مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 - (العدد التسلسلي 28) - نوفمبر 2021 (ص ص: 223 - 236)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

تكريس مبدأ حماية الظاهر في الشركة (الشركة الفعلية نموذجا)

Establishing the Principle of Prima Facie in Company
(De Facto company as a Model)

ط. د بن سعيد خالد [1]
باحث دكتوراه – مخبر الدراسات القانونية المقارنة
جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة (الجزائر)
khaled.bensaid@univ-saida.dz

د. عثماني عبد الرحمان [2]
أستاذ محاضر
جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة (الجزائر)
otmani70droit@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
15 أفريل 2021	28 جوان 2021	02 نوفمبر 2021

الملخص:

إن التطور في التعاملات الاقتصادية، حتم على الدول سن قوانين تتماشى مع الظروف المتسارعة، حيث ظهر ما يسمى بالشركات التجارية التي تهدف إلى تحقيق الربح والاستقرار الاقتصادي والإجتماعي. ومنه نظم المشرع تكوين الشركات التجارية بناء على أسس وأركان صحيحة، حتى لا يتم الإخلال بها والطعن فيها بالبطلان، بل أكثر من ذلك ذهب لعدم ترتيب البطلان لآثاره بالنسبة للماضي بغية المحافظة على المراكز القانونية للشركاء وحماية للغير في الفترة من تكوين الشركة إلى الحكم ببطلانها، تجسيدا لمبدأ حماية الظاهر في الشركة، مما يسمح بوجود شركة فعلية لا قانونية .

الكلمات المفتاحية: حماية الظاهر – شركة فعلية – الغير– بطلان – تحول .

Abstract:

The rapid development of economic transactions compelled countries to legislate laws that are suited for the ever-changing circumstances of the economy. This has led to the emergence of commercial companies, which operate with the goal of profit and socio-economic stability. Legislators, therefore, devised the founding of commercial companies on sound principles and grounds, so that their validity would not be violated, nor will these companies be nullified. Furthermore, legislators have held nullification as a non-factor due to its past repercussions in order to preserve the legal status of the partners and protect others during the time between the founding of the company to the verdict on its nullification. This allows the principles of Prima Facie to materialize—which in turn allows the existence of illegal de facto corporations.

Keywords: *Prima Facie- De facto Corporation-Others- Nullity- Transformation.*

[1] المؤلف المرسل: ط. د بن سعيد خالد ـــــــــ ***Email: bensaidkhaled180@gmail.com***

مقدمة:

نظرا للتطورات الحاصلة في الحياة الاقتصادية والتجارية، ظهرت العديد من الشركات التجارية من أجل تحقيق الربح، حيث فرض القانون مجموعة من الأركان والشروط والشكليات لقيام الشركة صحيحة وخالية من العيوب والتي يجب احترامها وعدم الإخلال بها، حتى يتسنى للشركاء والغير التعامل معها، بناء على شكلها القانوني سواء أكانت شركة أموال أو أشخاص.

غير أنه في بعض الحالات تقوم الشركة مشوبة ببعض العيوب، أو يتم الإخلال بشروط تكوينها دون إتمام الإجراءات والشكليات اللازمة التي قد تؤدي لبطلانها، والمتمثلة في الأركان الموضوعية العامة والخاصة إلى جانب الأركان الشكلية، فتنشأ شركات تظهر للغير ويتعامل معها وكأنها شركات تجارية حقيقة معترف بها.

ومنه فأهمية الدراسة تظهر في تبيان ما جاء به المشرع والقضاء، حماية للأطراف والمتعاملين مع الشركة كالدائنين والشركاء والغير حسن النية، من خلال الاعتراف بما يسمى بالشركة الفعلية تطبيقا لمبدأ الظاهر، الذي يمكن من تسوية المراكز القانونية قبل الحكم والإعلان عن بطلان الشركة أو حلها، لتخلف ركن من أركانها، كتخلف ركن الشهر أو القيد، أو أي شرط من شروط قيامها، مما قد يسمح بتحولها لشركة قانونية، بهدف تحقيق العدالة وحفظ الحقوق والمراكز القانونية، بتخفيف الأضرار التي قد تنتج عن بطلان الشركة وتسبب ضررا للمتعاملين معها، لأنهم يرون أنها شركة صحيحة، وذلك من خلال الاعتراف بوجود شركة فعلية أوجدتها الظروف العملية بدخولها في تعاملات مع الغير.

ومما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما أساس نظرية الظاهر في قيام الشركة الفعلية ؟

ولتوضيح الدراسة تم اعتماد المنهج الوصفي، بالتعرض لأهمية مبدأ الظاهر في إقرار وجود الشركة الفعلية، وما مدى إمكانية تحولها لشركة قانونية، ومامدى إعمال تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في حالة الحكم ببطلانها، بالإضافة للمنهج التحليلي بتحليل بعض المواد القانونية والأحكام القضائية بخصوص الإخلال بأحد الأركان والشكليات اللازمة لتكوين الشركة وما يترتب عن ذلك من آثار تجاه الغير والمتعاملين مع الشركة.

ولمعالجة الموضوع تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول يتطرق للشركة الفعلية ونظرية الظاهر، من خلال الاعتراف بوجود الشركة الفعلية ونظرية حماية الظاهر ومدى إرتباطه بمبدأ حسن النية، أما المبحث الثاني فعالج إمكانية تحول الشركة الفعلية لشركة قانونية بالإضافة إلى استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة.

المبحث الأول: الشركة الفعلية ونظرية الظاهر

إن مفهوم الشركة الفعلية ظهر منذ القرن التاسع عشر، عندما أقر القضاء الفرنسي في سنة 1825 برفض محكمة باريس تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على الشركات التي نشأت دون كتابة أو شهر حماية للغير[1]، حيث تبنى المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية واعترف بها من خلال تطبيق مبدأ الظاهر في الشركة حماية للشركاء والغير والدائنين، وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث لمطلبين: الأول يتمثل في الاعتراف بالشركة الفعلية، أما الثاني فيعالج إمكانية تحول الشركة الفعلية لشركة قانونية.

المطلب الأول: الاعتراف بالشركة الفعلية

إن الاعتراف بوجود الشركة الفعلية حقيقة عملية لابد منه، لتحقيق الاستقرار في المراكز القانونية وضمانا لعنصر الثقة والإئتمان ودعما لفكرة الوضع الظاهر، الذي يوحي بأن الشركة صحيحة في تعاملاتها مع الغير، قبل أن يتم الطعن فيها بالبطلان، طبقا لمبدأ حسن النية، هذا ما يستدعي التطرق للوجود الفعلي للشركة الفعلية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيتناول تطبيق نظرية الظاهر ومبدأ حسن النية.

الفرع الأول: الوجود الفعلي للشركة الفعلية

يترتب على البطلان وفقا للقواعد العامة في القانون المدني رجعية البطلان، مما يعني إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بتطبيق الأثر الرجعي للبطلان.

وهذا على خلاف البطلان في الشركات التجارية الذي يسري عليه مبدأ عدم رجعية البطلان بالنسبة للماضي، بل تسري أحكامه على المستقبل فقط، مما يعزز وينشئ مركزا فعليا يتمثل في الشركة الفعلية،الذي يهدف إلى خلق تسوية للمعاملات والتصرفات التي قام بها الغير مع الشركة من فترة التكوين إلى الحكم ببطلانها، دون أن يكون لها أثر رجعي وإعدامها مستقبلا[2]، ومما سبق فإن الشركة الفعلية تقوم على المظهر خلافا للحقيقة، بغية إقرار وحماية التصرفات التي قام بها الغير حسن النية.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري يعترف ويقر بالشركة الفعلية من خلال العديد من المواد القانونية، لاسيما المادة 545[3] من القانون التجاري والتي تنص على:" تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

لايقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

حيث يستفاد من نص المادة أن المشرع يشترط الكتابة الرسمية للعقود التجارية، وكذا تمكين الغير من حق إثبات وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات مع عدم الإشارة للبطلان الرجعي.

أما بخصوص القضاء فنجد أنه يكرس حماية المظهر الخارجي ويعترف بالشركة الفعلية من خلال العديد من الاجتهادات القضائية، والتي من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في: 09-11-2005 والذي جاء فيه "أن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج أثرا إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة..."[4].

وكذلك القرار رقم 34400 المؤرخ في 15-06-1985[5] والذي جاء فيه "إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء، فكان على الطاعن أن يطلب كما فعل تصفية الحسابات وإرجاع ما قدمه من مصاريف في إنشاء الشركة، فإن المجلس القضائي لما قضى بإبطال دعوى الطاعن مع أن وجود الشركة الفعلية غير منازع فيه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 218 من القانون المدني، مما يترتب عليه قبول نعي الطاعن تأسيسا على مخالفة هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"، وعليه فالقضاء يعترف بقيام الشركة الفعلية في مواجهة الشركاء والغير،ونفس الحكم بالنسبة للقضاء الفرنسي الذي يعتبر الشركات الباطلة شركات غير نظامية لكنها شركات فعلية في الواقع يغيب فيها الأثر الرجعي للبطلان[6].

لذلك فقيام الشركة الفعلية يعتمد على اعتبارها شركة صحيحة في الفترة ما بين تكوينها إلى تاريخ الحكم ببطلانها[7]، بسبب تخلف عناصر تكوينها أو أحد شروطها الشكلية الناتجة عن الإخلال بركن الكتابة أو الشهر أو القيد، فالبطلان هنا نسبي يترتب عليه صحة المعاملات والتصرفات التي قامت بها الشركة قبل الغير حسن النية، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الشركاء أو الغير إلا من تاريخ طلبه[8].

الفرع الثاني: شروط الاعتراف بوجود الشركة الفعلية

حتى يتحقق الوجود الفعلي للشركة والاعتراف بها لابد من توفر مجموعة من الشروط تتمثل في:

أولا- توفر عناصر الشركة:

من رضا ومحل وسبب وكذا ركن تعدد الشركاء ونية الاشتراك وتقديم الحصص، وبالأحرى توفر الشروط الموضوعية العامة والخاصة[9]، فعند زيادة عدد الشركاء عن الحد الأدنى فالشركة صحيحة، ولا يمكن اعتبارها كذلك إذا نقص عن الحد الأدنى، فهنا لا إشكال في تطبيق أحكام الشركة الفعلية[10].

ثانيا- ممارسة نشاطات تجارية بعد تكوينها:

حتى يعتد بقيام الشركة وترتيب آثارها، لابد لها من أن تكون قد دخلت في تعاملات فعلية وأحدثت مراكز قانونية بالنسبة للغير[11]، وعليه إذا لم تدخل الشركة في تعاملاتها مع الغير فلا يمكن اعتبارها شركة فعلية ويطبق البطلان بأثر رجعي في هذه الحالة[12].

كما نجد أن القضاء المصري هو الآخر ذهب لتقرير نفس الحكم من خلال عدم إقرار الشركة الفعلية إذا لم تباشر أعمالها، ولا يطبق عليها البطلان بأثر رجعي ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء إلا من وقت طلب الشريك الحكم بالبطلان، وهذا ما أكدته المادة 507 من القانون المدني المصري[13]، ومن مظاهر أن الشركة باشرت نشاطا أن تكون دائنة أو مدينة[14].

ثالثا- أن يكون غرض الشركة مشروعا:

بمعنى أن الشركة الفعلية لا تقوم على مخالفة النظام العام لعدم مشروعية المحل (مثلا تجارة الأسلحة، المخدرات...) ففي هذه الحالة تكون الشركة باطلة ويسري عليها البطلان بأثر رجعي، وتنتفي عنها جميع الحقوق والالتزامات حتى بالنسبة للغير[15].

الفرع الثالث: أساس نظرية الشركة الفعلية

إن أساس نظرية الشركة الفعلية هو القضاء لاعترافه بالوقائع العملية والذي أقامها على مجوعة من الأسس تتمثل في:

أولا- حماية المظهر الخارجي الظاهر للغير والذي على أساسه تم عقد العقد وإبرام التصرفات، لأنها تظهر له في شكل صحيح، مما يستوجب حماية مركزه وعدم التأثير على تعاملاته من فترة تكوين الشركة إلى الحكم ببطلانها.

ثانيا- يقوم الأساس الثاني على اعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة التي يأخذ تنفيذها وقتا، فإذا أبطلت انصرف أثر البطلان إلى المستقبل دون الماضي الذي يبقى فيه العقد صحيحا اعتبارا للوجود الفعلي وليس القانوني[16].

ومما سبق يمكن تعريف الشركة الفعلية على أنها: "الشركة التي تؤسس من الناحية الفعلية وتمارس نشاطات تجارية مع الغير، كإبرام العقود على أن يكون غرضها مشروعا ثم لحقها طعن بالبطلان من قبل الشركاء أو الغير لعيب يلحق العقد في الكتابة أو الشهر، وحماية لأصحاب الحقوق والمتعاملين معها وجب تصفية المراكز القانونية من تاريخ تكوينها وقبل انقضائها بالحكم ببطلانها"[17].

المطلب الثاني: تطبيق نظرية الوضع الظاهر ومبدأ حسن النية

نجد أن المشرع الفرنسي كان سباقا للاعتراف بمبدأ حسن النية لدى الغير، نظرا لما تقتضيه ضرورات المجتمع وحماية الأوضاع الظاهرة[18].

ومنه فإن تطبيق القواعد القانونية على أرض الواقع قد يستجيب مع الظروف المحيطة بالغير، مما يؤثر على حقه، حيث يمتد تأصيل هذه النظرية للقضاء الفرنسي الذي إعتمد على مبدأ التحقق من القواعد القانونية ومدى مطابقتها للواقع[19].

الفرع الأول: تحديد مصطلح الظاهر

يمكن تعريف الظاهر على أنه: ذلك الوضع المحسوس المخالف للحقيقة والذي يوهم الغير[20] بأن مركزه يحميه القانون[21].

ويمكن تعريفه كذلك على أنه: الغالب أو البارز أو المحسوس الذي تدركه الحواس وعكسه الباطن، غير أن المقصود في هذه الدراسة هو الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة[22].

نجد أن المشرع الجزائري اعتمد وجسد هذا المبدأ –حماية الوضع الظاهر للشركة– من خلال المادة 418-2[23] من القانون المدني والتي تنص على: "غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

وهذا ما أكده القضاء من خلال القرار رقم 34400 المؤرخ في 15-06-1985[24]، وكذلك ما نصت عليه المادة 549[25] من القانون التجاري: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم...".

حيث يستفاد من هذا النص أنه يمكن التزام الشركاء بما تعهدت به الشركة من إلتزامات قبل تأسيس الشركة، مما يعني أن التزامها تم تقريره على أساس تكوينها الفعلي الظاهر للغير وليس القانوني[26].

أما بالنسبة للقضاء المصري هو الآخر اعترف بقيام الشركة الفعلية واعتبرها قائمة من فترة تكوينها إلى الحكم ببطلانها، مستندين في ذلك إلى فكرة حماية الوضع الظاهر واستقرار المراكز القانونية التي نشأت فعلا[27]، هذا ما جعل الغير حسن النية يتعامل معها باعتباره غير عالم بسبب البطلان الخفي[28].

ومنه فسيئ النية لا يستفيد من أحكام حماية الظاهر للشركة الفعلية، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا مفهوم سيء النية على خلاف المشرع المصري الذي عرف سيء النية في المادة 58 من القانون رقم 159 لسنة 1981 المعدل والمتمم بقولها: "هو الذي لديه العلم بالفعل أو كان بمقدوره أن يعلم به بحسب موقعه من الشركة أو علاقته بها وكان علمه منصبا على أوجه النقص أو العيب في التصرف المراد التمسك به في مواجهة الشركة"[29].

ومن تطبيقات نظرية الظاهر ما جاء به القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض بوجود الشركة التجارية تأسيسا على نظرية الظاهر، بإلزام الشركاء بتسديد كل ما قاموا بالتعهد به تجاه الغير، على أساس أنهم ظهروا بمظهر الشركاء وتعاملوا مع الغير بصفتهم شركاء رغم أن الشركة لم تتمتع بالشخصية المعنوية لا يعفي من تعاملوا معها على أساس وجودها القانوني من مسؤولياتهم تجاه الغير[30].

بناء على ما تقدم فالشركة الفعلية هي شركة ظاهرة لها مظهر خارجي وشخصية معنوية وذمة مالية واسم وعنوان وموطن وجنسية وتقوم بمعاملات مع الشركاء والغير[31].

الفرع الثاني: أركان الوضع الظاهر وعناصره

أولا – أركان الوضع الظاهر:

وله ركنان مادي ومعنوي نتناولهما فيما يلي:

1– الركن المادي: ويتمثل في المظهر الخارجي الفعلي لصاحب الوضع الظاهر، الذي يحتل مركزا قانونيا وتكون فيه صفات المظاهر الخادعة[32]، مما يجعله كأساس للاعتراف بتصرفات الغير تجاه صاحب المظهر[33]، مما يعني أن هذا الأخير محاط بعدة عوامل وعناصر تجعل منه صاحب المركز الحقيقي[34].

2– الركن المعنوي: ويتمثل في حسن نية الغير في التعامل مع صاحب الوضع الظاهر على أنه صاحب مركز قانوني حقيقي[35]، وهناك من يشترط أن يكون حسن النية مبررا أو معقولا[36]، غير أن حسن النية لدى الغير لا يكفي، بل لابد أن يشيع الغلط لدى الكافة بشأن المركز الحقيقي لصاحب الوضع الظاهر، أي يشترط هنا عدم تقصير الغير في معرفة الحقيقة[37].

ثانيا– عناصر الوضع الظاهر:

وتتمثل هذه العناصر فيما يلي:

1– وجود شيء مخفي، أي الحقيقة المخفاة عن الغير فلو علمها ربما لم يتعاقد مع الشركة، وأنه أقبل على التعاقد معها بحسن نيته، والقاضي هو الذي يتاكد من هذا العنصر[38]

2– عنصر الظاهر ويتحقق بوجود أي شيء يدل على قيام الشركة وتكوينها، حيث تم تطور هذا العنصر ليشمل وجود خطأ مشترك بين المتعاقدين، مما يجسد مبدأ حسن النية في المعاملات، لأن الغير لجأ للتعاقد معها قبل الطعن ببطلانها اطمأن لظاهر الوضع معتقدا أنها شركة صحيحة[39].

وهذا ما جاء به القضاء الفرنسي وسرعان ما تم التنازل عن الأخذ بهذا العنصر، بحجة أن الخطأ يمكن أن يقع من شخص واحد رغم تصوره أنه مشروع، بعد اتخاذ كل الإجراءات اللازمة للاطلاع على وضع الشركة، إلا أنه تصور له عكس حقيقتها وبالتالي تم تأسيس نظرية الظاهر على فكرة الغلط الشائع[40].

الفرع الثالث: الهدف من تطبيق نظرية الظاهر

إن الهدف من تطبيق مبدأ حماية الظاهر هو حماية حقوق الغير[41]، من خلال الاعتراف بوجود الشركة بتثبيت المراكز القانونية وتحقيق الاستقرار في المعاملات ودعما للثقة في التصرفات التجارية، حيث تعتبر تصرفات الشركة الظاهرة حالة واقعية ولكنها بخلاف الوضع القانوني الصحيح الذي يكون مستترا تحت شكل قانوني يظهر صحيحا في الظاهر[42].

وعليه فإن القضاء والفقه استقرا على الاعتراف بالمراكز الفعلية، بصحة التعاملات والتصرفات الناشئة في الشركة من تاريخ تكوينها إلى غاية الحكم ببطلانها على أساس الوجود الفعلي لها حماية للغير حسن النية، الذي تعامل مع الشركة استنادا لمركزها القائم على بعض المظاهر الكاذبة، وبالتالي صحة التصرفات في حقه[43].

لذلك فإن الشركة الفعلية تعد أهم تطبيق لنظرية الوضع الظاهر، التي تقوم على مخالفة الحقيقة مراعاة للمظهر الخارجي للشركة، وتجسيدا لحماية الغير حسن النية في التصرفات والمعاملات التي أبرمها معها، وحتى الشريك في حالة إثبات الشركة دعما لعنصر الاستقرار والثقة[44].

المبحث الثاني: تحول الشركة الفعلية ومبدأ رجعية البطلان

إن تطبيق نظرية الظاهر على الشركة وما ينتج عنه من اعتراف بالشركة الفعلية، الذي بدوره قد يسمح لها بالتحول لشركة قانونية، إذا ما توفرت أركان وشروط معينة وعدم طلب الإبطال من قبل الغير أو الشركاء أو الدائنين، ومنه سيتم التطرق للشركة الفعلية ونظرية تحول العقد في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيتناول استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة.

المطلب الأول: الشركة الفعلية ونظرية تحول العقد

يمكن أن يتحول العقد الباطل إذا ما توفرت فيه مجموعة من الشروط والشكليات في العقد الصحيح مع اتجاه الأطراف لإبرامه إلى عقد صحيح، مما يعدم العقد الباطل، أما في عقد الشركة الفعلية فيمكن أن يتحول العقد المعيب لعقد شركة قانوني حماية لحقوق الغير وتدعيما لعنصر الثقة في المعاملات.

الفرع الأول: تحول العقد

تقول القاعدة الشرعية (إعمال الكلام أولى من إهماله) ويعبر عنها الباحثين المعاصرين بصيغة (إعمال الكلام خير من إهماله)[45] ومعنى القاعدة " أن الأصل وجوب إعمال كل كلام صادر من الشارع مما نص عليه الكتاب والسنة،فإنه ماجاء إلا ليعمل به وما صدر إلا لمعنى

مقصود للمكلفين لتطبيقه وامتثاله، مما يعني حمله على أقرب المعاني وأظهرها وما يحتمله اللفظ من الوجوه"، ككلام المكلفين فإنه يعمل ولا يهمل، بحمله على المعاني الظاهرة المباشرة[46].

أما المعنى العام فيتمثل في أن إعمال الكلام إعطاؤه حكما شرعيا، وإهماله عدم ترتيب آثار ونتيجة عليه، فالقاعدة تقضي أن المسلم العاقل يحفظ كلامه ويصرف عن الإلغاء ما أمكن،بأن يراعى الجانب المؤدي لتصحيح كلامه، أي أن حمل كلام العاقل على الصحة واجب فلا يهمل ما أمكن استعماله في معنى يناسبه[47].

وتطبيقا لذلك فإنه إن كان العمل أو التصرف القانوني يصلح لأن يشكل عملا قانونيا آخر، فلا مانع من الأخذ به[48]، وهذا ما يتضح من نص المادة 105 من القانون المدني: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا، باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ".

ونستنتج من النص السابق أنه حتي يعتد بالتحويل لابد من توفر عدة شروط: -أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

- توافر عناصر العقد الجديد في العقد الباطل أو القابل للإبطال.
- انصراف نية المتعاقدين لإبرام العقد الجديد.

وعليه نجد أن هناك تباين ما بين عقد الشركة الفعلية وتحول العقد، ففي عقد الشركة الفعلية يبقى العقد قائما على عكس تحول العقد طبقا للقواعد العامة فيمكن تحويل العقد الباطل لعقد آخر، وكذلك فإن تحول العقد لا يعتد بأي ركن من أركانه عكس عقد الشركة الفعلية فيتوفر على مجموعة من الأركان الموضوعية العامة والخاصة مع الإخلال بأحد الأركان الشكلية مما يجعل العقد معيبا، وبالتالي فهما يختلفان رغم إمكانية التصحيح في كلتا الحالتين[49].

ومنه إذا ما تم التحويل فإن العقد الجديد يرتب جميع أثاره، بحيث يصبح العقد الباطل الأصلي او القابل للابطال منعدما ويحول الى عقد صحيح[50]، مما يترتب عليه تغيير الشركة لنظامها وهياكلها الإدارية، كما لا يجوز في حالة التحويل الإخلال بالحقوق السابقة ولا بد من الالتزام بها، مما ينتج عنه عدم تغير وضعية الدائنين القانونية في حالة التحويل، كما تبقى نفس حسابات الشركة دون الحاجة لإنشاء حسابات جديدة[51].

الفرع الثاني: تحول الشركة الفعلية لشركة قانونية

حتى لا يتم إبطال الشركة أو حلها، فإنه يمكن تحول الشركة من شركة معيبة قابلة للابطال إلى شكل قانوني صحيح في بعض الأحيان، ليتلاءم مع الظروف المحيطة به، حيث

تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية مع نشوء شخص معنوي في شكل جديد، والهدف من ذلك الحفاظ على استقرار الشركة وحماية للغير[52].

كما نجد من أسباب التحويل، البطلان بسبب عدم تقديم الحصص حيث يمكن تصحيحه بقيام الشريك بتقديم حصته، ويترتب على ذلك تحويل الشركة الفعلية لشركة قانونية[53]، والهدف من ذلك تفادي ضياع حقوق الغير لاسيما حسن النية من خلال رفع دعوى بطلان الشركة، حيث أجاز القانون تحول الشركة الفعلية لشركة قانونية ضمانا للاستمرار وتعزيزا لعنصر الثقة، لذلك فالشركة الفعلية على الرغم من بطلانها ووجودها الفعلي تبقى قائمة وكأنها شركة قانونية قبل أن يتم الطعن فيها من قبل أحد الشركاء أو الغير، والتحويل في الشركة قد يكون من الأطراف أو الشركاء أو من له مصلحة وقد يكون بانقضاء المدة[54].

فالمشرع الجزائري نص على تحويل الشركة في القانون التجاري[55]، حيث أجاز تحول شركة المساهمة إلى شركة أخرى، حيث يتخذ قرار التحويل بناء على تقرير مندوبي الحسابات، كما يمكن لشركة التضامن أن تتحول بناء على موافقة كل الشركاء[56].

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية

تحظى حماية الغير من قبل المشرع الجزائري بأهمية بالغة، ويتضح ذلك من خلال ما نصت عليه المواد 549[57] من القانون التجاري والمادة 417 -2[58] من القانون المدني والتي بموجبها تم منح ضمانات للغير حماية لحقوقه واستقرار معاملاته حتى قبل قيد الشركة في السجل التجاري وإكتسابها للشخصية المعنوية[59]، مما يترتب عليه ظهور شركة فعلية تجسد من خلالها مبدأ الوضع الظاهر في الشركة، بعدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان.

والعلة من ذلك أن المشرع أجاز إعادة ترتيب وتصحيح الوضع الذي شابه البطلان في بعض الحالات، حفاظا على قيام الشركة وتثبيتا للمراكز القانونية للشركاء والغير حسن النية، بهدف زيادة الثقة والاستقرار في المعاملات التجارية والاقتصادية[60].

وهذا خلافا للقواعد العامة التي تقضي برجعية أحكام البطلان للماضي، مما قد يعدم كامل التصرفات والمعاملات التي قامت بها الشركة تطبيقا لنص المادة 103 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بإرجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها في حالة بطلان العقد أو إبطاله، ومنه فالشركة الفعلية تبقى من الناحية الفعلية ولا يسري عليها الأثر الرجعي للبطلان حفاظا على المراكز القانونية التي تم إنشاؤها من فترة التكوين إلى الحكم ببطلانها، مما يزيد الثقة في المعاملات والاستقرار في الحياة التجارية[61].

ونفس الحكم جاء به المشرع المصري بخصوص البطلان حيث نص في المادة 142 من القانون المدني بعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما قضى بعدم رجعية

البطلان بالنسبة للغير، مع عدم الدفع به في حالة بطلان عقد الشركة لعدم الكتابة تطبيقا لنص المادة 507 من القانون المدني، بالإضافة ما نص عليه في المادة 53 من القانون التجاري بعدم جواز الاحتجاج بالبطلان في حالة عدم شهر عقد الشركة وهو ما استقر عليه القضاء على اعتبار أن آثار البطلان تنصرف للمستقبل في حالة الحكم ببطلانها دون أن يكون له أثر رجعي، لاعتبار أن هناك شركة كانت قائمة فعلا[62].

خاتمة:

إن مبدأ الوضع الظاهر يجسد فعلا نظرية الشركة الفعلية، لما يوفره من حماية للغير حسن النية، لأنه يعطي للشركة صبغة فعلية لا قانونية، بغية تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية وتدعيما لعنصر الثقة في التصرفات والتعاملات التجارية، حيث توصلنا من خلال الدراسة لعدة نتائج تتمثل في:

- تعد الشركة الفعلية كأداة للحد من آثار تطبيق الأثر الرجعي للبطلان الذي قد يعدم الشركة ويمحو كل المراكز القانونية.
- مبدأ الوضع الظاهر يجسد فعلا نظرية الشركة الفعلية لأنه يعطي للشركة صبغة فعلية لا قانونية.
- نظرية الظاهر تطبق على مركز تم تصوره لحماية الغير حسن النية رغم مخالفتها للحقيقة.
- مبدأ الوضع الظاهر يعد كأساس لحماية الغير.
- نظرية الشركة الفعلية حققت استقرارا في المعاملات التجارية قبل الحكم ببطلانها في الفترة من تكوينها إلى غاية الحكم ببطلانها أو إبطالها مما يعزز حماية المراكز القانونية.
- إن الهدف من تحول الشركة إلى شركة قانونية هو المحافظة على وجود الشركة حماية للمتعاملين معها.
- عدم إعمال نظرية الشركة الفعلية في حالة البطلان المطلق.
- الخروج عن القواعد العامة بعدم سريان البطلان بأثر رجعي ضمانا للحقوق المكتسبة قبل الحكم ببطلان الشركة.

ومما سبق نقترح ما يلي:

- تخصيص قسم للبطلان الناتج عن الشركة الفعلية في القانون التجاري.
- تحديد مفهوم الغير سيء النية وعدم فتح المجال للغير حسن النية للتقليص من مبدأ حماية الظاهر.
- تفعيل الأحكام القضائية والفقهية بشأن الشركة الفعلية وتجسيدها في شكل نصوص قانونية.

الهوامش:

[1] – سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 38.

[2] – قحموص نوال، الوجود القانوني للشركة الفعلية حماية للغير واستقرار المراكز القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر، المجلد 13، العدد 1 (العدد التسلسلي 26)، مارس 2021، ص 401.

[3] – المادة 545 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 26–سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 101، المؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

[4] – القرار المؤرخ في 19–05–2005، نشرة القضاء، عدد 59، ص 279.

[5] – المجلة القضائية، 1989، العدد 4، ص 141.

[6] - *Isabbele robert cadet , Les Nullités en Droit Des Sociétés, thèse en vu de l'obtention du doctorat en droit, université Molin Lyon 3,2000,p 376.*

[7] – عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 100.

[8] – زايدي خالد، القواعد الأساسية في الشركات التجارية، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 93.

[9] – سلام حمزة، الشركات التجارية، الجزء 1، الطبعة2018، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 194.

[10] – زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017/2016، ص 107.

[11] – عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 99.

[12] – سلام حمزة، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 164.

[13] – سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة –مصر، 2018، ص 93.

[14] – بلال عطية حسين فرج الله، بطلان الشركات التجارية –دراسة مقارنة –، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 242.

[15] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص ص 109–110.

[16] – سالم خلف أبو قاعود، تأسيس الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 144.

[17] – زايدي خالد، القواعد الأساسية في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 95.

[18] – مجدي محمدين منصور، مدى مسؤولية مجلس الشركة المساهمة في حماية الغير حسن النية –دراسة مقارنة، الطبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2019، ص 40–41.

[19] - *ALAIN benabeut ,Droit Civil ,3eme édition ,Mont christien ,paris , p 106.*

[20] – الغير بالمفهوم الواسع هو: "كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة كل من الزبائن والموردين وكل مؤجر ومستأجر لعقارات أو منقولات، كما يعتبر العمال من دائني الشركات التجارية بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار"، أنظر: مجدي محمدين منصور، المرجع السابق، ص 253.

[21] – إيمان خليل، الغير في العقود، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2018–2019، ص 178.

[22] – مجدي محمدين منصور، المرجع السابق، ص 151.

[23] – المادة 418-2 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[24] – القرار رقم 34400 المؤرخ في 15-06-1989، المجلة القضائية، 1989، عدد، 4، ص 141، أنظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية والبحرية، الجزء الأول، الطبعة 1، إصدار منشورات كليك، المحمدية – الجزائر، 2013 ص 211 وما يليها.

[25] – المادة 545 من الأمر رقم 75-59،المرجع السابق.

[26] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 94.

[27] – سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 92.

[28] – مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية – مصر، 2005، ص 49.

[29] – عبد الفتاح مراد، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفتح للتجليد الفني، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص 486.

[30] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 92.

[31] – زايدي خالد، أحكام الشركات التجارية، الطبعة 2018، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 54.

[32] – إيمان خليل، المرجع سابق، ص 179.

[33] – إيمان خليل، المرجع سابق، ص 186.

[34] – مجدي محمدين منصور، المرجع السابق، ص 168.

[35] – إيمان خليل، المرجع السابق، ص 180.

[36] – عروبة شافي عطر المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة عن التعاقد، رسالة ماجستير في القانون المدني، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2008، ص 117.

[37] – مجدي محمدين منصور، المرجع السابق، ص 169.

[38] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 92.

[39] – بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 110.

[40] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 94-95.

[41] – المادة 742 من القانون التجاري، والتي تنص على "لا يجوز للشركة ولا الشركاء الإحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية...".

[42] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 90.

[43] – مجدي محمدين منصور، المرجع السابق، ص 156-157.

[44] – زكري إيمان، المرجع السابق، ص 91.

[45] – عبد العزيز بن محمد بن ابراهيم العويد، إعمال الكلام أولى من إهماله تأصيلا وتقعيدا، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض – السعودية،2017، ص 15.

[46] – المرجع نفسه، ص 19.

[47]- الشيخ محمود مصطفى عبود هرموش، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول،الطبعة الأولى،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت –لبنان، 1987، ص 50.

[48]- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية –مصر، 2008، ص 50.

[49]- زكري إيمان، المرجع السابق، ص 100.

[50]- على فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)،الطبعة الثالثة 2013، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 365.

[51]-زكري إيمان، المرجع السابق، ص 394-395.

[52]- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 513.

[53]- سليم عبد الله احمد الجبوري، المرجع السابق، ص 206.

[54]- التحويل هنا يقصد به تحول شركة فعلية أوجدها الواقع تطبيقا لحماية الظاهر، أي هي تلك الشركة التي شابها عيب أو إخلال بالشروط الشكلية كالكتابة أو الشهر وأوجدها القضاء حماية للغير حسن النية، أما التحويل القانوني فهو "التغيير القانوني لشكل الشركة " أو هو "المرور من شكل شركة إلى شكل شركة أخرى " –انظر: عزالدين بنستي، الشركات التجارية، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2018.ص 160.

[55]-المواد من 715 مكر 14 إلى 715 مكرر 17 من القانون التجاري الجزائري.

[56]-زايدي خالد، أحكام شركات الأموال، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

[57]- المادة 549 من القانون التجاري، والتي تنص على:"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم،...".

[58]- المادة 417-2 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[59]- كمال بقدار، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العراق، المجلد 2، العدد 28، السنة (7) 2015، ص 164.

[60]- زكري إيمان، المرجع السابق، ص 120-121.

[61]- قحموص نوال، المرجع السابق، ص 402 وما يليها.

[62]- بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 108.