الحق سواء كانت متزوجة أو لا ومن ثم فلها أن تقوم وتزاول جميع الأعمال التجارية، منها الانضمام إلى أي نوع من الشركات واكتسابها صفة التاجر، أو إبرام عقد الشركة. يمكن للمرأة المتزوجة أن تبرم مع زوجها عقد لإنشاء شركة تضامن، وهذا عكس ما نجده في القضاء الفرنسي، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى بطلان الشركة التي تعقد بين الزوج والزوجة أو شركة الأشخاص التي يشتركان فيها مع الغير بحجة أن العلاقة الزوجية تمنع من وجود المساواة بين الشركاء، وهي من الأسس التي تستند عليها عقد الشركة. وقد أيد قانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966 هذا الحكم، فمنع على الزوجان أن يكونا شريكين في شركة التضامن أو شريكين متضامنين في شركة التوصية، و لكن أجاز أن يكونا شريكين في شركة أخرى³.

¹ - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري، الشركات التجارية، دار المعرفة، 2000 الجزائر، ص149.

² - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري...، مرجع سابق، ص150.

³ - نادية فوضيل، أحكام الشركات العامة...، مرجع سابق، ص من 30 إلى 37.

الفرع الثالث

المحل

يختلف محل عقد الشركة عن محل العقود الأخرى .ومحل أي عقد من العقود العملية التي يريد المتعاقدين تحقيقها، بعبارة أخرى هو ذلك المشروع المالي الذي اشترك من اجله أطراف العقد أما المحل بالنسبة للشريك هو الالتزام بتقديم حصة نقدية أو حصة من عمل¹.

أما محل الشركة فهو غرضها الذي قامت من اجله ورصدت الأموال للالزمة من الشركاء لتحقيقه فهو المشروع الذي يلتزم المتعاقدون بالمساهمة فيه، بتقديم حصة من مال أو عمل لذا يجب أن يكون هنا المحل مشروعاً، غير مخالف للنظام العام أو الآداب، أو القانون .

ومن ثمة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً عقد الشركة الذي ينصب محله على تجارة المخدرات²، أو على تهريب البضائع، أو على إدارة وكر للدعارة³.

وقد يحدث في الفعل أن يكون محل أو موضوع الشركة، كما هو مبين في عقدها التأسيسي مختلفاً عن محلها أو موضوعها الفعلي، وفي هذه الحالة تقدر مشروعية المحل على ضوء المحل الفعلي وليس على أساس المحل المبين في عقد التأسيس.

فضلاً عن ذلك يجب أن يكون المحل ممكنناً، أي قابلاً للتحقيق وإذا تعلق محل الالتزام بشيء وجب أن يكون محدداً بذاته أو نوعه، ومقداره⁴.

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية-المجلد الخامس-الشركات التجارية والمصرفية-شركة المساهمة الخاصة-شركة المحاصة-شركة ذات المسؤولية المحدودة-الشركة القابضة-الشركة الاستثمار المشتركة-الشركات الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص50.

² - راجع: المادة 93 من التقنين المدني الجزائري.

³ - سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص26.

⁴ - محمد فريد العربي، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتصدد الإشكال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د س ن، ص22.

الفرع الرابع

السبب

لم ينص المشرع الجزائري في نصوصه الخاصة في التقنين الجزائري عن السبب، منه يستوجب الرجوع إلى الأحكام العامة، حيث نصت المادتين 97-98 من التقنين المدني الجزائري على سبب عقد الشركة.

ويقصد بالسبب الباعث الدافع أو الغرض المباشر على التعاقد، ويرى الفقه الراجح أن هذا الباعث يتمثل في تحقيق غرض الشركة المتمثل في استغلال مشروع مالي معين وهو بهذا المعنى يختلط بمحل العقد بحيث يصبح المحل والسبب في عقد الشركة شيئاً واحداً، ومن ثمة فإذا انصب محل عقد الشركة على استغلال غير مشروع فإن العقد لحقه البطلان لعدم مشروعية المحل والسبب في أن واحد¹.

لكن السبب التزام كل شخص بتقديم الحصة هو رغبة ذلك الشريك في استثمار حصته، والحصول على ربح عن طريق ممارسة هذه الأنشطة الاقتصادية . ولصحة العقد يجب أن يكون سبب العقد شركة مشروعاً، وغير مخالف لنظام العام و الآداب العامة، فإذا كان غير مشروع يكون العقد الذي التزم به لشركاء باطلاً بطلاناً مطلقاً²، كان تؤسس شركة ليس لغرض تحقيق الربح، بل من أجل منافسة شركة أخرى للقضاء عليها في السوق.

¹- ابو زيد رضوان، الشركات التجارية القانون التجاري الكويتي، دار الكتاب الحديث، الجزء الأول، ص52.

²- راجع: المادة 67 من القانون المدني الجزائري ...، مرجع سابق.

المطلب الثاني

الأركان الموضوعية الخاصة

يستوجب إلى جانب الشروط الموضوعية العامة لقيام الشركة القانونية، الشروط الموضوعية الخاصة، بحيث لا تقوم إلا باجتماعها وتتمثل هذه الشروط في تعدد الشركاء (الفرع الأول) تقديم الحصص (الفرع الثاني) اقتسام الأرباح والخسائر (الفرع الثالث) وأخيرا نية المشاركة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعدد الشركاء

من الشروط الواجب توافرها لانعقاد عقد الشركة، أن تتكون الشركة من شخصان أو أكثر¹ هذا حسب نوع الشركة التجارية، حيث حدد المشرع الجزائري الحد الأدنى والأقصى لكل شركة، كشركة المساهمة التي يجب ألا يقل عدد شركائها عن 7 شركاء، أما فيما يخص شركة المحاصة يتضح من خلال نص المادة 795 مكرر 1² من التقنين التجاري الجزائري أنها تؤسس بين شخصين طبيعيين أو أكثر، بمعنى أنه يجب على الأقل توفر شريكين .

إما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فتشترط المادة 590 من القانون التجاري الجزائري على أنه يجب ألا يتجاوز عدد شركائها عن عشرين شريك، أما بالنسبة لشركة التضامن فلم ينص القانون التجاري على عدد الشركاء، لكن لا يجب أن يقل عن شريكين.

¹- راجع المادة 416 من القانون المدني، مرجع سابق.

²- راجع: الأمر 59-75 يتضمن القانون التجاري...، مرجع سابق.

لكن أجازت بعض التشريعات كالتشريع الانجليزي والألماني¹ قيام شركة الرجل الواحد وتبعا لهذه الشركات يحق لشخص الواحد أن يقطع جزءا من ثروته ويخصه لاستغلال مشروع معين في شكل شركة، فتحدد بذلك مسؤوليته عن ديون الشركة بقدر ما خصص لها من أموال، وتبقى أمواله الأخرى في مأمن من رجوع دائني الشركة عليها. في حين ذهب بعض التشريعات الحديثة كتشريع الجزائري أو المصري إلى الأخذ بمبدأ وحدة الذمة بحيث لا يجوز للشخص الواحد أن يخصص جزءا من أمواله للشركة وتكون أمواله الأخرى في مأمن من رجوع دائني الشركة عليها، ومقتضاه أن أموال المدين تشكل كتلة واحدة جميعها ضامنة للوفاء بديونه² واستثناء على مبدأ تعدد الشركات أجازت التشريعات الحديثة من بينها التشريع الجزائري قيام شركة الشخص الواحد بحيث يحق للشخص الوحيد تأسيس شركة الرجل الوحيد³.

الفرع الثاني

تقديم الحصص

إذا لم يكن للشركة التجارية رأس مال، فإنها لن تتمكن من تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، إذ يلزم أن يقدم كل شريك حصة، ومجموع هذه الحصص يشكل رأس مال الشركة والذي يمثل الضمان العام لدائني الشركة، وليتمكن كل شريك من الحصول على نصيبه من الأرباح فيها إذا حققت الشركة ذلك أو تحمل جزء من خسائرها⁴.

أولاً: الحصة النقدية

غالبا ما تتمثل الحصة التي يقدمها الشريك للشركة في مبلغ من النقود، ويلتزم الشريك

¹ - نادية فوزيل، أحكام الشركات...، مرجع سابق ص32.

² - راجع: المادة 188 من القانون المدني الجزائري...، مرجع سابق.

³ - نادية فوزيل، أحكام الشركات...، مرجع سابق ص33.

⁴ - الشواربي عبد الحميد، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الكتاب الحديث، الكويت، ص309.

في هذه الحالة بدفع المبلغ الذي يتعهد بتقديمه في الميعاد المتفق عليه، وضعت بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي قاعدتين خرجت فيهما عن القواعد العامة، فالقاعدة الأولى تقضي بأن الفوائد التأخيرية تستحق من تاريخ استحقاق الحصة، من غير الحاجة إلى مطالبة القضاء أو إعدار هذا في حالة ما تعهد الشريك بدفع مبلغ من المال ولم يقدمه، وهذا بخلاف ما تقضي به القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري التي تنص على أن الفوائد التأخيرية لا تسري إلا من يوم المطالبة القضائية بها.

أما القاعدة الثانية فتتمثل في جواز مطالبة الشريك بتعويض الفوائد التكميلية عن التأخر بالوفاء، إذا اثبت أن الضرر قد تجاوز قيمة الفوائد التأخيرية وقد تسبب فيه المدين بسوء النية. وقد رعى المشرع الفرنسي في تقرير هذين الاستثنائيين، حاجة الشركة إلى المال في المواعيد المتفق عليها، حتى تتمكن الشركة من بدا عملها، فان أهمل الشريك تنفيذ التزامه بتقديم الحصة في الميعاد المحددة فقد يضر ذلك بحسن سير الأعمال الشركة¹.

أما المشرع الجزائري، فقد اكتفى بنص المادة 421 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه، إذا تعهد الشريك بأن يقدم مبلغا من النقود كحصته في الشركة ولم يقدم هذا المبلغ، ففي هذه الحالة يلزم التعويض، كما أن المشرع الجزائري لم ينص على هذين الاستثنائيين المذكورين في القانون المصري والفرنسي بخصوص الفوائد التأخيرية، والعلة في ذلك أن التشريع الجزائري يمنع القرض فيما بين الأفراد².

ثانيا: الحصة العينية

يمكن أن تكون حصة الشريك حصة عينية، وهي أي مال معين غير النقود، كان يقدم الشريك عقارا كقطعة ارض، المصنع، المنجم... الخ أو منقول سواء منقول مادي كآلة

¹ - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري...، مرجع سابق ص135.

² - أمر 58-75 يتضمن القانون المدني، الجزائري، مرجع سابق.

أو منقول معنوي كبراءة الاختراع، محل تجاري، أو حق من حقوق الملكية الفكرية والفنية.

والحصة العينية التي يقدمها الشريك للشركة قد تقدم إما على سبيل التملك وفقا لنص المادة 419 من القانون المدني الجزائري أو على سبيل الانتفاع¹.

إذا قدمت الحصة العينية على سبيل التملك، تخرج نهائيا من ذمة صاحبها لتنتقل إلى ذمة الشركة، فتكون جزء من الضمان العام المقرر لدائنيها، ومتى قدمت الحصة العينية على سبيل التملك تطبق القواعد العامة المتعلقة بالبيع، أما إذا قدمت الحصة على سبيل الانتفاع في هذه الحالة تسري عليها أحكام عقد الإيجار، ويجوز استرجاع تلك الحصة بعد انقضاء الشركة².

ثالثا: الحصة من العمل

قد تكون حصة الشريك عند الانضمام إلى الشركة متمثلة في عمل يؤديه للشركة ويقصد بالعمل في هذا المجال هو العمل الفني كالخبرة في المجال الاتجار أو التخطيط أو التسيير الإداري... الخ³.

ويمتنع على الشريك الذي يساهم بحصة من عمل أن يقوم لحساب نفسه أو للغير نفس العمل الذي التزم بتقديمه للشركة وهذا حتى لا يصبح منافسا لها، فإذا قام بذلك التزم بالتعويض في مواجهة الشركة . غير أن هذا المنع لا يعني حرمانه من القيام لحسابه الخاص بأعمال أخرى، شريطة ألا يترتب عن ذلك نقص في المجهود الذي التزم بالقيام به كحصة في الشركة⁴.

¹ - أمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري...، مرجع سابق ص155.

³ - عزيز العكيلي، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص33.

⁴ - محمد فريد العريني، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص247.

وحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، ذلك لان الرأس المال يجب ان يكون قابلا للتنفيذ الجبري، باعتباره الضمان العام لدائني الشركة والحصة بعمل لا تتوفر فيها هذه الخصائص، لأنها غير قابلة للتنفيذ الجبري، وعليه فالشركة التي يقدم فيها جميع الشركاء حصصا من العمل، فلا تعد صحيحة لانعدام ذمتها المالية ومن ثم عدم إمكانية التنفيذ عليها.

و تجدر الملاحظة انه يمتنع عن الشريك تقديم حصة من عمل إذا انضم إلى شركة التوصية البسيطة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو إلى شركة المساهمة، بمعنى عدم جواز الإسهام بحصة من عمل في شركات الأموال، لان أساس هذه الشركات هو الاعتبار المالي على خلاف شركات الأشخاص¹.

فضلا عن ذلك تشترط المادة 419 من القانون المدني الجزائري أن تكون حصص الشركاء متساوية القيمة، وان تكون هذه الحصص المقدمة على سبيل الامتلاك ملكية المال لا مجرد الانتفاع بها، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك ومن مجموع الحصص العينية والنقدية يتكون رأس مال الشركة، والذي يمثل الضمان العام للدائني الشركة².

الفرع الثالث

اقتسام الإرباح والخسائر

إن الهدف الأساسي من تكوين الشركة هو السعي وراء تحقيق الربح وتوزيعه فيما بين الشركاء، ولكن قد لا يتحقق هذا الربح وبالتالي لا بد ان يتحمل كل واحد من الشركاء

¹ - نادية فوزيل، أحكام الشركات...، مرجع سابق ص36.

² - تنص المادة 419 من القانون المدني "يجب ان تكون الحصص المقدمة للشريك متساوية القيمة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك".

نصيبه من الخسائر¹.

ويقصد بالربح، الربح المادي الذي يضيف قيمة جديدة إلى ذمة الشركاء، وهو ما يسمى أيضا بالربح الايجابي دون الربح السلبي الذي يقتصر مثلا على توفير بعض النفقات إذ مثل هذا الربح لا يدخل في مفهوم الربح المقصود في الشركات².

أما عن كيفية اقتسام الأرباح والخسائر، فيتم تحديد ذلك في العقد التأسيسي الشركة، إذ يمكن أن يكون نصيب كل واحد منهم مختلفا عن الآخر، بحسب مقدار حصته التي ساهم بها في الشركة، و لا يلزم أن يكون نصيب الشريك في الأرباح والخسائر مساويا تماما لحصته في رأس مال الشركة، بل المهم أن ينال كل شريك نصيبا من الربح والخسارة. وقد يحدد في العقد التأسيس لشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر، فيكون نصيب كل واحد منهم بالنسبة لحصته في رأس مال الشركة وفقا لنص المادة 425 فقرة 1 من التقنين المدني.

و تنص المادة 426 من التقنين المدني الجزائري "إذا وقع اتفاق على أن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا"³ إذا تم الاتفاق على حرمان احد الشركاء من الأرباح والخسائر، هذا شرط يطلق عليه بشرط الأسد، وبما أن هذا الشرط يخالف المادة المذكورة أعلاه، فان أدرج هذا في العقد التأسيسي للشركة فانه يبطل الشرط والعقد معا، ويختلف شرط أسد باختلاف نوع الشركة أن وجد في شركة المدنية فان الشرط والعقد باطل، أما في الشركات التجارية فان الشرط هو الذي يبطل وليس العقد إذا توفرت فيه كل الشروط الأخرى وكانت صحيحة⁴.

1- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية -الأحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2010 ، ص50.

2- فتيحة يوسف عمري، أحكام الشركات وفقا لنصوص التشريعية والمراسي التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص 108.

3- راجع: الأمر 58-75...، مرجع سابق.

4- نادية فوضيل، أحكام الشركات...، مرجع سابق ص41.

الفرع الرابع

نية المشاركة

تعتبر نية الاشتراك من الأركان الأساسية لعقد الشركة، بحيث من غير الممكن أن ينعقد من دونه بل هو الركن الأول الواجب توافره قبل تقديم الحصص، وهذا بالرغم من أن المادة 416 من القانون المدني الجزائري قد أغفلته¹.

وتقضي نية الاشتراك أن تتصرف إرادة جميع الشركاء إلى التعاون على قدم المساواة من أجل استغلال مشروع الشركة وتحقيق أهدافها، وتتجلى مظاهرها في تقديم الحصص والإشراف على إدارة الشركة، ونية الاشتراك بغية تحقيق الربح لتوزيعه بين الشركاء وتحمل المخاطر المشتركة².

إلا أن نية الاشتراك تختلف باختلاف نوع الشركة، حيث تكون أكثر ظهوراً في شركات الأشخاص وبالتدقيق في شركة التضامن التي تغلب فيها الطبيعة التعاقدية، المبينة على الثقة المتبادلة والتعاون الإيجابي بين الشركاء من أجل تحقيق غرض الشركة، ولكنها أقل وضوحاً في شركات الأموال، وخاصة في المساهمة، حيث يقتصر دور الشريك في هذا النوع من الشركات على توظيف أمواله في مشروع الشركة، دون أن يهتم بشخصية المديرين، ومع ذلك تبقى نية الاشتراك قائمة في هذا النوع من الشركات، مادام المساهمون يشاركون في تسير شؤون الشركة عن طريق إبداء الرأي ضمن الجمعية العامة ومراقبة تصرفاتها وتعيين هيئة إدارة الشركة والتصديق على أعمال المدراء³.

¹ - عزيز العكيلي، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص37.

² - محمد فريد العريني، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص247.

³ - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري...، مرجع سابق، ص157.

المطلب الثالث

الأركان الشكلية

يستوجب بالإضافة إلى الشروط الموضوعية الخاصة والعامة لصحة وانعقاد العقد بصفة عامة، توفر شروط شكلية، بحيث إذا لم تتوفر في عقد الشركة اعتبر العقد باطلاً، لذلك اشترط المشرع ضرورة كتابة عقد الشركة (الفرع الأول) كما استلزم إتباع إجراءات النشر و الإشهار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شرط الكتابة

نصت المادة 418 من القانون المدني "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.....". نستنتج من خلال نص المادة أن القانون أصر على ضرورة كتابة عقد الشركة، و إلا كان باطلاً، سواء تعلق الأمر بالشركات المدنية أو التجارية¹. فضلاً عن ذلك اشترط المشرع الجزائري في المادة 545 من التقنين التجاري أن "تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة"²، واشترط المشرع الكتابة الرسمية لعقد الشركة سواء كانت شركة تجارية أو مدنية الهدف منه هو تنبيه الشركاء على خطورة العقد وما يتضمنه من مسائل قانونية، مما يستوجب تدخل شخص مختص في تحرير العقود وهو الموثق ويبقى العقد قائماً بين الشركاء طوال المدة المتفق عليها³.

ولا يوجد طريقة خاصة لكتابة عقد الشركة، لكن يجب أن يتضمن عقد الشركة حد أدنى من البيانات، وعلى وجه الخصوص نوع الشركة، مدتها، غرضها كما أن الكتابة

¹ - نادية فوضيل، أحكام الشركات...، مرجع سابق، ص 42.

² - راجع: الأمر 59-75...، مرجع سابق.

³ - عمار عمورة، الوجيز في القانون التجاري...، مرجع سابق ص 167.

ضرورية للإثبات، و في حالة تخلف هذا الركن يكون العقد باطلا وهذا البطلان يكون من نوع خاص¹.

الفرع الثاني

إجراء الإشهار

اخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراء الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة، وحتى يكون على دراية بما يحيط الشركة قبل التعامل معها، وإذا كانت الشركة المدنية فهي تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، فأما الشركة التجارية لا تتمتع ولا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد إتباع إجراءات الشهر المادة 549 من التقنين التجاري، وتخضع جميع الشركات للإجراء الشهر باستثناء شركة المحاصة².

وتتمثل هذه الإجراءات في إيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري قصد قيده، هذا ما نصت عليه المادة 548³ من نفس القانون، فضلا عن ذلك نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في جريدة يومية، يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة، كما أن إجراءات الشهر تشترط عند تأسيس الشركة وتشترط أيضا عندما يطرأ أي تعديل على الشركة⁴.

¹ - عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية ...، مرجع سابق ص 37.

² - عزيز العكيلي ...، المرجع نفسه، ص 37.

³ - راجع: الأمر 59-75 ...، مرجع سابق.

⁴ - نادية فوضيل، أحكام الشركات العامة ...، مرجع سابق ص 45.

الفصل الثاني:

مجال تطبيق الشركة الفعلية

حدد التشريع الأركان التي تقوم عليها الشركة، لتصبح في نظر القانون نظامية قانونية، حيث يترتب عن الإخلال بهذه الأركان بطلان هذه الشركة. وهذا البطلان إما يكون متعلق بالنظام العام أو متعلق بالمصلحة الخاصة وهذا حسب أهمية الركن الذي يقع عليه الإخلال، وتعتبر مسألة البطلان من المسائل الصعبة بسبب ظهورها وقيامها بمعاملات مع الغير.

فبطبيعة الحال أن أصل فكرة الشركة الفعلية ترتبط ارتباط وثيقا بمسألة البطلان عموما ومدى تطبيقه على عقد الشركة (المبحث الأول)، كما أن الشركة الفعلية لا تختلف عن الشركة القانونية فيما يخص الانقضاء، فهي قد تنقضي لعدة أسباب، باعتبار أن الشركة الفعلية قد تنشأ بشكل تخالف الأحكام القانونية الخاصة بالشركات فهي ترتب آثار نتيجة لذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الشركة الفعلية الناتجة عن البطلان

يختلف البطلان الذي يلحق الشركة الفعلية بحسب السبب الذي يؤسس عليه، فهناك أسباب تؤدي إلى بطلان لتخلف الأركان الموضوعية (المطلب الأول)، أسباب أخرى يترتب عليها بطلان من نوع خاص، يجمع بين البطلان المطلق والنسبي، كما في حالة البطلان لتخلف الأركان الشكلية (المطلب الثاني)، وهناك حالات استخلص القضاء منها وجود الشركة الفعلية، مستندا في ذلك إلى أسباب أخرى خلاف البطلان (المطلب الثالث).

المطلب الأول

البطلان لتخلف الأركان الموضوعية

إن تخلف ركن من أركان الموضوعية يؤدي إلى بطلان الشركة سواء تعلق الأمر بتخلف الأركان الموضوعية العامة (الفرع الأول) أو الأركان الموضوعية الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البطلان لتخلف الأركان الموضوعية العامة

إذا تخلف ركن من الأركان الموضوعية العامة، تعرضت الشركة القائمة على الاعتبار الشخصي للانحيار وتبعاً لذلك بطلان العقد فقد ينتج عن هذا البطلان قيام الشركة الفعلية، أو قد لا يتولد وجود ذلك النوع من الشركات فضلاً عن انه ينفي وجود الشركة القانونية أصلاً، يختلف اثر البطلان في الواقع في حالة ما إذا كان ذلك البطلان بسبب عيب في رضا.¹

أولاً: أسباب البطلان المتعلقة بالرضا والأهلية

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 145.

لما كانت الإرادة شرطا جوهريا لانعقاد الشركة، فبانعدامها لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية، إذ لا يمكن أن يوصف الشخص الذي انعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة، فعقد الشركة في هذه الحالة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.¹

أما إذا أصيب رضا أحد الشركاء بعيب من العيوب، كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو كان الشريك ناقص الأهلية لعتة أو سفه فإن الجزاء المترتب عن هذا العيب هو البطلان دون سائر الشركاء، أي أن البطلان نسبي، يقتصر على الشريك الذي شاب رضاه عيب من العيوب أو الناقص الأهلية، ويسقط حق الشريك في طلب البطلان إذا أجاز العقد، سواء كانت الإجازة صريحة أو ضمنية، كما يسقط حقه أيضا إذا لم يتمسك به الشريك خلال عشر سنوات تبدأ من يوم كشف العيب، كما لا يجوز التمسك بالبطلان إذا انقضت مدة خمسة عشر سنة من وقت تمام العقد.

ومتى قضي للشريك بالبطلان، فالقواعد العامة تقتضي بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل التعاقد، فيسترد الشريك حصته، فإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم له بتعويض عادل.

وإذا قضي بالبطلان لأحد الشركاء، وكنا بصدد شركة من شركات الأشخاص، التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتم خروجه منها، فإن ذلك يؤدي إلى حل الشركة

وتصفيتها، إلا إذا نص العقد التأسيسي للشركة على استمرار العقد مع بقية الشركاء.²

أما إذا كنا بصدد شركات الأموال، كشركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة المساهمة، فإذا تم خروج الشريك منها، فلا يؤثر خروجه على باقي الشركاء، بسبب البطلان الذي تم لمصلحته، بل تستمر الشركة بعد أن ترد له حصته، ويتم بيع الأسهم

¹ - عليوة رابع، نظرية الشركة الفعلية ... ، مرجع سابق، ص79.
² - عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية...، مرجع سابق ص53.

المستردة إلى شخص آخر يحل محله ¹. أما إذا شاب العيب رضا جميع المؤسسين، ففي مثل هذه الشركات، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الشركة برمتها.²

ثانياً: أسباب البطلان المتعلقة بالمحل و السبب

إذا كان البطلان بسبب عدم مشروعية غرض الشركة، كما لو كان غرض الشركة الاتجار بالمخدرات، فإن عقد الشركة يعتبر باطلاً بطلانا مطلقاً ولا ينتج أي اثر، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، يتم تصحيح هذا العقد بالإجازة أو بمرور الزمن، إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد.³

يتقرر البطلان المطلق بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد، ويؤدي البطلان المطلق إلى زوال العقد بأثر رجعي، وإذا لم يقدم الشركاء أو بعضهم حصصهم، فلا يلزمون بتقديمها. أما إذا كانوا قد قدموا حصصهم، فقد ثار خلاف حول حقهم في استردادها. فذهب رأي إلى أنه لا يجوز للشركاء في حالة البطلان المطلق، كعدم مشروعية الموضوع أو السبب، مطالبة مدير الشركة باسترداد حصصهم تطبيقاً للمبدأ القائل: " أنه لا يجوز لأحد للشركاء أن يستفيد من نتيجة عمله غير مشروع".

بينما ذهب رأي آخر إلى عكس ذلك، فرأى أن للشركاء حق استرداد حصصهم من مدير الشركة الذي لا يجوز له الاحتفاظ بها دون سبب قانوني، فيثري على حسابهم لاسيما وأنه ساهم في العمل غير المشروع، وهذا هو الرأي الراجح فقهاً وقضاً.⁴

كما ثار الخلاف أيضاً حول الآثار المترتبة على بطلان عقد الشركة تجاه الغير الذي يتعامل مع الشركة قبل الحكم عليها بالبطلان، فبينما يرى جانب من الفقه أنه إذا قضى بالبطلان المطلق لعقد الشركة التي يكون موضوعها أو سببها غير مشروع مقتضاه أنه

¹ - نادية فوزيل، أحكام الشركات ...، مرجع سابق، ص 76.

² - راجع: المادة 733 من القانون التجاري الجزائري ...، مرجع سابق.

³ - عزيز العكيلي، شركات تجارية ...، مرجع سابق، ص 53.

⁴ - محمد فريد العريني، الشركات التجارية ...، مرجع سابق، ص 87. راجع أيضاً: محمد حسن عباس، المؤسسات العامة والشركات في التشريع المصري، دار النهضة العربية، 1967، ص 52.

يؤدي إلى بطلان الشخص المعنوي، ومن ثم بطلان جميع التصرفات التي أجريت مع الغير، لكن الرأي الراجح يميز بين ما إذا كان الغير حسن النية أو سيء النية ، أي إذا كان الغير يعلم بالغرض الغير المشروع الذي تأسست من أجله الشركة أم لا. فإذا كان سيء النية جاز التمسك في مواجهته بالبطلان، أما إذا كان حسن النية فلا يجوز ذلك، بل يحق للغير أن يطالب الشركاء بتنفيذ العقد الذي تم بينهم، طالما كان هذا العقد لا يستند إلى سبب غير مشروع.¹

الفرع الثاني

أسباب البطلان للإخلال بالأركان الموضوعية الخاصة

إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة في عقد الشركة، فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس البطلان، وإنما انعدام وجود الشركة نظرا لفقدانها المقومات والأسس التي تقوم عليها الشركة لتصبح شخص معنوي، يتمتع بكيان مستقل.²

وتماشيا مع ما يراه جانب من الفقه الفرنسي، يجب التمييز هنا بين فرضيتين عند تخلف ركن من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة.

الأولى: إختلال عقد الشركة وتحوله إلى عقد آخر فيما إذا تخلف ركن تعدد الشركاء أو توزيع الحصص أو نية المشاركة.

الثاني: بطلان عقد الشركة بطلانا مطلقا عند تخلف ركن اقتسام الأرباح والخسائر

فإذا تخلف ركن تعدد الشركاء، كأن تقوم شركة على شريك واحد، فتعتبر هذه الشركة غير موجودة في نظر القانون، نظرا لتعارضها مع مبدأ وحدة الذمة الذي يأخذ به القانون الجزائري. باستثناء الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي أجاز القانون أن تقوم على شريك واحد.³

¹ - نادية فوضيل، أحكام الشركات ...، مرجع سابق ص48.

² - نادية فوضيل، ...، المرجع نفسه، ص 49.

³ - سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص ص158، 157.

أما إذا تخلف ركن تقديم الحصص، الذي يعد من أهم الركائز التي تستند إليها الشركة للقيام بمشروعها، بإعتبار أن مجموع الحصص يكون رأس مالها ويشكل الضمان العام للدائنين، أو تخلف ركن نية المشاركة، الذي يعد العمود الفقري لقيام الشخص المعنوي، لكون شرط النية هو الذي يميز عقد الشركة عن العقود الأخرى.

لذا فإن البطلان لا يثار في هذه الحالة لأن الشركة تكون منعدمة في نظر القانون. و عليه يبدو أن إشكالية البطلان تتجلى عند تخلف ركن اقتسام الأرباح والخسائر، فإذا تضمن العقد شرط الأسد، فالبطلان الذي يلحق بالعقد يكون مطلقا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وكما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.¹

لقد أجمع الفقه والقضاء في كل من فرنسا والجزائر على بطلان شرط الأسد في عقد الشركة، لأنه يتنافى مع طبيعة عقد الشركة، إذ تعتبر مساهمة الشركاء جميعا في الأرباح والخسائر، ركنا جوهريا في عقد الشركة. غير أنهم اختلفوا في اثر هذا البطلان على عقد الشركة، فإذا كان جانب يرى بطلان هذا الشرط لوحده والعقد يبقى صحيحا، فذهب جانب آخر إلى القول ببطلان الشركة ذاتها.²

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، واستنادا للمادة 1/1844 المعدلة للمادة 1855 من القانون المدني الفرنسي القديم، يعتبر شرط الأسد من الشروط الغير المكتوبة، بمعنى لا تبطل الشركة أيا كان نوعها، وتظل صحيحة دون اعتبار لمثل هذه الشروط، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع حدا للخلافات الفقهية والقضائية المتعلقة ببطلان شرط الأسد وأثره على الشركة في القانون الفرنسي.³

أما فيما يخص القانون الجزائري، فنص المشرع المدني على هذا في المادة 1/426 من القانون المدني، ويتضح من خلال نص المادة أن الجزاء على مخالفة ركن إقتسام الأرباح والخسائر هو البطلان، وهذا البطلان مطلقا، إلا أن المشرع التجاري الجزائري

¹ - نادية فوزيل، أحكام الشركات ...، مرجع سابق، ص 49.

² - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 60.

³ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 60.

نص في المادة 733 من القانون التجاري بما يلي: " لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا العقد كافة الشركاء المؤسسين، كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط الواردة في الفقرة الأولى من المادة 1/426¹ من القانون المدني"

وبالتالي، فالمشكل الذي نحن بصددده هو وجود نص في القانون التجاري لا يقضي ببطلان الشركة (الشركات ذات المسؤولية المحدودة، و شركات المساهمة). ووجود نص في القانون المدني يقضي ببطلان الشركة، وعليه فكان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يعمم النص التجاري على الشركات ككل أو على الأقل أن لا تبطل شركة التضامن وان تتحول إلى عقد آخر متى توافرت شروط العقد.²

الفرع الثالث

أسباب البطلان للإخلال بقواعد التأسيس

لم يكتف المشرع في القوانين المقارنة بضرورة استكمال الشروط الموضوعية والشكلية في بعض الشركات التجارية، بل إشتراط ضرورة مراعاة الإجراءات الشكلية المقررة قانونا لتكوين الشركة، وذلك من أجل ظهور الشركة بمظهر قانوني وإبراز وجودها إلى الغير، الذي يستطيع أن يعول على تلك الإجراءات أثناء تعامله مع الشركة.³ ويطلق على مجموع تلك الإجراءات بقواعد التأسيس، وهي مجموعة من القواعد التنظيمية التي إستلزمها المشرع و أوجب على من يريد تأسيس الشركة السير بمقتضاها، ومن أمثلة هذه الإجراءات، ما يتعلق بضرورة تسجيل عقد الشركة أو إصدار قرار إداري مرخص للشركة وغير ذلك. وفي حالة عدم مراعاة تلك القواعد أو مخالفتها للقانون، فإن

¹-راجع: المادة 426 فقرة 1 من القانون المدني...، مرجع سابق.

²- عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 61، 62.

³- مصطفى كمال طه، القانون التجاري...، مرجع سابق ص 245.

البطلان يكون هو الجزاء المقرر للشركة، والذي قد يتولد عنه وفي حالات كثيرة قيام وإنشاء الشركة الفعلية.¹

ومن جانب آخر، فهذا النوع من البطلان كثيرا ما يصيب شركات الأموال دون شركات الأشخاص، إذ أن بطلان شركات الأموال يرتبط في كثير من الحالات بمخالفة قواعد التأسيس، وعلى إثر ذلك تميزت الأحكام المنظمة لبطلان شركات الأموال بمحاولة المحافظة على مصالح الغير²، ومن أجل ذلك سنحاول دراسة تنظيم البطلان لمخالفة إجراءات التأسيس في التشريعات المقارنة (أولا) وأثره على وجود الشركة الفعلية (ثانيا).
أولا: البطلان لمخالفة شروط التأسيس في التشريعات المقارنة:

أ- في التشريع الفرنسي:

لقد استلزم المشرع الفرنسي في قانون الشركات التجارية الصادر سنة 1966³ بالإضافة إلى الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الشركة، توفر مجموع من الإجراءات والقواعد لغرض تأسيسها، ولقد فرض على الشركات التجارية ما تسمى برقابة القيد في السجل التجاري، أي أنه بمجرد إتمام إجراءات قيد الشركة في السجل التجاري، تكتسب الشركة الشخصية المعنوية وهذا ما تأكده المادة 1/6 من قانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966.

أما عن الأثر المترتب في حالة عدم قيد الشركة في السجل التجاري، فقد ميز المشرع الفرنسي بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، إذ جعل البطلان هو الجزاء الذي يلحق شركة التضامن والتوصية البسيطة، وقد يؤدي هذا البطلان إلى نشوء شركة أشخاص فعلية.

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 174.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري ...، المرجع نفسه، ص 174.

³ - La loi n° 66-537 , 1966 sur les sociétés commerciales, OP.CIT.

أما فيما يخص شركات الأموال¹، فقد حاول المشرع الفرنسي في قانون 1966 الحد من أسباب بطلانها، تماشياً مع قوانين دول السوق الأوروبية المشتركة والتوجيه الأوروبي الصادر في 09 مارس 1968، الذي أوصى بالحد من أسباب بطلان شركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة².

ب- في التشريع المصري

وفقاً للقانون المصري، فإن شركات الأشخاص، تخضع إلى نظام الشهر القانوني إلى جانب القيد في السجل التجاري، بيد أنه لا يترتب على عدم قيد الشركة بطلانها.

أما فيما يخص شركات الأموال، فلم يحدد المشرع المصري في قانون الشركات رقم 26 لسنة 1946، أسباب بطلان شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، وبالتالي فهذه الشركات ستكون مجالا خصباً للتعرض للبطلان بسبب أي عيب في تكوينها، بما في ذلك الإخلال بالإجراءات الخاصة بتأسيسها حيث يمكن طلب بطلان الشركة حتى بعد صدور القرار الجمهوري المرخص بإنشائها، طالما هذا الأخير صدر مخالفاً للعقد أو القانون³.

إلا أن المشرع المصري إستحدث حكماً في المادة 23 من قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981 والذي مقتضاه التضييق من مجال البطلان بالنسبة لشركات الأموال، إذ تقتصر أسباب بطلان هذا النوع من الشركات، بعد قيدها في السجل التجاري على أسباب أخرى غير متعلقة بمخالفة الأحكام الخاصة بإجراءات التأسيس، كأن يكون سبب البطلان عيباً أو خلافاً في العقد⁴.

¹ - Voir les Articles 362, 363, 376 de la loi n° 66-537 sur les sociétés commerciales , OP.CIT.

² -مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 288

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 175، 176.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري...، المرجع نفسه، ص 176، راجع أيضاً سميحة القليوبي، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 311.

ثانياً: اثر البطلان لمخالفة قواعد التأسيس على وجود الشركة الفعلية

في هذه الحالة يثار سؤال في حالة بطلان الشركة لمخالفتها إجراءات التأسيس، فهل هذا البطلان يكون سببا لوجود الشركة الفعلية أم أنه لا مجال لوجودها فعليا، مثلما انتفى وجودها قانونيا؟

لقد أجاب على هذا التساؤل جانب من الفقه المصري قائلا: " إن أصحاب المصلحة إذا ما تقدموا في طلب بطلان الشركة لعدم مراعاة أحكام وإجراءات التأسيس قبل شهر عقد الشركة ونظامها بالقيد في السجل التجاري، فإن البطلان يتم بأثر رجعي وفقا للقواعد العامة في البطلان دون تطبيق أحكام الشركة الفعلية".

وعليه فإن الشركة قبل قيدها في السجل التجاري، لا تتمتع وفقا لقانون الشركات المصري الجديد بالشخصية المعنوية، ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها، بالتالي فليس هناك مصالح للغير تجدر حمايتها، اعتمادا على الوجود الظاهري للشركة.¹

إلا أن الرأي الذي أخذ به الفقه المصري هو أن البطلان عن مخالفة إجراءات التأسيس الذي إستطاع أن يمحو الوجود القانوني من وقت تقريره وحتى في المستقبل، إلا أن هذا الأثر لا يمتد إلى الماضي، ليمحو ماضي الشخص المعنوي (الشركة) في الواقع المادي، رغم أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام إذ لا يحوز التنازل عنه أو التحكيم أو الصلح، إلا أنه يجب أن يطلب من ذي شأن خلال مدة محدودة.

بالإضافة إلى أن الكثير من التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي حصل الشركة الباطلة لمخالفاتها إجراءات التأسيس تصفى باعتبارها شركة فعلية أي أن هذا البطلان لا يؤثر على صحة التصرفات والالتزامات التي سبق للشركة إبرامها مع الغير قبل تقرير البطلان.²

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 179.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، ...، المرجع نفسه، ص 180.

المطلب الثالث

البطلان لتخلف الأركان الشكلية

إلى جانب بطلان الأركان الموضوعية العامة والأركان الموضوعية الخاصة هناك أسباب أخرى تبطل الشركة، مردّها خلل في أركان الشكلية والتي يقصد بها انعدام شرط الكتابة (الفرع الأول)، بالإضافة إلى إنعدام إجراء الشهر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انعدام شرط الكتابة

تكون الشركة باطلة ويعتد بها كشركة فعلية في حالة مخالفة ركن الكتابة، بحيث يعتبر ركنا من أركان عقد الشركة، وهذا البطلان هو من نوع خاص ولا يجوز للشركاء الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي يستطيع التمسك بقيام الشركة أو ببطلانها حسب ما تقتضيه المصلحة¹. كما يجوز للشركاء أن يتمسكوا به فيما بينهم، لأنهم مساهمون في إهمال شروط العقد ولا يكون له أثر فيما بينهم من وقت طلبه من أحدهم، وعليه يترتب على هذا البطلان قيام الشركة الفعلية.

وتختلف مواقف القوانين المقارنة في الواقع، في ترتيب الجزاء القانوني المترتب

على انعدام أو مخالفة ركن الكتابة².

أولا: الكتابة في التشريع الفرنسي

بعد صدور التشريع الفرنسي الجديد، أصبحت الكتابة دليلا على وجود الشركة و شرط لتكوينها. وتأكيدا لذلك، فإن المرسوم الصادر 23 مارس 1967 يشترط أن ينظم عقد الشركة في "سند رسمي أو عرفي".

¹ - الياس ناصف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، لبنان، د.د.ن، د.س.ن، ص 305.
² - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، عناية، ص 173.

وعليه فلا يمكن تصور إنشاء شركة وقيدتها في سجل دون أن يكون عقدها ونظامها الأساسي مكتوبين، ومن ثم تخلف الكتابة في عقد الشركة، يؤدي إلى قيام الشركة الفعلية رغم بطلانها، طالما أن البطلان هنا هو من نوع خاص.¹

ثانيا: الكتابة في التشريع المصري

يعتبر قانون الشركات المصري عقد الشركة عقد معقد بحيث يجب أن يكون مكتوبا والكتابة المقصودة هنا هي الكتابة الرسمية و مصدقا على التوقيعات فيه. وإذا تخلف ركن الكتابة يكون العقد باطلا بطلانا من نوع خاص.²

ثالثا: الكتابة في التشريع الجزائري

إشترط المشرع الجزائري الكتابة الرسمية وفقا لنص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة".
فعدم وجود الكتابة الرسمية تبطل الشركة، وبطلان الشركة بسبب عدم كتابة عقدها، يترتب عليه إنشاء الشركة الفعلية.³

الفرع الثاني

انعدام إجراء الإشهار

لا يكفي لإثبات عقد الشركات التجارية توفر الكتابة فقط، واكتسابها الشخصية القانونية، بل استلزم أيضا شهر هذا العقد المكتوب، بإجراءات معينة بغية تمكين الغير من العلم بتكوين الشركة وتفصيلات عقدها.⁴

فالشركة التي لم تخضع لهذا الإجراء تعتبر باطلة، وهذا البطلان هو من نوع خاص، فلا يحتج بوجودها أمام الغير، ويجوز للشركاء الاحتجاج بالبطلان لعدم الشهر في العلاقة فيما بينهم. ولا يسري أثر البطلان لعدم شهر الشركة بين الشركاء، إلا من تاريخ

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 163.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 235.

³ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 81.

⁴ - نادية فوضيل، أحكام الشركات، مرجع سابق ص 54.

النطق به، أي لا يكون للبطلان الأثر الرجعي المعهود، وإنما يمتد بالنسبة إلى المستقبل فحسب.

وفي حالة ما إذا تقرر البطلان لعدم الشهر، تقوم الشركة الفعلية وتكون تصرفاتها صحيحة وملزمة للشركاء والغير¹.

المطلب الثالث

الحالات الأخرى لإنشاء الشركة الفعلية

إلى جانب الحالات السالفة الذكر، هناك حالات أخرى قرر فيها القضاء وجود الشركة الفعلية، دون أن تتضمن أحكامها الحكم بالبطلان، فالشركة الفعلية قد تنشأ نتيجة امتداد إجراءات التأسيس التي قد تطول أو تقصر. فقد يمارس مؤسسوا الشركة نشاطا باطلا خلال تلك الفترة (الفرع الأول) بالإضافة إلى ذلك فقد تتعرض الشركة القانونية لإنقضاء لسبب من أسباب الفسخ ك وفاة أحد الشركاء أو انتهاء مدتها(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الوجود الفعلي للشركة قبل التأسيس

من الثابت أن الشركاء في شركات الأشخاص تربط بعضهم البعض علاقات متينة قبل إبرامهم لعقد الشركة وتوقيعهم إياه، ولهم الحرية المطلقة في تحديد الوقت الذي تبدأ فيه الشركة عملها، بيد أن الأمر على خلاف من ذلك في شركات الأموال، فتأسيس هذا النوع من الشركات لا يتم إلا بإجراءات طويلة مختلفة، ولا بد من مرور الوقت بين تحضير عقدها والبحث عن مكتتبين، وبين تأسيسهما بصفة نهائية، ويعرف هذا الزمن المتوسط بالزمن الإنشائي².

وهذا الزمن هو ضروري للشركات عامة وشركة المساهمة على وجه الخصوص،

إذ يتم إكمال إجراءات تأسيس الشركات والقيام بمجموعة من الأعمال القانونية

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص ص من 168 إلى 172.

² سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 129.

والتصرفات المادية التي يستلزمها قيام هيكلها القانوني، على النحو الذي أراده المشرع وقرره من خلال نصوص التشريعية. وقد يرتب المؤسسون في ذلك الوقت وأثناء قيامهم بالتصرفات القانونية اللازمة لتأسيس الشركة حقوقاً للغير. كما أنه يمكن أن تتم بعض التصرفات لحساب الشركة، قبل أن تكتسب الشخصية القانونية¹. إن مثل هذه التصرفات والإجراءات، تتماثل في الواقع في معظم القوانين المقارنة وتستغرق مدة طويلة من الزمن، وقد يهمل المسؤولون في الشركة قيدها في السجل التجاري.

ومثل هذا التصور ليس محل اتفاق بين الفقهاء، إذ يذهب البعض إلى إنكار وجود الشركة الفعلية أثناء تلك الفترة من تأسيسها، بينما يرى البعض الآخر أننا أمام شركة فعلية والعلة في هذا الخلاف هو أن التميز بين الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس ليس بالأمر اليسير، خاصة وأن كلا منهما يتشابه مع الآخر، من حيث العناصر اللازمة لتأسيسها كتقديم الحصص².

لكن الرأي الراجح، من الفقه يذهب إلى القول بوجود الشركة الفعلية خلال الفترة بين تكوين الشركة وبين اكتسابها للشخصية المعنوية، بيد أنه لا يوجد شخص قانوني يمكن أن يلزم أو يكتسب حقوقاً ما، ويترتب على ذلك ضرورة القول بأنه في غياب الشخصية القانونية للشركة، فإن المؤسسون هم الذين يتحملون نتائج تصرفاتهم بصفتهم الشخصية، مما يعني إمكانية وجود الشركة الفعلية، إذا ما طالت إجراءات التأسيس وقام المؤسسون بنشاط معين يخرج عن مفهوم الأعمال اللازمة لإجراءات تأسيس الشركة في سجل التجاري³.

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري،...، المرجع نفسه، ص 139.

² - سميحة القيلوبي، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 315.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 140.

وهكذا لم ينكر القضاء الفرنسي إمكانية وجود الشركة الفعلية بين الشركاء قبل قيد الشركة في السجل التجاري وأثناء مرحلة التأسيس والتأكيد بأن مسؤولية هؤلاء الشركاء فيها تكون مسؤولية بالتضامن بين الشركاء.¹

الفرع الثاني

الوجود الفعلي للشركة بعد حلها وانقضائها

إن الشركة باعتبارها شخص معنوي، شأنها شأن الشخص الطبيعي، قد تنتضي لسبب أو لآخر. و يقصد بانقضاء الشركة انتهاء الرابطة القانونية التي تجمع بين الشركاء، إلا أنه قد يحدث أن تمارس الشركة نشاطا لاحقا على تاريخ انقضائها، وفي هذه الحالة تظهر ضرورة البحث عن مدى قانونية تلك التصرفات، فهل يحكم ببطلانها أم تطبق عليها قواعد الشركة الفعلية.

وما تجدر الإشارة إليه، أن الشركة تعتبر بعد حلها في مرحلة التصفية، ذلك أن التصفية في حقيقتها اثر من أثار الانقضاء، لذلك تنص المادة 137 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 على ما يلي: " تعتبر كل شركة بعد حلها في حالة تصفية"².

وهذا النص يقابل نص المادة 391 الفقرة الأولى من قانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966³ التي تتضمن ذات الحكم، بيد أن التصفية في كلا القانونين قد لا يتم، وقد تمارس الشركة نشاطها بعد هذا التاريخ، وعندئذ يسمى ذلك الاستمرار امتداد الشركة الواقعي أو الفعلي.⁴ وأسباب انقضاء الشركة والتي لا يمكن أن تؤدي إلى إنشاء شركة فعلية تقسم في الواقع إلى ثلاثة أسباب.

أولا : أسباب تنشأ بقوة القانون

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 191. راجع أيضا: أبو زيد رضوان، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 88.

³ - سميحة القليلوي، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 311.

⁴ - la loi n° 66-537 de sociétés commerciales, OP. CIT.

⁴ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 183.

تتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

أ- انتهاء الأجل المحدد للشركة وانقضاء مدتها:

قد يتفق الشركاء على تحديد مدة معينة لانجاز غرض الشركة، فيكون لهذا التحديد اثر على وجود الشركة. فالأصل أن الشركة تتحل بقوة القانون بانتهاء المدة أو بحصول ما يقضي حلها من شرط أو غيره، ولو لم تحقق الغرض الذي أنشأت من أجله. وقد عمد قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 في مادته الثانية على تحديد هذا المدى المعقول، ونص صراحة على أنه "لا يسوغ أن تزيد مدة بقاء الشركة على 99 سنة تبدأ من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري"، إلا أن المادة 17/1844 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1978 بشأن تعديل أحكام الشركات الفرنسية تقضي "بإنهاء الشركة بانقضاء الميعاد المعين".¹

أما بالنسبة للتشريع المصري، فإن المادة 1/526 من القانون المدني تقضي: "بانحلال الشركة سواء كانت من شركات الأشخاص أم شركات الأموال بانقضاء الميعاد المعين للشركة".

ويتولد عن هذا الانحلال، وجود شركة فعلية إذا استمر الشركاء بممارسة النشاط المقرر للشركة. وما يؤكد ذلك ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 256 من القانون المدني المصري.²

"إذا انقضت المدة المعينة ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألقت لها الشركة امتد العقد سنة، فسنة بشروط ذاتها " وفي هذه الصورة تتعقد شركة جديدة وهي شركة فعلية بذات الشروط التي قامت عليها الشركة السابقة لمدة سنة، ويجوز لدائن احد الشركاء في هذه الحالة أن يعترض على هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف امتداد نشاط الشركة.³

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري ...، المرجع نفسه، ص184.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، لشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص185.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، ...، المرجع نفسه، ص 185.

ولابد من التنويه، أنه لا مجال للكلام عن وجود الشركة الفعلية في حالة اتفاق الشركاء على مد آجال الشركة، قبل انتهاء المدة المعينة في بداية العقد، لأن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً قانوناً، إلا أنه يبرر وجود الشركة الفعلية عند اتفاق الشركاء صراحة بعد انقضاء مدة الشركة على الاستمرار في العمل لمدة أخرى يتفقون عليها. إذ أنه تنشأ شركة جديدة باعتبار أن الشركة الأولى التي كانت قائمة تنتهي بقوة القانون.¹

ب- هلاك مال الشركة:

يعتبر هلاك مال الشركة من الأسباب العامة لانقضاء الشركات طبقاً للمادة 1844 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1/1527 من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها: " تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها".

ثانياً: أسباب الانحلال بحكم القضاء

نستخلص من خلال نص المادة 520 من قانون المدني المصري ما يلي:

✓ يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء الشريك بما تعهد به، أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا العيب من خطورة تسوغ الحال.

✓ يكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

ولابد من التنويه على أنه إذا ما قرر القضاء انحلال الشركة، وإستمر الشركاء رغم ذلك في ممارسة نشاطهم، فدخلوا بمعاملات مع الغير ورتبوا على أثرها التزامات وأصبحت الشركة بناءً على ما رتبوه مدينة أو دائنة للغير، فإن الوصف الحقيقي الذي

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، ...، المرجع نفسه، ص 186. راجع أيضاً: المادة 3/256 من القانون المدني المصري.

يمكن إعطاؤه للشركة، وهي في حلها تلك بعد أن فقدت وجودها كشركة بحكم القضاء، هو إعتبارها شركة فعلية.¹

ثالثاً: أسباب الانحلال المتعلقة بشركات الأشخاص

إلى جانب الأسباب العامة لإنقضاء الشركات بوجه عام، هناك أسباب أخرى تتركز أساساً على أهمية الاعتبار الشخصي في بعض الشركات، وضرورة قيام التفاهم المتبادل بين الشركاء، وأمثلة تلك الحالات أو الأسباب، وفاة أحد الشركاء، إفلاسه، فقدانه لأهليته أو انسحابه من الشركة.²

وهذا الانحلال لا يعد من النظام العام، بمعنى أنه يعتبر مجرد تأويل لإرادة الأطراف، إذ يسوغ للأطراف نفسها أن يتفقوا على خلافه. لذلك وضع المشرع الفرنسي بمقتضى القانون الصادر سنة 1966 مبدءاً ملخصه إمكانية استمرار الشركة، إما بواسطة الاتفاق عليه في العقد التأسيسي، أو بقرار صادر بإجماع الشركاء، أما بالنسبة للقانون المصري فخلافاً لذلك نصت المادة 1/528 من القانون المدني: "على أن وفاة أحد الشركاء في شركات الأشخاص، يعتبر سبب لحل الشركة".

قد يتخذ الاتفاق صوراً عدة، إما أن يكون اتفاقاً ضمناً لاستمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى، أو يكون اتفاقاً صريحاً يسمح للشركاء بالإستمرار الشركة مع بقية الشركاء الذين يبقون على قيد الحياة.³

وعليه ومن أجل التمييز بين أعمال الشركة بعد حلها وانقضائها، فيما إذا كانت أعمال خاصة بالتصفية أم أنها تتعلق بنشاطها السابق، فإذا كانت من النوع الأول أي أعمال التصفية، فإنه لا يترتب عن ذلك وجود شركة فعلية، أما إذا كانت الأعمال هي إستمراراً للنشاط الشركة السابق، في هذه الحالة تعتبر الشركة شركة فعلية.⁴

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 188. راجع أيضاً: علي حسن يونس، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص 45.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري،...، المرجع نفسه، ص 189.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 189.

⁴ - سليم عبد الله أحمد الجبوري،...، المرجع نفسه، ص 191.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على مخالفة الشركة الفعلية للقانون

لا يمكن للشركة الفعلية أن تستمر بصيغتها الفعلية في الواقع العملي، وتبقى تمارس نشاطها التجاري بصورة اعتيادية كأى شركة أخرى صحيحة، فالشركة الفعلية يجب أن تنتهي في الحقيقة، وذلك بان يتم تحويل هذه الشركة إلى شركة قانونية (المطلب الأول)، أو أن يتم انحلالها (المطلب الثاني) بتصفيتها بمجرد الحكم ببطلانها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية

تنتهي الشركة الفعلية بمجرد تحويلها إلى شركة قانونية ويتم بعدة طرق، فإما أن يكون التحويل بناء على إرادة الشركاء (الفرع الأول)، أو كما يكون كذلك عن طريق طلب من له مصلحة في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التحويل بناء على إرادة الشركاء

يتم ذلك بتصحيح العيب الموجود في الشركة، فيشمل التصحيح الشركة بأكملها، وقد يمس عنصر من عناصر تكوينها. يقصد بتصحيح العيب الذي يشمل الشركة بأكملها، تصحيح الشكل الذي استقرت فيه الشركة، كأن يتم تحويل شركة التضامن بين الزوجين إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، حيث يمنع القانون بتكوين شركات تكون فيه المسؤولية تضامنية وغير محدودة بين الزوجين، أو أن يتعلق العيب بالأشخاص المؤسسة للشركة، كأن يكون ممنوعاً على الأطراف تكوين الشركة التجارية ومثال ذلك الموظفون

العموميون، القضاة، المحامين¹. ومتى تم تصحيح العيب، تختفي الشركة الفعلية وتنشأ شركة جديدة، حتى إذا كان موضوعها استمرار نشاط الشركة القديمة².

ونلاحظ أن التحويل يختلف عن إعادة الإنشاء، حيث أن هذا الأخير يفترض أن يكون العيب الذي يهدد الشركة بالبطلان متعلقاً بأركان عقد الشركة أو بإجراء من إجراءات تكوينها، وهذه الحالة هي وحدها يمكن أن يمسهما التصحيح، كما أن التحويل عادة ما يقع على شكل أو نوع الشركة³.

أما إعادة الإنشاء، فإنه يترتب عليه حلول الشركة القانونية محل الشركة المعيبة في كل الحقوق والواجبات، ولا يترتب على ذلك تصفية الشركة الفعلية، ولكن من الضروري وضع حساب ختامي لتلك الشركة، لتقدير قيمة الذمة المالية، وتحديد الأنصبة أو الأسهم لكل شريك في الشركة الجديدة، وفي هذه الحالة فقط يمكن القول أنه لم يترتب على التصحيح إنشاء شخص معنوي جديد⁴.

كما أن العيب الذي يهدد الشركة بالبطلان ينشأ نتيجة مخالفة قانونية، عند إنشاء هذه الشركة، كأن يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية أو إرادته معيبة، فإزالة سبب البطلان يمكن أن تتم إذا وافق الشريك على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد، قبول الشريك على صحة التزامه كشريك في الشركة، يعتبر تصحيحاً للعيب الذي كان يهدد الشركة بالبطلان.

ويتم هذا التصحيح طبقاً لأحكام القانون دون أن يترتب فيه تعديلاً لعقد الشركة أو نظامها⁵.

¹-مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص335.

²-علي حسن يونس، الشركات التجارية...، مرجع سابق، ص132.

³-عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص120.

⁴-مفلح عواد، القضاة الوجود القانوني والواقعي للشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 339. راجع أيضاً: محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة 1986 الجزء الأول ص226.

⁵-عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الثاني

التحويل بناء على طلب من له مصلحة

فيما يتعلق بالشركة الفعلية، فإن أمر تحويلها إلى شركة قانونية بإرادة الشركاء، فهناك حالات تلعب فيها إرادة صاحب المصلحة دورا كبيرا في إجراء ذلك التحويل، خاصة فيما يتعلق بإجراء التصحيح للسبب الذي لحق الشركة التجارية الباطلة. وما يجب التنويه إليه، أن بعض القوانين في التشريعات المقارنة قد أشارت بصفة صريحة إلى تلك الحالات، كالقانون الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966 حيث تضمن حالتين يتم بموجبها إجراء التصحيح في الشركات التجارية بناء على طلب صاحب المصلحة، أما فيما يخص التشريع المصري، فلم يرد فيهما ما يوجب وجود حالات مشابهة للقانون الفرنسي. وتتمثل كلتا الحالتين فيما يلي:¹

الحالة الأولى : تقضي المادة 6 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 1966 على ما يلي : " لكل صاحب مصلحة أن يطلب من القضاء تصحيح أو تسوية إنشاء الشركة إذا كان عقد الشركة لا يتضمن كل البيانات القانونية المطلوبة أو إذا كان إنشاء الشركة قد تجاوز بعض الإجراءات أو تضمن أخطاء أو كانت هذه الإجراءات غير صحيحة أو ناقصة، ويسقط حق تقديم هذا الطلب بمضي ثلاث سنوات تبدأ اعتبارا من تاريخ قيد الشركة " بالتالي تجدر الإشارة إلى أن نطاق تطبيق هذا النص، يتضمن تصحيح جميع إجراءات قواعد التأسيس الخاصة بإنشاء الشركة عن طريق المحكمة، إذن فصاحب المصلحة يرفع دعوى يطلب فيها تصحيح عقد تأسيس الشركة وتنقيته من كل العيوب سواء كانت شكلية أو موضوعية.

وعلى الرغم من إجماع الفقه الفرنسي على القول بإمكانية تصحيح الشركات الفعلية وفقا لأحكام المادة 6 من قانون الشركات الفرنسي 1966 غير أن غالبية الفقه الفرنسي لا

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 208. راجع أيضا: علي حسن يونس، الشركات التجارية ... ، مرجع سابق، ص 155..

يذهب إلى اعتبار القيد في السجل التجاري من بين إجراءات الخاصة واللازمة للإنشاء والتي لا وجود للشركة بدونه.¹

الحالة الثانية : إن تحويل الشركة إلى شركة فعلية في هذه الحالة يكون حسب المادة 365 من قانون الشركات رقم 537 لسنة 1966² ويتحقق ذلك بتصحيح عيوب الرضا أو الأهلية التي تلحق الشركة وتهدها بالبطلان، كما أن هذه المادة تضمنت طريقة غير غير مباشرة لإجراء التصحيح، ولا تتعلق إلا بشركات الأشخاص الفعلية، ذلك لأن نص المادة 360 من قانون الشركات لسنة 1966، تقضي بأن الشركات التي لا يمكن أن تتعرض للبطلان بسبب عيوب الرضا أو الأهلية هي شركات الأشخاص فقط. أما فيما يخص شركات الأموال فإن هذه الأسباب لا تؤدي إلى بطلانها، إلا إذا كان عيب إنعدام الأهلية يمس كافة الشركاء المؤسسين.³

فالملاحظ إذ أن الإجراءات التي تتناولها المادة 365 من قانون الشركات الفرنسي 1966 تنحصر في السماح لذي مصلحة فقط أن يقوم بإنذار من يستطع القيام بالتصحيح، إلا أنه في هذه الحالة عليه أن يراعي الشروط التالية:

✓ يجب أن يكون التصحيح ممكنا، بمعنى إزالة العيب كسبب زوال الأهلية أو توقف أسلوب الإكراه أو ينكشف الغلط.

✓ أن يحتوي ذلك الإنذار على تنبيه بالتصحيح، أو دفع دعوى البطلان خلال ستة أشهر أو إلا سقط الحق.

✓ أن تبلغ الشركة بهذا التصرف، ويجب على هذه الأخيرة أن تمنح المهلة الكافية من أجل أن يتسنى لها القيام بالإجراءات اللازمة، دون أن يتضمن ذلك سقوط

الدعوى بعد هذه ستة أشهر. وتسمح الفقرة الثانية من المادة 365 من قانون

1- سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 209. راجع أيضا: مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والواقعي للشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 348.

² - Article 356 de la loi n° 66-537 , OP.CIT.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، المرجع نفسه، ص 210.

الشركات الفرنسي 1966 للشركة أو الشريك أن يعرض على المحكمة التجارية خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغهما الإنذار¹.

بمعنى أنه يمكن للمدعي أن يرفع دعوى لشراء حقوق الشريك الذي يعتبر وجوده سببا يهدد الشركة مثلاً، وللمحكمة الخيار إما أن تقرر الحكم بالموافقة على شراء الشركة لحقوق هذا الشريك، وبذلك تصبح الشركة الفعلية صحيحة و قانونية بعد استبعاد هذا الشريك الذي كان وجوده سبب يهدد الشركة بالبطلان، أو ترفض الإجراءات المقترحة وتقرر الحكم ببطلان الشركة أما فيما يخص الفقرة الأخيرة من المادة 365 من قانون الشركات الفرنسي 1966 فإنها تقضي أنه في حالة عدم الإتفاق على تقدير قيمة الحقوق المقرر شراؤها، تقوم المحكمة بالاستعانة بخبير وذلك من اجل تقدير قيمة هذه الحقوق، وذلك وفقاً لأحكام المادة 186 من القانون المدني الفرنسي².

الفرع الثالث

تحويل الشركة بانقضاء المدة

يمكن أن تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية بالتقادم، أي بمضي المدة ذلك أن إنقضاء المدة يسقط الحق في طلب إبطال الشركة الفعلية وتحولها إلى شركة قانونية، لكن ذلك لا يزيل مصدر المخالفة أو ينفي وجود العيب، ولكنه يجعل الحق في طلب بطلان الشركة يرتبط بآجال محدد، فإذا ما انقضى ذلك الأجل، يسقط الحق وتدعمت بذلك صحة الشركة. سنقوم بدراسة التقادم في التشريع الفرنسي (أولاً)، والمصري (ثانياً)، والجزائري (ثالثاً).

أولاً: التقادم في التشريع الفرنسي

وقد اختلف التشريع المقارن من حيث تحديد مدة تقادم دعوى البطلان، فبالنسبة للقانون الفرنسي فكان التفكير في تقصير مدة تقادم دعوى البطلان يرجع إلى زمن بعيد،

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 211.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري ...، المرجع نفسه، ص ص 210، 211 .

فقانون 24 يوليو 1867 المنظم لشركة ذات المسؤولية المحدودة والذي جرى تعديله بقانون 30 أكتوبر 1935، كان قد حدد مدة التقادم بخمس سنوات لسقوط الحق برفع دعوى البطلان الناتجة عن مخالفة إجراءات التأسيس أو عدم إتباع إجراءات الشهر. أما البطلان الناتج عن عدم مشروعية الشركة أو عن مخالفة ركن من أركانها الموضوعية لا يسقط بالتقادم¹. أما قانون الشركات الفرنسي الجديد الصادر 1966 فقد قصر مدة التقادم بـ 3 سنوات وفقا لنص المادة 327².

أما عن نطاق تقادم هذه المدة، فإنها تشمل عادة حالات البطلان المتعلقة بشروط العقد الخاصة بعقد الشركة، باستثناء البطلان الناشئ عن عدم مشروعية محل الشركة كما أنها تنحصر في الشركات التجارية المقيدة في السجل التجاري فقط ، إذ انه لا يمتد إلى الشركات التجارية غير المقيدة في السجل التجاري، والتي تخضع للتقادم وفقا للقواعد العامة.

كما أن نص المادة 327 من قانون الشركات الفرنسي 1966، تحدد سريان مدة التقادم من تاريخ وقوع سبب البطلان غير أن هناك جانب من الفقه ينتقد هذا المبدأ لأنه لا يفرق بين أسباب البطلان خاصة من حيث بداية مدة التقادم، إذ يترتب على تطبيقها في حال نقصان الأهلية مثلا، القضاء على مدة التقادم قبل زوال سبب نقص الأهلية أو الكشف عن عيب من عيوب الإرادة³.

ثانيا: التقادم في التشريع المصري

يتضمن التشريع المصري في القانون الشركات الجديد رقم 159 لسنة 1981 في المادة 161 منه، تحديد مدة تقادم دعوى بطلان شركات المساهمة وشركات ذات

¹ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 124

² - Article 326 de la loi n° 66-537 de sociétés commerciales , OP.CIT.

³ - Article 327 de la loi n° 66-537 de sociétés commerciales , OP.CIT.

المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم بسنة واحدة، تبدأ هذه المدة من يوم العلم بالقرار المخالف للقانون¹.

أما عن مجال تطبيق هذه المادة، فلقد اقتصر على حالات البطلان المتعلقة بإجراءات التأسيس، أما بخصوص الشركات الأخرى، فلم تتناولها المادة السالفة الذكر لذا فإنها تخضع إلى القواعد العامة في القانون المدني المصري، والتي تحدد مدة التقادم بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ العقد².

ثالثاً: التقادم في التشريع الجزائري

تنص المادة 740 من القانون التجاري الجزائري بتقادم دعوى البطلان الخاصة بالشركات بـ 3 سنوات من تاريخ حصول البطلان،³ ومجال تطبيق مدة التقادم تخص الشركة أو الأعمال أو المداورات اللاحقة لتأسيسها.⁴

أما باقي دعاوى الشركات التي يمكن أن تسقط بالتقادم فتخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، حيث نصت المادة 101 من القانون المدني : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 10 سنوات".

كما نصت المادة 102 من نفس القانون، على سريان مدة التقادم تبدأ من تاريخ الحكم ببطلان الشركة، هذا بالنسبة للتقادم القصير، أما بالنسبة للتقادم الطويل وهو الذي يخضع له سائر الحقوق، فمدته 15 سنة تبدأ من يوم التعاقد⁵.

ان مجال التقادم يختلف باختلاف نوع الشركة، فإذا كان تقادم دعوى البطلان متعلق بالشركات التجارية تطبق أحكام المادة 740 من القانون التجاري الجزائري، إما بقية أسباب البطلان تخضع لقواعد التقادم المنصوص عليها في القانون المدني، ووفقاً للمواد السالفة الذكر.⁶

¹-مفاح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص358.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 214.

³ - راجع المادة 740 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق.

⁴ - راجع المادة 738 من القانون التجاري الجزائري. ،مرجع سابق.

⁵ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 130.

⁶ - راجع المواد: 101 و 102 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني

إنحلال الشركة الفعلية

قد تنتهي الشركة الفعلية كذلك عند عدم توفر شروط تحويلها إلى شركة قانونية بالإنحلال، أي زوال الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين الشركاء، ومن ثم انقضاءها.

وهذا الانحلال يكون إما عن طريق دعوى البطلان (الفرع الأول) وأن تتعرض الشركة لأحد الأسباب الواردة في تشريعات المقارنة (الفرنسي) والتي تؤدي إلى انحلالها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الانحلال عن طريق دعوى البطلان

لم يتضمن قوانين التشريعات المقارنة الأحكام الواجب مراعاتها في رفع دعوى بطلان الشركة، مما يعني الرجوع في هذه الحالة إلى المبادئ العامة المقررة في القانون المدني، المتعلقة بأحكام رفع دعوى البطلان.

فالبطلان الناشئ بسبب مخالفة إجراءات التأسيس قد وجد له تطبيقاً من خلال نصوص قوانين الشركات، الذي بين في أحكامه إجراءات الدعوى المقامة لتقريره، فالمادة 360 من قانون الشركات الفرنسي¹ تقضي بأن الشركة الفعلية يجب أن تنحل وتنقضي في القانون الفرنسي إذا تم رفع دعوى البطلان وفقاً لما يلي:

✓ إذا تخلف ركن من الأركان الموضوعية العامة أو الشكلية يترتب على ذلك قيام الشركة الفعلية.

¹ - La loi n° 66-537 de sociétés commerciales , OP.CIT.

✓إذا خالفت شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم و شركة ذات المسؤولية المحدودة أحكام قانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966. وإذا خالفت شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة أحكام القيد في السجل التجاري.¹

ومن خلال هذا القانون ، حاول المشرع قدر المستطاع تضيق في طلب بطلان الشركة، وذلك بإجراء إنقضاء دعوى البطلان بزوال أسبابها في أي وقت قبل الحكم ابتدائيا في الدعوى، باستثناء الحالة التي يكون فيها البطلان متعلقا بموضوع الشركة وفي حالة رفع الدعوى، فانه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تحدد ميعاد تصحيح البطلان، لكن لا يجب عليها أن تقضي بالبطلان قبل مضي شهرين على الأقل من تاريخ قيد الدعوى، وفي جميع الأحوال تسقط دعوى البطلان بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم وقوع سبب البطلان.²

أما بالنسبة لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 فإن المادة 161، منه هي التي تنظم البطلان المترتب على مخالفة أحكام قانون الشركات الجديد والخاص بشركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة³، فوضعت نفس المادة حكما عاما لجميع الشركات الخاضعة لقانون الشركات الجديد وذلك بالقضاء ببطلان كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في قانون الشركات، كما قرر النص على عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية، الذين اعتمدوا على الوضع الظاهر، وقد استحدثت الفقرة الثالثة لتلك المادة، حكما خاصا بالمدة الجائزة خلالها رفع دعوى البطلان⁴. والحق في طلب البطلان يرجع إلى كل من الشركة، دائني الشركة، مديني الشركة والشركاء.

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 222.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 373.

³ - راجع: المادة 161 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981. راجع أيضا سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 220.

⁴ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 222.

تتمتع الشركة الفعلية بأهلية التقاضي، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها ، ويعود ذلك إلى الأساس الذي تقوم عليه الشركة الفعلية، وهو الاعتراف والتمسك بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي وذلك حتى تواجه الصعوبات العملية.

أما عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى البطلان، هنا يجب ان نميز بين الشركات المدنية والتجارية.

حيث تختص المحاكم المدنية بالفصل في القضايا الخاصة بالشركات المدنية بشكل مطلق وفقا للنظام الفرنسي، وتختص المحاكم التجارية في المسائل التجارية، أما إذا إتفق الشركاء على إحالة النزاع إلى التحكيم فإن هذا يعد مخالفا للقانون، فالمحكمة وحدها لها الحق في الفصل في المسائل المتعلقة بصحة العقد.¹

أما عن النظام القضائي الجزائري والمصري فإنه لا يطرح مشكلة الاختصاص النوعي لاعتبار أن المحاكم العادية هي التي تنتظر في المسائل المدنية والتجارية على حد سواء.

ويلاحظ أن الأقسام التجارية على مستوى محاكم الدرجة الأولى ، والغرف على مستوى محاكم الاستئناف لا تعتبر محاكم تجارية مستقلة، وإنما يعتبر هذا التشكيل من قبيل توزيع العمل بين غرف المحاكم ، وهو مجرد تنظيم داخلي ولا يشكل إطلاقا اختصاصا نوعيا لهذه الغرف، ومن ثم يتمتع الدفع أمام الغرف المدنية بعدم الاختصاص، لأن النزاع تجاري، كما يتمتع الدفع أمام الغرف التجارية بعدم الاختصاص على أساس أن النزاع مدني.²

وإذا كانت الشركات هي المدعى عليها في دعوى البطلان، فإن الدعوى يجب أن تقام لدى المحكمة التي يقع في دائرتها مركز أو موطن أحد الشركاء.³

¹ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 136.

² - عليوة رابح، ...، المرجع نفسه، ص 137.

³ - راجع: المادة 45 من قانون المرافعات المصري والمادة 85 من قانون إجراءات المدنية المصرية. راجع أيضا: سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 229.

الفرع الثاني

الانحلال للأسباب القانونية

الأسباب القانونية للانحلال هي الأسباب التي نص عليها القانون، والتي يترتب عليها انحلال الشركة، وهذه الأسباب وإن كانت تتعلق بالشركات القانونية، إلا أن ذلك لا يمنع تطبيقها على الشركات الفعلية لاسيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لأي سبب من أسباب البطلان، الذي يحول وجودها فعليا، بعد أن كان قانونيا. أما الشركات التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في الواقع لمدة من الزمن، إذ أنه قد تطول أو قد تقصر دون أن يفكر أحد من الشركاء أو الغير في التمسك بالعيب الموجود فيها، ودون أن يظهر نزاع بخصوصها فتستمر في تلك الحالة، إلا أن يظهر سبب قانوني يجعل الشركاء يلجؤون إلى حل شراكتهم.¹

وفي حالة ما إذ توفر أحد أسباب الانقضاء الواردة في القانون الفرنسي فإن ما يترتب من آثار غالبا ما يفوض إلى المحكمة، إذ يتم اللجوء إلى هذه الأخيرة في كثير من الحالات خاصة الحالات التي تثار بشأنها منازعات تمنع الأطراف من الموافقة على الموضوع الجديد التي تنظمه الشركة، الأمر الذي يحول دون استمرارها، وعليه لابد من اللجوء إلى القضاء، لتبرير حل الشركة وتصفيتها، وهذا لا يتم إلا عن طريق دعوى يرفعها الشركاء أو الغيبي الذي له مصلحة في ذلك.²

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى الانحلال بقوة القانون، لم تحض بنصوص قانونية تنظم إجراءاتها في التشريعات المقارنة، نظرا لوجود دعوى بطلان الشركة، إلا أنه في الواقع يمكن اقتباس بعض الأحكام الواردة بخصوص دعوى البطلان و محاولة تطبيقها على دعوى الانحلال بقوة القانون.³

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 277.

² - علي حسن يونس، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص 168.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، المرجع سابق، ص 288.

كما تضمنت التشريعان المقارنة الأسباب المؤدية لإنحلال الشركة ورد ذكرها مفصلاً في المجموعة المدينة الفرنسية ، خصوصاً في المواد 1865 ، 1867 ، 1869 ، كما تضمن قانون الشركات الفرنسي الجديد لعام 1966 أحكاماً بانقضاء شركات الأشخاص في المواد 21 و 31 و 33 منه، وما يجب الترويج إليه هو أن هذا القانون لم يفصل في إجراءات دعوى انحلال الشركات، كما فعل بصدد تنظيم دعوى البطلان.¹

أما فيما يخص القانون المدني المص رى، فقد نظم انقضاء الشركات في كل من المواد 526 و 530 منه ولقد قسم الأسباب القانونية المؤدية لانقضاء الشركات إلى طائفتين فهناك أسباب تنطبق على جميع الشركات دون استثناء ، كإنهاء الأجل المحدد للشركة، أو إنتهاء الغرض الذي من أجله تكونت الشركة أو هلاك رأسمال الشركة. وهناك أسباب خاصة ، تنطبق على شركات الأشخاص فقط ، وهي التي تتعلق بالشريك بإعتبار أن شركات الأشخاص تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء ، ويعتمد كل شريك على غيره من الشركاء فتتقضي الشركة إذا إنهار ه ذا الاعتبار الشخصي ، وعادة ما يكون بسبب وفاة احد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه، أو بالانسحابه أو إذ وجدت أسباب قوية يستحيل معها سير الشركة أو ضمان السير الحسن للعلاقات بين الشركاء.²

المطلب الثالث

تصفية الشركة الفعلية

إن تصفية الشركة الفعلية تبرز عدة مسائل وذلك حسب أهميتها ويتعلق الأمر بقواعد تصفية الشركة الفعلية (الفرع الأول) وكذلك بجواز أو عدم جواز إشهار إفلاس الشركة الفعلية أثناء فترة التصفية (الفرع الثاني) وكما تثير مسألة خاصة بعلاقة الشركاء بالغير أثناء مرحلة التصفية (الفرع الثالث)، وقسمة أموال الشركاء (الفرع الرابع).

¹ - سميحة القليلوي، الشركات التجارية...، مرجع سابق ص 69.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص من 228 إلى 230.

الفرع الأول

قواعد تصفية الشركة الفعلية

يقصد بالتصفية، القيام بمجموع من الأعمال التي من شأنها تحديد ما للشركة من حقوق تجاه الشركاء والغير للمطالبة بها ، بالإضافة إلى ما عليها من ديون تجاه الغير وبالتالي تسوية جميع العمليات التي باشرتھا الشركة طوال مدة وجودھا، وعليه فلا يمكن تصور إجراء عملية التصفية الشركة ما لم تمارس شيء أو بعض من نشاطھا.

فمتى انتهت أو توقفت الشركة عن نشاطھا، استلزم الأمر تصفيھا، وقد أكد الفقه والقضاء الفرنسي ضرورة تصفية الشركات الباطلة بصرف النظر عما إذا كان ينشأ عن هذا البطلان شركة فعلية أم لا.¹

وهناك أحكام خاصة بتصفية الشركة الفعلية من بينها ما يلي :

✓ احتفاظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية خلال فترة التصفية ، وهذا مبدأ قانوني ينطبق على الشركة الفعلية كما تنطبق على الشركة القانونية² ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن تحتفظ الشركة الفعلية باسمھا وجنسيھا وموطنھا، وحقھا في مقاضاة الغير أو أن يقاضیھا الغير أمام المحاكم، وأن يمثلھا في ذلك المصرفي كمدعية أو مدعى علیھا بصفته وكلي لا قانونيا عنه ا، كما تظل محتفظة بذمتھا المالية، فتصبح الأموال والموجودات إلى غاية إجراء عملية القسمة مملوكة لھا طوال فترة التصفية³، فمخالفة تلك القاعدة ، يعني زوال الذمة المالية المستقلة للشركة، وتصبح أموالھا مشاعة بين الشركاء مما يؤدي إلى حرمان دائنيھا من ضمانهم الخاص. خاصة وأن النص في التشريعات المقارنة تقرر إحتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية خلال فترة التصفية، بالقدر اللازم لإتمام عملية التصفية.

¹ - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص ص 108، 109.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود القانوني والوجود الفعلي للشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 442.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق ص 132.

✓ على الشركاء أن يلتزموا بكل ما يتقرر من أحكام عند تصفية الشركة الفعلية إذ أن السبب في ذلك يعود إلى أن كل العمليات التي قامت بها الشركة الفعلية أثناء وجودها الواقعي تكون صحيحة وملزمة على الشركاء، ولأجل تسوية تلك العمليات لابد أن تكون التصفية إلزامية بالنسبة للشركاء.¹

✓ يجب أن يتم توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء وفقا لم اتفقوا عليه في عقد الشركة وليس وفقا للقواعد العامة، مع استبعاد ما يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.²

✓ عن صدور الحكم بحل الشركة أو بطلانها من قبل القضاء ، فيجب تحديد طريقة إجراء عملية التصفية، فضلا عن تعيين الم صرفى وتحديد أتعابه، وما يجب التأكيد عليه هو أن طريقة تصفية الشركات الفعلية وتعيين المصفي لها يجب أن يتم من قبل المحكمة التي قررت الإرقضاء وهذا هو ما تقضي به أغلب التشريعات المقارنة(الفرنسي).

✓ المادة 45 من قانون الشركات الفرنسية الصادر في 1966 نصت صراحة على صلاحية المحكمة بتعيين الم صرفى لدى حل الشركة أما في ما يخص المشرع المصري فلقد نص في قانون الشركات الجديد على نفس الحكم الذي تضمنه القانون الفرنسي وذلك في المادة 139 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 بأنه " في حالة صدور الحكم بحل الشركة أو بطلانها يبين المحكمة طريقة تصفية كما تعين الم صفي وتحديد أتعابه".³ وما تجدر الإشارة إليه أن السلطات التي يتمتع بها المصرفي في الشركات الفعلية تتشابه مع تلك التي يتمتع بها في الشركات القانونية، إذ انه يجب على الم صرفى القيام بالأعمال التي يتولاها والغاية التي أولئت إليه. والتي تتمثل في إنهاء الآثار التي خلفتها الشركة المنحلة

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص من 232 إلى 234.

² - مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية ...، مرجع السابق، ص 443.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 234، 235.

في الواقع القانوني ، وذلك عن طريق استثناء حقوقها وتسوية المراكز القانونية لدائنيها، ومطالبة الغير بما يقع في ذمته من أموال تعود للشركة ، وبالتالي تحديد صافي موجودات الشركة الفعلية تم هيدا لقسمتها على الشركاء ولا يمكن للم صرفي أن يقوم بكل تلك الأعمال، إلا بعد تحديد طبيعة العلاقة التي تربط الشركاء فيما بينهم أو بينهم وبين دائني الشركة أو الدائنين الشخصيين لهم.¹

الفرع الثاني

إفلاس الشركة الفعلية

بعد الانتهاء من عمليات التصفية، إذا تبين أن الشركة الفعلية معسرة، فإننا نكون أمام مشكلتين، فالأولى تتعلق بإفلاس الشركة الفعلية، والثانية تتمثل في تحديد مسؤولية أعضاء الشركة الفعلية اتجاه الغير.²

فالإفلاس هو طريق جماعي للتنفيذ على أموال المدين، ويقصد منه تصفية هذه الأموال وبيعها تمهيدا لتوزيع قيمتها على الدائنين قسمة غرماء ، ولقد أخذ بهذا المبدأ القانون التجاري المصري في المادة 190 منه التي تنص على ما يلي: " كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه يعتبر في حالة الإفلاس ويلزم شهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك".³

ولما كان إما شخصا طبيعيا أو معنويا ويشترط لإفلاس الشركة أن تكون شركة تجارية وأن تتمتع بالشخصية المعنوية، وأن تكون في حالة توقف عن الدفع، فالإفلاس هو إجراء خاص لأموال التاجر المفلس فلا يتصور إفلاس الشركة إلا إذا كانت لها ذمة مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين لها، إذ يهدف من إفلاسها تصفية هذه الذمة ، باعتبارها الضمان العام للدائنين ، والشركات الفعلية ، تتمتع بالشخصية المعنوية ، سواء بسبب قيدها في السجل التجاري أو بسبب اعتراف الفقه والقضاء لها بهذه الشخصية وعليه

¹ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص236. راجع: المادة 43 من قانون الشركات المصري النافذ " أن على المصفي أن يقوم بمجموع ما يلزم للمحافظة على أموال الشركة وحقوقها".

² - مفلح عواد القضاة، الوجود الفعلي والوجود القانوني للشركة الفعلية...، مرجع سابق ، ص 457.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 242.

فهي تصفى وفق لأحكام تصفية الشركات بصفة عامة وتحفظ بشخصيتها إلى غاية إنتهاء إجراء التصفية وبالتالي يمكن شمل إفلاسها خلال هذه المدة.

وتخضع إجراءات إفلاس الشركات الفعلية إلى ذات النظام الذي يخضع له إفلاس الشركات سواء من حيث شروط الإفلاس أو آثاره أو أشخاص التفليس أو مال التفليس¹. وللفقهاء والقضاء المقارن (الفرنسي) نظرة بخصوص إشهار إفلاس الشركة الفعلية، هو يفرق بين أسباب البطلان، بحيث إذا تعلق البطلان بموضوع العقد في الماضي وفي المستقبل، فلا يجوز إشهار إفلاس الشركة لانعدام شخصيتها القانونية، أما إذ تناول البطلان مستقبل العقد وحده، وخلف وراءه شركة فعلية جاز إفلاسها كما يجوز إشهار إفلاس الشركة الفعلية حتى أثناء التصفية.

غير أنه إذا تم إشهار إفلاس الشركة الفعلية خلال فترة التصفية، فيتم وضع اليد على أموالها وكل موجوداتها كما سيعامل معامل شركة المنحلة انحلالاً طبيعياً فضلاً على أن النظام القانوني الذي تخضع له الشركة الفعلية عند إشهار إفلاسها أثناء التصفية هو نفس النظام القانوني لإفلاس الشركات بصفة عامة².

ولقد طبقت محكمة النقض المصرية هذه الفكرة على شركة تضامن باطلة لعدم اتخاذ إجراءات شهرها فقضت على ما يلي: " إذ كانت المحكمة قد أثبتت أن شركة الطاعن الأولى فعلية هي شركة تضامن واقعية لها عنوان ظاهر تعاملت به مع المطعون عليها كما اشترك كل من شركائها في نشاطها التجاري، فانه يكون صحيحاً ما قرره المحكمة، من أن هذه الشركة التضامنية الفعلية شخصية معنوية تبرر الحكم بإشهار إفلاسها بناء على طلب شركة هي دائنة لهذه الشركة ورأت في هذا الطلب تحقيق مصلحة لها"³.

¹ - مفلح عواد القضاء، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 457، 458.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 244.

³ - سليم عبد الله أحمد الجبوري،...، المرجع نفسه، ص 246.

أما بالنسبة لتحديد مسؤولية الشركاء ، فقد يثور مشكل في حالة ما إذا لم تكفي موجودات الشركة للوفاء بديونها وعليه والحل المنطقي يكمن في أن نطبق على الشركة الفعلية تحت التصفية نفس النظام القانوني الذي يطبق على الشركة القانونية. وعليه فمسؤولية الشركاء عن ديون الشركة إذ كانت هذه الأخيرة منحلة تكون بالتضامن وهذا عكس الشركات المدينة، فلا تضامن بين الشركاء فيها بقدر نصيب كل منهم في الشركة، وإذا لم تكفي أموال الشركة للوفاء بديونها كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى.

أما فيما يخص شركات الأموال فإذا كانت الشركة الفعلية منبثقة عن شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، فإن مسؤولية الشركاء فيها تظل محدودة، ولا يمتد إليهم إفلاس الشركة مادام الغير قد أحيط علما بواسطة إجراءات شهر كافية بتحديد مسؤولية الشركاء وكذلك حكم الشركاء الموصيين في حالة إبطال شركة التوصية البسيطة. وبالنتيجة فلن الإفلاس يمتد إلى الشريك الفعلي فيما لو كانت الشركة الفعلية منبثقة عن شركة الأشخاص بخلاف ما إذا كانت الشركة الفعلية منبثقة عن شركات الأموال فلا يمتد الإفلاس في هذه الحالة إلى الشريك الفعلي.¹

الفرع الثالث

علاقة الشركاء بالغير أثناء مرحلة التصفية

إن علاقة الشركاء بالغير أثناء مرحلة التصفية تختلف باختلاف العلاقة المترتبة عن الشركة حيث يمكن أن تكون هذه العلاقة بين الشركاء أنفسهم (أولا) وبين الشركة والغير (ثانيا).

¹ - مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص ص 460، 461.

أولاً : في العلاقة بين الشركاء

تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة ومن ثم فتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء ، وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبطة لأثارها سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير.¹

ويترتب على ذلك تصفية الشركة الفعلية تقسيم الأرباح والخسائر بين من تبقى من الشركاء ويكون ذلك على ضوء ما تضمنه عقد الشركة من الشروط، وكذلك الحال فيما لو كان سبب البطلان يرجع إلى تخلف ركن الكتابة أو الشهر.²

ثانياً : علاقة الشركة مع الغير

أما بخصوص علاقة الشركة بالغير فإن جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير تعد صحيحة ومنتجة لأثرها،³ وتسري في مواجهة الغير، ولا يستطيع هذا الغير أن يتمسك ببطلان الشركة لكي يتخلص من التزاماته اتجاه الشركة، وهذا بخلاف ما إذا كان هذا الغير دائئاً شخصياً لأحد الشركاء (أولاً) أو إذا كان من الدائنين الشركاء الشخصيين(ثانياً).

أولاً: إذا كان الغير من الدائنين الشخصيين

إذا كان مقرراً بالنسبة للشركاء أنهم يستطيعون الاحتجاج ببطلان الشركة فيكون ذلك محصوراً بينهم فقط، إذ لا يستطيع الشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة دائئني الشركة للتخلص من التزاماتهم التي التزموا بها فيما لو كانت قد أسست تأسيساً قانونياً. ويطرئ على عدم جواز تمسك الشركاء ببطلان الشركة في مواجهة الدائنين، أن تكون التصرفات التي أبرمتها الشركة معهم أو العمليات الجارية أثناء وقت تقرير البطلان صحيحة ومنتجة لأثارها، وبالتالي يحق للدائنين مطالبة الشركاء بتنفيذ العقود التي تعهدوا

¹ - نادية فوزيل، أحكام الشركات ...، مرجع سابق، ص 54.

² - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية ، مرجع سابق، ص 237.

³ - نادية فوزيل، أحكام الشركات ... ، مرجع سابق، ص 55.

بها للشركة في الوقت السابق على نشر الحكم بطلانه ، وإذا اختار الدائن اعتبار الشركة الباطلة قائمة بعلاقاته معها أو مع الشركاء فلا يجوز له بعد ذلك الدفع بطلانها¹.

ثانيا: إذا كان الغير من دائني الشركاء الشخصيين

يحق لدائني الشركاء الشخصيين التمسك بالبطلان، إذا كان لهم مصلحة في ذلك، وتمثل هذه المصلحة في التنفيذ على حصة الشريك المدين، بعد التصفية إثر الحكم بالبطلان²

وهناك طريقتين يمكن ان يسلكهما دائنين الشركاء الشخصيين للمطالبة بالبطلان، إما عن طريق دعوى غير مباشرة باستعمال حق مدينهم للمطالبة بالبطلان، غير أنهم لا يستطيعون التمسك بالبطلان في مواجهة دائني الشركة فيما لو تمسك هذا الأخير بانقضائها، والسبب في ذلك هو أن حجة مدينهم الشريك الذين يستعملون حقه تكون ضعيفة أمام الغير من دائني الشركة³.

ولذلك غالبا ما يطالبون من الدائنين الشخصيين بحقهم عن طريق الدعوى المباشرة وبصفتهم الشخصية باعتبارهم من الغير ويقر لهم إنقضاء هذا الحق ما دام أن حقهم صحيحا قبل تقرير البطلان.

أما إذا كان هناك تعارض حول بطلان الشركة أو بقائها، فلقد ذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي أنه لو تعارضت اختيارات الغير من دائني الشركة فيما بينهم، بحيث يتمسك البعض بالبطلان، وأراد الآخرون إبقاء الشركة صحيحة، فالأولية هو ترجيح من يتمسك بالبطلان، لأنه هو الأصل⁴.

¹ - سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية، مرجع سابق، ص 239.

² - نادية فوضيل، أحكام الشركات ...، مرجع سابق، ص 55.

³ - اليأس ناصف، الأحكام العامة للشركات، مرجع سابق، ص 232.

⁴ - سليم عبد الله احمد الجبوري، الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 241.

الفرع الرابع

قسمة أموال الشركاء الفعليين

بعد انتهاء عمليات التصفية وتحويل موجودات الشركة إلى مبالغ نقدية، تبدأ عملية القسمة بين الشركاء وتعتبر القسمة الهدف النهائي في التصفية بعد سداد ما على الشركة من ديون، وعند إجراء القسمة بين الشركاء يقتضي القيام بعمليتين فتمثل الأولى في رد ما قدمه الشركاء من حصص في الشركة، والثانية في توزيع الرصيد الصافي على الشركاء وذلك بنسبة حصصهم في الشركة وإذا تمت العملية الثانية فتكون الشركة قد بلغت غايتها.

وتجرى قسمة الشركة وفقا للقانون المصري بالاستناد إلى أحكام المادة 538 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي : " تتبع في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع" وهذه القواعد واردة في المادة 234 وما بعدها من القانون المدني المصري¹.

وما تجدر الإشارة إليه أن عملية القسمة في الشركات الفعلية تجرى بنفس الطريقة التي تتم فيها عملية القسمة في الشركات القانونية، وذلك لإحترام لإرادة الشركاء فيها. إذا كان هناك إتفاق مبين في العقد التأسيسي للشركة أي وفقا لما اتفق عليه الأطراف (أولا) وفي حالة عدم الإتفاق على كيفية إجراء القسمة بينهم في هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة(ثانيا)².

أولا: القسمة وفق لأحكام العقد

يظل العقد صحيحا فيما بين الشركاء في الشركات الفعلية، ولقد أقر القضاء على هذا المبدأ منذ زمن قديم وأيده في ذلك غالبية الفقه الفرنسي. وفي حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية جاء ما يلي : " ... إذا كان الشركاء أنفسهم يستطيعون الإسناد إلى هذا

¹ - مفلح عواد القضاء، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية ...، مرجع سابق، ص 423.

² - عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون التجاري ...، مرجع سابق، ص 121.

البطلان، فهذا لا يعني بالضرورة عدم وجود شركة فعلية بينهم، ويجب تصفية هذه الشركة طبقاً لشروط العقد المبرم بينهم... " وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به القضاء المصري¹.

وما يجب التنويه إليه أنه بناءً على ذلك، تتم تصفية الشركة وتقسيم الأرباح والخسائر فيما بين الشركاء على أساس ما تضمنه العقد من بنود.

ثانياً: القسمة طبقاً للقواعد العامة

الأصل أن تتم القسمة بين الشركاء على أساس البنود المبنية في العقد التأسيسي أو نظام الشركة، أي وفقاً لما اتفق عليه الشركاء، إلا أنه إذا لم يوجد اتفاق بين الشركاء على كيفية إجراء القسمة بينهم، أو إذا كانت شروط العقد يتعذر تطبيقها بسبب بطلانها، أو عدم مشروعيتها تجرى القسمة طبقاً لأحكام القانون المدني والتي يرجع إليها في حالة عدم وجود اتفاق بين الشركاء، وبهذا المبدأ أخذ أغلبية الفقه والقضاء الجزائري².

ولقد أخذ قانون الشركات الفرنسي في سنة 1966 في المادة 417 بهذا المبدأ أي توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأسمال في حالة عدم وجود اتفاق بين الشركاء يتم الرجوع إلى القواعد العامة.

وفي حالة ما إذا نتج عن أعمال القسمة فائض، وهو ما يسمى بأرباح التصفية، فإنه

بعد سداد حصص الشركاء يقسم هذا الفائض عند عدم وجود اتفاق بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس مال الشركة، وفي حالة ما إذا لم يكفي صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء فإن الخسارة توزع عليهم جميعاً، بحسب نسبة حصصهم في رأس المال ويعتبر هذا التطبيق للقواعد العامة في القانون المدني والتي أيدتها الفقه والقضاء الفرنسي³.

¹ - مفلح عواد القضاء، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية...، مرجع سابق، 426.

² - مفلح عواد القضاء،...، المرجع نفسه، ص 427.

³ - عليوة رايح، نظرية الشركة الفعلية...، مرجع سابق، ص 115.

خاتمة

الشركة الفعلية هي من الشركات التي تباشر نشاطها رغم اختلال أحد أركانها، ويتعامل الغير معها على اعتبار أنها شركة صحيحة. لم ينص القانون الجزائري ولا المصري صراحة على هذا النوع من الشركات، على خلاف التشريع الفرنسي، الذي تعرض لهذا النوع من الشركة بصورة صريحة في قوانينه.

إن تطبيق فكرة الشركة الفعلية يعني عدم إجازة تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالبطان في كل من التشريع الجزائري، المصري والفرنسي، إذ لا بد من الاعتراف بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي قبل تقرير بطانها، تأييدا لوجودها الفعلي وحفاظا على حقوق المتعاملين معها الحسن النية.

لا تطبق فكرة الشركة الفعلية في جميع حالات البطان، فهناك أسباب لا يمكن الاعتراف بوجود أي شركة سواء فعلا أو قانونا، كأن يكون البطان المؤسس على عدم مشروعية المحل أو السبب، بينما يكون تطبيق فكرة الشركة الفعلية في الحالات التي يكون فيها البطان مؤسسا على عيب من عيوب الإرادة كالغلط، التدليس، أو البطان المؤسس على عدم كتابة أو شهر عقد الشركة.

وبما أن الشركة الفعلية هي شركة، استلزم لتأسيسها توافر أركان وشروط منها الأركان الموضوعية العامة والخاصة، بالإضافة إلى الأركان الشكلية، والاعتراف بوجودها واقعا، بسبب قيامها بنشاط فعلي، وينبغي أن يكون هذا النشاط مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

يجوز لجميع الشركات سواء كانت شركات أموال أو أشخاص أن تتحول إلى شركات فعلية، باستثناء شركة واحدة وهي شركة المحاصة، والسبب يعود إلى صفة الاستتار التي تتمتع بها هذه الشركة، بحيث يستوجب لإنشاء الشركة الفعلية أن تكون ظاهرة أمام الغير، وشركة المحاصة، إذا فقدت سريتها تتحول إلى شركة تضامن فعلية.

لذا يجب التمييز بين نوعين من الشركات، الشركة الفعلية التي تنشأ عن البطلان والشركة التي تنشأ بصورة فعلية.

تنتهي الشركة الفعلية في كل من التشريع الفرنسي، المصري، الجزائري، إما بأسباب الإنقضاء العامة للشركة، كانهاء المدة، انتهاء الغرض...إلخ. أو بتحويلها إلى شركة قانونية، وذلك عن طريق إزالة العيب الذي لحقها، وعندئذ تستمر بممارسة نشاطها كشركة قانونية.

بالإضافة إلى ذلك، تسري على الشركة الفعلية جميع الأحكام الخاصة بالتصفية عموماً، والمطبقة على الشركات القانونية، وهي تلك الأحكام التي تضمنتها قوانين الشركات في التشريعات المقارنة، بما في ذلك المبادئ التي تحكم طبيعة العلاقات فيما بين الشركاء أنفسهم أو بينهم وبين الغير.

الشركة الفعلية كالشركات القانونية، يمكن شهر إفلاسها، وإذا تم شهر إفلاسها خلال فترة التصفية، يتم وضع اليد على أموالها و موجوداتها، أما النظام القانوني الذي تخضع له الشركة الفعلية عند شهر إفلاسها، أثناء مرحلة التصفية هو ذات النظام القانوني المطبق على كل الشركات سواء من حيث شروطه وأثاره وأشخاص التفليسة.

في الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري نادى بضرورة التضييق من نطاق البطلان، عن طريق وضع قوانين جديدة، أو التضييق من النصوص التي تتوسع في البطلان كجواز تصحيح العيب الموجود فيها، من أجل عدم التشجيع أو التوسيع في الشركات الفعلية لأنها تبقى شركة غير قانونية وأقر لها المشرع الجزائري صحتها من أجل الحفاظ على مصالح الغير الحسن النية، وبالتالي لا يمكن للشركة الفعلية أن تبقى شركة فعلية فلا بد من تحويلها إلى شركة قانونية وبذلك تظل جميع التزاماتها صحيحة في مواجهة الشركاء والغير.

قائمة المراجع :

أولاً: باللغة العربية:

1- الكتب:

- 1- احمد محمد محرز ، الوسيط في الشركات التجارية ، القواعد العامة للشركات - المحاصة- الطبعة الثانية، منشأة المعارف، القاهرة، مصر 2004.
- 2- ابو زيد رضوان ، الشركات التجارية، شركات الأشخاص، الجزء الأول، دار الفكر العربي، المطبعة التجارية الحديثة 1988.
- 3- ابو زيد رضوان ، الشركات التجارية، القانون التجاري الكويتي، دار الكتاب الحديث، الجزء الأول، د س ن.
- 4- الياس ناصف، موسوعة الشركة التجارية، الأحكام العامة والخاصة، الجزء الأول، لبنان، د ب ن، د س ن.
- 5- سليم عبد الله احمد الجبوري ، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2011.
- 6- سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 7- عبد الحميد الشواربي ، الشركات التجارية، شركات الأشخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، د س ن.
- 8- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، مصر، د س ن.
- 9- عمار عمورة ، الوجيز في القانون التجاري، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
- 10- عزيز العكيلي ، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية في الأحكام العامة والخاصة - شركة التضامن- شركة المحاصة- شركة المغفلة- شركة التوصية البسيطة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

- 11- فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.**
- 12- فوزي عطوي ، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.**
- 13- مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية، الأحكام الواردة في الشركات التجارية، شركة الأشخاص شركة الأموال، أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات، جامعة مصر، 2006.**
- 14- مفلح عواد القضاة ، الوجود القانوني والوجود الواقعي للشركة الفعلية في القانون المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د س ن.**
- 15- مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، بيروت، 1966.**
- 16- ياسين محمد الجبوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002.**
- 17- نادية فوضيل ، أحكام الشركات طبقاً للقانون التجاري، شركات الأشخاص، دار هومة للطباعة والنشر، الجزء الأول، الجزائر، 2008.**
- 18- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية، المجلد الخامس، الشركات التجارية والمصرفية- شركة المساهمة الخاصة- شركة المحاصة- شركة ذات المسؤولية المحدودة- الشركة القابضة- شركة الاستثمار المشترك- الشركات الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.**
- 19- محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الإطار القانوني وتصدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د س ن.**
- 20- محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1986.**
- 21- محمد حسن عباس ، المؤسسات العامة والشركات في التشريع المصري، دار النهضة العربية، 1967.**
- 22- شكري احمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي، الجزء الخامس، الشركات، كلية المعارف، الرباط 1984.**

23- فتيحة يوسف عماري، أحكام الشركات التجارية، وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

II- المذكرات الجامعية:

1- عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية، دراسة المقارنة، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة عنابة، 2004 .

III – المقالات:

1 -عليوة رابح ، نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون التجاري، مجلة العلوم القانونية، برج باجي المختار، عنابة، د س ن.

IV – النصوص القانونية:

1- أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، دار بلقيس، الجزائر، 2008.

2- أمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية رقم 1 الصادر في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGES :

1- **Escarre et Raoult**, traité théorique et pratique de droit commerce en France, 1938.

II- LES CODES :

1- **Code civil Français**, Edition 2007, Dalloz, Paris, 2007.

المواقع الإلكترونية:

1- La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales

www.legifrance.gouv.fr

2 قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

www.wipo.int

الفهرس:

المقدمة.....	
الفصل الأول: مفهوم الشركة الفعلية.....	ص 03
المبحث الأول : لمحة تاريخية عن ظهور الشركة الفعلية:.....	ص 03
المطلب الأول: أهمية ظهور الشركة الفعلية.....	ص 04
الفرع الأول: تبرير ظهور الشركة الفعلية.....	ص 04-07
الفرع الثاني: مشروعية نشاط الشركة الفعلية.....	ص 07-08
الفرع الثالث: أثر عدم مشروعية نشاط الشركة الفعلية على وجود الشركة الفعلية	
.....	ص 08
المطلب الثاني: نشأة الشركة الفعلية في التشريع الأوروبي.....	ص 09
الفرع الأول: نشأة الشركة الفعلية في القانون الفرنسي.....	ص 09-11
الفرع الثاني: نشأة الشركة الفعلية في القانون البريطاني.....	ص 11-12
المطلب الثالث: نشأة الشركة الفعلية في التشريع العربي.....	ص 13
الفرع الأول: نشأة الشركة الفعلية في القانون المصري.....	ص 13-14
الفرع الثاني: نشأة الشركة الفعلية في القانون الجزائري.....	ص 15-16
المطلب الرابع: تعريف الشركة الفعلية.....	ص 17
الفرع الأول: مضمون الشركة الفعلية.....	ص 17-18
الفرع الثاني: تمييز الشركة الفعلية عن الأوضاع المشابهة لها.....	ص 19-22
المبحث الثاني: أركان قيام الشركة الفعلية.....	ص 22
المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة.....	ص 23
الفرع الأول: الرضا.....	ص 23-24
الفرع الثاني: الأهلية.....	ص 24-25
الفرع الثالث: المحل.....	ص 26-27

الفرع الرابع: السبب.....	ص 27-28
المطلب الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة.....	ص 28
الفرع الأول: تعدد الشركاء.....	ص 28-29
الفرع الثاني: تقديم الحصص.....	ص 30-32
الفرع الثالث: اقتسام الأرباح والخسائر.....	ص 33
الفرع الرابع: نية المشاركة.....	ص 34
المطلب الثالث: الأركان الشكلية.....	ص 35
الفرع الأول: شرط الكتابة.....	ص 36
الفرع الثاني: إجراء الإشهار.....	ص 37
الفصل الثاني: مجال تطبيق الشركة الفعلية.....	ص 38
المبحث الأول : الشركة الفعلية الناتجة عن البطلان.....	ص 39
المطلب الأول: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية.....	ص 39
الفرع الأول: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية العامة.....	ص 40-42
الفرع الثاني: البطلان لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة.....	ص 43-44
الفرع الثالث: البطلان لتخلف قواعد التأسيس.....	ص 45-48
المطلب الثاني: البطلان لتخلف الأركان الشكلية.....	ص 49
الفرع الأول: انعدام شرط الكتابة.....	ص 49-50
الفرع الثاني: انعدام إجراء الشهر.....	ص 51
المطلب الثالث : الحالات الأخرى لإنشاء الشركة الفعلية.....	ص 52
الفرع الأول: الوجود الفعلي للشركة قبل التأسيس.....	ص 52-53
الفرع الثاني: الوجود الفعلي للشركة بعد حلها وانقضاءها.....	ص 54-58
المبحث الثاني : الآثار المترتبة على مخالفة الشركة الفعلية للقانون.....	ص 59
المطلب الأول: تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.....	ص 59
الفرع الأول: التحويل بناء على إرادة الشركاء.....	ص 59-60

الفرع الثاني: التحويل بطلب من له مصلحة.....	ص 61-62
الفرع الثالث: تحويل الشركة بانقضاء المدّة.....	ص 63-65
المطلب الثاني: انحلال الشركة الفعلية.....	ص 66
الفرع الأول: الانحلال عن طريق دعوى البطلان.....	ص 67-69
الفرع الثاني: الانحلال لأسباب قانونية.....	ص 69-71
المطلب الثالث: تصفية الشركة الفعلية.....	ص 71
الفرع الأول: قواعد تصفية الشركة الفعلية.....	ص 72-73
الفرع الثاني: إفلاس الشركة الفعلية.....	ص 74-76
الفرع الثالث: علاقة الشركاء بالغير أثناء التصفية.....	ص 77-79
الفرع الرابع: قسمة أموال الشركة.....	ص 79-80
خاتمة.....	
قائمة المراجع:.....	
الفهرس:.....	