

مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في
القانون الجزائري

رابح عليوة
كلية الحقوق
جامعة باجي مختار- عنابة

ملخص

حدد المشرع الأركان التي تقوم عليها الشركة، لتصبح في نظر القانون صحيحة، ونظامية. فهذه الأركان هي الأركان الموضوعية العامة، والأركان الموضوعية الخاصة، و الأركان الشكلية ورتب القانون على الإخلال بأحد هذه الأركان بطلان هذه الشركة. و هذا البطلان إما أن يكون بطلانا متعلقا بالنظام العام، أو بطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة، وذلك تبعا لأهمية الركن الذي يقع عليه الإخلال. إلا أن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة من الأمور الصعبة، لما يثيره من مشاكل متعددة بسبب ظهور الشركة على السطح القانوني ودخولها في معاملات مع الغير مما يستوجب تصفية المراكز القانونية المترتبة ولا يكون ذلك إلا إذا سلمنا بأن الشركة صحيحة تنتج نفس اثار الشركة القانونية .

Résumé

Le législateur a défini les éléments du contrat de société dans l'article 416 du code civil. IL ressort de ce texte que pour qu'une société soit légalement constituée, elle doit obéir à des conditions de validité propres à tous les contrats et à des conditions spécifiques au contrat de société (conditions de fond et de forme). La non-conformité de la société aux conditions légales est sanctionnée par la nullité. Cette nullité peut être absolue ou relative, eu égard à la condition visée par la nullité. Or l'application de la nullité de la société avec effet rétroactif peut avoir des conséquences fâcheuses pour les tiers qui ont contracté avec la société durant son existence. L'application de la notion de société de fait par la jurisprudence, permet la reconnaissance de la société pour les besoins de la liquidation.

المقدمة

إن البحث في مضمون الشركة الفعلية، من شأنه التمييز بين الشركة القانونية المستوفية لجميع الأركان التي يتطلبها القانون في جميع الشركات عامة والشركات التجارية خاصة والتي تنشأ بصورة غير نظامية ويعترف لها بالوجود الواقعي كما يحتفظ لها بالمراكز القانونية المترتبة عن قيامها بنشاطها .
فمن البديهي أن بطلان الشركة السابق على ممارستها للنشاط الذي قامت من أجله، لا يثير إشكالات جدية، إذ يعود الشركاء

إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد أصلا، ويتحمل المؤسسون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم.

و على العكس قد تظهر بعض الصعاب و المشاكل إذ ما قرر البطلان بعد قيام الشركة، ودخولها مع الغير في معاملات قانونية. إذ انه 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 الجزائري بقولها: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

إلا أن تطبيق هذه القاعدة على الشركة من شأنه ان يتعارض وتطبيق قاعدة أخرى تتمثل في ضرورة حماية مصلحة الغير الذي دخل في معاملات مع الشخص المعنوي. فحفاظا على إستقرار المعاملات، و المراكز القانونية التي ترتبت، تبقى الشركة صحيحة خلال هذه الفترة، ولهذا لجأ القضاء في النصف الأول من القرن التاسع عشر إلى حيلة قانونية وجدت صدق لدى الفقه وأطلق عليها في بادئ الأمر شيوع الواقع communauté de fait أو جمعية الواقع association de fait ثم شركة الواقع société de fait وما تضمنه هذه الحيلة أنه متى تقرر بطلان الشركة فإنه يعدم العقد والشخص المعنوي في المستقبل فقط فيما بين الشركاء وفي مواجهة الغير، إلا أنه بالنسبة للماضي تعتبر الشركة قائمة لحين تصفيتها، أي أن أثر البطلان لا يمتد إلى الماضي وبمعنى آخر لا يمتد اثر البطلان إلى الماضي ليمحو حياة الشركة والشخص المعنوي. ولا يكاد أن يفلت من هذه الحيلة إلا بعض الشركات التي لا تكتسب الشخصية المعنوية، ولا تقوم لها قائمة إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري كما انه لا مجال لتطبيق نظرية الواقع بالنسبة لحالات البطلان المتعلقة بالنظام العام.

و لذلك سنتناول هذا الموضوع من خلال النقاط التالية:

مفهوم الشركة الفعلية، ومجال تطبيقها، والآثار المترتبة عليها بالنسبة للشركة، بالنسبة للشركاء، وبالنسبة للغير

المطلب الأول: مفهوم الشركة الفعلية ومجال تطبيقها

أولاً: مفهوم الشركة الفعلية

يرتبط مفهوم الشركة الفعلية بمفهوم الشركة القانونية، وما تمتاز به الأولى من مخالفة لأحكام قانون الشركة و عناصرها.

وقد تنوعت مفاهيم الشركة الفعلية، وصورها بسبب تعدد أسباب بطلان الشركة .

لذا سنتناول عناصر الشركة الفعلية وفقاً للتقسيم التالي:

أ- إجتماع أركان الشركة

تعتبر الشركة قانونية متى كان إنشاؤها مطابقاً للقانون ولقد نصت المادة 416 من القانون المدني على: "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان واعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذو منفعة مشتركة كما يتحمل كل منهما الخسائر التي قد تتجر على ذلك".

ومن خلال هذه النصوص، تتأكد الفكرة التعاقدية للشركة، فيلزم لوجود وصحة هذا العقد، أن تتوفر الأركان الموضوعية العامة اللازمة لكل العقود، و الأركان الموضوعية الخاصة، ويضاف إلى ذلك وجوب توافر أركان شكلية معينة نص عليها القانون: كالكتابة والشهر¹.

ب- مخالفة الشركة الفعلية لأحكام القانون

حدد القانون، كما سبق ذكره أركان الشركة، لتصبح في نظر القانون صحيحة ونظامية، ويترتب على الإخلال بأحد هذه الأركان، بطلان هذه الشركة. وهذا البطلان، إما أن يكون متعلقاً بالنظام العام، أو بطلاناً متعلقاً بالمصلحة الخاصة²، وذلك تبعاً لأهمية الركن الذي يقع عليه الإخلال.

فمن البديهي أن بطلان الشركة السابق على ممارستها للنشاط الذي قامت من أجله لا يثير إشكالا، إذ يعود الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد أصلاً.

و على العكس من ذلك تبدو الصعاب والمشاكل إذا ما قرر البطلان بعد قيام الشركة بنشاطها ودخولها مع الغير في معاملات قانونية. إذ من المقرر وطبقاً للقواعد العامة لنظرية البطلان: متى بطل العقد ارتد البطلان إلى الماضي بأثر رجعي.

إن أعمال هذه القاعدة على بطلان الشركة يتناقض مع قاعدة أخرى، وهي ضرورة حماية مصلحة الغير الذي دخل في معاملات مع الشركة. فحفاظا على استقرار المعاملات، والمراكز القانونية التي ترتبت، تبقى الشركة صحيحة خلال هذه الفترة تطبيقا لنظرية الشركة الفعلية³.

ج- ضرورة المظهر العام للشركة الفعلية

يرى الجانب الغالب من الفقه، إسناد نظرية الشركة الفعلية إلى فكرة المظهر، حتى يتم إقرار المعاملات التي تمت مع الغير خصوصا إذ كان حسن النية⁴. فدواعي الاستقرار تقتضي أعمال المظهر الجدي رغم مخالفته للحقيقة واعتباره منتجا لنفس الآثار التي كان يمكن أن تنشأ عنه لو كان صحيحا مطابقا للقانون. وعليه فإن تبرير آثار الشركة الفعلية، بالنسبة للغير، يمكن رده إلى فكرة المظهر. إذ أن الأمر الذي تعني به نظرية المظهر، إنما هو حماية الغير حسن النية، الذي وثق بمظهر خاطئ للرجل العادي والوسيلة الفنية لهذه الحماية هي الاعتراف للمظهر غير الصحيح، والقدرة على توليد نفس الآثار التي كان يمكن أن تتولد عنه لو كان صحيحا ومطابقا للحقيقة القانونية للغير.

ثانيا: مجال تطبيق الشركة الفعلية

أ- تطبيقات الشركة الفعلية في حالات البطلان

1- قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عيب في رضا احد الشركاء

لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية متى انعدمت الإرادة، و لا يمكن أن نوصف الشخص الذي انعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة .

أما إذ شاب إرادة احد الشركاء عيب من عيوب الرضا، فإن ذلك يؤثر على التزام هذا لشريك دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الشركة إذ أن مصلحة باقي الشركاء تقتضي الإبقاء على العلاقة بينهم⁵.

2- قيام الشركة الفعلية بسبب نقص الأهلية

لا يؤثر نقص أهلية احد الشركاء في كيان الشركات خلافا للقواعد العامة بل يؤثر على التزام الشريك فقط⁶.

3- قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عدم كتابة عقدها⁷

لما كانت المادة 418 من القانون المدني تنص على بطلان عقد الشركة إذا لم يكن مكتوبا، إلا أنه لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير حسن النية، ولا يكون له اثر فيما بينهم إلا من وقت طلبه من أحدهم، وعليه يترتب على هذا البطلان قيام شركة فعلية.

ب- تطبيقات الشركة الفعلية في غير حالات البطلان

توجد إلى جانب الحالات التي سبق ذكرها حالات أخرى قرر القضاء فيها وجود شركة فعلية، دون أن تتضمن أحكامها الحكم بالبطلان وقد استدلت القضاء على وجودها من سلوك أطرافها وتتمثل هذه الحالات في الشركة التي لم تقيد في السجل التجاري، كذا الشركة التي تستمر في نشاطها بعد الحكم عليها أو فسخها باعتبارها شركة قانونية.⁸

قد يلجأ الأفراد إلى هذا النوع من الشركات، لإخفاء علاقة سرية، أو غير مشروعة.

المطلب الثاني: أثار تطبيق نظرية الشركة الفعلية

إن الحكم ببطلان الشركة، كما سبق الإشارة إليه، يجب تفسيره بعيدا، عن مفهوم البطلان، طبقا للنظرية العامة، لأن البطلان في هذه الحالة يمس إلا المستقبل.⁹ وعلى هذا الأساس، ذهب البعض إلى اعتبار البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة لا ينتج أثاره إلا من تاريخ النطق به، و يسري على المستقبل فقط.⁹ أما بالنسبة للماضي فيعتبر العقد صحيحا، و الشخص المعنوي موجودا مما يترتب على هذا الوجود، صحة التصرفات و العقود التي قامت بها الشركة. وسنتناول فيما يلي بحث استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان، ثم تصفية الشركة و قسمتها وفقا للتقسيم التالي.

أولا: استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان

ثانيا : تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

أ-: استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان.

أولا: إن استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة يترتب عليه أثار على قدر كبير من الأهمية سواء بالنسبة للشركاء في علاقاتهم بعضهم لبعض، أو بالنسبة للغير، أو بالنسبة للشركة

و لنعرض فيما يلي هذه الآثار و أساسها القانوني لكل من الشركاء، و غير الشركاء، و الشركة

1-المقصود من استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركاء: يؤدي تطبيق نظرية الشركة الفعلية بالنسبة للشركاء، إلى استرداد كل شريك حصته، بعد مساهماته في الأرباح أو الخسائر إن وجدت.¹⁰

غير أن الفقه اختلف حول الطريقة التي يتم توزيع الربح أو الخسارة بين الشركاء -أ- يرى البعض، أن يتم توزيع الأرباح أو الخسائر، طبقا لما نص عليه العقد التأسيسي للشركة، و قد تبنى المشرع الفرنسي، و المصري، و الجزائري، هذا المبدأ.¹¹

كما استقر القضاء في أحكامه العديدة، على ما جاء به العقد التأسيسي للشركة في علاقات الشركة و الشركاء فيما بينهم.¹²

-ب- ويرى البعض الآخر، تطبيق نصوص القانون، الخاصة بتوزيع الأرباح والخسائر، عند عدم اتفاق الشركاء، أي أن يتم التوزيع بالتساوي، كل بحسب الحصة المقدمة.¹³

و الرأي المختار، هو الذي يستبعد نصوص العقد،و كذلك أحكام القانون، وعليه أن يتم التوزيع على أساس من العدالة، بأن يترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية، في حالة البطلان و منه إتمام الشركة لإجراءات التأسيس.¹⁴

2-أساس استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركاء. يصعب الاتجاه إلى فكرة الوضع الظاهر لتفسير الحلول التي تقرها نظرية الشركة الفعلية، لأن ما تقصده نظرية المظهر، هو حماية الغير على حسن النية الذي وثق بمظهر زائف انخدع فيه الرجل العادي.¹⁵

كما أن الاستناد إلى فكرة الشخصية المعنوية لتصفية المراكز بين الشركاء، يصطدم مع مفهوم الجزاء المترتب على الانحلال بركن من الأركان اللازمة لتكوين الشركة، أو لمخالفتها لقاعدة من القواعد القانونية اللازمة لإنشائها، الأمر الذي يترتب عليه بقاء الشريك في الشركة و حمايته دائما أو مدينا للشخص المعنوي، و هذا أمر يتنافى مع منطق البطلان.

و الرأي المختار، أن الإبقاء على صحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي، في مواجهة الشركاء يستند على أساس العقد الذي اتفق عليه الشركاء فيما بينهم، على اعتبار أنه أول عمل يبعث بالشركة إلى الوجود، و يحدد العلاقة بين الشركاء و يوزع الأنصبة فيما بينهم سواء في رأس المال أو الأرباح و تحمل الخسائر

3- استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للغير

أولاً: المقصود من استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للغير يقصد بالغير، ارتباط كل شخص بالشركة، أو الشركاء، بالتزامات، أو تلقي حقوقاً، فيعتبر الغير، دائن الشركة، و الدائنين لأشخاص الشركاء.

-1- استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة لدائني الشركة لقد اختلف الفقه، في مدى تحلل الغير من الالتزامات الناشئة عن تصرفات الشركة في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها.

فيرى البعض، بصحة الأعمال و العقود المبرمة بين الشركة و الغير، قبل الحكم ببطلانها، بحيث لا يجوز للغير التحلل من الالتزامات الناشئة عنها.¹⁶

بينما يذهب البعض الآخر، إلى اعتماد تطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من أثارها، إذ يبقى للغير الحق في أن يختار وفقاً لمصلحته، بين التمسك ببقاء الشركة في الماضي أو التمسك ببطلانها بأثر الرجعي.¹⁷

فإذا تمسك الغير بصحة الشركة، فتكون الأعمال التي باشرت بها الشركة معه صحيحة و نافذة، و بالتالي لا يحق للشركة أن تحتج ضده بالبطلان، حفاظاً على استقرار الأوضاع المكتسبة.

و أما بالنسبة للشركاء، فلم يخولهم القانون هذا الحق، و السبب في ذلك، أن البطلان قد وقع بطلاً أو إهمال منهم، مما يحملهم نتائج.

إلا أن الملاحظ أن حق الخيار Droit d'option المخول للغير كل لا يتجزأ، أي لا يجوز للغير أن يطلب بإبطال الشركة، للتحلل من الالتزامات المترتبة عليه، و في نفس الوقت أن يتمسك بصحتها، لتنفيذ حقا له في مواجهتها.

فمثلاً: لا يمكن للغير أن يتمسك بصحة الشركة، لأجل إجبار أحد الشركاء بتقديم حصته، و أن يطلب من جهة ثانية إبطال الشركة حتى يتحلل من تعهداته معها.

و أما عن مدى مسؤولية الشركاء المترتبة عن الحكم ببطلان الشركة إزاء دائنيها، فإن الفقه و القضاء اختلف في ذلك .

فذهب القضاء القديم في كثير من أحكامه، إلى اعتماد المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء تجاه الغير.¹⁸

لكن الفقه و القضاء الحديث، يرى خلاف ذلك، و سنده، أن الشركة الفعلية، مفهوم ينطبق على جميع أنواع الشركات من مدنية و تجارية، من شركات أشخاص أو أموال، و أن نوع الشركة الفعلية يتحدد تجاه الغير، وفقا للشكل الذي ظهرت به نحوه. فإن لم يشهر العقد التأسيسي للشركة، يعتمد على الشكل الذي ظهرت فيه بتعاملها معه، و هذا يتغلب على الشكل المقرر في العقد غير المشهر، فإذا أعطي للغير، حق مطالبة الشركاء على وجه للتضامن، باعتبار أن الشركة الفعلية قد تحولت حتماً إلى شركة تضامن، تكون نتيجة ذلك أن الغير أثرى بدون سبب، و هذا لا يمكن إقراره أ، و الاعتراف به.¹⁹

-2- استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالسنة للدائنين الشخصيين للشريك .

قد يتمسك الدائنون الشخصيون للشركاء بقيام الشركة الفعلية ، متى كانت لهم مصلحة في ذلك ، كأن يؤدي البقاء على الشركة إلى زيادة حقوق مدينهم عند التصفية، عن الحصة التي قدمها .

كما قد يتمسك هؤلاء بحقهم في إبطال الشركة، باستعمالهم الدعوة غير المباشرة، أو الدعوة المباشرة إلا أنه، غالبا ما يحصل تعارض بين مصالح الدائنين الشخصيين للشركاء، ودائني الشركة كأن يحتج دائنو الشركاء ببطلان الشركة بقصد استرجاع الحصص المقدمة من مدينهم، بينما يكون عكس ذلك بالنسبة لدائني الشركة حيث تقتضي مصلحتهم استمرار الشركة حتى يحتفظون بحق بالأولوية تجاه دائني الشركاء فأمام هذا التعارض، يرى أغلبية الفقه و القضاء²⁰، أن للدائنين الشخصيين للشركاء حق الأولوية في التمسك ببطلان الشركة في مواجهة الشركاء على دائني الشركة، لأن البطلان في هذه الحالة هو الأصل.

كما يترتب على ذلك تحول ذمة الشركة إلى ملكية شائعة بين الشركاء، و يختلط ما يعود للشريك من الشركة الباطلة، مع أمواله الشخصية، و تصبح هذه الأموال محل ضمانا عاما للدائنين الشخصيين للشركاء.

و الرأي المختار، يذهب إلى نقيض ذلك، حيث يستند إلى أن الغرض من المشرع لتقريره البطلان هنا، هو حماية الغير الذي تعامل مع الشركة (دائن الشركة)، وبالتالي فلا يقبل أن تتقلب القواعد التي قررت لمصالحهم لتصبح و بالا عليهم، وعليه نكون حافظنا على استقرار المعاملات من جهة، و في ذلك تغليب للوضع الظاهر من جهة أخرى .

أما إذا كان تعارض المصالح مقصورا على دائني الشركة أنفسهم فقط، فيمكن في هذه الحالة القول بأن البطلان هو الأصل، لأنه هو القاعدة في حالة عدم استيفاء الأوضاع القانونية

ثانيا: أساس استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للغير

يرى جانب من الفقه، استناد تطبيق نظرية الشركة الفعلية، إلى فكرة المظهر، أي حماية الوضع الظاهر، و التي تقوم على أساس إقرار صحة المعاملات التي تمت بين الشركة و الغير على أساس مظهر الشركة النظامي خصوصا بالنسبة للغير على حسن النية، على اعتبار أن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة و تحتمله الضرورة.²¹ فدواعي الاستمرار تقتضي إعمال المظهر الجدّي، رغم مخالفته للحقيقة و اعتباره منتجا لنفس الآثار التي كان يمكن أن تنشأ عنه لو كان صحيحا و مطابقا للقانون، وذلك رعاية للثقة التي يوليها الناس لهذا المظهر

فالوسيلة الفنية لهذه الحماية هي الاعتراف بالمظهر غير صحيح بالقدرة على تولد نفس الآثار التي كان يمكن أن تتولد عنه لو كان صحيحا و مطابقا للحقيقة القانونية للغير

و أما الأستاذ هيمار " Hémard " فيرى تأسيس تطبيق نظرية الشركة الفعلية بالنسبة للغير إلى فكرة وجود " الشخصية المعنوية " للشركة مستندا على أساس أن الشركة مبنية على فكرتي العقد و الشخصية المعنوية.²²

فالشركة عقد، يتنمر بأنه مصدر لتولد شخص جديد، و هو الشركة التي يكون لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء.

غير أن هذا الرأي انتقد، حيث يترتب عليه إحفاف بحق الغير، في عدم تمتعه بحق الاختيار بين طلب بطلان الشركة، أي بطلان الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي في مواجهته، و في الاعتراف بصحتها.

كما لا يختفي الشخص المعنوي بانقضاء الشركة أو انحلالها، بل يستمر وجوده إلى حين التصفية .

فهذا هو الأساس الذي يؤكد هيمار على التمسك بصحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي، قبل الحكم ببطلانها، بالنسبة للغير و الرأي المختار، أن الإبقاء على صحة الأعمال التي قامت بها الشركة في الماضي، بالنسبة للغير، يستند على أساس الشخصية المعنوية التي بدونها لا مجال للقول بالتصفية.

3- استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركة

تعتبر الشركة الفعلية و كأنها شركة صحيحة، بكل ما يترتب عليها من نتائج يمكننا تلخيصها كالتالي:

أ- تحتفظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية المعنوية، و بذمتها المالية.

ب- تخضع الشركة الفعلية للإفلاس متى توقفت عن تسديد ديونها، و متى أشهر إفلاسها، فإنه يترتب على ذلك شهر إفلاس الشركاء متى كانت من شركات التضامن سواء كانت بالنسبة للديون التي نشأت قبل الحكم بالبطلان، أو التي تترتب بعد الحكم بالبطلان.

ج- تستفيد الشركة من الإعفاءات الضريبية، كما يخضع الشركاء و الشركة للضرائب المقررة قانوناً).

د- تبقى الشركة محتفظة بشكلها و نوعها التي اتخذته عند التأسيس، كما لو كانت شركة صحيحة و قائمة و بالتالي، فإن البطلان لا يغير من شكلها أو نوعه.²³

رغم إجماع الفقه حول استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركة حماية للأوضاع القانونية المترتبة عن نشاط الشركة ، فإن الخلاف لازال قائماً حول أسس استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة للشركة

فمنهم من ينسبه إلى فكرة المظهر و تبريرهم في ذلك أن هذه الفكرة تكفل إلى حد بعيد حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة.

و منهم من ينسبه إلى فكرة الشخصية المعنوية، لاعتبار أن الشركة عقد يتولد عنه شخص معنوي عاش حقيقة في الماضي ونحن نرى تغليب فكرة الشخصية المعنوية، مع الاستفادة من نظرية المظهر لتحديد حدود الغير.

ثانيا:تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

إن ضرورة التمسك بصحة الأعمال التي تمت في الماضي، أي استبعاد تطبيق الأثر الرجعي على عقد الشركة، كما سبق عرضها، و بالتالي اعتبار العلاقات التي قامت بين الشركاء، أو الشركة و الغير يستوجب تحديد القواعد التي عن طريقها تتم التصفية.

1- مفهوم تصفية الشركة الفعلية

يقصد بالتصفية ، القيام بمجموعة من الأعمال التي من شأنها تحديد، ما للشركة من حقوق قبل الشركاء و الغير للمطالبة بها، بالإضافة إلى ما عليها من ديون قبل الغير، أي التسوية لجميع العمليات التي باشرتها الشركة طوال وجودها، و بالتالي، فلا يمكن تصور قيام لشركة ما لم تمارس شيئا من نشاطها.

فمتى انتهت أو توقفت الشركة عن نشاطها، استلزم الأمر تصفيتها و قد أكد الفقه و القضاء، ضرورة تصفية الشركات الباطلة بصرف النظر عما إذا كان ينشأ عن هذا البطلان شركة فعلية أم لا

ب-:أحكام تصفية الشركة الفعلية

يفترض عند التصفية وجود ذمة مالية الشركة الفعلية مستقلة عن الذمة المالية الخاصة للشركاء، إذ أن القول بانعدام هذا المال للشركة يترتب عليه عدم وجودها قانونا و فعليا، و بالتالي فلا تصفية.

كما يحتفظ أثناء قيام التصفية كل شريك بالصفة و الحالة التي ظهر بها في الشركة.

و نظرا لاختلاف طبيعة العلاقة فيما بين الشركاء، و بالنسبة للشركة و الغير، سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء من جهة، و القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة و الغير من جهة أخرى²⁴:

1 - القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء الفعليين

متى حكم على الشركة بالبطلان، حق لكل شريك المطالبة باسترداد حصته، ولا يكون ذلك إلا بعد تطبيق قاعدة توزيع الأرباح والخسائر ذلك ان الاسترداد للحصة سالمة من الخسارة ومجردة من الربح لا تكون الا بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره .

و منى كان سبب البطلان هو تخلف الشهر، فانه يتبع في التصفية و في توزيع الخسائر و الأرباح على الشركاء، الشروط المتفق عليها في عقد الشركة، و ذلك لأن العيب الذي شاب العقد لاحق في الحقيقة لإنفاق الشركاء الصحيح. إلا انه إذا كانت الشركة باطلة لسبب آخر كعدم مشروعية المحل أو السبب، أو احتواء عقد الشركة على شرط الأسد، فلا يجوز أن تتم التصفية طبقا للقواعد الواردة في عقد الشركة.

والملاحظ انه في حالة انعدام النص على طريقة لتصفية في العقد التأسيسي للشركة، فيميل القضاء إلى الاعتماد على الإرادة الجماعية للشركاء التي يجب على القاضي استخلاصها و الكشف عنها. و عند الاستحالة ، يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للتصفية .

ومهما يكن، فإن تصفية الشركات الفعلية، بصفة عامة، و العلاقات التي نشأت بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية

2- القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة و الغير

يقصد بالغير الأشخاص الذين تهمهم التصفية، أي دائني الشركة و الدائنين الشخصيين للشركاء.

فبالنسبة لدائني الشركة إن اختلاف مصالحهم قد يتطلب من البعض التمسك بصحة الشركة في حين يتطلب البعض الآخر التمسك ببطلانها، فالسؤال المطروح هو ما هي القواعد التي تتم بها التصفية طبقا لحق الاختيار الممنوح لهم ؟. فمتى تمسك دائنو الشركة ببقائها، اعتبرت هذه الأخيرة صحيحة كما لو كانت شركة قانونية، فتطبق عليهم قواعد الانحلال و بالتالي يستطيعون الحصول على حقوقهم عن طريق الدعوة المباشرة.

و أما إذا تمسك دائنو الشركة ببطلانها، فإن أثر هذا البطلان ينصرف إلى الماضي، فتنهار الشركة وينهار معها عقدها، مما يترتب عليه انعدام الكائن المعنوي، كأثر مباشر للبطلان و تتحول الشركة إلى كتلة مالية شائعة، يستخرج منها حصص الشركاء و ترد إليهم.

ج-عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

إذا كانت تصفية الشركات الفعلية، تخضع عموماً لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية، إلا أن عمليات التصفية تتميز بخصائص محددة و هذه الخصائص يمكن حصرها في:

أولاً: تعيين المصفي و تحديد سلطاته.

من خلال نصوص القانون، يتضح أنه متى حكم على الشركة بالبطان، فإن للمحكمة تعيين مصفي و تحديد طريقة التصفية وعليه، فبالنسبة للشركات الفعلية، يتم تعيين المصفي من قبل المحكمة التي قرّرت بطلان الشركة ويتمتع المصفي، بذات سلطات التي يتمتع بها المصفي في الشركات القانونية التي تتم تصفيتها، فهو ممثل للشركة و لمجموع الدائنين، إذ أن أموال الشركة التي تنتقل إليه حيازتها تتم على هذا الأساس.

ثانياً : تحقيق الأصول و تسوية الخصوم

لما كان الهدف من التصفية هو تحقيق موجودات الشركة و توزيع حصيلتها بعد بيعها، و استيفاء ما للشركة من حقوق و ديون، استلزم الأمر على المصفي تحصيل ديون الشركاء دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك بعيب الشركة للتخلص من التزاماتهم، و لا يجوز لهم استرجاع حصصهم إلا إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، و نفس الحكم ينطبق على الغير يحق له المطالبة بالديون التي للشركة.

و أما عن تسوية الخصوم فعلى المصفي أن يقوم بتسديدها على الشركة من ديونها لدى الغير، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا المجال.

ثالثاً: القسمة

تعتبر القسمة الهدف النهائي في التصفية، بعد سداد ما على الشركة من ديون. و تتم القسمة بين الشركاء، بالطريقة المبينة في العقد التأسيسي للشركة، أي وفقاً لما اتفق عليه الشركاء، و في حالة عدم الاتفاق على كيفية إجراء القسمة بينهم، أو إذا تعذر تطبيق بنود العقد بسبب مخالفتها للقانون، تجري القسمة طبقاً لأحكام القانون. وفي حالة عدم كفاية صافي مال الشركة للوفاء لحصص الشركاء، توزع عليهم الخسارة جميعاً نسبة في رأس المال و في ذلك تطبيق للقواعد العامة.

بالإضافة إلى أنه عند الانتهاء من عمليات التصفية و حيث يتبين و أن الشركة الفعلية معسرة، وجب شهر إفلاسها، و تخضع في ذلك لنفس الإجراءات الخاصة بإفلاس الشركات القانونية سواء من حيث شروط الإفلاس أو أثاره، أو أشخاص التفليسة أو مال التفليسة أو جرائم الإفلاس، و قد طبق القضاء هذا المبدأ..

الخاتمة

وعليه تبين لنا مما سبق ذكره وأن مجال تطبيق البطلان بالنسبة لعقد الشركة أصبح ضيقا لما يتطلبه مبدأ الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية للغير على حسن النية وقد توصلنا إلى القول، باعتبار الشركة موجودة، وقائمة رغم بطلانها، واعتبار تعهداتها مع الغير صحيحة، كما تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية وبذمتها المالية.

الهوامش

- 1- المادة 418 الأمر رقم 59/ 75 الصادر في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري أنظر أيضا المادة 545 من الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.
- 2- انظر: الياس نصيف موسوعة الشركة التجارية الجزء الأول الأحكام العامة للشركة 1994، ص 132 .
- 3- انظر: مفلح عواد القضاة الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، القاهرة 1985، ص 25 .
- 4- أنظر: J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, paris 1926, 2^{ème} édition.
- 5- أنظر :مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ذكره ،ص 255.
- 6- أنظر: نص المادة 733 من القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005.
- 7- أنظر: مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ذكره، ص 255 ; أنظر مصطفى كمال طه ،*القانون التجاري*، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1988.
- 8- أنظر J. Hémard, op.cit., 1629
- 9- أنظر J. Hémard, op.cit., 686
- 10- أنظر مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ذكره صفحة 315.
- 11- أنظر المادة 741 من القانون 02/05 المتضمن القانون التجاري.
- 12- أنظر نق مدني مصري بتاريخ 1065/11/09 ،مجموعة الأحكام س 16 ع 3 ص، 1957.
- 13- أنظر Hamel et Lagarde،Paris ،*Traité de droit commercial*, t.1, 1954.

- 14- أنظر د. مفلح عواد القضاة المرجع السابق ذكره ص 431.
- 15- أنظر مفلح عواد القضاة المرجع السابق ذكره ص 440.
- 16- أنظر مفلح عواد القضاة المرجع السابق ذكره ص 441.
- 17- أنظر المادة 742 من القانون القانون التجاري.
- 18- أنظر محكمة استئناف باريس بتاريخ 1861/12/12 دالوز 1893 - 1- 506.
- 19-J. Hémard, op. cit., 404
- 20- أنظر حكم محكمة مارسيليا التجارية الصادر بتاريخ 1889/08/22، جريدة الشركات 1900 ص 80.
- 21 -J. Hémard, op. cit., No. 366.
- 22 -Henri Temple, *Les societes de fait* ,thèse ,Paris 1975.
- 23- أنظر نقض تجاري فرنسي بتاريخ 1966/10/04 دالوز 1967 الموجز رقم 54 أيضا Hamel et Lagarde, op. cit., 518
- 24- أنظر المادة 443 القانون المدني.