مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 – العدد 01 (العدد التسلسلي 26) مارس 2021 (ص ص: 393 – 408)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

# الوجود القانوني للشركة الفعلية حماية للغير وإستقرار للمراكز القانونية

***The legal existence of the de facto partnership***
***a protection for others and stability for legal positions***

**د. نوال قحموص** [1]
أستاذة محاضرة "أ"
جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر 1 (الجزائر)
*gamyam49@yahoo.fr*

| تاريخ الارسال: | تاريخ القبول: | تاريخ النشر |
|---|---|---|
| 01 سبتمبر 2020 | 26 مارس 2021 | 31 مارس 2021 |

**الملخص:**

تخضع الشركة لنظرية البطلان مثل بقية العقود مادام تحتاج لانعقادها لأركان موضوعية عامة وأخرى خاصة، وعليه تطبق عليها نظرية البطلان بنوعيه المطلق والنسبي. يتمثل أثر البطلان في الانعدام، وانعدام العقد يسري من وقت نشوء العقد وليس من وقت اكتشاف أثر البطلان. والأخذ بهذا الأثر على الإطلاق قد يؤدي إلى ضياع الحقوق، فمن جهة يمس بحقوق الشركاء إذا كانت الشركة قد تعاملت مع الغير وكانت دائنة ومن جهة أخرى يمس بحقوق الغير في مواجهة الشركة الباطلة إذا كانت هذه الشركة قد تعاملت مع الغير وأصبحت مدينة له، لذلك استقر القضاء وعده التشريع على أنه إذا حكم ببطلان الشركة وجب توقيف جميع أثارها لكن بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يسري أثر البطلان على الماضي، فتعتبر الشركة في الفترة بين إنشائها وصدور الحكم ببطلانها شركة قائمة فعلا لا قانونا، فيقتصر البطلان على المستقبل دون أن تعود آثاره على الماضي، لكن بشرط أن تكون الشركة قد تعاملت فعلا مع الغير بعد تكوينها أي باشرت نشاط فعلي.

**الكلمات المفتاحية:** البطلان، الشركات التجارية، الشركة الفعلية، الغير، تخلف اركان الشركة.

***Abstract :***

*A company needs, for its establishment, general, objective and other special terms. Therefore, itis subject to the theory of invalidity like other contracts. Thetheory applies to it in the absolute and relativetypes of invalidity. Theeffect of invaliditytakes the form ofnullity from the time the contract originated, not fromwhen its invalidity was discovered. Applyingthe invalidityeffectleads to losing rights. Itharms those of partners if the company has dealt with others and was a creditor, and it affects the rights of others if itwas indebted. Therefore, the judiciary has settled that if ruled to be null, the company'sfuture impacts must be suspended, but not its past impact. Duringthe period between its foundation and its nullity judgement, the company is legally considered an existing companyon the condition that it has started an actual activity.*

***Keywords**: Invalidity; Commercial Companies; De Facto Partnership; Other Parties; Non-fulfilment of the Company's Terms.*

[1] المؤلف المرسل: د. قحموص نوال ـــــــــــــــــــــــ *Email: gamyam49@yahoo.fr*

**مقدمة:**

لقد أدى انفتاح السوق وتنوع الأنشطة التجارية إلى ارتفاع في عدد المتعاملين الاقتصاديين، الذي أدى بدوره إلى ضرورة تقنين نشاطهم لضمان فعالية نظام الشركات التجارية باعتبارها مصدر لإثراء الاقتصاد الوطني، وفي حالة عدم توافق شروط هذا النظام نكون أمام البطلان.

يعتبر البطلان هو الانعدام أي كأن الشيء لم يكن، وهو الجزاء القانوني الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط الصحة، والعقد الباطل هو الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح. البطلان كنظام قانوني تبناه المشرع الجزائري في القسم الثاني من القانون المدني "إبطال العقد وبطلانه" في المواد من 99 إلى 105.

البطلان نوعان بطلان مطلق وهو جزاء تخلف أحد عناصر أو شروط الانعقاد، نصت عليه المادة 102 من القانون المدني، أما البطلان النسبي فهو جزاء تخلف أحد شروط الصحة نصت عليه المادة 99 من القانون المدني. ما دامت الشركة عقد عرفته المادة 416 من القانون المدني، فهي تخضع لنظرية البطلان مثلها مثل بقية العقود مادام تحتاج لانعقادها لأركان موضوعية عامة وأخرى خاصة، إذن تطبق عليها نظرية البطلان بنوعيه المطلق والنسبي، ويتمثل أثر البطلان في الانعدام، وانعدام العقد يسري من وقت نشوء العقد وليس من وقت اكتشاف أثر البطلان أي أن العقد الباطل يكون منعدم ولا أثر له، ولا يرتب أي آثار واقعية أو قانونية من وقت توقيع العقد.

الأخذ بهذا الأثر على الإطلاق قد يؤدي إلى ضياع الحقوق، فمن جهة يمس بحقوق الشركاء إذا كانت الشركة قد تعاملت مع الغير وكانت دائنة، ومن جهة أخرى يمس بحقوق الغير في مواجهة الشركة الباطلة إذا كانت هذه الأخيرة قد تعاملت مع الغير وأصبحت مدينة له، لذلك استقر القضاء على أنه إذا حكم ببطلان الشركة وجب توقيف جميع أثارها لكن بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يسري أثر البطلان على الماضي، فتعتبر الشركة في الفترة بين إنشائها وصدور الحكم ببطلانها شركة قائمة فعلا لا قانونا، فيقتصر البطلان على المستقبل دون أن تعود آثاره على الماضي. لقد أطلقت تسمية الشركة الفعلية لأول مرة في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 18 أفريل 1825 [1]، حيث رفضت في قرارها إعمال الأثر الرجعي للبطلان بخصوص شركة تجارية تأسست دون كتابة ودون إشهار، واعتبرت المحكمة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمال صحيحة على أساس للوجود الواقعي للشركة[2]، وعليه فصدور الحكم ببطلان الشركة يعتبر بمثابة ميلاد للشركة الفعلية قانونا وإقرار بأن تصرفاتها السابقة صحيحة.

كان المشرع الجزائري حريصا على الحد من حالات البطلان الأمر الذي نتج عنه تضييق كبير في مجال نظرية الشركة الفعلية[3]، لكن رغم ذلك اعترف المشرع الجزائري بهده النظرية، من خلال عدة مواد سنتطرق لها بالتفصيل لاحقا، من أهمها المادة 418 من القانون المدني[4]، والمادة 545 من القانون التجاري[5].

للاعتراف بوجود شركة فعلية لا بد أن تكون الشركة قد تعاملت فعلا مع الغير بعد تكوينها، أي باشرت نشاط فعلي ولا تطبق على جميع حالات البطلان وإنما حالات معنية فقط. وعليه ما هي الحالات التي تطبق عليها قواعد أو أحكام الشركة الفعلية، وماهي العبرة من إنشائها أو وجودها؟ وهل يعتبر ذلك خروج عن القواعد العامة لنظرية البطلان؟ وما هي آثار الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة رغم توفر حالات البطلان أو صدور حكم قضائي يقضي بالبطلان؟

للإجابة على هذه التساؤلات اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي، لإعطاء نظرة خاصة حول الإعترف الفعلي للشركة من جهة، والآثار المترتبة في تلك الحالة، وهي تطبيق البطلان على المستقبل فقط واعتبار جميع التصرفات السابقة صحيحة. قسمنا البحث إلى محورين أساسيين تطرقنا في المحور الأول إلى حالات البطلان التي يعترف فيها بنظرية الشركة الفعلية، أما المحور الثاني فقد عالجنا فيه تجسيد فكرة الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة حماية للغير.

## المبحث الأول: الحالات التي يعترف فيها قانونا بالشركة الباطلة

يشترط للإعترف بالشركة الباطلة، أن تكون الشركة قد باشرت أعمال قبل صدور الحكم بالبطلان ولم يعترف القضاء الفرنسي بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، لأن هناك أسباب يقضى فيها بالبطلان ولا يجوز الاعتراف فيها بوجود الشركة لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع، إذ يجب في هذه الحالات تطبيق القواعد العامة واعتبار الشركة في حكم الانعدام، وتتمثل حالات البطلان التي تتجسد من خلاله نظرية الشركة الفعلية، إذا كان سبب البطلان راجع إلى نقص في الأهلية أو أصاب أحد الشركاء عيب من عيوب الرضا، أو تخلفت الأركان الشكلية لعقد الشركة، أو عدم توافر الشروط الخاصة بنوع معين من الشركات كالشروط الخاصة بعدد الشركاء أو الحد الأدنى لرأسمال الشركة مثل شركة المساهمة وهذا ما سنتناوله من خلال المطالب التالية.

### المطلب الأول: عدم مراعاة الشروط الشكلية

يعترف بنظرية الشركة التجارية الفعلية إذا كان البطلان مؤسس على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره استنادا لنص المادة 418 من القانون المدني بقولها: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلاّ كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم

يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلاّ من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان[6]، ويستدل من نص هذه المادة اعتراف المشرع بالشركة الباطلة بسبب انعدام الكتابة في مواجهة الغير.

اشترط أيضا المشرع بموجب المادة 545 من القانون التجاري الكتابة الرسمية بقولها: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ". وعليه تشترط الكتابة الرسمية في الشركات التجارية، كما يجب أيضا إيداع العقد التأسيسي للشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري وإلاّ كانت باطلة وهذا ما نصت عليه المادة 546 من القانون التجاري. كما تخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا والمتمثلة في نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وكذلك نشر ملخص للعقد التأسيسي في إحدى الجرائد الوطنية، ما عادا شركة المحاصة التي لها طابع خاص حسب نص المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري.

من قرارات المحكمة العليا التي جسدت نظرية الشركة الفعلية بسبب بطلان ناتج عن تخلف الأركان الشكلية القرار الصادر بتاريخ 1985/06/15 بقوله (من كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلاّ كان باطلا غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلاّ من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن... فإن المجلس القضائي بما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 418 من القانون المدني...)[7].

كما نجد أيضا قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/09 الذي اعتبر أن (البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلان مطلق ولا ينتج أثره من تاريخ احتجاج أحد أطراف الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونية)[8].

بالنسبة للجزاء المترتب على الإخلال بالأركان الشكلية فحسب نص المادة 418 من القانون المدني فيعتبر البطلان المترتب عن تخلف ركن الكتابة بطلان لا يخضع لقواعد البطلان المطلق لأن المحكمة لا تستطيع أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا لقواعد البطلان النسبي لأن التمسك به جائز لكل ذي مصلحة. وعليه يجوز للغير التمسك بالبطلان لعدم الكتابة، كما يجوز للغير الذي له مصلحة أن يتمسك بإبقاء الشركة حماية للثقة والائتمان، كما لا يجوز للشركاء الاحتجاج في مواجهة الغير بهذا البطلان، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلاّ من تاريخ المطالبة

لأحدهم بالبطلان، كما يزول أثر هذا البطلان بمجرد استيفاء ركن الشكلية لكن قبل صدور الحكم بالبطلان[9].

إذا كان نظام البطلان المنصوص عليه في القواعد العامة يقضي بإزالة كل أثر للعقد الباطل حتى في الماضي، إلاّ أنه بالنسبة للشركات فقد سمح المشرع تدارك أسباب البطلان بعد التصحيح وذلك دعما للائتمان التجاري والسماح لكل من يهمه الأمر طلب التصحيح أن ينذر الشركة بالقيام به، وقد أشارت المادة 735 من القانون التجاري على انقضاء دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، إلاّ إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة. فرض المشرع فترة زمنية قدرها شهرين ابتداءا من تاريخ افتتاح الدعوى حتى ولو كان سبب البطلان قائما حتى تتيح للشركة فرصة للتصحيح وهذا ما أشارت إليه المادة 736 الفقرة الثانية من القانون التجاري[10].

لكن انفرد البطلان لعدم الشهر بحكم خاص هو جواز تصحيح البطلان بإتمام الإجراءات القانونية وفقا لنص المادة 739 من القانون التجاري [11]، حيث نظم المشرع حالة تصحيح بطلان تصرفات القرارات اللاحقة لإنشاء الشركة متى كان سبب البطلان قائما على خرق القواعد الجوهرية المتعلقة بالنشر، إذ أجاز لكل ذي مصلحة تصحيح التصرف أو القرار المعيب بإنذار الشركة بالقيام بالتصحيح في أجل ثلاثين يوما، فإذا لم يتم في هذه المدة يمكن له أن يطلب من رئيس المحكمة تعيين وكيل للقيام بالتصحيح على نفقة الشركة[12]، كما أنه بالنسبة لشركة التضامن أو التوصية البسيطة التي لم يراع فيهما إجراء النشر فإن البطلان فيهما جوازي، إذ يجوز للمحكمة أن لا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس[13].

### المطلب الثاني: وجود عيوب في الرضا أو نقص في الأهلية

إذا شاب رضا أحد الشركاء عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه عند إبرام عقد الشركة كان العقد قابلا للإبطال أو باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة من عيبت إرادته، كذلك بالنسبة للحالة التي يكون فيها الشريك قاصرا أو ناقص الأهلية، وقد اشترط المشرع أن تكون إرادة الشركاء خالية من عيوب الرضا خاصة عند تكوين عقد الشركة، كما يسقط حق الشريك في طلب البطلان إذا أجاز العقد سواء كانت الإجازة صريحة أو ضمنية حسب المواد 100 و101 من القانون المدني.

لكن بالنسبة لباقي الشركاء فتبقى الشركة قائمة، وهذا بالنسبة لشركات الأموال وهما شركة المساهمة وشركة المسؤولية المحدودة، حيث اعتبر المشرع الشركة فعلية في العلاقة بين الشركاء وتعتبر الشركة صحيحة في هذه الحالة ولا تكون باطلة إلاّ لمن شاب رضاؤه أو كان ناقص الأهلية، وحسب نص المادة 733 الفقرة الأولى من القانون التجاري إذا كنا بصدد شركة

أموال فإن الحكم بالبطلان لا يرتب بطلان العقد كله، إلاّ إذا شاب العيب كافة الشركاء المؤسسين. إذن إذا شاب إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الرضا فإن ذلك يؤثر على التزام الشريك دون أن يؤدي إلى بطلان الشركة إذ أن مصلحة باقي الشركاء تقتضي الإبقاء على العلاقة بينهم[14]. ويحمي المشرع من شاب رضاه أو نقصت أهليته بإعطائه الحق في استعادة ما قدمه من أموال الشركة[15].

لكن إذا كنا بصدد شركة أشخاص وقياسا على حالة نقص الأهلية المنصوص عليها في المادة 563 من القانون التجاري فيكون عيب الرضا إذن سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الشركة بالنسبة للشركاء لأن هذا النوع من الشركات يقوم على الاعتبار الشخصي، ويقتصر أثر البطلان النسبي على الشريك الذي تقرر لمصلحته فقط.

يختلف وقت سريان البطلان في شركات الأموال بالنسبة للشريك ناقص الأهلية والذي شاب رضاؤه عيب عن باقي الشركاء، حيث لا يسري في حق الشريك المعني بأثر فوري بل بأثر رجعي من تاريخ العقد، بينما يكون بأثر فوري بالنسبة لباقي الشركاء[16]، ويسقط حق الشريك الذي عيبت إرادته إذا لم يتمسك بالبطلان خلال خمس سنوات، تسري في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد[17].

كما أنه يجب أن تتوافر في الشريك الأهلية القانونية لإبرامه عقد شركة، وحددها المشرع ببلوغ 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني، أما الصبي غير المميز وعديم التمييز بوجه عام ليس أهلا لأن يكون شريكا [18]ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه لغفلة أو سفه أو جنون أن يكون طرفا في عقد الشركة، وإلا كان عقد الشركة قابلا للإبطال لمصلحته[19]. كما أجاز المشرع تأهيل القاصر للقيام بالأعمال التجارية بطلب إذن من الولي وبعد تحقق بعض الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون التجاري، ويزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ويسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية أما في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه. وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال للغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد حسب المادة 101 من القانون المدني، ويتضح من نص المادة 738 من القانون التجاري إذا أراد الإبقاء على الشركة في حالة ما إذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب أو كان نقص الأهلية أو أصابه عارض أثر على الأهلية، وأجاز المشرع لكل شخص يهمه الأمر إنذار كل من الشركة والشخص المعني تصحيح هذا العيب، وإلا فله الحق في رفع دعوى البطلان خلال

06 أشهر من تاريخ الإنذار، وفي حالة رفع دعوى البطلان يجوز للشركة أو أحد الشركاء أن يعرض للمحكمة الإجراء الذي من شأنه أن يزيل مصلحة المدعي بطلب البطلان وخاصة شراء حقوق الشريك الذي أصاب رضاه عيب[20]، وفي الأخير يمكن القول أنه لا يؤثر نقص أهلية أحد الشركاء على كيان الشركات خلافا للقواعد العامة بل يؤثر على التزام الشريك فقط[21].

### المطلب الثالث: مخالفة الأركان الخاصة بعقد الشركة

تخضع الشركة للبطلان، لكن يعتد بها كشركة فعلية في حالة ما إذا كان هناك مخالفة الأركان الخاصة التي يفرضها القانون لتأسيس بعض الشركات[22]، كالأركان المتعلقة بعدد الشركاء، وبمقدار رأس المال، والاكتتاب به كاملا، وتقدير الحصص العينية تقديرا صحيحا، وبإشتراك مقدمي الحصص العينية في التصويت على تقدير هذه الحصص[23].

تعتبر المادة 416 من القانون المدني الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك، وعليه فعقد الشركة يفترض في طبيعته وجود شخصين أو أكثر، وهو ركن جوهري في عقد الشركة يتمثل في ركن تعدد الشركاء، حيث لا يكن قيام شركة كقاعدة عامة إلا بوجود شريكين على الأقل، وعدم توافر هذا الركن يؤدي إلى انقضاء الشركة بقوة القانون، وعليه فاجتماع جميع الحصص في يد شخص واحد يترتب عليه حل الشركة وبالرجوع للقواعد الخاصة لكل شركة، نجد أنه إذا توفي الشريك المتضامن الوحيد في شركة التوصية البسيطة وكان ورثته كلهم قصرا، يجب تعويضه بشريك متضامن آخر، أو تحويل الشركة في أجل سنة وإلاّ حلت الشركة بقوة القانون عند انقضاء هذا الأجل[24]، كما أنه لا يمكن أن يتجاوز عدد الشركاء في شركة المسؤولية المحدودة خمسون شريكا، وإذا تجاوزت هذا العدد وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة، وإلاّ تنحل الشركة[25].

كما أنه لا يمكن أن يقل عدد الشركاء في الشركة المساهمة عن سبعة شركاء[26]، أما في شركة التوصية بالأسهم فلا يمكن أن يكون عدد الشركاء الموصين أقل من ثلاثة ولا يذكر اسمهم في اسم الشركة[27].

كما نجد حالة أخرى تدخل في إطار الاعتراف بالشركة في حالة البطلان كالشرط المتعلق بمقدار رأس مال الشركة وقد نص المشرع الجزائري على الحد الأدنى لرأسمال شركات المساهمة بخمسة ملايين دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة علنية للادخار، ومليون دينار على الأقل في الحالة المخالفة. كما يجب أن يكون تخفيض رأس المال إلى مبلغ أقل متبوعا، في أجل سنة واحدة بزيادة تساوي المبلغ المذكور، إلاّ إذا تحولت في ظرف نفس الأجل إلى شركة ذات شكل آخر، وفي غياب ذلك، يجوز لكل معني بالأمر المطالبة قضائيا بحل الشركة بعد إنذار ممثليها بتسوية الوضعية، كما تنقضي الدعوى بزوال سبب الحل في اليوم الذي تبت فيه المحكمة

في الموضوع ابتدائيا [28]، أما بالنسبة لشركة المسؤولية المحدودة فبعد تعديل القانون التجاري بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 فقد تم تعديل نص المادة 566 التي كانت تحدد رأسمال الشركة، وأصبح يحدد بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة[29].

أما فيما يخص اكتتاب رأس مال الشركة، فقد ألزمت المادة 567 من القانون التجاري شركة المسؤولية المحدودة اكتتاب جميع الحصص من طرف الشركاء وأن تدفع قيمتها كاملة فيما يخص الحصص العينية، أما الحصص النقدية فيجب أن تدفع بقيمة لا تقل عن خمس مبلغ الرأسمال التأسيسي، ويدفع المبلغ المتبقي على مرحلة واحدة أو عدة مراحل بأمر من مسير الشركة وذلك في مدة أقصاها خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة لدى السجل التجاري[30]، كما يجب أن تدفع الحصص كاملة قبل أي اكتتاب لحصص نقدية جديدة وذلك تحت طائلة بطلان العملية.

أما فيما يخص شركة المساهمة فقد ألزمت المادة 596 من القانون التجاري اكتتاب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل من قيمتها الاسمية ويتم وفاء الزيادة مرة واحدة أو عدة مرات بناء على قرار مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب كل حالة، في أجل لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري[31].

## المبحث الثاني: تجسيد الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة حماية للغير

تقضي القاعدة العامة في البطلان سواء كان مطلق أو نسبي إعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أي أن للبطلان أثر رجعي، لكن ولحسن سير المعاملات التجارية والمحافظة على مبدأ الثقة في القانون التجاري وحماية للغير حسن النية، الذي تعامل مع الشركة أصبح البطلان لا يسري إلاّ على المستقبل. وعلى هذا الأساس، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة لا ينتج أثاره إلاّ من تاريخ النطق به، ويسري على المستقبل فقط [32]، دون الماضي، وتعتبر الشركة في تلك الفترة قائمة ويعتد بنشاطها في الفترة الواقعة بين تكوينها والحكم ببطلانها وهذا ما سنتطرق له من خلال المطلب الأول، كما سلط المشرع الجزائري على الشركاء في فترة الوجود الفعلي مسؤولية تضامنية مهما كان شكل الشركة، وهذا ما سنتناوله من خلال المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فسندرس فكرة تقرير البطلان على المستقبل فقط حماية للغير المتعامل مع الشركة.

**المطلب الأول: اعتبار الشركة صحيحة بين فترة الإنشاء وصدور الحكم بالبطلان**

عند صدور الحكم ببطلان الشركة، فإنها تنحل بقوة القانون ويسري هذا البطلان بأثر فوري أي بالنسبة للمستقبل دون الماضي وتتم تصفيتها حسب الأحكام المتعلقة بالتصفية المنصوص عليها في القانون المدني[33]، يقصد بالأثر الفوري للبطلان في هذه الحالة في مجال الشركات التجارية حصد أثار البطلان في المستقبل فقط، وعدم رجوعه إلى الماضي خلافا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تقرر الأثر الرجعي للبطلان ووجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. إذن تعتبر الشركة في تلك الفترة قائمة ويعتد بنشاطها والاعتراف بوجود الشركة في هذه الفترة هو اعتراف فعلي وليس قانوني. وعليه فمفهوم الشركة الفعلية يهدف إلى إيجاد حلول لأثار التصرفات الواقعة وذلك دون أثر رجعي، ولا يهدف إلى المحافظة على الشركة الباطلة في المستقبل.

إن الحكم ببطلان الشركة في إطارها الفعلي يكون الحل في هذه الحالة بقوة القانون في المستقبل فقط، فالحكم بالبطلان يزيل العقد، وعليه فلا يصبح للشخص المعنوي أي الشركة أي سند قانوني في وجوده نحو المستقبل، أما بالنسبة للماضي فيظل عقد الشركة قائما، ويعتبر الشخص المعنوي كان موجودا خاصة إذا ارتبط بعلاقات قانونية مع الغير فيصبح بموجبها مدينا ودائنا.

إن إعلان بطلان الشركة قبل قيامها بأي تصرفات قانونية في مواجهة الغير، يطبق عليها القواعد العامة في هذه الحالة وهي رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أي قبل تأسيس الشركة. وعليه فتعتبر الشركة في الفترة بين إنشائها وصدور الحكم ببطلانها شركة صحيحة من الناحية الفعلية تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية شركائها، كما تبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لأثارها سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير[34]، كما تحتفظ الشركة في هذه الفترة بشخصيتها المعنوية، بالإضافة إلى أنها تخضع لالتزامات التجار المنصوص عليها في القانون التجاري، كما يجوز شهر إفلاسها في حالة التوقف عن دفع ديونها خلال ممارسة نشاطها وقبل صدور الحكم ببطلانها، وبمجرد صدور الحكم بالبطلان يجب حل الشركة وإخضاعها لإجراء التصفية.

إن الغاية بعدم تسليط البطلان على الماضي هو حماية الغير حسن النية الذي انخدع في شخص معنوي أخذ شكل شركة تجارية وتعامل معها بإبرامه لتصرفات قانونية ووثق بمظهرها الغير الصحيح.

### المطلب الثاني: قيام المسؤولية التضامنية للشركاء

بمجرد صدور الحكم ببطلان الشركة التجارية التي توافرت فيها إحدى الحالات المنصوص عليها سابقا، تصبح تصرفاتها المستقبلية غير صحيحة وباطلة بحيث لا يجوز للشركة في هذه الحالة إبرام تصرفات جديدة، أما التصرفات التي قامت بها في الفترة بين الإنشاء وتقرير البطلان فتعتبر في حكم الشركة الفعلية أي صحيحة من حيث الواقع. وتعتبر العلاقات التي تمت بين الشركاء أنفسهم صحيحة، ويتم توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم وفقا لعقد الشركة كما لو كانت الشركة صحيحة ومنتجة لكل أثارها خلال هذه الفترة. وإذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال[35].

تعتبر الشركة الفعلية، كقاعدة عامة كشركة تضامن، يسأل الشريك فيها مسؤولية تضامنية وشخصية وغير محدودة عن ديون الشركة، فيصبح مدين متضامن مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة في ذمة الشركة وحدها[36]، وأكثر من ذلك حتى لو كانت الشركة التي صدر حكم ببطلانها تأخذ شكل شركة أخرى ففي الفترة بين إنشاء الشركة وصدور الحكم بالبطلان كشركة مسؤولية محدودة مثلا فشركاؤها يعتبرون مسؤولون مسؤولية تضامنية.

اعترف المشرع الجزائري بهذه المسؤولية في نص المادة 549 من القانون التجاري في حالة تخلف قيد الشركة في السجل التجاري، فقبل إتمام إجراء القيد يعتبر الشركاء الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها مسؤولون مسؤولية تضامنية وغير محدودة إلاّ إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها تلك التصرفات وتعتبر في هذه الحالة بمثابة تعهدات الشركة منذ التأسيس.

كما يترتب أيضا عند التصريح ببطلان الشركة وجوب خضوعها لإجراء التصفية، وذلك من أجل تسوية جميع التصرفات القانونية من تحصيل الديون وتحقيق الأصول، وقسمة الباقي بين الشركاء سواء كانت أرباح أو خسائر طبقا للشروط الواردة في العقد التأسيسي للشركة.

### المطلب الثالث: عدم تقرير البطلان بأثر رجعي حماية للغير

قد تظهر بعض الصعوبات والمشاكل إذا تقرر البطلان بعد قيام الشركة، ودخولها مع الغير في معاملات قانونية، إذ أنه من المقرر وطبقا للقواعد العامة لنظرية البطلان، متى بطل العقد ارتد البطلان إلى الماضي بأثر رجعي وهذا ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني بقولها: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل"[37] لكن تطبيق هذه القاعدة على أحكام الشركة التجارية من شأنه أن يتعارض مع مبادئ القانون التجاري والمتمثلة في تحقيق استقرار

المراكز القانونية ودعم الائتمان التجاري، وأيضا حماية لمصلحة الغير الذي تعامل مع الشركة التجارية لذلك استقر القضاء الفرنسي على اعتبار الشركة صحيحة في الفترة بين إنشائها إلى غاية صدور الحكم ببطلانها.

إذن فالحكم ببطلان الشركة في هذه الفترة هو عدم زعزعة المراكز القانونية التي استقرت، فيكون إذن للشركة خلال الفترة من تكوينها إلى غاية فترة الحكم ببطلانها كل مقوماتها وتبقى تصرفاتها والتزاماتها صحيحة منتجة لأثارها يجوز إثباتها بكل الطرق [38] كما لها شخصية معنوية بالقدر اللازم لتصفيتها وفق أحكام العقد التأسيسي [39] وتوزيع ناتج التصفية على الدائنين كل بنسبة ماله من الحق قبل المدين[40].

لا يمكن في الفترة بين إنشاء الشركة والحكم ببطلانها احتجاج الشركة بالبطلان في مواجهة الغير حسن النية، حيث تبقى الشركة ملزمة بتنفيذ جميع التزاماتها التي تعهدت بها قبل صدور الحكم بالبطلان كما لو كانت صحيحة، فيجوز للغير الذي تعاقد مع الشركة، المطالبة بتنفيذ التزاماتها في مواجهته وله في ذلك استعمال كافة طرق الإثبات ولا يجوز للشركة أن تحتج عليه ببطلانها، وهذا ما نصت عليه المادة 545 الفقرة الثالثة من القانون التجاري بقولها: "يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء"، وفي هذا الإطار يجب التمييز بين الدائنين الشخصيين للشركة، والدائنين الشخصيين للشريك.

قد يتمسك الدائنون الشخصيون للشريك بقيام الشركة الفعلية متى كان لهم مصلحة في ذلك، وتتمثل هذه المصلحة في التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد تصفية الشركة إثر الحكم بالبطلان [41]، ويحق من جهة أخرى لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يتجنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء، ويصبح لهم حق التنفيذ على أموال الشركة، كما يصبح لهم الحق في اقتسام أموالها بعد شهر إفلاسها لاستيفاء ديونهم وفي حالة تعارض مطالب دائني الشركة أنفسهم، بحيث تمسك بعضهم ببطلان الشركة كما لو كانوا دائنين شخصيين في نفس الوقت لبعض الشركاء، وتمسك البعض الآخر ببقاء الشركة، فيرى الرأي الراجح، أن للدائنين الشخصيين للشركاء حق الأولوية في التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء على دائني الشركة لأن البطلان في هذه الحالة هو الأصل[42].

بالتالي فاعتراف القضاء بالوجود الفعلي للشركة في هذه الحالة باعتبارها في الأصل عقد باطل راجع لاعتبارات من بينها أن عقد الشركة من العقود المستمرة، وكذلك من أجل حماية الوضع الظاهر أما الهدف من ظهور الشركة الفعلية من طرف القضاء الفرنسي فهو تحويل البطلان إلى مجرد انقضاء وانحلال[43].

## خاتمة:

إن إعمال القاعدة الموجودة في البطلان والمتمثلة في رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، تصطدم بقاعدة أخرى هي حماية الغير الذي أبرم تعهدات مع الشركة فأصبح دائن أو مدين، وحفاظا على استقرار المعاملات والمراكز القانونية أنشأت الشركة التجارية الفعلية، وفي حالة بطلان الشركة تقتضي هذه الأخيرة بالنسبة للمستقبل فقط وتبقى أعمالها السابقة صحيحة ومن اهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة:

- لكي نكون بصدد شركة فعلية يجب أن تكون الشركة التجارية قد مارست نشاطها فعليا بعد إنشائها قبل صدور الحكم ببطلانها، أما الشركة التي صدر الحكم ببطلانها قبل ممارسة أية نشاط فلا يمكن اعتبارها شركة فعلية، كما أنها يجب أن تصبح دائنة أو مدينة بمناسبة التصرفات التي قامت بها في تلك الفترة.

- يعود البطلان على التصرفات التي قام بها الأطراف قبل إبرام العقد حسب القواعد العامة لكن تطبيق هذه الفكرة على أحكام الشركة التجارية صعب وغير ممكن لأنه سيضر بمصلحة الغير الحسن النية الذي تعامل مع هذه الشركة قبل صدور الحكم ببطلانها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلا يمكن تصور إلغاء شخص معنوي قائم تعامل مع الغير ثبتت له حقوق وتحمل التزامات مثله مثل الإنسان وله ذمة مالية مستقلة وللتخفيف من الآثار السلبية للبطلان ابتدع الفقه والقضاء الفرنسي الشركة الفعلية التجارية.

- إن نطاق تطبيق الإعتراف الفعلي للشركة في القانون الجزائري يتحقق في حالات عدم القيام بالإجراءات الشكلية في تأسيس الشركة التجارية سواء تعلق الأمر بالكتابة أو القيد أو الشهر، وحالة نقص أهلية أحد الشركاء أو لعيب أصاب رضاه بالنسبة لشركة الأموال ومخالفة الشروط الخاصة بعقد الشركة

- إن سبب الاعتراف بالشركة الفعلية يتعلق غالبا بحالة عدم الاحتجاج على الغير ببطلان الشركة في حالة عدم استكمال الإجراءات الشكلية لتأسيسها ولم يتسع مجال الشركة الفعلية لحالات أخرى للأسف.

- وجود بعض القرارات صادرة عن المحكمة العليا رافضة لفكرة الشركة الفعلية، كما توجد قرارات أخرى تعترف بدلك وهذا راجع لتردد المشرع الجزائري تجاه نظرية الشركة الفعلية.

- تعتبر الشركة التجارية الفعلية، شركة قانونية بها عطب لعدم مراعاة قواعد قانونية عند تأسيسها وتأخذ هذه الشركة جميع أشكال الشركات.

**من أهم التوصيات التي يمكن اقتراحها توحيد آراء الاجتهاد القضائي الجزائري لوجود قرارات متناقضة الآراء، فمن جهة نجد جانب من القضاء رافض لفكرة الشركة الفعلية، ومن جهة أخرى نجد جانب آخر يعترف بالوجود الواقعي للشركة رغم وجود اساس قانوني بصحة التصرفات التي تقوم بها الشركة الفعلية قبل صدور الحكم ببطلانها وهذا ما تم عرضه من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في المضمون اعلاه.**

**– ضرورة وضع نظام خاص بالشركة الفعلية في القانون التجاري بإدراج فصل خاص ضمن قواعد البطلان في الشركات التجارية يسمى بالشركة الفعلية يتطرق من خلاله المشرع لحالات البطلان بأثر فوري والأثار المترتبة عنه والمتمثلة في صحة التعاملات في مواجهة الغير والسابقة للحكم بالبطلان، أي عدم رجعية البطلان.**

**الهوامش:**

[1] – رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي: الحقوق التجارية البرية، الشركات التجارية، مطبعة خالد بن الوليد، بدون بلد، 1991، ص 291.

[2] – محمد فتاحي: الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 100.

[3] – عبد القادر البقيرات: محاضرات في مادة القانون التجاري، الأعمال التجارية، المحل التجاري، الشركات التجارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007، ص 87.

[4] – تنص المادة 418 من القانون المدني بقولها: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلاّ كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه خلال العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلاّ من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

[5] – المادة 545 من القانون التجاري الكتابة الرسمية بقولها: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة "

[6] – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/20 قضية رقم 63999: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء ببطلان عقد الشركة إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

[7] – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/06/15 المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 414.

[8] – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2005/11/19 نشرة القضاء، عدد 59، ص 279.

[9] – عبد العزيز ميلود وأمال بوهنتالة: جزاء تخلف أركان عقد الشركة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، المجلد 1، جانفي 2017، ص 193.

[10] – تنص المادة 736 من القانون التجاري على: "يجوز للمحكمة أن تتولى النظر في الدعوى، أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان، ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى...".

[11] – تنص المادة 739 من القانون التجاري: "إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمه أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل 30 يوما، وإذا وقع التصحيح في هذا الأجل يجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يأمر من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء ".

[12] – عبد الحميد الشواربي: موسوعة الشركات التجارية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 490.

[13] – نسرين شريقي: الشركات التجارية، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 20.

[14] – مفلح عواد القضاة: الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، القاهرة، 1985، ص 255.

[15] – محمد فريد العريني: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر سنة 2010، ص 44.

[16] – سليم عبد الله أحمد الجبوري: الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 151.

[17] – ميلود بن عبد العزيز وأمال بوهنتالة: المرجع السابق، ص 192.

[18] – عبد الحميد الشواربي: موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 54.

[19] – خالد بن عفان: النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس الجزائر، 2016/2015، ص 75.

[20] – عبد القادر لبقيرات: المرجع السابق، ص 86.

[21] – رابح عليوة: مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية العدد 28، الجزائر، جوان 2011، ص 105.

[22] – هارون أوروان: إفلاس شركات الأشخاص وأثره على الأشخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 78.

[23] – المرجع نفسه، ص 135.

[24] – المادة 563 مكرر 9 من القانون التجاري (المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993).

[25] – المادة 590 من القانون التجاري الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

[26] – المادة 592 من القانون التجاري (المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

[27] – المادة 715 ثالثا الفقرة الثانية من القانون التجاري (المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

[28] – المادة 594 من القانون التجاري (المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993).

[29] – المادة 566 من القانون التجاري (القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015).

[30] – المادة 567 من القانون التجاري (القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015).

[31] – المادة 596 من القانون التجاري (القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015).

[32] –*J. Hémard: théorie et pratique nullités des sociétés et des sociétés de fait , paris 1926, 2éme édition, page 686.*

[33] – تنص المادة 445 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على أنه وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة فإن المحكمة تعين المصفى وتحدد طريقة التصفية بناء على كل من يهمه الأمر.

[34] – ناديا فوضيل: أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 55.

[35] – هذا ما نصت عليه المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

[36] – سميحة القليوبي: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، مصر، سنة 2011، ص 109.

[37] – رابح عليوة: المرجع السابق، ص 100.

[38] – حمزة سلام: الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009، ص 34.

[39] – عزيز العكيلي: الوسيط في الشركات التجارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 57.

[40] – نورة سعداني: ماهية الضرر الجماعي المترتب عن إفلاس المدينين، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد السادس، جوان 2015، ص 133.

[41] – أحمد محرز: أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، الشركات التجارية (الأحكام العامة)، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، سنة 1980، ص 93.

[42] – حكم محكمة مارسيليا التجارية الصادر في 22 أوت 1889، جريدة الشركات، فرنسا، سنة 1900، ص 80، ونادیا فوضيل: المرجع السابق، ص 55.

[43] – علي البارودي ومحمد السيد الفقي: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر)، سنة 2006، ص 303.