جامعة دمشق
كلية الحقّوق
قسم القانون التجاريِّ

النظامُ القانونيّ للشركة الفعليّة

بحثٌ علميٌّ قانونيّ أُعِدَّ لنيل درجة الماجستير في القانون التجاريِّ

إعداد الطالبة
نور موفق الترك

إشراف الدّكتورة
ميسون المصري
مدرسة في قسم القانون التجاريِّ

2017-2018م

((أفضل ما اكتسبته النفوس، وحصّلته القلوب، ونال به العبد الرِّفعة في الدّنيا والآخرة هو العلم والإيمان؛ ولهذا قرن الله سبحانه بينهما في قوله: ﴿يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾ . . .)) جعلنا الله منهم . . .

ابن القيم

الإهداء

إلى تنهيدة السَّعادة.. إلى حورنا العتيق في مدينة النَّقاء حيث طهر الياسمين.. إليك وحدك يُهدى كلّ جميلٍ.. إلى وطني الحبيب..

سورية

إلى القلوب التي أعطت وضحَّت.. إلى العيون التي سهرت وتعبت.. إلى كنزي وسرُ سعادتي.. لا حرمني الله أنسكما.. إلى والديّ..

رجاء – موفق

إلى من هم سندي في الحاضر وعوني في المستقبل.. إلى من أرى نفسي من خلالهم.. إلى إخوتي..

محمد – وليد – آيات

إلى من يقف الشّكر عاجزاً عن إيصال ما ينطق به فؤادي.. إلى من تهنأ حياتي بقربه.. إلى خيرة الله لي.. إلى زوجي..

حبيبي باسل

إلى من شعرت أنهم عائلتي الثانيّة.. إلى من لم يبخلوا علي بالحب والعطاء.. إلى أهلي بعد أهلي..

عائلة زوجي

إلى من بهم تطيب الدّنيا وتُزهِر..إلى من كان الوفاء والإخلاص عنواناً لهم..

صديقاتي بسمة – سوزان

إلى كلّ الأصدقاء والمحبين الذين جمعني بهم القدر وكانوا عوناً لي،
وتركوا بصمة خيرٍ في حياتي...

شكر وتقدير

جزيل شكري وعظيم امتناني:

إلى من ساندتني في رحلتي العلميَّة، وتكرَّمت بالإشراف على هذه الرسالة وكانت عوناً لي بعلمها وسعة أفقها وطيب تعاملها، إلى من انتشلتني من لحظات اليأس والتقصير، ودفعت بي إلى طريق العمل والمثابرة وصولاً إلى إنجاز هذه الدّراسة، لكِ مني جزيل الشّكر والتقدير. . .

الدكتورة ميسون المصري

كما وأتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى السادة:

الدكتور هيثم الطاس الدكتور محمد قرباش

لتحملهم عناء قراءة هذه الرسالة ولتفضلهم بقبول الإشتراك في لجنة الحُكم عليها وتصويب أخطائها، رغم ضيق وقتهم و مشاغلهم الكثيرة، فلهم مني كل الشكر والامتنان. . .

كما أتوجَّه بالشكر العميق لعمادّة كليَّة الحقّوق في جامعة دمشق ولجميع الأساتذة والأساتذة المساعدين والمدرسين في قسم القانون التجاريّ للجهود المُخلِصة التي يبذلونها في سبيل تعزيز العلم والمعرفة لبناء مجتمع العلم والقانون.

المقدِّمة

أوّلاً – التَّعريف بموضوع البحث:

الشَّركة كفكرة ليست وليدة يومٍ وليلة إنّما هي نتيجةٌ لتطوُّر المجتمع البشريِّ وتطوُّر حاجاته، حيث رافقت الإنسان منذ البداية تلبيةً لحاجاته البشرية في الاستعانة بغيره للقيام بعمل يعجز عن القيام به منفرداً، وعلى الرغم من تأصُّل موضوع الشّركات في العلوم القانونيّة، فقد كان لها الحظُّ الكبير في التطور، لتواكب سير الحياة التجارية والاقتصادية المتسارع نحو الأفضل في تلبية الحاجات العمليَّة، فبالإضافة إلى الدّور الكبير الذي لعبه التَّطوُّر في مجال الشّركات، حيث تظهر إيجابيَّاته في إيجاد أنواعٍ جديدةٍ من الشّركات لم تكن معروفةً فيما سبق، إلّا أنَّه ساهم أيضاً في ظهور مشكلاتٍ كثيرةٍ تتعلّق بالشَّركات؛ منها ما أنصفها الفكر القانونيّ بتناوله المشكلة، وإيجاد حلولٍ لها، ومنها ما لم تلقَ الحظَّ الوافر في تناول تفاصيلها وأحكامها، وهذا حال موضوع بحثنا الذي يتعلّق بالشَّركة الفعليّة التي شكَّلت بدورها خروجاً عن المفهوم التَّقليدي للشَّركة، حيث إنَّ الشّركات عموماً تتطلَّب في سبيل قيامها توافر مجموعةٍ من الأركان والشّروط اللّازمة لتأسيسها وفق ما نصّت عليه القوانين والتَّشريعات حتى تُكسى الحلَّة القانونيّة، إلا أنّه قد يحدث خللٌ في ركنٍ ما من أركانها، أو قد لا تستوفي شروط تأسيسها كاملةً، ممّا يؤدِّي إلى نزع الوصف القانونيّ عن الشّركة والحكم ببطلانها مع ما يرافق ذلك من زوالٍ لآثار العقد المبرم بين الأطراف بالنِّسبة للماضي والمستقبل، واعتبار العقد كأن لم يكن، وهذا حكمٌ عادلٌ لاغبار عليه، إلّا أنّ الصّعوبة قد تثور إذا مضى وقتٌ

طويلٌ نسبيّاً بين تأسيس الشّركة وبين صدور الحكم ببطلانها، ممّا قد يسمح للشَّركة بالتَّعاقد مع عددٍ كبيرٍ من الناس، والدخول في علاقاتٍ قانونيّة سابقةٍ لصدور الحكم بالبطلان مع الغير حسن النيّة الذي وضع ثقته في هذه الشّركة استناداً للمظهر القانونيّ الذي ظهرت به الشّركة أمامه، وإنَّ الحكم ببطلان العقد وبالتَّالي الشّركة سيؤدِّي إلى نسف هذه المجموعة المتشابكة من الحقّوق والأوضاع القانونيّة بعد عدّة سنوات من نشوئها واستقرارها، ومفاجأة الغير بزوال الشّخص المعنويّ الذي تعامل معه رغم ما له من وجودٍ فعليّ قبل الحكم ببطلان عقد الشّركة، ومن ثمّ سيُتيح هذا الأمر الفرصة لدى الشّركاء للتّهرُّب والتنصُّل من الالتزامات التي تمَّت باسم الشّركة اتجاه الغير الذي تعامل مع الشّركة، وهو يجهل تلك الحقّيقة، فكيف السبيل لصون واستيفاء حقوقه منها؟

الأمر الذي ساهم في سعي القضاء والفقه لطرح فكرةٍ رائدةٍ مفادها الاعتراف بالوجود الفعليّ للشركة، خلال الفترة ما بين تأسيسها وممارستها لأعمالها ولحظة الإعلان عن بطلان العقد الذي قامت تلك الشّركة بموجبه، ثمّ ما لبثت العديد من القوانين أن اعترفت بها، وذلك سعياً لتوفيق أحكام البطلان مع واقع الشّركة ومقتضياتها، وحفاظاً على حقوق الغير حسن النيّة الذي لم يكن على اطلاعٍ بذلك البطلان، فكان هذا الجهد هو السبب في وجود فكرة الشّركة الفعليّة التي تقوم على مبدأ هامّ هو أنّه متى تقرّر بطلان الشّركة، فإنَّ هذا البطلان وإن كان يُعدِم الشّركة عقداً مستقبلاً إلا أنَّه بالنسبة للماضي يعتبر الشّركة قائمةً حكماً حتى تتمّ تصفية المراكز القانونيّة التي نشأت خلال الفترة السابقة على تقرير البطلان.

ثانياً – أهميّة البحث:

تظهر أهميّة هذا البحث في كون الشّركة الفعليّة قائمةٌ على فكرةٍ هامّةٍ مفادها حماية الوضع الظَّاهر ورفع الضَّرر عن الأشخاص المتعاملين معها وصون حقوقهم ومراكزهم القانونيّة عن طريق الاعتداد بالحالة الواقعيَّة الناشئة عن عقد الشّركة الباطل، ولا سيّما أنَّ الواقع العمليَّ كشف عن نتائجَ تتعارض مع فكرة إخضاع عقد الشّركة للقواعد العامة للبطلان، والتي ترتكز في مضمونها على نسف ما قامت به الشّركة من أعمالٍ وما رتَّبته من تصرفاتٍ في الفترة السّابقة من حياتها.

وإنَّ الأخذ بالشَّركة الفعليّة يُساهم في المحافظة على الثّقة العامة، ولاسيَّما في المعاملات التِّجارية، كما يساهم في إرساء قواعد العدالة وتحقيق الاستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع، والذي بدوره ينعكس على سلامة الوضع الاقتصاديِّ للدَّولة، لاسيما أنَّ جميع الشّركات عرضةٌ لأن تكون شركةً فعليّةً إذا ما تحقَّقت أسباب وجودها.

ثالثاً – إشكاليَّة البحث:

لعلّ أبرز الإشكاليّات التي شكَّلت الباعث لدينا للبحث في موضوع الشّركة الفعليّة يتجلَّى بأنَّ هذه الشّركة لم تنل دراسةً كافيةً رغم مالها من أهميّة كبيرةٍ من الناحية العمليَّة والفقهيّة في حفظ الحقّوق وصون المصالح المكتسبة خلال حياتها وممارستها لنشاطها، بالإضافة إلى الخلافات الفقهيّة الكبيرة التي أُثيرت في كلّ جزئيَّةٍ تتعلّق بالشَّركة الفعليّة، والتَّساؤلات الكثيرة التي تدور حولها والتي تتمثّل فيما يلي: ما هو مضمون الشّركة الفعليّة، وما هو الأساس الذي استندت عليه لتبرير وجودها؟ أي: هل يمكن الاعتداد في سبيل تبرير وجودها

بطبيعة عقد الشّركة باعتباره من العقود المستمرَّة، وما يتخلّف عنه من شخصيّة معنويّةٍ؟ أم أنَّها بحاجةٍ إلى نظريّة أخرى تبرِّر هذا الوجود؟ وبالإضافة إلى ذلك متى تُعتَبر الشّركة فعليّة، وهل من الممكن إعمال فكرة الشّركة الفعليّة على جميع أنواع الشّركات أم أنَّها قاصرةٌ على أشكالٍ معيَّنةٍ دون أخرى؟ وهل أيُّ شركةٍ تعرَّضت للبطلان أو فقدت أحد الأركان الهامّة لانعقاد أو صحّة عقد الشّركة من الممكن أن يُطلَق عليها شركة فعليّة؟ أم أنَّ وجودها والإقرار بها يحتاج إلى وجود شرطٍ جوهريٍّ لتطبيقها؟ وما هو دور نيّة الأفراد المتعاملة معها في تحقُّق هذا الوجود؟ وفي حال انتفاء الممارسة الفعليّة لنشاط الشّركة هل تتحقَّق الغاية المرجوَّة من فكرة الشّركة الفعليّة؟ وباعتبار أنَّ السَّبب الأساسيّ في تحقُّق الشّركة الفعليّة مردُّه إلى البطلان، فهل يثبت لهذه الشّركة الشخصيّة المعنويّة؟ وكيف السبيل لإثبات الشّركة الفعليّة في حال كان الخلل المتحقّق هو عدم كتابة عقد الشّركة؟

هذا وقد تلتقي الشّركة الفعليّة بنُظُمٍ وأوضاعٍ قانونيّة عديدةٍ، فما هو المعيار الفاصل في تميُّزها وتفرُّدها عن هذه النُّظم منعاً للخلط فيما بينها؟ وباعتبار أنّ مصطلح الشّركة الفعليّة كثيراً ما يترافق مع تصوُّرٍ ذهنيٍّ بأنَّها شركةٌ باطلةٌ الأمر الذي يثير تساؤلاً جديداً هل وجود الشّركة الفعليّة ينحصر بحالات البطلان؟ أم من الممكن أن يمتدّ نطاق الشّركة ليشمل حالاتٍ أخرى خلاف البطلان؟ وكذلك إذا ما تحقَّقت فكرة الشّركة الفعليّة لدى الشّركات التِّجاريّة، فهل من الممكن شهر إفلاسها إذا ما توقَّفت عن دفع ديونها التِّجاريّة؟

هذا وإنَّ القول باستمرار الشّركة المعيبة بممارسة أعمالها مدّة من الزمن دون بيان مصيرها ووضع حدٍّ لوجودها الفعليّ أمرٌ غير مقبولٍ منطقيّاً، الأمر الذي يطرح تساؤلاً جديداً حول انتهاء هذا الوجود، فهل من الممكن للشركة

المعيبة أن تبصر النور وتتحوَّل إلى شركةٍ قانونيّة صحيحةٍ وفق شروطٍ معيَّنةٍ؟ أم ليس هناك مجالٌ لتصحيحها والاستمرار في أعمالها، وبالتَّالي يتعيّن انتهاء حياتها على الشّكل الذي وُجِدت عليه؟ وفي حال الحكم بانتهاء حياتها هل تخضع الشّركة الفعليّة للتَّصفية شأنها شأن الشّركة السليمة؟ وما هي القواعد المُتَّبعة في قسمة أموالها وتوزيع ما حقَّقته من أرباحٍ وما مُنِّيت به من خسائر خلال وجودها الفعليّ؟ وباعتبار أنَّ نظريّة الشّركة الفعليّة لا يقتصر مجال تطبيقها على علاقات الشّركة بالغير إنّما ينصرف أيضاً إلى علاقات الشّركاء فيما بينهم وعلاقات الشّركاء بالغير أيضاً، فما هي الآثار التي تترتّب على علاقات الأطراف فيها كنتيجةٍ لإعمال فكرةِ الشّركة الفعليّة؟

رابعاً – هدف البحث:

لكلِّ ما تقدَّم ولغرض الإجابة عن جميع التَّساؤلات التي تثيرها هذه النظريّة تشكَّل لدينا هدفٌ وضرورةٌ مُلحَّة للاطّلاع عليها وتسليط الضوء على كافَّة تفاصيلها، ومن ثمَّ إثراء المكتبة القانونيّة ببحثٍ يتناول النظام القانونيّ للشركة الفعليّة، انطلاقاً من دراسة وجودها وجميع ما يتعلّق بهذا الوجود، وصولاً إلى بيان كيفية انتهاء وجودها الفعليّ، وما يترتّب عليه من آثارٍ بين الأطراف المتعاملة معها، ووضع هذا البحث بين يدي المهتمِّين والمختصِّين من قضاةٍ ومحامين وباحثين ليكون لهم عوناً من النّاحية العلميّة. هذا وقد تمّ البحث فيها بشيءٍ من التَّوسع والتَّعمق بالاستعانة بالآراء الفقهيّة والاجتهادات القضائيّة التي أرستها محكمة النَّقض السوريّة، وأقرَّتها أقلام المحاكم العربيّة نظراً لبصمتها ودورها الهامّ في وجود الشّركة الفعليّة، إضافةً لنصوص قانون الشّركات السّوريّ الصّادر بالمرسوم التَّشريعيّ رقم 29 لعام

2011 والقانون المدنيّ السّوريّ باعتباره العمود الفقري للقوانين الخاصّة ولا سيّما في مجال الشّركات التّجاريّة عند انتفاء النصّ في القوانين التي تنظِّمُها بما لا يتعارض مع نصوصها، مع الاستعانة بالقوانين العربيّة وبما تيسَّر من نصوص القانون الفرنسيّ نظراً لدوره الهامّ في تبنِّي نظريّة الشّركة الفعليّة.

خامساً – الصّعوبات التي واجهت البحث:

بالرّغم من الصّعوبات التي واجهتنا في هذا المجال، والتي تتجلّى بندرة المراجع وقلّة الأبحاث والدِّراسات التي تناولت الحديث عن الشّركة الفعليّة، إذ لم يتم طرحها ومعالجتها في الكتب بشكلٍ مختصٍّ، إنّما اكتفت معظم مؤلّفات الشّركات بالإشارة إليها في بضع صفحاتٍ تتناول الخطوط العامة فقط، وفي حقيقتها ما هي إلا تكرارٍ لذات الأفكار فيما بينها، دون أن تتطرَّق لمعالجة هذا الموضوع من جميع جوانبه على الرغم من الحاجة الماسَّة لذلك، كون الشّركة الفعليّة أمرٌ متحقَّق الوقوع بكثرةٍ في الواقع العمليِّ، والأبحاث إن وجدت لا تعدو أن تكون جميعها بحثاً واحداً تتناقله المواقع الإلكترونيّة فيما بينها.

يُضاف إلى ذلك افتقار التَّشريعات العربيّة بما فيها القانون السّوريّ لنصوصٍ وموادٍ قانونيّة ترسِّخ نظريّة الشّركة الفعليّة، وتنظِّم أحكامها شأنها شأن باقي الشّركات التِّجاريّة، تاركةً هذا الأمر لآراء الفقهاء وما تُصدِره المحاكم من اجتهاداتٍ وأحكامٍ قضائيّة، ممّا يؤكِّد أنَّ فكرة الشّركة الفعليّة نشأت على هامش نصوص القانونيّن المدنيّ والتِّجاريّ.

سادساً – المنهج العلميّ المُتَّبع في البحث:

لقد تمّ البحث وفق منهجٍ علميٍّ يتمثّل بالمنهج الاستقرائي الذي يقوم بدوره على استقراء اتِّجاهات أحكام القضاء في موضوع الشّركة الفعليّة لبيان القاعدة التي تحكمها بالإضافة للمنهج التَّحليليّ (الاستنباطي) والذي سعينا من خلاله إلى إجراء دراسةٍ تحليليَّةٍ متعمِّقةٍ لكلِّ جزئيَّةٍ من جزئيَّات البحث والقواعد القانونيّة التي تحكمه مع ما يستلزمه هذا المنهج من إبداء الرَّأيِّ الشّخصيِّ ووجهة النَّظر الذَّاتيّة عند القيام بالتَّحليل اللَّازم.

سابعاً – خطَّة البحث:

استناداً لكلِّ ما سبق وانطلاقاً من الإشكاليَّات والصعوبات التي تواجه هذا البحث بالإضافة لأهميَّته، وسعياً لتحقيق الأهداف المرجوَّة منه، قُسِّم البحث إلى:

المقدمة.

الفصل الأوّل: وجود الشّركة الفعليّة.

المبحث الأوّل: التَّعريف بالشَّركة الفعليّة.

المطلب الأوّل: ماهيّة الشّركة الفعليّة.

المطلب الثّاني: تمييز الشّركة الفعليّة عمّا يُشابِهها.

المبحث الثّاني: حالات قيام الشّركة الفعليّة.

المطلب الأوّل: حالات الشّركة الفعليّة المرتبط بالبطلان.

المطلب الثّاني: حالات الشّركة الفعليّة القائمة على أسباب خلاف البطلان.

الفصل الثّاني: انتهاء الشّركة الفعليّة.

المبحث الأوّل: انتهاء الشّركة الفعليّة بتصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة قانونيّة

المطلب الأوّل: تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل الإرادة.

المطلب الثّاني: تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل التّقادم.

المبحث الثّاني: انقضاء الشّركة الفعليّة

المطلب الأوّل: انحلال الشّركة الفعليّة

المطلب الثّاني: تصفية الشّركة الفعليّة

الخاتمة.

الفصل الأوّل

وجود الشّركة الفعليّة

إنّ لكلِّ قاعدةٍ شواذاً، والشَّركة الفعليّة ما هي إلا حالةٌ تشذُّ عن الوضع الطبيعيِّ للشَّركات، أوهمت من يتعامل معها بأنَّها شركةٌ استجمعت في بنائها ما تتطلَّبه الشّركة الصّحيحة من أسسٍ وأركان، إلَّا أنَّها في الحقّيقة ما هي إلا شركةٌ مخالفةٌ لأحكام القانون افتقرت عند تأسيسها أو أثناء حياتها لأحد الأركان اللَّازمة لتأسيس الشّركات، وكون البطلان هو الجزاء العادل عند تخلّف أحد أركان الشّركة، إلَّا أنَّ إعمال أثره الرجعيّ بدون تخفيفٍ، سيؤدِّي إلى زعزعة الثّقة بالحماية القانونيّة للمعاملات، الأمر الذي شكَّل دافعاً لدى القضاء للجوء إلى فكرة الشّركة الفعليّة.

وعلى الرّغم من الدّور الذي يلعبه البطلان في وجود الشّركة الفعليّة، إلَّا أنَّ نطاقها اتَّسع وامتدَّ ليشمل حالات أخرى خلاف البطلان؛ حالاتٍ تتعلّق بشركاتٍ قائمةٍ طرأت عليها أسبابٌ جعلت وجودها وجوداً فعليّاً، فهي بذلك تخرج في تصنيفها عمّا هو معتاد إذ لا يمكن عدُّها شركاتٍ باطلةٍ، كما لا يمكن عدّها في الوقت نفسه شركاتٍ قانونيّة، ممّا يجعلها تندرج ضمن مسمَّى الشّركة الفعليّة.

ولمعرفة الرَّأيِّ القضائيّ بهذا النوع من الشّركات، وتوضيح النِّظام القانونيّ الخاضعة له لا بدّمن الوقوف على ماهيَّتها في البداية، والتَّعرف على أركانها، ثمَّ تحديد نطاقها وحالات قيامها، ويتمّ ذلك من خلال:

المبحث الأوّل: التعريف بالشّركة الفعليّة.

المبحث الثّاني: حالات قيام الشّركة الفعليّة.

المبحث الأوّل

التعريف بالشّركة الفعليّة

إنَّ الشّركة بصفةٍ عامّةٍ تستند إلى أُسُسٍ سليمةٍ، حيث تُراعي منذ نشأتها وأثناء حياتها الإجراءات التي ينصّ عليها القانون، هذا وقد تتعدَّد تعريفات الشّركة إلَّا أنَّ جميعها تصبُّ في معنًى واحدٍ، وتؤكِّد على عناصر معيَّنة، لا بدّمن توافرها ليصبح من الممكن الاعتراف بوجودها القانونيّ الصَّحيح وليس الفعليّ فقط.

وتُعرَّف الشّركة بأنَّها: ((عقدٌ بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كلّ منهم في مشروعٍ ماليّ بتقديم حصَّته من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربحٍ أو خسارةٍ))[1].

وعليه فإنَّ عقد الشّركة شأنه شأن سائر العقود عامّة يحتاج إلى توافر أركانٍ موضوعيّةٍ عامّةٍ تتمثّل في الرِّضا السَّليم، والأهليّة، والمحل، والسَّبب. وبالإضافة إلى هذه الأركان لا بدّمن توافر أركانٍ موضوعيّةٍ خاصّةٍ بعقد الشّركة تتجلّى في تعدُّد الشّركاء، تقديم الحصص، ومن ثمَّ اقتسام الأرباح والخسائر النَّاتجة عن ممارسة هذا المشروع بالإضافة لتوافر نيّة المشاركة لدى

---

[1] م(374) من القانون المدنيّ السوري، ويقابل هذا التعريف ما عرفته بعض التشريعات العربيّة للشركة، م(3) من قانون الشّركات الكويتي، م (844) موجبات وعقود لبناني، م(505) القانون المدنيّ المصري، م(416) القانون المدنيّ الجزائري، م(654) قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، (1832) القانون المدنيّ الفرنسيّ.

جميع الشّركاء، وإلى جانب الأركان الموضوعيّة تتطلَّب الشّركة توافر أركانٍ شكليَّةٍ تتمثّل في كتابة عقد الشّركة وإفراغه في مستندٍ خطيٍّ مع مايطرأ عليه من تعديلاتٍ، ومن ثمَّ إشهار الشّركة، وباجتماع هذه الأركان يتشكَّل البناء القانونيّ السَّليم الذي يحمل اسم الشّركة.

أما الشّركة الفعليّة ما هي إلَّا شركةٌ ناتجةٌ عن خللٍ في إحدى الأركان التي تقام عليها الشّركة الصحيحة، ممّا أدَّى إلى بطلان هذه الشّركة بطلاناً غير مُطلَق.

هذا وقد يكثر اللَّبس بين الشّركة الفعليّة وبين غيرها من النُّظم القانونيّة، ولعلّ ذلك يرجع لوجود عناصر متشابهة فيما بين هذه النُّظم، إذ تلتقي معها تارةً في أمورٍ وقواعدٍ، وتختلف عنها في الأحكام والنَّتائج تارةً أخرى.

وللوقوف على ماهيَّة الشّركة الفعليّة لا بدّ من أن نُلقي الضَّوء على تعريفها ومفهومها وما تقوم عليه من أسسٍ وأركان، ومن ثمّ تمييزها عمّا يُشابهها من أوضاعٍ قانونيّة، ويكون ذلك من خلال:

المطلب الأوّل: ماهية الشَّركة الفعليّة.

المطلب الثّاني: تميز الشّركة الفعليّة عمّا يشابهها.

المطلب الأوّل

ماهية الشَّركة الفعليّة

بالرَّغم من كون الشّركة الفعليّة معروفة بشكلٍ لا بأس به في بعض النُّظم القانونيّة، إلَّا أنَّ الإحاطة بتعريفها بشكلٍ دقيقٍ ومعرفة أصولها وعوامل نشوئها أمرٌ ليس باليسير، فلقد تعدَّدت الآراء الفقهيّة والدِّراسات القضائيّة حول تحديد مضمونها، والأسس التي تستند عليها في سبيل تبرير وجودها، الأمر الذي ساهم في ظهور نظريَّاتٍ عدّة تبرِّر هذا الوجود، فبعضها كان موفَّق والبعض الأخر لم يُصِب.

وإنَّ تحقُّق الحالة التي تستدعي البطلان غير كافيةٍ وحدها لقيام الشّركة الفعليّة، إنّما تحتاج في قيامها إلى توافر شروطٍ معيَّنةٍ وأركانٍ خاصّةٍ تستند عليها ممّا يسمح بالقول بوجود شركةٍ فعليّةٍ.

وعليه فإنَّ التَّعريف بالشَّركة الفعليّة يستدعي البحث في مفهومها وما تقوم عليه من أركانٍ من خلال:

الفرع الأوّل: مفهوم الشّركة الفعليّة.

الفرع الثّاني: أركان الشّركة الفعليّة.

الفرع الأوّل: مفهوم الشّركة الفعليّة:

وفق ما يقتضيه المنطق دائماً، أنَّ لكلِّ شيءٍ مفهومٌ يُبنى عليه، ومن الممكن أن يتَّسع هذا المفهوم أو يضيق، وذلك من أجل الإحاطة به ومعرفة ماهيَّته، والشَّركة الفعليّة لا يمكننا معرفتها بالضبط ورصد ما تُبنَى عليه إلّا بالوقوف على تعريفها ونشأتها (أوّلاً)، ثمَّ الإحاطة بمضمونها والأساس القانونيّ لتبرير وجودها (ثانياً).

أوّلاً: تعريف الشّركة الفعليّة ونشأتها:

1- تعريف الشّركة الفعليّة:

الشَّركة والشَّركة لغةً: مخالطةُ الشّرِيكَيْنِ[1].

وهي أيضاً عقدٌ بين اثنين أو أكثر للقيام بعملٍ مشتركٍ[2]، وقد أطلق اسم الشّركة على العقد من باب المجاز اللُّغويّ؛ لأنَّ العقد هو سبب الخلط، أو لأنَّ العقد هو سبب الشّركة، فالشَّركة قائمةٌ على الخلط والاشتراك فهو من باب إطلاق اسم المسبَّب على السبب[3].

---

[1] العلامة أبي الفضل جمال الدّين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد العاشر، ط 1، بيروت، دار صادر، عامّ 2010، باب الكاف وفصل الشّين، ص448.

[2] د. إبراهيم مدكور، المعجم الوجيز، ط2، منشورات مجمع اللغة العربيّة، مصر، دار التحرير، عامّ 1973، ص 342.

[3] زين الدّين ابن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق ج5، ضبط وتخريج الشّيخ زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت عامّ 1997، ص279، وكذلك محمد بن عبد الواحد السيواسي الكسندري كمال الدّين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج 6، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، عامّ 2003، ص 143.

الفعليّة لغةً : الفِعْلُ منها هو كنايةٌ عن كلّ عملٍ متعدٍّ أو غير متعدٍّ[1].

والفعليّ: مايوجدُ فعلاً [2].

أمَّا فيما يتعلّق بتعريفها من الجانب القانونيّ، لم تلقَ الشّركة الفعليّة حظها لدى العديد من التَّشريعات[3] كغيرها من الشّركات التي حظيت بتعريفٍ قانونيّ لها، على الرَّغم من اعتماد فكرة الشّركة الفعليّة وتطبيقها لدى القضاء، إلَّا أنَّ الفقه القانونيّ لم يُقصّر في هذا الجانب، وإنّما أسهب في تعريفها وشرحها، وممَّا قيل في تعريفها:

الشَّركة الفعليّة وفق ما عرَّفها الدّكتور مصطفى كمال طه: ((هي الشّركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثمَّ حُكِم ببطلانها لتخلّف أحد أركانها، وهذه الشّركة يجب الاعتداد بنشاطها السَّابق وتصفيتها)) [4].

وعرَّفها الدّكتور هشام فرعون: ((هي شركةٌ نشأت أو استمرَّت بخلاف إرادة المُشَرِّع، ومع ذلك فإنَّ المُشَرِّع لم يُغفِل وجودها ولم يتجاهل أمرها، وإنّما اتّخذ لها الحلول القانونيّة التي من شأنها أن تُنهي علاقات غير قانونيّة))[5].

---

[1] العلامة ابن منظور، مرجع سابق، ج11، باب اللام وفصل الفاء، ص 528

[2] د. إبراهيم مدكور، مرجع السابق، باب الفاء، ص 477.

[3] كالتشريع السوري والمصري واللبناني.

[4] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، دون رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 2000، ص 49.

[5] د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، ج 1، دون رقم طبعة، حلب، منشورات جامعة حلب، دون تاريخ، ص 371.

وقال الدّكتور حسني المصري في تعريفها: ((هي الشّركة التي لها وجود فعليّ أو واقعيّ بينما لا يكون لها وجودٌ قانونيّ بسبب تخلّف ركن من أركانها، إذ يعني تخلّف ركنٍ من أركان الشّركة بطلانها في نظر القانون، وإن كان لها وجود في الواقع)) [1].

وهناك من عرَّفها بأنّها: ((الشَّركة التي لم يراعَ في تأسيسها القواعد التي نصّ عليها القانون؛ أي: تلك الشّركة التي توجد من النَّاحية الفعليّة والواقعيّة لا القانونيّة في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها))[2].

ويؤخذ على هذا التَّعريف وتعريف الدّكتور هشام فرعون والدكتور حسني أنَّه لم يذكر الممارسة الفعليّة لنشاط الشّركة الذي يجب أن تمارسه كي يُعتَرف بوجودها الفعليّ فيما بعد.

والشّركة الفعليّة وفق تعريف الدّكتور رزق الله أنطاكي والدكتور نهاد السباعي: ((هي الشّركات التي لم تراعِ في تأسيسها القواعد المنصوص عليها في قانون التجارة))[3].

يؤخذ على هذا التعريف أنَّه قصر الشّركات الفعليّة فقط على الشّركات التِّجارية وهذا يخالف الواقع؛ لأنَّ فكرة الشّركة الفعليّة واردةٌ على جميع الشّركات

---

[1] د. حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الثّاني شركات القطاع الخاصّ، الطبعة الأولى، الكويت، دار الكتاب الحديث، عامّ 1986، ص 82.

[2] بلال عطيه حسين فرج الله، بطلان الشّركات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الجيزة، مصر، مركز الدّراسات العربيّة للنشر والتوزيع، عامّ 2016، ص238.

[3] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، لايوجد رقم طبعة، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، عامّ 1952، ص62.

النِّظامية القائمة في حال تخلّف فيها شرطٌ أو اختلَّ فيها ركنٌ أو حكمٌ ببطلانها ونحوه، وبالتَّالي فإنَّ فكرة الشّركة الفعليّة لا تقتصر على نوعٍ محدّد فمن الممكن أن تنشأ لدينا شركة تجاريَّة فعليّة تتَّخذ أيَّ شكلٍ من أشكال الشّركات التِّجاريّة من تضامنٍ وتوصيةٍ ومحدوديّة المسؤوليَّة... وغيرها، ومن الممكن أن نكون أمام شركةٍ مدنيّة فعليّة بحسب غرضها[1]، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسيّ بأنَّ مفهوم الشّركة الفعليّة ينطبق على جميع أنواع الشّركات من مدنيّة وتجاريّة[2]، ومثالٌ على الشّركة المدنيّة الفعليّة: قيام مجموعةٍ من الأطباء أو المحامين أو غيرهم من أرباب المهن الحرَّة بعملٍ مشتركٍ فيما بينهم يساهم فيه الشّركاء بالمال أو العمل وبالأرباح والخسائر وبإدارة المشروع المشترك، ويتعاملون مع الغير بوصفهم مجموعةٌ تقدِّم للزبائن ما يحتاجون إليه من خدمات، وتلتزم الشّركة حيالهم بصفتها هذه إلَّا أنَّ هذه الشّركة لم تستكمل الإجراءات الشّكلية لتأسيسها هنا تعدُّ شركة فعليّة لتوافر أركانها إذا ما تمسَّك الغير حسن النيّة بصفتها حيال الشّركاء.

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، الشّركات التجارية، ط4، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عامّ 2005-2006، ص112. وكذلك د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 71.

[2] د.الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج 1، لايوجد رقم طبعة، لايوجد دار للنشر، عامّ، 1994، ص 230.

و عليه عرَّفها الفقيه الفرنسيّ جون ديروبه بأنَّها: ((شركة غير نظامية قامت على عدم احترام القواعد الموضوعيّة أو الشّكليَّة التي يقتضيها القانون لتأسيس الشّركات، ولا بدّمن حلِّها وتصفيتها في المستقبل)) [1].

هذا ويمكننا تعريف الشّركة الفعليّة بأنَّها:

شركةٌ مخالفةٌ للقانون تستجمع في مظهرها المقوِّمات القانونيّة للشّركة بشكلٍ يُوهِم الغير المتعامل معها بأنَّها شركةٌ سليمةٌ، باشرت نشاطها وأنشأت جملةً من المعاملات مع الغير حسن النيّة ثمَّ حكم ببطلانها ممّا حمل على الاعتراف بوجودها الفعليّ مراعاةً لمصالح مشروعة جديرة بالحماية.

وبناءً على ما سبق ذكره من تعاريف للشَّركة الفعليّة يُستنتج أنَّها شركة تفتقر لأيِّ صفةٍ قانونيّة، وأنَّ ما حُمِل على الاعتراف بوجودها الفعليّ والواقعيِّ هو حماية ما قامت به من أعمالٍ قبل الحكم ببطلانها، هذا وقد تعدَّدت التَّسميات التي أُطلِقت على الشّركة الفعليّة، فكان مصطلح الشّركة الفعليّة (Société de fait) هو أوّل اسمٍ أطلقه القضاء الفرنسيّ، وهذا الاسم هو ما استعملته العديد من الدّول الغربيَّة أمثال بلجيكا وألمانيا[2]، كما واستعملته معظم الدّول العربيّة أمثال سورية، والأردن...[3].

---

[1] Emmanuelle vierling-kovar, Le contrat de société en participation, Docteur de l'université de Strasbourg, université de Strasbourg, 25 avril 2013, P.33.

[2] د. مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانونيّ للشركة الفعليّة في القانون المقارن، بدون طبعة، عمان، دار الثّقافة، دون تاريخ نشر، ص109.

[3] المادّة (54) من قانون الشّركات السوري رقم /29/ لعام 2011، والمادّة (15) من قانون الشّركات الأردني رقم /22/ لعام 1979 وتعديلاته لغاية القانون (57) لعام 2006.

بينما استخدم جانبٌ من الفقه الفرنسيّ تسمية الشّركة القانونيّة المعطوبة واستخدم المُشَرِّع الإيطالي تعبير الشّركة غير الّنظاميّة[1] (Azienda irregolare)، بينما أطلق عليها القانون الأمريكي تعبير الشّركة المعيبة (A defective corporation).

وهناك جانب من الفقه أطلق عليها تعبير الشّركات الشّوهاء[2]، إذ برأيهم هي شركات يعتريها مرضٌ ولاديٌّ. بينما يستخدم آخرون تعبير شركة الواقع[3]. مع العلم أنَّه لا يوجد تعارض بين تعبير الشّركة الفعليّة وتعبير الشّركة الواقعيّة إذ إنّ الشّركة في كلا الحالتين قائمةٌ فعليّاً وتشكّل جزءاً من الواقع الماديِّ.

على الرغم من اختلاف وتعدُّد التسميات والمصطلحات التي استُخدِمت للدَّلالة على هذه الشّركة، إلّا أنَّ جميعها يصبُّ في مضمون واحد وجوهر أساسيّ مفاده أنَّ هذه الشّركة قائمةٌ فعلاً وليست قانوناً، إذ لم تراعِ في تأسيسها أو أثناء حياتها القواعد القانونيّة التي يتطلَّبها المُشَرِّع في سبيل الحصول على شركةٍ قانونيّة صحيحةٍ ممّا حمل على الاعتراف بوجودها فعليّاً وبالأعمال التي قامت بها في الماضي أي: قبل الحكم ببطلانها وفي بحثنا سنستخدم تعبير الشّركة الفعليّة كونها تسميةً مشتقَّةً من واقع الحال تدلُّ على الوجود الفعليّ للشَّركة، ولكون هذا التعبير استُعمِل من قِبَل المُشَرِّع السوريِّ في قانون الشّركات.

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 109.

[2] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص 371.

[3] د. عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدنيّ والقوانين الخاصّة، دون رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1993، ص 709.

أمَّا فيما يتعلّق بمفهوم الشّركة الفعليّة فلقد أقامها الفقه على مفهومين أساسيّين أحدهما واسع والآخر ضيق[1]، أمّا المفهوم الواسع فيقوم على اعتبار أنَّ كلّ جماعةٍ اقتصاديَّةٍ ظهرت بمظهر الشّركة هي عبارة عن شركةٍ فعليّةٍ، وبالتَّالي فإنَّ أيَّ عملٍ مُشتَرَكٍ بين شخصين أو أكثر ظهر بمظهر الشّركة اعتبر شركةً ظاهريَّةً، ويخضع لأحكام الشّركات في كلّ أمرٍ يتعلّق به من حيث حكم علاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقتهم مع الغير، وحتى في حاجات التَّصفية أيضاً، وهذا المفهوم الواسع للشركة الفعليّة هو إحدى تطبيقات نظريّة ظاهر الحال التي يأخذ بها قانون التِّجارة.

أمَّا المفهوم الضَّيِّق فيُطلق وصف الشّركة الفعليّة على كلّ شركةٍ استجمعت أركان وشروط قيامها من أركانٍ موضوعيّةٍ عامّةٍ وخاصّةٍ إلَّا أنَّها أغفلت الأركان الشّكليَّة كأن لم تنظِّم عقداً مكتوباً أو لم تستكمل إجراءات الشّهر التي يتطلَّبها القانون ممّا يجعلها عرضةً للبطلان.

وقيام الشّركة الفعليّة لا يتحقَّق إلا بتوافر ثلاثة شروطٍ تتمثّل في[2]:

أ- توافر الأركان الموضوعيّة الخاصّة لإنشاء شركة.

ب-الحكم ببطلان الشّركة.[3]

---

[1] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص 372.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 215 نقلاً عن:
Escarra et Rault, n 151; Hamelet et Lagarde, n 443 ; Ripert, n 623; Encyc.Dalloz, Société de fait nos 12, 13, 14.

[3] ((يجب لكي تعتبر الشّركة التجارية فعليّة أن يحكم ببطلانها ومن ثم يكون الأشخاص الذين تعاقدوا مع الغير باسم الشّركة مسئولين مسئولية شخصيّة وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة =

ج- قيام الشّركة الباطلة بممارسةٍ فعليّةٍ لنشاطها في الفترة السَّابقة على الحكم بالبطلان.

2- نشأة الشّركة الفعليّة:

للوقوف على حقيقة أيِّ أمرٍ لا بدّ من العودة إلى أصله، وتقصِّي مصادره حتى نكون على بيِّنةٍ منه، والشَّركة الفعليّة هي نتيجة بناءٍ فقهيّ قضائيّ[1]، إذ تعود في أصولها التَّاريخيَّة إلى القضاء الفرنسيّ صاحب الفضل بوجودها، لتكون ملاذاً لتفادي الآثار غير العادلة التي تترتّب عند تطبيق القاعدة العامة للبطلان، والتي تقضي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه واعتبار العقد كأن لم يكن[2]، وتطبيق هذه القاعدة على عقد الشّركة يؤدِّي إلى زعزعة المراكز القانونيّة التي تمَّت خلال حياة الشّركة قبل الحكم ببطلانها. هذا وإنَّ اجتهاد القضاء ودوره في وضع أحكامٍ للشَّركة الفعليّة لم يكن إلا في صورةٍ متدرِّجةٍ تتوافق مع المراحلّ التي مرَّت بها الشّركة، ولمعرفة أصول الشّركة الفعليّة نتطرَّق لهذه المراحلّ لدى بعض النُّظُم الغربيَّة والعربيّة، وستكون نقطة البدء من التشريع الفرنسيّ.

= عن العقد)). المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات العربيّة، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 210، لسنة 16 قضائيّة، بتاريخ 31 / 1 / 1995. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 2: 30مساءً.

[1] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، مرجع سابق، ص62. وكذلك بلال عطيه حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 238.

[2] أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدنيّ -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، ط6، عمان، دار الثّقافة، 2012، ص158.

إنَّ الشّركة وفق القانون الفرنسيّ لم تكن إلا عبارةً عن عقدٍ رضائيّ ينحصر أثره بين أطرافه فقط دون أن ينشأ عن الشّركة شخصٌ معنويّ مستقلٌّ عن شخصيّة الشّركاء، واستمرَّ الأمر كذلك حتى القرن الثّاني عشر الذي شهد ظهور شركات التَّضامن والتَّوصية [1].

وفي مطلع القرن السَّادس عشر بدأت السُّلطة الملكيَّة في فرنسا تهتم بتنظيم هذه الشّركات، فصدر أمر مولان في شباط سنة 1566 (الذي قرّر الإثبات بالكتابة في العقود التي تزيد قيمتها عن (100) فرنك ومنها الشّركات، إلا أنَّ القضاء رفض في ذلك الوقت تطبيق هذه القاعدة المطلقة، ممّا أدَّى فيما بعد إلى البناء القضائيّ للشركة الفعليّة. وبعد ذلك صدر أمر "Blois" سنة 1579 الذي أخضع جميع الشّركات المنشأة بين الأجانب للشَّهر، للاحتجاج بها ضدَّ الغير وفرض عقوباتٍ على الشّركات التي تخالف هذا الأمر بالإضافة إلى عدم الاحتجاج بها ضدَّ الغير في حالة عدم النشر، وفي يناير سنة 1629 عُدِّل هذا الأمر المتعلّق بالنشر الإجباريِّ ليشمل الشّركات المؤلّفة بين الوطنيِّين، إلَّا أنَّ القضاء حتى ذلك الوقت لم يأخذ بما جاء به أمر "Blois" وبقي الدّليل على وجود الشّركة كما كانت عليه الحالة قبل صدور هذه الأوامر بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك الشّهادة) [2].

و استمر الأمر كذلك باعتبار أنّ الشّركة عقدٌ رضائيّ إلى وقت صدور التقنين التجاري الفرنسيّ عامّ 1807 الذي فرض على من يرغب في إنشاء

---

[1] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 7 وما بعدها.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 25.

شركة إخضاعها لإجراءات شكليَّة ورتَّب جزاء المخالفة بطلان الشّركة، ولهذا القانون الدّور الكبير في تحول الشّركة من مجرد عقدٍ رضائيّ إلى شركةٍ منظَّمةٍ، وفي مطلع القرن التاسع عشر ظلّالقضاء محافظاً على موقفه المجرد، ورفض في أغلب الأحوال نتائج البطلان في حالة مخالفة الشّركة لإجراءات تأسيسها، وخير مثالٍ على ذلك القرار الصَّادر عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 8 نيسان لعام 1825[1] في قضيةٍ لشركةٍ تأسَّست مخالفةً للأركان الشّكليّة؛ أي: دون أن يُنظَّم عقدٌ خطيٌّ بها ودون إشهارٍ عنها[2]، رفض القضاء إعمال الأثر الرجعيّ للبطلان لما فيه من إجحافٍ ونتائج خطيرة، وبذلك يكون معترفاً بوجود الشّركة الفعليّ وصحّة الأعمال التي قامت بها قبل الحكم ببطلانها حيث استخدمت المحكمة في هذا القرار لأوّل مرةٍ مصطلح الشّركة الفعليّة، واضعةً بذلك قاعدةً لحماية الغير المتعامل معها. ومن خلال ذلك يتَّضح لنا أن الشّركة الفعليّة مدينة بولادتها للقضاء ودعم وتأييد الفقه له. ثم ما لبث أن اعترف بها المُشَرِّع الفرنسيّ[3]، فصاغ قانون الشّركات الفرنسيّ رقم 537-66 الصادر في24 تموز 1966 قواعدها بنصوص صريحة (من المادّة 360 إلى المادّة 369) [4]، إذ نصّ في المادّة (368) من

---

[1] د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، ط 1، عمان، دار الثّقافة للنشر، عامّ 1999، ص 34

[2] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، مرجع سابق، ص 62.

[3] د. محمد فتاحي، الشّركة التجارية الفعليّة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونيّة والسياسية، العدد 13، جوان/حزيران، 2016، ص99.

[4] www.légifrance.gouv.fr تمت الزيارة في 2017/8/15، الساعة: 11:30 مساءً.

وجب التنويه أن هذه النصوص قد أُلغيت بموجب المرسوم (2000-912) الصادر بتاريخ 2000/9/18.

قانون الشّركات لسنة 1966 ((عندما يقضى ببطلان الشّركة فإنها تصفى طبقاً لأحكام نظامها))، ونصّ في المادّة (391): ((الشَّركة تكون في حالة تصفية بمجرد انقضائها أياً كان سبب هذا الانقضاء، وأن هذا الانقضاء لا ينتج أثره بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري)). وكذلك الحال في القانون المدنيّ الفرنسيّ الصادر في 4 كانون الثّاني 1978 إذ نصّ في المادّة (15/1844): ((بمجرد الحكم ببطلان الشّركة ينتهي تنفيذ عقدها بغير أثر رجعيّ)).

استمر المُشَرِّع الفرنسيّ محافظاً على دوره في العناية بهذه الشّركة إلى الوقت الراهن إذ نظم أحكامها وكل ما يتعلّق بها بموجب القانون التجاري (من المادّة 1/235 إلى المادّة 14/235) ضمن الفصل الخامس المتعلّق بالبطلان، ونظراً لحرص المُشَرِّع الفرنسيّ على استقرار المعاملات بين الأفراد عمد إلى تقييد دور البطلان وأثره المجحف عن طريق[1]:

أ- تخفيض حالات البطلان، وهو ما نصّ عليه القانون التجاري بمقتضى المادّة (1/235) أنه لا يجوز الحكم ببطلان الشّركة إلا بموجب نصّ صريح في القانون أو في القوانين التي تحكم بطلان العقود، والبطلان الناتج عن نصّ صريح وفق هذا القانون هو بطلان شركات التضامن والتوصية البسيطة في حال مخالفتها لإجراءات النشر التي يتطلبها القانون[2]. أمّا فيما يتعلّق بالشَّركة المساهمة

---

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشّركة الفعليّة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2011 م، ص39.

[2] م (2/235) من القانون التجاري الفرنسيّ.

والشَّركة ذات المسؤولية المحدودة، فإنَّه لا يُحكم ببطلانها بسبب عيبٍ من عيوب الرضا أو بسبب نقص الأهليّة إلّا إذا كان هذا الأمر ينطبق على جميع الشّركاء فيها، بالإضافة لذلك فإنّه لايحكم ببطلان الشّركة لمخالفتها الشّروط المنصوص عليها في المادّة (1844) من القانون المدنيّ والخاصّة بتحريم شروط الأسد[1].

ب- الإقلال من إمكانيّة رفع دعوى البطلان عن طريق:

1) خفض مدّة تقادم دعوى البطلان، وجعلها ثلاث سنوات من يوم نشأة البطلان[2].

2) إمكانيّة تصحيح سبب البطلان قبل صدور الحكم بالدعوى باستثناء البطلان النّاتج عن عدم مشروعيّة محلّ الشّركة[3].

ج- تخفيف آثار البطلان من خلال نظريّة الحلّ الجبريّ أو الفسخ؛ أي: يتمّ تصفية الشّركة عند الحكم ببطلانها طبقاً لنصوص عقد الشّركة والنصوص القانونيّة المتبعة، مع الاحتفاظ بالشخصيّة الاعتبارية اللازمة لمقتضيات التصفية، باستثناء حالة البطلان المبنيِّ على عدم مشروعية المحلّ ففي هذه الحالة لا وجود للشركة الفعليّة[4].

---

[1] من القانون المدنيّ الفرنسيّ الصادر في 1978/1/4.

[2] م(9/235) من القانون التجاري الفرنسيّ.

[3] م(3/235) من القانون التجاري الفرنسيّ.

[4] م(10/235) من القانون السابق.

وبناءً على ذلك تعتبر هذه الأحكام التي أقرّها المُشَرِّع الفرنسيّ ما هي إلا ترجمة تشريعية للبناء القضائيّ والفقهيّ لنظريّة الشّركة الفعليّة[1].

أما النظام البريطانيّ فقد عرف قديماً نوعين من الشّركات[2]، يتمثّل النوع الأوّل بالشركات العاديّة (partnership) وهي نوع من شركات الأشخاص، وتقابل إلى حدٍّ ما شركة التضامن المعروفة في النظام اللاتينيّ المعمول به في كلّ من فرنسا وسورية، وتنشأ بمجرد وجود اتّفاقٍ صريحٍ أو ضمنيٍّ بين شخصين أو أكثر، ولا تخضع في تأسيسها لأيّة إجراءات شكليّة، وبالتالي لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة؛ ولكنّها تعتبر قانونيّة وفقاً للقانون العامّ (common law)[3]، ولهذه الشّركات صورة أخرى تسمى بالشركات العاديّة المحدودة (limited partnership)، وهي تقابل أيضاً إلى حدٍّ ما شركة التوصية البسيطة المعروفة في النظام اللاتينيّ، وتخضع لقانون الشّركات العاديّة (1890) ومبادئ القانون العام، كما ويطبّق عليها قانون الشّركات العاديّة المحدودة (1907) والتي يجب عليها التسجيل لدى سجل الشّركات، وفي حال تخلّفها عن ذلك تتحوّل إلى شركةٍ عاديّةٍ عامّةٍ، والشريك المحدود فيها يعتبر عاديّاً، وهذا المبدأ يمكن مقابلته بالمبدأ الذي قرّره القضاء

---

[1] د. عزيز عبد الأمير العكيلي، الصعوبات القانونيّة الناشئة عن إفلاس الشّركات، مجلة الحقّوق، العدد الأوّل، السنة الحادية عشرة، تصدرها كلية الحقّوق بجامعة الكويت، الكويت، مارس، 1987، ص36.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص56 وما بعدها.

[3] وهذه الشّركة يمكن للشركاء إنشائها بغض النظر عن أي إرادة صريحة وعندئذ تشبه في ذلك الشّركة المنشأة بصورة فعليّة وفق القانون الفرنسيّ.

Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, P. 26 .

والفقه الفرنسيّ، والذي يقضي باعتبار الشّركة المتخلّفة عن التسجيل شركة تضامن فعليّة[1].

أما النوع الثّاني للشركات البريطانيّة يتمثّل في الشّركات المساهمة (companies) والتي لا بدّمن تسجيلها في السجل التجاريّ والإعلان عنها حتى تكتسب الشخصيّة المعنويّة، وتصبح شركة قانونيّة، وفي حال تبيّن بعد تسجيلها وممارستها لنشاطها أنها شركة غير قانونيّة أو باطلة، هنا يحقّ لذوي المصلحة طلب حلّها وتصفيتها قضائيّاً، ممّا يستتبع انتهاءها من تاريخ الحكم بالتصفية مع الاعتراف بصحّة ما قامت به من أعمال قبل الحكم بتصفيتها قضائيّاً[2]، وهذا يماثل ذات النتائج التي يمكن الوصول اليها عن طريق نظريّة الشّركة الفعليّة.

أمّا في الوقت الحالي، وعلى الرّغم من تنوع الشّركات وفق النظام البريطانيّ وتعدّدها[3] إلا أنّها تخضع في إنشائها للتسجيل فيما يعرف بـ (Companies House)[4] وبالتالي لا وجود لأيّ شركة إذا لم يتم تسجيلها.

وبهذا يتّضح أنّ النظام البريطانيّ لم يعرف نظريّة الشّركة الفعليّة كما هي معروفة لدى النظام الفرنسيّ.

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص69.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 85.

[3] أمثالها: الشّركة العامة المحدودة (PLC)، وشركة خاصّة محدودة بالأسهم (LTD)، والشّركة ذات المسؤولية المحدودة (LLP).

www.companyadress.co.uk/blog/starting-business/types-of-company

تاريخ الزيارة: ٢٠١٧/٤/٩. الساعة ٣:٣٠ مساءً.

[4] www.companieshouse-gov.uk تاريخ الزيارة: ٢٠١٧/٦/٢٢، الساعة: ٧:٠٠ مساءً.

أمّـا بالنسـبة لظهـور الشّـركة الفعليّـة فـي الـدّول العربيّـة، فـإنّ الشّـريعة الإسلامية كانت هي التشريع العامّ الذي يحكم المعاملات المدنيّة والتجارية في معظم الدّول العربيّة على حدٍ سواء، ومن ثمّ فإنّ القوانين العثمانيّة فيما بعد استمدت أحكامها من تلك الشّريعة، وبقي قانون التجارة العثمانيّ هو المطبّق إلى أن ظهرت القوانين الخاصّة بكلّ دولة عربيّة، والشركات في ظلّ الشّريعة الإسلامية مهما تنوّعت أشكالها هي عبارة عن عقود رضائيّة يقتصر أثرها على توليد الحقّوق والالتزامات بين الشّركاء[1]، لا ينتج عن عقدها شخص اعتباريّ مستقل عن شخصيّة الشّركاء، وبالتالي فإنّ الشّركة الفعليّة ليس لها وجود في ظلّالشّريعة الإسلامية، باعتبار أنّ عقد الشّركة أمّا أن يكون صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً مع ما يترتّب عليهم من آثارٍ، فإذا كان العقد باطلاً فيكون ذو أثرٍ معدوم، وبالتالي لا يترتّب عليه وجود شركة فعليّة. وإذا كان العقد فاسداً، فهو صحيح في أصله واعتراه فساد في وضعه، وهو أيضاً لا يخلّف وراءه شركة فعليّة [2].

واستمر الوضع كذلك إلى أن اقتبس التشريع العثمانيّ عام 1850 أحكامه من قانون التجارة الفرنسيّ عام 1807[3]، الذي يعتبر هو الأساس الذي نُقِلت قوانينه وأحكامه إلى العديد من التشريعات الأجنبيّة والتشريعات العربيّة[4]، كما يعتبر هذا القانون هو الأساس الذي ظهرت على ضوء أحكامه

---

[1] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، دون رقم طبعة، عمان، دار الثّقافة، عامّ 1995، ص17

[2] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، المرجع السابق، ص 66 هامش.

[3] د.إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 21.

[4] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، المرجع السابق، ص 18.

فكرة الشّركة الفعليّة، والتي لم تلبث هذه الفكرة أن وجدت طريقها إلى الأنظمة العربيّة، ففي مصر كان أوّل تطبيقٍ لفكرة الشّركة الفعليّة في زمن القضاء المختلط، حيث اعترف بوجودها إلى جانب الشّركات القانونيّة ما دامت الشّركة الفعليّة قد توافرت فيها الأركان العامة.

ومن أبرز تطبيقات القضاء المختلط في مصر الذي أقرّ بوجود الشّركة الفعليّة نتيجة الاستناد لما بدّ له من أدلةٍ على وجودها، الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف المختلطة في 8 شباط 1899[1]، إذ بمقتضى هذا الحكم أكّد على وجود الشّركة الفعليّة لها شخصيّة معنويّة، وبالتالي يجوز شَهْرُ إفلاسها.

وهذه النظريّة ما لبث أن تبنّاها القضاء الوطنيّ في كثيرٍ من أحكامه[2]، ويؤيّد هذا القضاء ما نصّت عليه المادّة (507) من القانون المدنيّ

---

[1] تتلخص وقائع القضية بممارسة ثلاثة من الإخوة للعمل التجاري بصورة مستمرة بعد وفاة والدهم تحت اسم تجاري " يوسف رزق وشركاه" وقد زاولوا جميع أنواع العمليات التجارية التي اعتادت أن تمارسها الشّركات المماثلة في البلد كشراء وبيع القطن والحبوب والغلال وغيرها من العمليات التجارية...، وقد استخلصت المحكمة بالاستناد إلى الأوراق المرفقة في الدّعوى والتي تتمثّل في الدّفاتر التجارية، والمراسلات المتبادلة وغيرها... من الأدلة وجود شركة بينهم ووصفتهم بأنهم تجار نظراً لاعتيادهم مزاولة الأعمال التجارية وانتهت المحكمة إلى القول " لكل هذه الأسباب والاعتبارات التي استخلصتها المحكمة من وقائع الدّعوى تقرّر المحكمة تأييد الحكم المستأنف والقول بأن منشأة رزق إخوان التجارية، رغم أنها غير مقيدة وفقاً للقانون، فإن لها وجوداً قانونيّاً اتجاه الدّائنين، وهذه الشّركة الفعليّة يجوز إعلان إفلاسها". أشار لها د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 44.

[2] ((استمرار الورثة في استغلال نشاط مورثهم بعد وفاته لا يعدو أن يكون شركة واقع فيما بينهم...)). نقض مصري مدنيّ، الطعن رقم 341 لسنة 33 ق، جلسة 1971/12/22، س 22، ص1079. وكذلك نقض مدنيّ، الطعن رقم 182 لسنة 41 ق، جلسة 1981/11/16، س 32، ص 2037. د.أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائيّ في شرح أحكام القانون المدنيّ، ج2، الطبعة الأولى، مصر، دار أبو المجد للطباعة، 2010-2011، ص 325 وما بعدها.

المصريّ رقم 131 لسنة 1948 والتي تنصّ على أنّه: ((1- يجب أن يكون عقد الشّركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كلّ ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشّكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد. 2- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشّركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشّركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشّريك الحكم بالبطلان)).

وحال الدّول العربيّة الأخرى كحال مصر إذ طبّق القضاء فيها نظريّة الشّركة الفعليّة على القضايا المطروحة لديه ما دامت تتوافر أركانها وشروطها.

ففي سورية تمّ الاعتراف الصريح بالشَّركة الفعليّه منذ القديم في أحكام القضاء[1] وفي نصوص القوانين، إذ نصّ قانون التجارة السوري القديم عليها: ((إذا أسّست شركة مغفلة على وجهٍ غير قانونيّ جاز لكلّ ذي علاقةٍ في خلال ميعاد خمس سنوات أن ينذرها بوجوب إتمام المعاملة المُهملة، فإذا لم تعمد في خلال شهر إلى إجراء معاملة التصحيح جاز لذي العلاقة أن يطلب الحكم ببطلان الشّركة، ولا يجوز للشركاء أن يحتجّوا اتجاه الغير ببطلان الشّركة، وتصفى الشّركة المبطلة كالشَّركة الفعليّة.))[2].

وأيضاً ما نصّت علية المادّة (475) من القانون المدنيّ 84 لعام 1949 والتي تقابل المادّة (507) السابق ذكرها من القانون المدنيّ المصريّ، وقد ورد أيضاً الاعتراف بالشَّركة الفعليّة في قانون الشّركات السوري رقم 29 لعام

---

[1] كالأحكام الصادرة عن محكمة النقض السورية، رقم 340، تاريخ 1957/7/30، مجلة القانون، ص 728. وكذلك الحكم رقم 134، تاريخ 1964/4/20، مجلة القانون، ص433. أشار لهم د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص113.

[2] م(122) من قانون التجارة السوري المرسوم 1949/149.

2011 في المادّة (4) والمادّة (54). وكذلك الحال في التشريع اللبنانيّ في المادّة (94) من قانون التجارة اللبناني لسنة 1942 الذي صدر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304، ولقد أخذ المُشَرِّع الأردني بالشَّركة الفعليّة في كلّ من القانون المدنيّ وقانون الشّركات المؤقت رقم 1 لسنة 1989 في المادّة (584) من القانون المدنيّ رقم 43 سنة 1976 التي حدّدت الأثر الناتج عن عدم كتابة عقد الشّركة بمثابة السند القانونيّ للقول بالشَّركة الفعليّة، ويأخذ المُشَرِّع الأردني أيضاً بالشَّركة الفعليّة بمقتضى المادّة (15) من قانون الشّركات التي تنصّ على أنّ التخلّف عن التقيّد بإجراءات التسجيل والنشر المنصوص عليها في المواد (11 -13-14) من هذا القانون لا يؤثّر على الوجود الفعليّ للشركة[1].

وبهذا نرى أنّ الشّركة الفعليّة لم تبق مجرد فكرة نادى بها القضاء، وإنّما أصبحت موجودة فعليّاً وحلّاً لكثير من القضايا التي تعرض في مجال الشّركات وأصحبت معترف بها وفق العديد من التشريعات[2] كما سبق الذكر.

---

[1] نصت م(15) من قانون الشّركات الأردني رقم 22لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006: ((عدم التقيد بإجراءات التسجيل المنصوص عليها في المواد (11، 13، 14) من هذا القانون لا يمنع من تقرير وجود الشّركة فعلاً أو تقرير التغيير الطارئ عليها لمصلحة الغير أو من تقرير بطلان الشّركة أو التغيير لمصلحة الغير ولا يستفيد من ذلك التخلّف أي من الشّركاء ويعتبر كلّ شريك متضامناً مع الشّركة وباقي الشّركاء اتجاه الغير في تحمل أي ضرر ينتج عن ذلك)).

[2] ومن التشريعات التي اعترفت بالشَّركة الفعليّة بنصوص صريحة القانون القطري في المادّة (92) من قانون الشّركات التجارية رقم 11 لسنة 2015، والقانون الليبي في المادّة (29) من القانون التجاري رقم 23لعام 2010، والقانون اليمني المادّة (91) من قانون الشّركات رقم 22 لسنة 1997، والقانون البحريني في المادّة (108) من قانون الشّركات رقم 21 لسنة 2001.

ثانياً: مضمون الشّركة الفعليّة والأساس القانونيّ لتبرير وجودها:

1- مضمون الشّركة الفعليّة:

لقد دار خلاف فقهيّ حول تحديد مضمون الشّركة الفعليّة، فمنهم من نادى باستبعاد فكرة بطلان عقد الشّركة، ومنهم من تمسك بفكرة البطلان. أمّا الاتجاه الفقهيّ الذي نادى بالاستعاضة عن فكرة البطلان بمفاهيم أخرى ذهب إلى القول بإلغاء البطلان والتّمسك بمفهوم انحلال الشّركة الفعليّة وتصفيتها بدلاً من الحكم ببطلانها، بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى القول بضرورة الاحتفاظ بجوهر فكرة البطلان، إلّا أنّه يتعيّن مع هذا الاحتفاظ التخفيف من آثاره، فلا يصل إلى درجة تحويل هذا البطلان إلى انحلال وتصفية كما ذهب الاتجاه السابق[1].

إنّ مضمون الشّركة الفعليّة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بأثر البطلان الذي يترتّب على الإخلال بأركان عقد الشّركة الموضوعيّة منها والشكليّة[2]، وتبعاً للرأي الراجح الذي أقام مضمون الشّركة الفعليّة على فكرة البطلان[3]، فإنّ تطبيق القاعدة العامّة لبطلان العقود على الشّركة متى قُضي ببطلانها كنتيجةٍ لتخلّف أحد أركانها، والتي تنصّ على إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل

---

[1] د. أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني، ج2، الشّركات التجارية، لايوجد رقم طبعة، بيروت، دار النهضة العربيّة، عامّ 1968، ص 62.

[2] د. سميحة القليوبي، الشّركات التجارية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربيّة، عامّ 2011، ص 94 ومابعدها.

[3] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، القانون التجاري، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1987، ص 301 وما بعدها. ود.إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 199 ود. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 102.

العقد واعتباره كأن لم يكن[1]، هو أمر لا يستقيم الأخذ به؛ وذلك لأنّ الشّركة قد مارست عملها ممارسةً فعليّة ترتّبت عليها علاقات قانونيّة مع الغير، وأصبحت بموجبها دائنة أو مدينة له، وإنّ القول برجعيّة البطلان يترتّب عليه عدم الاستقرار في التعامل وزعزعة الثّقة بين الأفراد، كما وأنّ صعوبة تطبيق الأثر الرجعيّ للبطلان لا تقتصر فقط على مصالح الغير، وإنّما تمتد إلى مصالح الشّركاء أنفسهم فعلى سبيل المثال: الشّريك الذي قدّم حصته العينيّة في الشّركة، قد تفقد هذه الحصّة قيمتها الحقّيقية أثناء حياة الشّركة، وإنّ القول برجعيّة بطلان عقد الشّركة واسترداد الحصص فيه اجحاف كبير بحقوق أصحاب هذه الحصص.

وبناءً عليه فإنّ مضمون الشّركة الفعليّة يقوم على فكرة أنّ البطلان الذي يحكم به على عقد الشّركة ليس ذو أثرٍ رجعيّ، وإنّما يتناول مستقبل الشّخص المعنويّ فقط، وذلك بالاستناد إلى القاعدة التي وضعها القضاء الفرنسيّ ((لايستطيع البطلان أن يمحي وجود الشّركة الفعليّة، التي مارست نشاطها علناً وتعاملت مع الغير...))[2].

2- الأساس القانونيّ لتبرير الشّركة الفعليّة:

بالرغم من إجماع الفقه على عدم تطبيق القاعدة العامة للبطلان وأثره الرجعيّ على عقد الشّركة، إلّا أنّ الأساس في تبرير وجود الشّركة الفعليّة، ورفض إعمال الأثر الرجعيّ للبطلان على عقدها هو محلّ خلاف بين

---

[1] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 365، ص 708 ومابعدها.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 414.

الفقهاء فقد ذهب بعضهم إلى اعتماد فكرة العقد المستمر، ونادى بعضهم بفكرة الشخصيّة الاعتبارية للشركة الفعليّة، بينما استند آخرون لنظريّة الوضع الظاهر من أجل حماية الغير الذي ظهرت له الشّركة بمظهر قانوني.

أ- نظريّة العقود المستمرة التنفيذ (عقود المدّة)

لقد ذهب جانب من الفقه[1] في سبيل تبرير قيام الشّركة الفعليّة، وعدم إعمال الأثر الرجعيّ في حال الحكم ببطلانها إلى الاستعانة بأسس قانونيّة تدور حول طبيعة عقد الشّركة، كونه من العقود المستمرة (عقود المدّة)، وهذا ما اعتمده القضاء الألماني[2]، وذهب إليه الاجتهاد الفرنسيّ[3] حين ابتدع فكرة الشّركة الفعليّة، وذلك عند الحكم ببطلان العقود ذات التنفيذ المستمر مع ما يستتبعه من تعذر الرجوع عن التنفيذ الذي تمّ بصورةٍ فعليّة، وهذا ما اعتمدته أيضاً محكمة النقض المصريّة بحكمٍ لها، والذي ينصّ على: ((من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنه بالنسبة لعقد المدّة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ فإنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعيّ؛ لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحلّ الذي ينعقد عليه، وإذ كان عقد الشّركة من هذه العقود، فإنها إن باشرت بعض أعمالها فعلاً بأن اكتسبت حقوقاً والتزمت بتعهدات على نحو يتعذر الرجوع فيما نفذ منها، فإنّ المُشَرِّع اعتبرها عند طلب

---

[1] د. عبد الفضيل محمد أحمد، الشّركات، لايوجد رقم طبعة، المنصورة، مصر، دار الفكر والقانون، عامّ 2009، ص 84. وكذلك د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 67.ود. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص111.

[2] د، مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 432.

[3] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص111

بطلانها؛ لعدم شهر ونشر عقدها وفقاً لحكم المادّة 54 من قانون التجارة السابق – السارية على الواقع في الدّعوى – قائمة فعلاً فيما بين الشّركاء في الفترة من تكوينها إلى طلب البطلان – بصرف النظر عن المتسبِّب منهم في اتّخاذ إجراءات الشّهر والنشر – وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع ليصل الشّركاء من ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقين وهو ما أريد تفاديه بالالتجاء إلى فكرة الشّركة الفعليّة)) [1].

ويعرّف العقد المستمر أو ما يسمى بعقد المدّة بأنّه: (هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محلّ العقد) [2].

ونستخلص من هذا التعريف أنّ الزمن هو العنصر الأساسيّ والجوهري في هذه العقود، وهو ما يميّزها عن العقود الفورية التي ليس للزمن فيها أيّ دورٍ، مثالها عقد البيع الذي تؤدّى فيه التزامات كلّ من البائع والمشتري دون أن يكون للزمن فيها أيّ دور.

هذا وإنّ الذي دفع الفقه والقضاء إلى اعتماد نظريّة العقود المستمرة كأساسٍ قانونيّ للشركة الفعليّة هو مبدأ الفسخ وأثره الذي يرد على هذه العقود.

---

[1] محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنيّة، الطعن رقم 798، لسنة 68 قضائيّة، بتاريخ 28 / 2003/10. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com، تاريخ الزيارة: 2016/5/30. الساعة 2:48 صباحاً.

[2] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشّروق، عامّ 2010، ص 137.

والفسخ هو ((حلّ الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته)) [1].

ولتحقّق الفسخ فإنّه يستلزم توافر ثلاثة شروط أساسيّة تتمثّل في[2]:

1) إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن العقد.
2) ألّا يكون المتعاقد طالب الفسخ مخلاً بدوره بتنفيذ التزاماته.
3) يتعيّن على المتعاقد طالب الفسخ أن يكون قادراً وواعياً للنتيجة التي يرتبها الفسخ أي اعتبار العقد كأن لم يكن.

والفسخ كقاعدة عامّة هو ذات أثر رجعيّ[3] يمتد إلى لحظة إبرام العقد واعتباره كأن لم يقم أصلاً، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد[4]، وبهذا الأثر القانونيّ يلتقي البطلان مع الفسخ[5]، إلّا أنّ قاعدة الأثر الرجعيّ يرد عليها استثناء في العقود المستمرة[6]، وبالتّالي فإنّ أثر

---

[1] د.عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدنيّ المصري، نظريّة العقد والإدارة المنفردة، لايوجد رقم طبعة، الكويت، دار الكتاب الحديث، عامّ 1984، ص 611.

[2] د.عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 620 وما بعدها.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج1، مرجع سابق، ص 608، هامش.

[4] م (161) مدنيّ سوري، م(274) قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، (160) مدنيّ مصري.

[5] علي فيلالي، الالتزامات، النظريّة العامة للعقد، الطبعة الثّالثة، الجزائر، موفم للنشر، 2013، ص 329.

[6] وهذا ما أكّده القضاء المصري: ((أن الحكم – بفسخ عقد الشّركة خلافاً للقواعد العامة في الفسخ ليس له أثر رجعيّ، وإنّما تنحلّ الشّركة بالنسبة للمستقبل، أمّا قيامها وإعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر به، ومن ثم فلا محلّ لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادّة (160) من القانون المدنيّ التي توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)). محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 1198 لسنة 52 قضائيّة – بتاريخ 20/ 6 / 1988. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 6:00 مساءً.

الفسخ ينصرف ليتناول مستقبل العقد فقط دون ماضيه[1]، وتبرير هذا الاستثناء يعود للزمن؛ وذلك لأنّ العقد يستمر مدّة من الزمن، ويُرتّب خلال هذه المدّة العديد من الالتزامات والمعاملات...، وبالتالي فإنّ ما قامت به الشّركة في الماضي لا يتأثّر؛ بل تُعتبر قائمة وموجودة فعلاً إلى أن يُحكم بفسخها، ويُتبع في فسخ عقدها وتصفية أموالها وقسمتها الطريقة المنصوص عليها في العقد، أمّا في حال لم تقم الشّركة بمباشرة نشاطها فلا بدّ من إعمال القاعدة العامة لأثر الفسخ، وهذا ما استند عليه أصحاب هذه النظريّة.

إلّا أنّ هذه النظريّة قد جوبهت بالنقد، حيث ذهب جانبٌ من الفقه[2] إلى القول بأنّ تبرير نظريّة الشّركة الفعليّة بالاستناد إلى كون عقد الشّركة من قبيل العقود المستمرة، هذا تعبيرٌ غير دقيق، وتفسيره في ذلك أنّ عقد الشّركة بحدّ ذاته ليس من العقود المستمرة؛ بل إنّ الذي يستمر هو الشّخص المعنويّ الذي ينشأ نتيجة هذا العقد، وبالتالي فإنّ العقد الباطل ينشأ شركة باطلة متمثّلة بشخصٍ اعتباري ليس له وجود قانونيّ، وإنّما له وجود فعليّ ويُرتّب خلال حياته جملة من المعاملات والالتزامات مع الغير في معرض ممارسته لنشاطه، ولا مفرّ من الاعتراف بهذا الوجود بما لا يتعارض تعارضاً أصيلاً مع البطلان، وبالتالي فإنّ هذا الأساس القانونيّ لدى أصحابه جاء نتيجة الخلط

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج1، مرجع سابق، ص 138.

[2] ومن أصحاب هذا الرأي د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني ج1، لايوجد رقم طبعة ولامكان ولا دار للنشر، عامّ 1972، ص225.

ود. علي البارودي ود.محمد السيد الفقي، القانون التجاري، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1999، ص 297.

بين مفهوم الشّركة كعقد وبين مفهومها كشخصٍ معنويّ، وبناءً عليه فإنّ الشّركة الفعليّة هي اعترافٌ للشخص المعنويّ وباستمراره في الواقع.

ونحن لا نؤيّد هذه النظريّة، ونتّفق مع ما وجّه إليها من نقدٍ كما ونضيف نقداً إضافياً يتعلّق بطبيعة الفسخ وبحالات قيام الشّركة الفعليّة، حيث إنّ الأخذ بهذه النظريّة فقط لما للفسخ من أثرٍ استثنائيٍّ على عقود المدّة بمعنى أنّه لا يطبّق بأثرٍ رجعيٍّ عليها، هذا أمرٌ لا يستقيم الأخذ به بالنظر إلى طبيعة الفسخ ذاته كونه حقٌّ منحه المُشَرِّع للمتعاقد في حال لم يلتزم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه كما سبق الذكر، بينما قيام الشّركة الفعليّة يعود لأسبابٍ متعدّدةٍ، (كما سنبحث ذلك عند التحدث عن حالات قيام الشّركة الفعليّة)، لا تقتصر على إخلال أحد الشّركاء في تنفيذ التزاماتهم، فقد تنشأ شركة فعليّة نتيجة عيبٍ من عيوب الرضا أو نقصٍ في أهليّة أحد الشّركاء في شركات الأشخاص ممّا يخوّل هذا الشّريك الحقّ في طلب بطلان الشّركة، فيقع البطلان بأثرٍ رجعيّ بحقّه بينما تستمر مع باقي الشّركاء لحين التصفية وتعامل كشركة فعليّة في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها إذا ما مارست نشاطاً فعليّاً خلال هذه المدّة، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء[1]، أو قد يكون سبب قيامها بطلانٌ ناتجٌ عن تخلّف شهر الشّركة، وفي حال قال أحدهم إنّ هذه النظريّة تصلح لأن تطبّق في حال تخلّف الشّريك عن تقديم حصته، نردّ عليه بأنّه في الحالة التي يتخلّف فيها أحد أو كلّ الشّركاء عن تنفيذ التزامهم بتقديم الحصص، هنا نكون أمام تخلّف ركن من الأركان الموضوعيّة الخاصّة بعقد الشّركة، ممّا يستتبع معه

---

[1] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص107.

انتفاء الشّركة ككلّ؛ لفقدها ركناً أساسيّاً من أركانها، وبالتّالي يمتنع إسباغ وصف الشّركة عليها، فأساس البطلان الذي يرتّبه المُشَرِّع كجزاء هو نتيجة خللّ في ذات تكوين العقد، على خلاف الفسخ الذي يرد على عقد صحيح مستوفٍ لجميع شروطه وأركانه إلّا أنّ أساسه إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

وبالتّالي فإنّ هذه النظريّة برأينا لا تصلح أساساً يُبرّر وجود الشّركة الفعليّة، لذا سنبحث في نظريّة الشخصيّة الاعتبارية التي اعتمدها جانب من الفقه في سبيل تبرير قيام الشّركة الفعليّة.

ب-نظريّة الشخصيّة الاعتبارية:

اعتمد جانب من الفقه[1]على فكرة الشخصيّة الاعتبارية كأساس قانونيّ لتبرير وجود الشّركة الفعليّة، حيث تقوم هذه النظريّة على فكرة أن الشّركة مبنيّة على فكرتي العقد والشخص الاعتباري، فعقد الشّركة هو الأساس الذي تستند عليه العلاقة القانونيّة للشركاء، ويتولّد عنه التزامات وحقوق[2] متبادلة

---

[1] د.علي حسن يونس، الشّركات التجارية، لايوجد رقم طبعة، مصر، دار الفكر العربيّ، عامّ 1957، ص 57 ومابعدها.

وكذلك بحث بعنوان: الشّركة الفعليّة والشخصيّة المعنويّة، موجود على الموقع الالكتروني:

http: //www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=303344

تاريخ الزيارة: 2016/7/12. الساعة: 11:00 صباحاً.

[2] يُعرف الحقّ بأنه: مكنة أو سلطة قانونيّة تخول شخصاً ما الاستئثار بقيمة مادية أو معنويّة وله احتكار ومنع ومقاضاة كلّ من يعتدي أوينكر عليه ذلك.انظر د. محمد واصل، المدخل إلى علم القانون، دون طبعة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2011-2012، ص355.

أما الالتزام فيعرف بأنه: علاقة قانونيّة ذات قيمة ماليّة. أشار له: علي فيلالي، مرجع سابق، ص10.

بينهم، ودور عقد الشّركة لا يقتصر فقط على تنظيم العلاقة بين الشّركاء، وإنّما هو الأساس في ولادة شخصٍ اعتباري ذو كيانٍ قائم بذاته ومستقل عن شخصيّة أفراده يتمثّل بالشَّركة.

والشخصيّة الاعتبارية هي: ((الأهليّة القانونيّة المعترف بها لجماعة من الأشخاص لاكتساب الحقّوق وتحمل الالتزامات على غرار الأهليّة المعترف بها للشخص الطبيعي أو الانسان))[1].

والشخص الاعتباري هو: ((مجموع من الناس يبتغون تحقيق غرض معين))[2].

هذا وتثبت الشخصيّة الاعتباريّة للشركات المدنيّة والتجارية باستثناء شركات المحاصة نظراً لما تتسم به هذه الشّركة من طابع الاستتار[3]، وكونها عقدٌ بين الشّركاء لا يتجاوزهم إلى الغير، وقد تثبت هذه الشخصيّة للشركة أمّا بمجرد تكوينها وفق بعض التشريعات[4]؛ أي: بمجرد التقاء إراداة أفرادها واستكمال الأركان التي تقتضيها، أو تثبت بموجب شهرها وقيدها في السجلّ التجاريّ لدى العديد من التشريعات[5]، وفي حال لم تلجأ الشّركة للقيام

---

[1] د. سمير عاليه، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، عامّ 1987، ص 193.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 52.

[3] د.سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 115. ود.أكثم الخولي، مرجع سابق، 1968، ص 91.

[4] كالتشريع اليمني م(11) من قانون الشّركات رقم 22 لسنة 1997.

[5] كالتشريع السوري م(1/3) وم(1/13) شركات، والتشريع الكويتي م(23) شركات، والتشريع الفرنسيّ م (210/ 6) تجاري، وكذلك القانون 1978/1/4 المعدل للمادّة (1842) من القانون المدنيّ الفرنسيّ فيما يخص الشّركات المدنيّة.

بإجراءات الشّهر والنشر، فيحقّ للغير التمسّك بشخصيّة الشّركة الاعتبارية[1]، وتتمثّل الغاية من الشخصيّة الاعتبارية للشركة في منحها الأهليّة لاكتساب الحقّوق وتحمّل الموجبات، بالاستقلال عن شخصيّة كلّ شريك من شركائها [2].

هذا ويستند أصحاب هذه النظريّة في تبريرهم إلى أنّ الشخصيّة الاعتبارية كما تثبت للشركة الصحيحة، تثبت أيضاً للشركة التي تكون قابلة للإبطال، إذ إنّ البطلان الذي يلحق العقد تختلف آثاره بالنسبة لكلّ من العقد والشخص الناتج عنه، فبطلان العقد يُعدِمه، ويكون ذو أثرٍ رجعيّ، بينما أثر البطلان لا يمسّ حياة الشّخص المعنويّ الماضية؛ أي: قبل الحكم بالبطلان، وإنّما ينصرف أثره ليشمل المستقبل فقط، شأنه شأن الشّخص الطبيعيّ الذي لا يمكننا نسف ماضيه، وما قام به من أعمالٍ فيما سبق من حياته[3]، وبالتالي فإنّ ما قام به من معاملات وتصرّفات تعتبر صحيحة بالنسبة للشركاء، وكذلك بالنسبة للغير. وهذا ما أكّده القضاء في سلطنة عُمان في حكمٍ له: ((تحقيقًا للعدالة والاستقرار للمراكز القانونيّة لم يجد القضاء بدًّا من قصر البطلان في الشّركات الفعليّة على المستقبل بدون أن ينسحب على الماضي بمعنى أنه اعترف بوجود الشّخص المعنويّ الناشئ عن العقد الباطل وجودًا فعليّا واقعيًا لا وجودًا شرعيًا قانونيّاً وعلى هذا الأساس يكون البطلان بمثابة انحلال مسبق

---

[1] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 310 وما بعدها.

وهذا ما أشار له أيضاً القانون السوري في المادّة (13) من قانون الشّركات والمادّة (2/474) من القانون المدنيّ.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 238.

[3] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 57 ومابعدها.

للشركة، ولا ينتج آثارًا إلا من تاريخ صدور الحكم، وبالنسبة للمستقبل فقط، وتصفى الشّركة كشركة فعليّة)).[1]

والشخصيّة الاعتبارية للشركة تبقى مستمرة حتى بعد القضاء ببطلانها أو حلها، وفق ما تقتضيه حاجات التصفية[2]، كون الشّخص الاعتباري يتمتّع بذمّةٍ ماليّة يتعيّن تصفيتها ووفاء التزاماتها، وقسمة موجوداتها بين الشّركاء أنفسهم وتستمر هذه الشخصيّة خلال فترة التصفية وتنتهي بانتهائها، وعليه لا يمكن القيام بأعمال وتصرفات جديدة باسم الشّركة إلا إذا كان من شأن هذه الأعمال إتمام ما قامت به الشّركة في الماضي قبل الحكم ببطلانها[3].

ولقد قوبلت هذه النظريّة بجملة من الانتقادات ونذكر منها [4]:

1) إنّ القول بتمتع الشّركة الباطلة بالشخصيّة الاعتبارية، واستمرار هذه الشخصيّة حتى انتهاء أعمال التصفية فيه ظلم للغير الذي تعامل مع الشّركة، كونه يحرمه من حق الاختيار بين التمسك ببطلان الشّركة والتمسك بصحتها، إذ إنّ ثبوت الشخصيّة الاعتبارية لها حتى في حالة بطلانها يجعلها بمقام الشّركة الصحيحة ممّا ينفي حجة كونها باطلة، وبالتالي يتعذّر التمسّك ببطلانها.

---

[1] سلطنة عمان، الدّائرة التجارية، الطعن رقم 34، لسنة 2004 قضائيّة، بتاريخ 9/ 6 / 2004. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 3:00 صباحاً.

[2] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 109

[3] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 312.

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 437 وما بعدها.

2) إنّ الاستناد إلى فكرة الشخصيّة الاعتبارية لتصفية المراكز بين الشّركاء تصطدم مع مفهوم الجزاء المترتّب على مخالفتها لقاعدة من القواعد القانونيّة اللازمة لإنشائها، الأمر الذي يترتّب عليه مثلاً القول ببقاء الشّريك في الشّركة الذي تقرّر البطلان لحمايته دائناً أو مديناً للشخص المعنويّ، طالما بقي هذا الشّخص، وهذا أمر يتنافى مع منطق البطلان[1].

وبناءً على هذه الانتقادات وغيرها يتبيّن أنّ نظريّة الشخصيّة الاعتبارية عاجزة عن تبرير وجود الشّركة الفعليّة وعن وضع حلول لجميع الآثار المترتّبة على إنكار الغير للشخصيّة الاعتبارية، لذا لا بدّ من البحث في نظريّة أخرى تصلح لهذا الشّأن وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى اعتماد نظريّة الوضع الظاهر لتبرير وجود الشّركة الفعليّة كما سنبحثها.

ج- نظريّة الوضع الظاهر:

لقد استند الجانب الغالب من الفقه[2] والقضاء[3] في معرض تقريره للشركة الفعليّة إلى نظريّة الوضع الظاهر؛ أي: إقرار صحّة المعاملات التي

---

[1] رابح عليوة، مجال تطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة في القانون الجزائري، مجلة التواصل في العلوم الإنسانيّة والاجتماعية، كلية الحقّوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2011/6/1، العدد 28، ص 100.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص200. ود. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص710. ود. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص49. وكذلك رابح عليوة، المرجع السابق، ص 98.

[3] ((ولئن كان من المقرّر وفقاً للقواعد العامة التى تحكم العقد أن أثر البطلان سواء فى ذلك المطلق والنسبى يسرى على الماضى فيعاد المتعاقدون إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد، إذ إنّ =

تمّت بين الشّركة والغير حسن النيّة على أساس مظهر الشّركة النظاميّ[1]، حيث يتجلّى الهدف من هذه النظريّة في حماية الغير، وتحقيق الأمان والاستقرار في المجتمع، فالغير الذي أقدم على التعامل مع الشّركة وفق ما بدا له من مظاهر أقنعته بأنّها شركة قانونيّة، من حقّه أن يحظى بالحماية القانونيّة اللازمة، فلا يُفاجأ ببطلان الشّركة، واعتبارها كأن لم تكن.

((فمشكلة الوضع الظاهر تثور عندما يغتصب صاحب المركز الفعليّ حيازة صفة معينة ويباشر مكنات ومزايا مركز ليس له مستنداً في هذا إلى تفسير غير سليم للقانون أو إلى تصوير غير صحيح للواقعة التي حدثت بحيث يكون الظاهر هو المركز الفعليّ الذي يخالف الحقّيقة، ممّا يؤدي إلى مواجهة

= زوال العقد يؤدى إلى زوال كلّ ما تولد عنه من آثار قانونيّة، إلا أن تطبيق هذه القواعد على عقد الشّركة يؤدى إلى تصدع مراكز مستقرة، وإهدار لحقوق الغير الذي تعامل مع الشّركة دون علم بما شاب تكوينها من عيوب الأمر الذي تتأذى منه العدالة ويجافى فكرة حماية القانون للظاهر ومنطق الأمور.... ممّا دعى إلى قيام نظريّة الشّركة الفعليّة التى أخذ بها المُشَرِّع الكويتى)).

محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 85، لسنة 1989 قضائيّة، بتاريخ 25/ 6 / 1989. وكذلك الطعن رقم 237، لسنة 1987 قضائيّة، بتاريخ 29/ 5 / 1988.

وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة التمييز البحرينيّة: ((القضاء ببطلان الشّركة لعدم استيفائها الشّكل الذي أوجبه القانون لقيامها، لا يتناول إلا مستقبل العقد، في حالة ما إذا كانت الشّركة قد باشرت عملها وتعاملت مع الغير، وذلك حماية للوضع الظاهر وللمراكز القانونيّة التي استقرت...)). محكمة التمييز لمملكة البحرين، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 80، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 8/ 3 / 2004. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/1. الساعة 4:30 صباحاً.

[1] بلال عطيه حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 264.

حاسمة بين صاحب المركز الفعليّ (صاحب الوضع الظاهر) وصاحب المركز القانونيّ من جانب وبينهما وبين الغير (المتصرف إليه) من جانب آخر))[1].

وإسقاطاً على موضوعنا فإنّ نظريّة الوضع الظاهر تقوم على فكرة أساسيّة قوامها أن المراكز القانونيّة هي الأصل في سائر الأمور من علاقات وتصرفات الأفراد، وأنها نشأت ضمن القواعد القانونيّة السليمة، وإلى جانب هذه المراكز يوجد مراكز فعليّة نشأت على خلاف القانون، إذ تفتقد إلى أحد العناصر اللازمة التي ينصّ عليها القانون، ممّا يجعلها مفتقرة إلى الوصف القانونيّ الكامل على الرغم من توافر بقية العناصر القانونيّة الخاصّة بها[2].

والشَّركة الفعليّة وفق مفهومها الواسع تعد من أهمّ تطبيقات نظريّة الوضع الظاهر التي يأخذ بها قانون التجارة[3]، وبالتالي فإنّ الغير الذي تعامل مع صاحب المركز الفعليّ ظنّاً منه بأنه صاحب مركز قانونيّ أصبح بمقتضى نظريّة الوضع الظاهر محصناً، ويتمتّع بالحماية اللازمة، وبالتالي فإنّ ما رتّبه المركز الفعليّ من التزامات تعتبر صحيحة ونافذة لمصلحة الغير حسن النيّة.

والظَّاهِرُ لغةً: خلافُ الباطن[4].

---

[1] د. فتحية قرة، أحكام الوضع الظاهر، لا يوجد رقم طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، لا يوجد تاريخ، ص9

[2] د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظريّة الوضع الظاهر في قانون المرافعات، الطبعة 1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2008 ص9 وما بعدها، وممن قال في هذا الشّأن أيضاً د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة، مطبوعات المنظمة العربيّة للتربية والثقافة والعلوم، معهد الدّراسات والبحوث العربيّة، عامّ 1977، ص5 وما بعدها

[3] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص372

[4] د. إبراهيم مدكور، مرجع سابق، ص 402.

ووفق ما عرّفه بعض الفقهاء: (هو المركز الواقعيّ الذي يتّخذ صورة المركز الحقّيقي رغم أنه ليس كذلك، ويستتبع غلطاً بشأنه)[1].

ونُعرف الظاهر بأنّه: المركز الفعليّ الذي استجمع عناصر ومقومات حملت الغير حسن النيّة على التعامل معه على أساس ما ظهر منه من وقائع معتقداً أنه المركز القانونيّ.

هذا وإنّ الوضع الظاهر يحتاج إلى توافر ركنين أساسيّين أحدهما ماديّ والآخر معنويّ، أمّا الركن الماديّ فهو عبارة عن وجود وقائع أو شواهد خارجية يتولد عنها لدى الغير اعتقاد بقانونيّة المركز الفعليّ[2]، ممّا يساهم في دخول الغير في معاملات والتزامات معه مستنداً لما ظهر له، هذا وتختلف العناصر المكونة للركن المادي في صورها ومصادرها، فقد تتمثّل في تصرف قانونيّ باطل أو منعدم أو في سند مثبت لتصرف وهمي لا وجود له[3]، وعليه يتجلى الركن المادي للوضع الظاهر في الشّركة الفعليّة في العقد الباطل الذي يترتّب عليه ذات الآثار التي تترتّب عليه فيما لو كان وضعه القانونيّ الصحيح.

أما الركن المعنويّ للظاهر يتمثّل بحسن النيّة لدى الغير، ويُشترط فيه[4]:

1) أن يكون المتعامل مع صاحب المركز الفعليّ (الظاهر) من الغير.
2) أن يكون الغير حسن النيّة، لا يعلم بما أصاب الشّركة من خلل.

---

[1] د. ماجد راغب الحو، نظريّة الظاهر في القانون الإداري، الكويت، مجلة الحقّوق والشريعة، 1980، العدد 1، ص 49

[2] د.محمد سعيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص59 وما بعدها

[3] د. نعمان جمعة، مرجع سابق، ص60 وما بعدها

[4] د. فتحية قرة، مرجع سابق، ص 34،35

3) توافر الغلط الشّائع، الذي يعتقد معه الكافة بحقيقة الظاهر.

إذاً لا بدّ من توافر هذه الشّروط مجتمعة لدى الغير حتى يتحقق حسن النيّة وبالتالي قيام شركة فعليّة استناداً إلى نظريّة الوضع الظاهر. ويستوي الأمر أن يكون الشّركاء حسني النيّة أو سيئيها، إذ إنّ هذه النظريّة شُرعت لحماية الغير الذي لم يساهم بأيّ تصرف من شأنه أن ينشئ الوضع الظاهر، هذا ولا يلزم الغير بإثبات وجود ضرر حاصل له نتيجة المظهر الخادع الذي صور له أن الشّركة حقيقية، وإنّما فقط يقتصر دوره على إقامة الدّليل على الظاهر المستقر والمخالف للحقيقة[1].

هذا وقد تعرّضت هذه النظريّة لانتقاداتٍ عدّة، نذكر منها:

1) إنّ حسن النيّة لدى الغير لن يتحقق دائماً وفق التشريعات التي تقرّر اكتساب الشّركة التجارية للشخصيّة المعنويّة من تاريخ القيد في السجل التجاري[2]، فلن يخفى على الأفراد المتعاملين معها أن الشخصيّة الاعتبارية لهذه الشّركة لم تكتسبها لتخلّف قيدها في السجل التجاري[3].
2) تداخل واختلاط الحقّيقة والمظهر، فالآثار التي تتولّد عن الشّركة الفعليّة هي نتيجة الوجود الفعليّ للشركة قبل الحكم بالبطلان، وليست وليدة المظهر الذي ينشأ من الوقائع[4].

---

[1] د. فتحية قرة، مرجع السابق، ص 21،22.

[2] م (3)، (13) شركات سوري، م (17) من قانون الشّركات المصري رقم 159 لعام 1981 المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 1998، وكذلك م(6/210) من القانون االتجاري الفرنسيّ.

[3] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص72

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع السابق، ص434.

3) إنّ استبعاد تطبيق الأثر الرجعيّ للبطلان بالنسبة للشركاء يُصّعب الألتجاء إلى فكرة الوضع الظاهر لتفسير الحلول التي تقرّرها نظريّة الشّركة الفعليّة، لأنّ ما تقصده نظريّة المظهر هو حماية الغير حسن النيّة الذي وثق بمظهر زائف ينخدع فيه الرجل العاديّ[1].

بالرغم من هذه الانتقادات برأينا إن نظريّة الوضع الظاهر تصلح لأن تكون أساس تستند عليه الشّركة الفعليّة في سبيل تبريرها؛ وذلك لأنّ الغير تعامل معها وفق ما ظهر له، وكأنّها شركة صحيحة منتجة لآثارها ممّا يتعيّن معه اعتمادها كأساس لتبرير الإبقاء على صحّة الأعمال التي قامت بها الشّركة في الماضي في مواجهة الغير حسن النيّة، وذلك رعايةً للثقة التي يوليها لهذا المظهر، بالإضافة لتفسيرها الفعال لعدم تطبيق القواعد العامة للبطلان وسريانه بأثر رجعيّ ليشمل ماضي العقد، كما وتفسّر أيضاً عدم استطاعة الشّركاء الإحتجاج ببطلان الشّركة اتجاه الغير حسن النيّة محقّقة بذلك الوقاية للمراكز القانونيّة التي يتعيّن حمايتها لتحقيق العدالة.

---

[1] رابح عليوة، مرجع سابق، ص 100.

الفرع الثّاني: أركان الشّركة الفعليّة

كرّس القضاء وفق أحكامه[1] الأركان التي تقوم عليها الشّركة الفعليّة، فمنها ما هو موافق للشركات بصورةٍ عامّة كالأركان الموضوعيّة العامة (أوّلاً) والأركان الموضوعيّة الخاصّة (ثانياً)، ومنها ماهو ركن خاصّ بهذه الشّركة ويتمثّل بالممارسة الفعليّة لنشاط الشّركة الفعليّة (ثالثاً).

أوّلاً: الأركان الموضوعيّة العامة

إن الأركان الموضوعيّة العامة ما هي إلا ركائز أساسيّة لوجود العقد بشكل عامّ وصحته ونفاذه، والشَّركة الفعليّة على اختلاف أشكالها وصورها لا تقوم إلا بتواجد هذه الأركان في عقدها كما الشّركات عموماً، وتتجلّى هذه الأركان في: الرضا، والأهليّة، والمحل، والسبب.

1- **الرضا:**

الرضا هو ((اجتماع مشيئتين أو أكثر وتوافقهما على إنشاء علاقات الزامية بين المتعاقدين؛ أي: هو إظهار الإرادة صراحةً أو ضمناً بالموافقة على عمل يقوم به آخر)) [2].

---

[1] ((أن شركة الواقع تقوم بتوافر عناصر تكوين الشّركة واكتساب مظهرها الخارجي ومباشرة نشاطها وتبقى قائمة إلى أن يصدر حكم البطلان...)). محكمة التمييز لدولة الكويت، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 667، لسنة 1997 قضائيّة، بتاريخ 22 - 6 - 1998.
موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 4:30 مساءً.

[2] موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدنيّ، دراسة مقارنة، ج 3، لايوجد رقم طبعة، بيروت، مشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2001، ص 191 وما بعدها.

فالرضا هو التعبير عن إرادة المتعاقدين التي تصاغ في شكل الإيجاب والقَبول، حيث تنشأ بواسطته الرابطة العقدية بين أشخاص انصرفت إرادتهم لإنشاء كائن قانونيّ يحمل اسم الشّركة[1]، وفي حال انعدامه كانت الشّركة غير موجودة، هذا ويجب أن ينصب الرضا على العقد وعلى جميع ما يتضمّنه من شروط مهمة كرأسمال الشّركة وغرضها وشكلها ومدتها...الخ[2].

ويتعيّن في الرضا أن يكون صادراً عن جميع الأطراف المتعاقدين، ويتم هذا الرضا في الشركات المساهمة بشكل اكتتاب، أي إكتتاب المساهم بعدد من الأسهم عند تأسيس الشّركة أو شراء أسهم أحد الشّركاء بعد التأسيس، وتتجلّى موافقة الشّركاء عندما يتضمّن العقد شرط خاصّ يفيد التفرغ عن الأسهم[3].

ويتوجب في الرضا أن يكون سليماً صادراً عن إرادة حرة واعية، يتم التعبير عنها بشكل عامّ بطرق وصيغ كثيرة فقد يكون باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على

---

[1] الرضا وفق ماعرفه القانون السوري: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة مايقرّره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد). م(92) من القانون المدنيّ الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84، تاريخ 18أيار 1949 وتعديلاته. ويقابلها بذات المعنى م(178) قانون اللبناني موجبات وعقود، م(89) من القانون المدنيّ المصري.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج5،العقود التي تقع على الملكية، القاهرة، دار الشّروق، 2010، ص182.

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص74

حقيقة المقصود، أو بالكتابة وهذا ما اشترطته بعض تشريعات[1] في عقد الشّركة.

2- الأهليّة:

لكي ينعقد عقد الشّركة بشكل صحيح يجب أن يصدر الرضا من شخص متمتع بالأهليّة اللازمة لإبرام العقد؛ أي: أنّ يكون متمتعاً بأهليّة التصرف وأهليّة الالتزام، كون عقد الشّركة من قبيل التصرفات الماليّة الدّائرة بين النفع والضرر[2]،أي بالغاً سن الرشد القانونيّة دون أن يعتري أهليته أي عارض ينقصها كالسفه والغفلة أو يعدمها كالعته أو الجنون[3]، وسن الرشد يختلف من دولة لأخرى وفق ما يناسبها، فقد حدّدتها بعض التشريعات كالقانون المدنيّ السوري بـ18 سنة ميلادية كاملة متفق بذلك مع القانون الأردني واللبناني[4]، بينما حدّد المُشَرِّع المصري والإماراتي سن الرشد بـ 21 سنة ميلادية كاملة [5]، وحدّدها المُشَرِّع الجزائري ب 19 عامّاً [6].

---

[1] كالتشريع الكويتي م(7) شركات، والتشريع التونسي (545) من مجلة الشّركات التجارية، والتشريع البحريني م(6) شركات.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 23.

[3] د.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص32.

[4] م(46) مدنيّ سوري، م(1/43) مدنيّ أردني، م (215) موجبات وعقود لبناني.

[5] م (85) قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي. المادّة (2/44) مدنيّ مصري

[6] م(40) القانون المدنيّ الجزائري رقم75-58 لسنة 1975.

3- المحل:

يُقصد بالمحلّ المشروع الماليّ الذي اشترك من أجله أطراف العقد وخصصت له حصص الشّركاء[1]، ويشترط في محلّ الشّركة أن تتوافر فيه مجموعة من الشّروط، وإلا وقع باطلاً وبطل معه عقد الشّركة، وتتمثّل في[2]:

أ- يجب أن يكون المحلّ مشروعاً غير مخالف للنظام العامّ أو الآداب العامة[3]، كما يتعيّن أن تكون أيضاً حصص الشّركاء مشروعة وإلا كانت باطلة ولو كان محلها مشروعاً[4].

ب-يجب أن يكون المحلّ ممكناً قابلاً للتحقيق غير مستحيل في ذاته، ويكون محلّ الشّركة غير ممكن إذا كان الغرض منها مباشرة نشاط جائز في الأصل لكن النظام يحظره على نوع معين من الشّركات، ومثاله حظر القيام بأعمال التأمين أو الإدخار أو التوفير أو البنوك على الشّركات ذات المسؤولية المحدودة[5].

ج- أن يكون المحلّ محدّداً ومعيناً تعييناً كافياً، أي على الشّركات أن تحدّد في عقدها نوع النشاط الذي تود القيام به[6].

---

[1] د.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص33.

[2] م (133، 134، 135) القانون المدنيّ السوري، م(132، 133، 134) القانون المدنيّ المصري.

[3] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 65.

[4] د.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 34.

[5] م (8/56) من قانون الشّركات السوري، م(5) من قانون الشّركات المصري، م (159) من قانون الشّركات السعودي.

[6] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 64.

د- أن يكون المحلّ داخلاً ضمن ما يجوز التعامل به، فلا يجوز أن يكون محلّ عقد الشّركة الفعليّة التصرف في أراضي كانت قد اكتسبت صفة المال العام[1].

4- السبب:

إن السبب أمر أساسيّ في عقد الشّركة باعتباره من عقود الالتزام، حيث لا ينعقد العقد بمعناه المعروف إلا بوجوده، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العامّ والآداب العامة وإلا كان باطلاً[2].

والسبب في مفهومه يختلف ما بين المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث فسبب التزام الشّريك المباشر في الشّركة وفق المفهوم التقليدي هو الالتزام ذاته لدى الشّركاء الآخرين في تقديم حصصهم، وفي حال تخلّفه يبطل عقد الشّركة، أمّا السبب وفق المفهوم الحديث هو الدّافع الباعث للتعاقد[3]، هذا وقد خلط المشرع السوري بين السبب باعتباره عنصراً فنياً (سبب الالتزام) والسبب باعتباره عنصراً مصلحياً (سبب العقد) وفق نص المادة (137) من القانون

---

[1] ((متى كان العقد قد تناول التصرف في أراضي كانت قد اكتسبت صفة المال العامّ قبل صدوره فإنه يكون باطل بطلانا مطلقا متعلّقاً بالنظام العام..)) محكمة النقض المصري، جلسة 27\4\1967 المكتب الفني، السنة 18، رقم 135، ص 879. د.عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 370

[2] م(136) مدنيّ مصري، م (2/207) قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، م(137) مدنيّ سوري.

[3] د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص66.

المدني والتي تنص على: ((إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)) [1].

هذا ولقد اختلفت الآراء الفقهيّة حول مدى ارتباط السبب بالمحل، إذ ذهب الرأي الفقهى الراجح إلى أن سبب عقد الشّركة ومحلها وجهان لعملة واحدة ولا اختلاف بينهما، فالسبب برأيهم هو الباعث الدّافع إلى التعاقد، وما هو إلا اتحاد إرادة كلّ شريك من أجل تحقيق الغرض الذي تأسست الشّركة لإنجازه، وعليه لو تأسست شركة للإتجار بالأسلحة فهنا يكون سببها ومحلها غير مشروعين[2].

بينما ذهب رأي آخر للقول باستقلالية السبب عن المحل، وذلك أن السبب بعقد الشّركة هو الدّافع لدى كلّ شريك بالدخول في شركة معينة من أجل جني الأرباح التي تعود عليهم منها، وبنظرهم هنا السبب يكون دائماً مشروع[3].

---

[1] د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، ج1، الطبعة العاشرة، دمشق، جامعة دمشق، عام 2003-2004، ص140.

[2] وممن قال في ذلك د.علي البارودي، مرجع سابق، ص199، ود.علي حسن يونس، مرجع سابق، ص35، ود. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص33.

[3] وممن قال في هذا الرأي د. محمد فريد العريني، د. جلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال، دراسة في النشاط التجاري وآلياته، لا توجد طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996، ص180.

ثانياً – الأركان الموضوعيّة الخاصّة:

إنّ الشّركة الفعليّة بمختلف صورها كما الشّركة الصحيحة تشاد على أركان موضوعيّة خاصّة بعقد الشّركة، فلا تقوم إلا بإجتماع هذه الأركان، وبإنتفاء أحدها يؤدي إلى انتفاء فكرة الشّركة من أساسها.

وبالعودة إلى التعريف القانونيّ للشّركة تظهر الأركان الخاصّة للشركة الفعليّة والتي تتمثّل في تعدد الشّركاء، والمساهمة في تقديم الحصص، واقسام الشّركاء للأرباح والخسائر الناتجة عن المشروع الاقتصادي الذين ساهموا في تأسيسه، بالإضافة إلى توافر نيّة المشاركة لدى جميع الشّركاء، وهذا الركن هو ما استخلصه الفقه والقضاء بالعودة إلى جوهر عقد الشّركة [1]، ولم يذكره المُشَرِّع صراحةً في تعريف الشّركة[2]، وسنتناول البحث في كلّ ركن على حدة حتى نتوقف على مفاده وأهميته في تكوين عقد الشّركة الفعليّة.

1- تعدد الشّركاء:

إن هذا الركن هو محلّ خلاف بين الفقهاء حول كونه أحد الأركان الموضوعيّة الخاصّة للشركة، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى عده ركن من الأركان الموضوعيّة الخاصّة في عقد الشّركة، ومستندهم في ذلك فكرة الشّركة

---

[1] د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 195.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص40.

التـي تعنـي الاشـتراك والتعـاون بـين مجموعـة مـن الأشـخاص، والشَّـركة تعتبـر منتفية في حال تجمعت الحصص أو الأسهم جميعها في يد شريك واحد[1].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى عدم عده أحد الأركان الموضوعيّة الخاصّة للشركة، وذلك لأن تعدد الأطراف في أي عقد هو أمر مفروغ منه ولا يستوي قيام أي عقد من العقود وليس عقد الشّركة فقط إلا بتعدد أطرافه [2].

ونحن نؤيّد الرأي القائل بأن تعدد الشّركاء ركن خاصّ بعقد الشّركة سواء القانونيّة منها والفعليّة، وذلك لأن الشّخص عندما ينوي تأسيس مشروع بمفرده – باستثناء الأحوال المتعلّقة بشركة الشّخص الواحد – لا يكون شركة بل يكون متجر، إذ لا حاجة لإطلاق مسمى شركة على مشروعه الفردي لكونها تفقد معناها القائم على التشارك، باعتبار أن الشّركة تحتاج إلى وجود أشخاص تتوحد جهودهم وأموالهم لتحقيق الهدف المشترك الذي من أجله تكونت، مستندين في ذلك للتعريف القانونيّ للشركة[3]. ولا نغفل حول ما ينتجه هذا العقد من ولادة شخص اعتباري مستقل عن شخصيّة أفراده، يتمتع بذمة ماليّة مستقلة تجعل منه أهلاً للحق ومحلاً للالتزام.

---

[1] وممن قال بهذا الرأي د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 182.

[2] د. محمود سمير الشّرقاوي، الشّركات التجارية في القانون المصري، لايوجد رقم طبعة، القاهرة، دار النهضة العربيّة مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، عامّ 1986، ص 31 هامش رقم 1.

[3] م(374) من القانون المدنيّ السوري.

هذا ويستوي أن يكون الشّركاء في الشّركة الفعليّة أشخاصاً طبيعية أو اعتبارية مالم ينصّ القانون على غير ذلك[1]، أمّا فيما يتعلّق بالعدد المناسب لتشكيل الشّركة الفعليّة غالباً ما يكون العدد أقل في شركات الأشخاص عن شركات الأموال، لأنّها تقوم على الاعتبار الشّخصي لأفرادها[2]، هذا وقد اشترط القانون عند تعريفه لعقد الشّركة، بألّا يقل عدد الشّركاء فيها على اثنين فضلاً عن نصوص قانون الشّركات الخاصّ بكل شكل من أشكال الشّركات.

فقد ينصّ المُشَرِّع على عدد يزيد على اثنين في بعض أشكال الشّركات، فهنا على الشّركاء أن يتقيدوا بالعدد المطلوب، وإلا كانوا عرضة للجزاء الذي رتبه المُشَرِّع، ومثاله: ما اشترطه المُشَرِّع السوري في الشّركة المساهمة المغفلة العامة بألا يقل عدد المساهمين فيها عن عشرة مساهم، وفي الشّركة المساهمة المغفلة الخاصّة ألايقل العدد عن ثلاثة مساهمين، وفي حال قلّ العدد عن الحد الأدنى المقرّر قانوناً، جاز لوزارة الاقتصاد والتجارة منح الشّركة مهلة ستة أشهر لتصحيح أوضاعها أو تحويل شكلها القانونيّ إلى شركة أخرى، وفي حال عدم امتثالها، للوزارة هنا أن تطلب تصفيتها قضائيّاً[3].

---

[1] ومثاله: ما اشترطه المُشَرِّع الأردني في شركات التضامن والتوصية، أن تكون مؤلّفة من أشخاص طبيعية، م(9)، (48) شركات.

[2] د. محمد فريد العريني، القانون التجاري ج2، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1995، ص 26، وكذلك د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 182.

[3] م (86)، م (2/90) من قانون الشّركات السوري، وكذلك الحال في قانون الشّركات المصري رقم 159 لعام 1981، م (2/8).

وقد يشترط المُشَرِّع حدّاً أقصى لعدد الشّركاء في بعض أنواع الشّركات كالمُشَرِّع الأردني الذي اشترط ألا يزيد عدد الشّركاء على عشرين شخصاً في شركات التضامن والتوصية البسيطة، مالم تكن الزيادة طرأت نتيجة الإرث[1].

هذا وإن مبدأ تعدد الشّركاء يرد عليه استثناءات؛ أي: أن تتكون الشّركة من شخص واحد، وبالتالي قيام شركة فعليّة من شخص واحد في حال توافرت أسباب قيامها، وتتمثّل هذه الاستثناءات في:

أ- شركات القطاع العامّ المملوكة للدولة:

إن من أهم الاستثناءات التي شكلت خروج على مبدأ تعدد الشّركاء هو ما أجازه المُشَرِّع صراحةً حول تأسيس شركة الشّخص الواحد في مجال القطاع العامّ وهذا النمط من الشّركات يتم بإحدى الشّكلين[2]:

إما التأسيس المباشر فيأخذ شكل شركة مساهمة عامّة تكون الدّولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة هي المالك الوحيد لأسهمها، ومثالها ما أجازه المُشَرِّع السوري وفق المادّة (3/6) من قانون الشّركات.

أما الشّكل الثّاني فيتجلى في ملكية الدّولة لشركة الشّخص الواحد محدودة المسؤولية عن طريق التأميم، فتنتقل بموجبه ملكية الشّركة من الملكية الخاصّة إلى ملكية الدّولة[3]، ومثاله القانون رقم 117 لسنه 1961 الذي بموجبه تمّ تأميم عدد كبير من الشّركات المهمة في مصر[4].

---

[1] م (9) من القانون رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته بالقانون رقم 57 لسنة 2006.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 59.

[3] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج3، لايوجد رقم طبعة، عمان –الأردن، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عامّ 1997، ص24.

[4] د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 26، 459، 460.

ب-شركة الشّخص الواحد:

هي عمل إرادي تؤسس من قبل شخص واحد طبيعي أو معنويّ، يقتطع من ذمته الماليّة مبلغاً محدّداً، ويخصص هذا المبلغ لاستثماره في مشروع فردي معين أو يأخذ شكل شركة، وبالتالي تكون مسؤوليته محدّدة بقدر هذا المبلغ دون أن تمتد إلى المبلغ الباقي في ذمته الماليّة [1].

هذا وتتكون شركة الشّخص الواحد بطريقتين: أمّا بشكل مباشر أو عن طريق التكوين غير المباشر، فالتكوين المباشر تتأسس فيه الشّركة بالإرادة المنفردة للشخص، ويكون هو الشّريك الوحيد فيها متخلياً عن المفهوم العقدي التقليدي لتأسيس الشّركات، فينشأ شخص معنويّ جديد منفصل ومستقل عن شخصيّة الشّريك المؤسس له[2].

أما التكوين غير المباشر فيتم بإحدى الطرق الآتية:

1) تجمع جميع الحصص أو الأسهم في يد شريك واحد أثناء حياة الشّركة[3] وذلك لعدة أسباب مثالها: وفاة أحد الشّركاء في حال كانت الشّركة مؤلّفة من شريكين ولا وارث للشريك المتوفى[4].

---

[1] د. هيوا ابراهيم الحيدري، شركة الشّخص الواحد ذات المسئوولية المحدودة، الطبعة الأولى، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2010، ص 233. وكذلك مؤيّد الدّين سبيني، شركة الشّخص الواحد، المحدودة المسؤولية، بحث قانونيّ لنيل لقب أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين، فرع دمشق، بدون عامّ، ص11.

[2] عبد الله حميد الغويري، تأسيس شركة الشّخص الواحد في القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2015، مجلة جامعة الشّارقة للعلوم الشّرعية والقانونيّة، المجلد 13، العدد 2، ديسمبر، 2016، ص314.

[3] عبد الله حميد الغويري، المرجع السابق، ص316.

[4] بحث بعنوان: شركة الشّخص الواحد، مقدم من آدم ابكر صافي النور. موجود على الموقع الإلكتروني: www.etd2.uofk.edu تمت الزيارة في تاريخ 2015/8/1، الساعة 4:00 مساءً.

2) تحويل المشروع الفردي عند نجاحه إلى شركة فردية ذات مسؤولية محدودة وفق إجراءات قانونيّة محدّدة[1]، لتحديد مسؤوليته بدلاً من أن تكون شاملة لجميع أمواله الشخصيّة[2].

هذا ولقد أجازت معظم التشريعات[3] شركة الشّخص الواحد رغبةً منها في تشجع المشروعات الفردية وللحد أيضاً من لجوء بعض الأفراد إلى الشّركات الوهمية والصورية.

وبالختام إن الشّركة سواء كانت مؤسسة بتعدد الشّركاء وفق وضعها الطبيعي أو وفق إحدى أشكال الاستثناء، من الممكن أن تكون شركة فعليّة مادام سبب قيامها لايتعلّق بشكل الشّركة، وإنّما جاء نتيجة حاجة فرضها الواقع لحماية الغير حسن النيّة المتعامل معها دون أن يظهر له أنها شركة حال بها أحد الأسباب أصبحت معها هذه الشّركة باطلة.

2-تقديم الحصص:

الحصّة هي ما تعهّد كلّ شريك تقديمه للشركة، بغية المساهمة في المشروع الذي انصرفت إرادته لتأسيسه مع باقي الشّركاء، وبمجموع هذه

---

[1] ومن القوانين التي أجازت هذا التحول القانون الألماني ونصّ على ذلك في م (56) من قانون التحول سنة 1966، والقانون الأمريكي.

للتوسع في هذا الموضوع، انظر د. فيروز سامي الريماوي، شركة الشّخص الواحد، دراسة قانونيّة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار البشير، عامّ 1997م، ص 117، 118.

[2] بحث بعنوان: شركة الشّخص الواحد – مدونة المحامي محمد عماوي القانونيّة، موجود على الموقع الإلكتروني: www.amawi.info تمت الزيارة في 2015/8/1، الساعة: 4:30 مساءً.

[3] كالتشريع السوري بشكل شركة ذات مسؤولية محدودة م (2/55) شركات، والمُشَرِّع الكويتي م(85) شركات، والتشريع الألماني بموجب القانون 1980، وكذلك التشريع الفرنسيّ بموجب القانون 1985 د. فيروز سامي عمرو الريماوي، مرجع سابق، ص 9، 34، 35، 37،

الحصص يتشكّل ما يسمى رأسمال الشّركة الفعليّة[1]، وفي حال تخلّف الشّركاء عن تقديم ما تعهدوا به لا تنعقد الشّركة بين أفرادها.

وفيما يتعلّق بطبيعة تقديم الحصص اختلفت الآراء الفقهيّة حوله فذهب البعض إلى عد هذا الشّرط ناتج عن طبيعة عقد الشّركة لا عن الشّخص المعنويّ الناتج عن هذ العقد، وهو واجب على الشّركاء حتى في شركة المحاصة على الرغم من عدم تمتعها بالشخصيّة الاعتبارية، بينما خالف فقهاء آخرون هذا الرأي، وقالوا إن تقديم الحصص يستند إلى تمتع الشّركة بالشخصيّة المعنويّة وهو واجب على كلّ شريك[2].

وبرأينا إن سبب التزام كلّ شريك في تقديم حصته راجع لطبيعة عقد الشّركة، إذ إنّها من عقود المعاوضات التي ترتّب التزامات وحقوق متبادلة للمتعاقدين، ولكي يكون الشّريك أهلاً للحصول على نصيب من أرباحها وتحمل جزءاً من خسائرها، وهذا ما نصّ عليه المُشَرِّع صراحةً عند تعريفه للشركة[3].

والحصص التي يقدمها الشّركاء تتجلّى في عدّة صور كالآتي [4]:

أ- الحصّة النقدية:

هي مبلغ محدّد من النقود يقدّمه الشّريك مساهمةً منه في تكوين رأس مال الشّركة في الميعاد المحدّد، وفق الطريقة المتفق عليها[5]، وفي حال لم ينصّ العقد على ميعاد محدّد وجب تقديمها عند إبرام العقد.

---

[1] د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص27.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 94، 95.

[3] م (374) من القانون المدنيّ السوري.

[4] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 42.

[5] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج3، مرجع سابق، ص 26.

هذا ويحكم التزام الشّريك بدفع الحصّة ما تقرّره القواعد العامة المتعلّقة بتنفيذ الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود، فالعلاقة بين الشّركة والشريك كالعلاقة بين الدّائن والمدين[1]، أي في حال تأخّر بالوفاء في الوقت المحدّد كان للشركة التنفيذ على أمواله وتحصيل الحصّة منه، بالإضافة لفوائد تستحق منه من تاريخ استحقاق الحصّة دون الحاجة لإعذاره بدفعها أو مطالبته قضائيّاً بها، وللشركة أيضاً في حال أصابها ضرر إضافي أن تطالب الشّريك المتأخر بتعويض تكميلي[2]، وقد شكل هذا الجزاء خروجاً على القواعد العامة[3]. ومن هنا نستخلص أن التزام الشّريك في تقديم الحصّة النقدية كإنّما هو التزام تجاري بالنظر إلى ميعاد سريان الفائدة ودون حاجة لاعذاره أو مطالبته على خلاف القضايا المدنيّة التي يبدأ الميعاد من تاريخ المطالبة القضائيّة[4].

ب-الحصّة العينيّة:

قد تتّخذ الحصّة التي يقدمها الشّريك في الشّركة الفعليّة شكل حصّة عينيّة فإما أن تكون عقاراً كمبنى أو منقولاً مادياً كالآلات أو قد تتخذ شكل منقول معنوى كأن تكون علامة تجارية أو براءة اختراع...الخ.

---

[1] د.فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص16.

[2] المادّة (478) من القانون المدنيّ السوري، المادّة (510) القانون المدنيّ المصري، أمّا القانون اللبناني لم يتضمّن نصوص صريحة تشدد على الشّريك من أجل الوفاء بحصته النقدية في الميعاد وإنّما يخضع للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام بمبلغ نقدي.

[3] عزت عبد القادر، الشّركات التجارية، دون رقم طبعة، عابدين، مصر، النسر الذهبي للطباعة، عامّ 1999، ص8.

[4] د. محمد فاروق أبو الشّامات ود. جمال الدّين مكناس، الحقّوق التجارية، الأعمال التجارية والتجار والمتجر، دون رقم طبعة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عامّ 2008-2009، ص55.

ويتّخذ تقديم الحصّة العينيّة إحدى السبيلين:

أمّا على وجه التمليك فتنتقل به ملكية الحصّة للشركة بشكل نهائي وتصبح جزء من الضمان العامّ المقرّر لدائنيها، وتقديمها هنا يشبه البيع ولكن لا يقابله ثمن وإنّما يقابله تقديم حصّة، وبالتالي تخضع في تقديمها لأحكام عقد البيع كانتقال ملكيتها وضمان الحصّة إذا هلكت أو استحقت...الخ[1].

أو على سبيل الانتفاع للشركة مع احتفاظ الشّريك بملكية الرقبة[2]، وتقديم الحصّة على هذا النحو يشبه الإيجار، وتخضع الحصّة هنا فيما يتعلّق بها للأحكام العامة المتعلّقة بالإيجار[3]، أي يكون الشّريك في مركز المؤجر والشَّركة في مركز المستأجر مقابل حصوله على حق في الأرباح ونصيب من موجودات الشّركة عند التصفية.

أما فيما يتعلّق باعتبار الدّين الذي في ذمة الغير كحصّة في الشّركة، لقد تباينت القوانين في اعتباره كذلك، فمنها ما اعتبره حصّة للشريك كالقانون السوري واللبناني[4]، ومنها لم يعتبره حصّة في الشّركة كالقانون الأردني[5]، إلا أن التزام الشّريك اتجاه الشّركة لا ينقضي إلا إذا استوفيت هذه الدّيون، وفي حال لم توفى بحلول الأجل المحدّد لها يلزم الشّريك هنا بتعويض الضرر الذي

---

[1] د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 206. وكذلك د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 71. ود. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 185.

[2] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 41.

[3] م (2/479) من القانون المدنيّ السوري، م(859) موجبات وعقود لبناني.

[4] م(481) مدنيّ سوري، م (858) موجبات وعقود لبناني

[5] نصت م(2/585) من القانون المدنيّ الأردني رقم 43لعام 1976: (لايجوز أن يكون الدّين في ذمة الغير أو حصته فيه رأس مال للشركة).

يلحق الشّركة، ويكون الشّريك ضامن لوجود الحقّ ويسار مدينه وقت الاستحقاق خلافاً للقواعد العامة في حوالة الحقّ[1].

ج- الحصّة بالعمل:

قد تتمثّل حصّة الشّريك في تقديم عمل للشركة تصيب منه نفعاً مادياً وعليه لا بدّأن يكون العمل مرتبطاً بغرض الشّركة ومحدّداً تحديداً دقيقاً في عقدها سواء من حيث نوعه أو طبيعته[2]، وأن يكون منجزاً يوماً بيوم، باعتبار أن حصّة العمل في الشّركة هي من قبيل الالتزامات المستمرة، كما لا تصلح أن تكون حصّة الشّريك ما يتمتع به من نفوذ أو ثقة ماليّه[3]، وعلى الشّريك أن يقدم حساباً عمّا يكون قد كسبه من وقت قيام الشّركة بمزاولته العمل الذي قدمه حصّة فيها[4]، وإذا ما توصل أثناء عمله إلى اختراع أو اكتشاف معين فإنه وفقاً لبعض التشريعات غير ملزم بتقديمه للشركة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك[5]. وعليه أن يبتعد عن مزاولة العمل سواء لحسابه الشّخصي أو لحساب الغير الذي يشكل منافسة للشركة صاحب الحصّة فيها.

---

[1] محمود زكي شمس، شرح القانون الخاصّ بالشركات، الطبعة الأولى، دمشق، مطبعة الدّاودي، عامّ 2008، ص 26.

[2] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص62،63.

[3] م (477) من القانون المدنيّ السوري.

[4] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 32.

[5] م (512) مدنيّ مصري، م(480) مدنيّ سوري، م(586) مدنيّ أردني.

هذ وأن العمل لا يصلح أن يكون حصّة في جميع الشّركات كالشَّركة المساهمة، والشَّركة محدودة المسؤولية لورود النصّ بذلك[1].

ولكن السؤال هنا هل من الممكن أن تكون حصص الشّركة الفعليّة كلها قائمة على العمل فقط؟

ذهب معظم الفقهاء[2] إلى القول بأن الشّركة تحتاج إلى رأسمال تنهض بـه لتسـير أمورهـا ولاسـيما أن حصـص العمـل لا تشـكل ضـمان حقيقـي للغير، حيث لا يمكن الحجز عليها، ولا تشكل محلاً للتنفيذ الجبري إذ لا تدخل في تقدير رأسمال الشّركة الذي يتكون من مجموع الحصص النقدية والعينيّة.

بينما ذهب جانب آخر كالفقه اللبناني وأيده المُشَرِّع اللبناني[3] بأنه من الممكن أن تكون حصص الشّركاء جميعها عبارة عن عمل بحيث تتكون الشّركة دون أن يكون لها رأس مال نقدي كشركة السمسرة والوكالة بالعمولة[4].

---

[1] م (6/56)، (1/92) قانون الشّركات السوري.

إلا أن هناك رأي قال: بأنه من الممكن أن يكون العمل حصّة في الشّركة المساهمة والمحدودة المسؤولية إذا قومت حصّة العمل بالنقود بشرط ألا تقل قيمة الحصص النقدية أو العينيّة التي يتكون منها راسمال الشّركة عن الحد الأدنى الذي حدّده المُشَرِّع لهذه الشّركات. للتوسع انظر د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 46.

[2] د.مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 33. وكذلك د.جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 76.

[3] المادّة (849) موجبات وعقود.

[4] د. علي البارودي مرجع سابق، ص 209.

ومن الفقهاء[1] من أجاز ذلك لشركات التضامن، وذلك لأن الذمة الماليّة للشركاء جميعهم في شركات التضامن تشكل ضماناً عامّاً للدائنين، وهذا يلتقي مع ما نصّ عليه قانون الشّركات السوري أنه من الجائز أن يكون رأسمال شركة التضامن أو جزء منه عبارة عمل[2].

وبرأينا هذا خروج على ما هو مألوف من قواعد عامّة وأساسيّة في الشّركات فالشَّركة ما هي إلا شخصيّة معنويّة يتعيّن معها أن يكون لها ذمة ماليّة مستقلة تنهض بأعمالها، وهذه الذمة لا تتكون لها إلا وفق ما يقدمه أفرادها من حصص نقدية أو عينيّة، وإعمال الخروج على ذلك غير مجد إلا إن أمكن تطبيقه على شركة المحاصة باعتبار أنها لا تتمتع بالشخصيّة الاعتبارية.

3- اقتسام الأرباح والخسائر:

إنّ هذا الركن جوهري تقتضيه فكرة الشّركة، حيث إنّ الربح والخسارة أمر احتماليّ فكما قد تمر الشّركة الفعليّة بربح خلال ممارستها لنشاطها فهي قد تمر كذلك بخسارة تلحق رأسمالها.

والربح وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء ((هو كلّ كسب ماليّ أو مادي يضاف إلى ثروة الشّركاء.))[3].

أمّا الخسارة فهي: (نقص أصول الشّركة عن خصومها) [4].

---

[1] وممن قال بهذا د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص65.

[2] م(31) من قانون الشّركات السوري.

[3] قرار محكمة النقض الفرنسيّة بهيئتها العامة تاريخ 1914/3/11. أشار له د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 26.

[4] د.عبد الفضيل محمد أحمد، الشّركات، لايوجد رقم طبعة، المنصورة –مصر، دار الفكر والقانون، عامّ 2009، ص 62.

وهذا الركن هو ما يميّز عقد الشّركة عن غيره من العقود، فعقد العمل والقرض مثلاً يحصل فيهما أحد المتعاقدين على نسبة معينة من الأرباح دون أن يساهم في الخسائر[1]، كما ويميّز الشّركة أيضاً عن الجمعية[2] فالجمعية لا تسعى لتحقيق الربح[3]، على خلاف الشّركة التي تسعى دائماً من وراء تأسيسها لتحقيق الربح المادي، وفي حال ثبت للجمعية قيامها بتوزيع ربح على أعضائها أمكن عدها شركة فعليّة[4].

وسواء أصاب الشّركة ربح أم خسارة فهذا يعود على الشّركاء جميعاً إعمالاً لقاعدة الغُنم بالغُرم، ويترتّب على انتفاء هذا الركن بطلان عقد الشّركة أو قابليته للبطلان[5].

هذا ويتم الاقتسام فيما بين الشّركاء على النحو الآتي:

أ- تقسيم الأرباح والخسائر بالاستناد إلى العقد:

هنا تكون إرادة الشّركاء هي الحاضرة، فقد تنصرف إلى توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم بالتساوي أو قد يكون نصيب كلّ منهم مختلف عن الآخر

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 77.

[2] تُعرف الجمعية وفق المادّة (1) من قانون الجمعيات السوري رقم 93 الصادر في 8/7/ 1958 بأنها: ((كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدّة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي)).

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص40 وما بعدها.

[4] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 22.

[5] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 51. وكذلك الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 137.

بشرط ألا يكون بحكم المعدوم ممّا يؤدي إلى البطلان[1]، كما لا يحق لهم إعفاء أحد الشّركاء من كامل الأرباح أو الخسائر أو استئثار أحدهم بالأرباح دون الآخرين، وإلا عُدّ الشّرط شرط الأسد، ومصيره البطلان وفق معظم التشريعات[2] أو بطلان الشّرط وبقاء العقد صحيحاً[3] وسنبحث ذلك لاحقاً.

و إذا نصّ عقد الشّركة على إعفاء الشّريك الذي تكون حصته عمل من أن يتحمّل الخسارة فهذا الشّرط صحيح مادام لا يقرّر له بالمقابل أجر عن عمله[4]، إنّما يقتصر بدل عمله على نسبة من الأرباح عند تحققها، إذ يكون في ذلك قد تحمل من الخسارة ضياع عمله دون مقابل.

ب-تقسيم الأرباح والخسائر وفق القانون:

قد لا ينصّ عقد الشّركة على كيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشّركاء فيتحدد نصيب كلّ منهم بنسبة حصته المساهم بها برأسمال الشّركة أما، إذا حدّد الشّركاء في عقدهم نصيب كلّ منهم من الربح دون تحديد نصيبهم من الخسارة وجب اعتبار النصيب المحدّد في الربح هو نفسه نصيبه من الخسارة وكذلك الحال فيما لو كان العكس[5].

---

[1] د. عبد الحميد الشّواربي، مرجع سابق، ص 69.

[2] كالتشريع السوري م (1/483) مدنيّ، والتشريع المصري م(1/515) مدنيّ، والتشريع اللبناني م(895) موجبات وعقود لبناني.

[3] كالتشريع الكويتي م (18) شركات، والتشريع السعودي م (9) شركات.

[4] م (2/483) مدنيّ سوري، م (2/590) مدنيّ أردني، م(2/515) مدنيّ مصري.

[5] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 141 وما بعدها.

4- نيّة المشاركة:

يُقصد بنيّة المشاركة أن يتوافر لدى الشّركاء قصد الاشتراك في الشّركة والتعاون الإيجابي فيما بينهم على قدم المساواة لتحقيق غرضهاعن طريق الإشراف، والرقابة عليها، وقبول المخاطر المشتركة[1]، وهذا التعاون يتفاوت من شركة إلى أخرى وذلك بالاستناد إلى طبيعة الشّركة، وشكلها فهو أكثر ما يكون في شركات الأشخاص، بينما يضيق في شركات الأموال، ففي الشّركات المساهمة يتجلّى بصورة التصويت في الهيئات العامة، وحق الترشح لعضوية مجلس الإدارة [2]، وباعتبار أن نيّة المشاركة عنصر نفسي، فيعود أمر الكشف عنها، وتقرير وجودها لسلطة القاضي التقديرية، فيستخلصها من الوقائع المرفقة معها [3].

وبناءً على ما سبق إن نيّة المشاركة ركن أساسيّ للشركة الفعليّة إذ توجد بوجوده وتنتفي بإنتفاءه، كما وله دور هامّ في تميّز عقد الشّركة الفعليّة عمّا يُشابهها من أوضاع قانونيّة توافرت فيها مقومات الشّركة، ولكن لم تتصرف نيّة أفرادها لتكوين شركة، وخير مثال لذلك الشّركة المنشأة بصورة فعليّة [4]، وسيأتي تفصيلها لاحقاً، بالإضافة لدوره في تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له، ومن أبرز هذه العقود عقد العمل وعقد القرض وعقد النشر.

---

[1] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 48.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، امرجع سابق، ص 83. ود. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 52. ود. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص49.

[3] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 54.

[4] Sabine vacrate: La société Créée de fait, Essai d'une Théorisation, Thése LGDJ, 2003, p. 23.

أ- عقد الشّركة الفعليّة وعقد العمل:

قد يختلط عقد الشّركة الفعليّة مع عقد العمل في الحالة التي يتقاضى فيها العامل أجرته على شكل نسبة من الأرباح التي يحققها المشروع، إلاّ أنّ هناك فرق واضح بين العقدين، فعقد العمل يحكمه علاقة التبعية، فيظلّ العامل خاضع لرقابة وتوجيه رب العمل، وليس له المساهمة في إدارة المشروع، وفي حال الخسارة لا يتحمّل العامل أي جزء منها[1]، وهذا على خلاف الحال لدى الشّركاء في الشّركة الفعليّة.

ب-عقد الشّركة الفعليّة وعقد القرض:

قد يحصل المقرض على نسبة معينة من الأرباح الناتجة عن استثمار المقترض للأموال المقترضة بدلاً من اشتراطه فائدة ثابتة، أو من أجل الحصول على فائدة تزيد على الحد المقرّر قانوناً، وله الحقّ بالمطالبة بأصل المبلغ بوصفه دائناً، ويطلقون على عقد القرض وصف عقد الشّركة، إلا أن هذا الربح هو عبارة عن فائدة مستورة في صورة ربح [2]، ويظهر الخلاف بين العقدين أنه

---

[1] د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 29. وكذلك د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 45

[2] قضت محكمة النقض بأنه ((إذا استند الحكم المطعون فيه في نفي المشاركة لدى المتعاقدين واعتبار العقد المبرم بينهما عقد قرض وليس شركة إلى ما تضمنه بنود هذا العقد من اشتراط المطعون ضده الحصول في نهاية مدّة العقد إلى مادفعه لتمويل العمليات التي يقوم بها الطاعن كاملاً مهما كانت نتيجة هذه العمليات وعدم تحميله شيئاً من الالتزامات التي تترتّب عليها في ذمة الطاعن للغير واشتراطه أيضاً أن يقدم له الطاعن شهرياً قدراً معيناً من المبلغ المدفوع وكان مؤدى ذلك نفي قيام نيّة المشاركة مهما كانت نتيجة العمليات التي يجريها الطاعن من ربح أو خسارة وإن وصفه في العقد بأنه من أرباح الشّركة لايمكن أن تكون حقيقته كذلك إذ الربح لايكون مؤكداً ولا معروفاً مقداره سلفاً وإنّما حقيقة هذا المبلغ هو فائدة مستورة في صورة ربح.)). طعن رقم 535 لسنة

ليس للمقرض نيّة المشاركة في الهدف الذي سعى المقترض لتحقيقه بواسطة المبلغ الذي اقترضه، كما وأن الشّريك لا يستطيع أن يحصل على حقه إلا بعد أن تكون الشّركة قد وفت دائنيها جميع ديونهم، وللقضاء مطلق الحرّيّة في إعطاء الوصف الحقّيقي للعقد مستنداً إلى نيّة المتعاقدين ومقتضيات الحال[1].

ج- عقدالشَّركة الفعليّة وعقد النشر:

يقوم عقد النشر على فكرة تنازل المؤلّف للناشر عن حق التأليف مقابل حصول المؤلّف على نسبة معينة من ثمن المبيع الذي يحققه التأليف، إن هذا العقد لايشبه عقد الشّركة، لانتفاء نيّة المشاركة لدى كلا الطرفين، وذلك لأنّ هذه النسبة لا تشكّل أرباح، وأنّ تقديم حقّ التأليف لا يشكّل حصّة في رأسمال الشّركة، كون الناشر وحده الذي يتحمّل الخسائر التي من الممكن أن تنتج، ووحده يتكفّل بجميع الأمور التي تتعلّق بالمؤلّف من نفقات الطباعة وغيرها[2].

---

45 ق جلسة 1978/3/23، السنة 29 ص850. نقلاً عن د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 87.

[1] ((يجب لتكوين الشّركة أن يكون لدى الشّركاء نيّة المشاركة فعلاً فإذا انعدمت تلك النيّة انعدمت الشّركة تبعاً لذلك وتكون الواقعة مجرد اقراض النقود بفائدة أو بغير فائدة)). محكمة استئناف القاهرة، الدّائرة التجارية الأولى،1951/11/27 قضية رقم 229 س 67 ق. قرار محكمة استئناف مصر في 1943/4/8 – المجموعة الرسمية، السنة (43) العدد العاشر رقم 244، أشار له د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، الطبعة الأولى، عمان، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عامّ 1997، ص 204.

[2] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 149. ود. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص42.

ثالثاً – الممارسة الفعليّة لنشاط الشّركة الفعليّة:

بالإضافة إلى الأركان الموضوعيّة العامة والخاصّة، لا بدّ للشركة من ممارسة فعليّة لنشاطها الذي تأسست لأجله[1]، أي إبرام تصرفات مع الغير كالبيع أو الاقتراض وغيرها من التصرفات القانونيّة التي تجعلها أهلاً للحق ومحلاً للالتزام فتصبح بموجبها دائنة أو مدينة له، وإلا فلن يتوافر لها كيان واقعي ومن ثم ستكون شركة باطلة في الماضي والمستقبل، وبالتالي ضياع الغاية من فكرة الشّركة الفعليّة في حماية الغير حسن النيّة المتعامل معها، وهذا ما اتفق عليه الفقه[2] وأكّده القضاء في العديد من أحكامه، ومن هذه الأحكام ما نصت عليه محكمة النقض المصرية: ((إذا كانت الشّركة لم يبدأ في تنفيذها قبل أن يحكم ببطلانها لعدم استيفائها الشّكل القانونيّ ولم تكن قد زاولت أي عمل من أعمالها، فإنه لا يكون قد توافر لها كيان في الواقع في الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعليّة، وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعيّ للبطلان منتفية في هذه الحالة))[3]، ويقابله أيضاً ما قضت به محكمة النقض لإمارة أبو ظبي: ((إذا لم تتخذ الشّركة إجراءات

---

[1] د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 34. ود. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 710. وكذلك د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق ص 111.

[2] بلال عطيه حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 242.

[3] نقض مصري مدنيّ، الطعن رقم 219، لسنة 31 ق، جلسة 1966/1/27، س 17، ص 182. أحمد محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 326.
وكذلك الطعن رقم 1198، لسنة 52 قضائيّة، بتاريخ 6/20 / 1988 موجوين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 2:00 صباحاً.

الشّهر ولم تكن زاولت أي عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان في الواقع ولا يمكن تبعاً لذلك اعتبارها شركة فعليّة))[1].

ولكي يتحقق للشركة الفعليّة هذا الركن يجب مراعاة أمرين أساسيّن، يتجلى أوّلهما بأن تكون الشّركة ظاهرة أمام الغير، ويتجلى الثّاني بأن يكون النشاط الذي تمارسه الشّركة الفعليّة مشروعاً بذاته غير مخالف للقانون.

1- المظهر العامّ للشركة الفعليّة:

تتجلّى فكرة المظهر العامّ للشركة الفعليّة حول قيام الشّركة بمجموعة من الأعمال تكون ظاهرة أمام الغير المتعامل معها، فتحمله على التأكّد بأن هذه الشّركة صحيحة وقانونيّة.

هذا وإن الإعلان عن الشّركة الفعليّة بمختلف أشكالها هو الذي يحدّد المظهر العامّ لها، وهي بذلك تبتعد كلّ البعد عن الخفاء والاستتار اللذين هما من أبرز خصائص شركة المحاصة، إذ لا تظهر هذه الشّركة أمام الغير وإنّما يدير أعمالها شريك أو مدير يختاره أفرادها فيكون هو الشّخص الظاهر أمام

---

[1] محكمة النقض لإمارة أبو ظبي، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 632، لسنة 2008 ق، بتاريخ 25/ 3 / 2009. وكذلك: الطعن رقم 70، لسنة 2007 ق، بتاريخ 31 / 3 /2008.
ويقابل هذه الأحكام ما قضت به محكمة التمييز في البحرين: ((فإن لم تكن الشّركة قد بدأت أعمالها قبل أن يحكم ببطلانها، فإنه لا يكون قد توافر لها كيان واقعي ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعليّة)). محكمة التمييز لمملكة البحرين، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 80، س 2003 ق، = = بتاريخ 2004/3/8. وكذلك حكم محكمة التمييزفي دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 395، لسنة 2002 قضائيّة، بتاريخ 23 / 3 / 2003.
موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/30. الساعة 3:00 مساءً.

الغير الذي يتعامل، وهذه الصفة هي ما يميّز الشّركة الفعليّة عن شركة المحاصة التي تتحول وفق العديد من التشريعات[1] إلى شركة فعليّة لها شكل شركة التضامن متى تمّ الكشف عنها وزالت صفة الاستتار.

هذا وتظهر الشّركة الفعليّة أمام الغير بإرادة الشّركاء بعدة طرق منها [2]:

أ- إظهار الشّركة الفعليّة أمام الغير بشكل صريح كالإشهار عنها مثلاً، وذلك لإعلام الغير ومن يهمه أمرها بوجود الشّركة وبكلّ ما يتعلّق بها من تفصيل، أو قد يتمّ التوقيع في كلّ معاملاتها وأوراقها تحت عنوان تجاري تتخذه لها.

ب-إظهار الشّركة الفعليّة بشكلٍ ضمنيٍّ أو يستفاد من سلوك أفرادها ومثاله كأن يعمل الشّركاء معاً ويظهرون أمام الغير على أنهم شركاء يسعون لتحقيق أغراض الشّركة، وقد تستخدم الشّركة لافتات تحمل اسمها وتدل على طبيعة عملها في أماكن عملها أو على وسائط النقل الخاصّة بها، ومن الممكن أن يتم التعبير عن هذه الإرادة بشكل شفوي، مع عدم إغفال مدى الصعوبة في إثبات هذه الإرادة فيما بعد فيما لو حصل نزاع حول وجودها أو عدمه.

2- مشروعية نشاط الشّركة الفعليّة:

إنّ ممارسة الشّركة الفعليّة لنشاطها هو أمر أساسيّ إلا أن هذا النشاط يتطلب وفقاً للقواعد العامة أن يكون ممكناً ومشروعاً غير مخالف للقانون، ولا

---

[1] م(48) شركات سعودي م (2/252) تجارة لبناني، م(51) شركات أردني.

[2] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص126 وما بعدها. وكذلك د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها.

للنظام العامّ والآداب العامة، أمّا ما يقصد بالنشاط فهو الموضوع المحدّد في عقد تأسيس الشّركة والذي يتولّى الشّركاء تحقيقه باستعمال رأس المال المشترك[1]، ويقصد بالمشروعية أن يكون نشاط الشّركة وغرضها مباحاً لا يحتوي في مضمونه على مخالفة للقواعد القانونيّة، ووفقاً لمفهوم المخالفة فإن عدم المشروعية ((يعني مخالفة قاعدة آمرة من قواعد القانون وهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والتي تفرض على الأفراد فرضاً لا مجال للتخلص منه، لأنها تهدف إلى حماية النظام العامّ وحسن الآداب ولذا يعبر في بعض الأحيان عن عدم المشروعية بمخالفة النظام العامّ والآداب، ويرى البعض أن فكرة المشروعية ومخالفة النظام العامّ وإن كانت تبدو متساوية إلا أنها في حقيقة الأمر خلاف ذلك، حيث يوجد هناك تدرجاً يبدأ من مخالفة القانون والأخلاق وأخيراً النظام الاجتماعي، وإن فكرة النظام العامّ نفسها غنيّة بالدرجات وهذه الملاحظة الأخيرة من شأنها أن توضح لنا الخلافات الفقهيّة فيما إذا كانت الشّركة غير المشروعة يمكن اعتبارها شركة فعليّة)) [2].

إن مخالفة نشاط الشّركة للقانون والنظام العامّ يندرج بصور مختلفة ومن هذه الصور:

أ- أن يكون نشاط الشّركة بحد ذاته مخالف للنظام العامّ والآداب العامة ويحرمه القانون، كأن يكون غرض الشّركة الاتجار بالمخدرات أو الرقيق....

---

[1] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 87.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 240.

ب-أن يكون نشاط الشّركة ممارسة أعمال هي بحد ذاتها مشروعة، إلا أن القانون حصر ممارستها بالدولة وبالقطاع العام، وإن ممارسة الشّركة لهذا النشاط يؤدي إلى بطلانها، ومثاله أن تؤسس الشّركة لصناعة الأسلحة الحربية، أو لصناعة التبغ[1].

ج- أن يكون نشاط الشّركة ممّا يحظر القانون ممارسته على شركة معينة كالحظر على الشّركة محدودة المسئوولية من ممارسة أعمال البنوك أو التأمين أو الادخار...[2].

أما السؤال الذي يثار أنه في حال كان يترتّب على عدم مشروعية نشاط الشّركة انعدام وجود الشّركة أي عدم إمكانيّة تطبيق فكرة الشّركة الفعليّة، فما هو مصير الغير حسن النيّة المتعامل معها؟

لقد اختلفت الآراء الفقهيّة حول هذا الموضوع، حيث ذهب بعض الفقهاء وهو الرأي الراجح[3] إلى أن الشّركة التي نشاطها وغرضها غير مشروع هي شركة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكل ذي مصلحة التمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها، وبالتالي لا مجال للقول بالوجود الفعليّ للشركة في الفترة

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية ج1، مرجع سابق، ص 89.

[2] م (8/56) شركات سوري، م (4) تجارة لبناني المرسوم الاشتراعي 35 لعام 1967، م(5) شركات مصري، م(153) شركات سعودي.

[3] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق ذكره، ص 105. وكذلك د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 217. ود. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، ص 62. ود. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، ص 50. وكذلك بلال عطيه حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 242.

الواقعة ما بين نشأتها والحكم ببطلانها[1]، ومبررهم في ذلك أن الاعتراف بالوجود الفعليّ للشركة التي يكون نشاطها غير مشروع ما هو إلا إجازة لهذا

النشاط الذي ركن إليه الشّركاء بإرادتهم وهذا يتنافى مع المنطق والقانون[2] وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء [3]و التشريع الفرنسيّ[4] وكذلك التشريع اللبناني[5].

وعليه إن الحكم بالبطلان يترتّب عليه إعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل التعاقد، وعد الشّركة كأن لم تكن فيسقط تبعاً لذلك جميع العقود والالتزامات التي رتبتها مع الغير، وفي حال حققت الشّركة أرباحاً فإن هذه الأرباح توزع وفقاً للقواعد العامة وما يرتأيه القاضي تطبيقاً لمبادئ العدالة[6]، وللشركاء الحقّ في الاحتجاج بهذا البطلان اتجاه الغير مهما كانت نيته سواء حسنة أم سيئة كون هذا البطلان مطلق يشمل ماضي العقد ومستقبله.

---

[1] بحث بعنوان فكرة الأثر الأقوى للعقد، موجود على الموقع الالكتروني:
http: //www.law.uokufa.edu.iq/staff/nabel/alather.pdf
تاريخ الزيارة: 2017/7/12. الساعة 2:00 مساءً.

[2] بحث بعنوان الشّركة الفعليّة موجود على الموقع الالكتروني:
http: //sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t643-topic
تاريخ الزيارة: 2015/6/30. الساعة 8:00 مساءً.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 242 ومابعدها.

[4] م(3/235) من القانون التجاري الفرنسيّ.

[5] م (847) موجبات وعقود لبناني.

[6] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 113.

بينما ذهب الرأي الثّاني [1]إلى أن بطلان الشّركة لعدم مشروعية نشاطها لا يُحتج به على الغير حسن النيّة الذي تعامل مع الشّركة وهو جاهل تماماً لعدم مشروعية غرضها، استناداً لنظريّة الوضع الظاهر، وذلك لأن عقده والتزامه معها لا ينشئ عن غرض غير مشروع، ومثاله الشّركة التي تأسست لتدير نادي للعب القمار وكانت قد عقدت اتفاق مع نجار لصنع الأثاث للنادي، والنجار هنا حسن النيّة لم يكن لديه العلم بعدم مشروعية غرض الشّركة، ولن يهمه التحري عن ذلك، وإنّما بنى عقده مع الشّركة استناداً لسبب مشروع غير مخالف للنظام العامّ والآداب العامة، وليس للشركاء الدّفع بمطالبته بحجة بطلان الشّركة.

ونحن نؤيّد الرأي الثّاني؛ لأنَّ عدم الأخذ بنظريّة الشّركة الفعليّة في حال عدم مشروعيَّة نشاطها أمرٌ جائزٌ، ويؤدِّي إلى إهدار الحقّوق للأشخاص ذوي النيّة الحسنة، إذ لا ذنب للغير الذي بنى معاملاته معها استناداً إلى نشاط مشروع وعقود جائزة ومشروعة أن يفاجئ بهذا البطلان وبأثره الرجعيّ، لذلك نرى أنه يتعيّن على القضاء أن يتحرى عن مدى حسن نيّة الغير من سيئها وعلى أساسها يقرّر أمّا إعمال نظريّة الشّركة الفعليّة لحماية الوضع الظاهر للغير أو عدم الأخذ بها وإبطالها في حال كان الغير سيء النيّة يعلم مسبقاً بعدم مشروعية نشاط وغرض الشّركة.

---

[1] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 65 البند 44

المطلب الثّاني

تمييز الشّركة الفعليّة عمّا يُشابهها

في ضوء الحياة الواقعية قد نصادف أوضاعاً قانونيّة متشابهة، بحيث تضحى التفرقة فيما بينها تدق كثيراً من الناحية العملية، وذلك لإحتواء كلٍّ منها على عناصر متقاربة وشديدة الشّبه، والتعريف بالشَّركة الفعليّة لا يكتمل إلا بالحديث عن بعض الأشكال الأخرى من الشّركات والأوضاع القانونيّة التي من الممكن أن يحدث تداخل بين مفهومها ومفهوم الشّركة الفعليّة، فكان حريّاً التمييز بينهم والوقوف على كلّ من هذه الأوضاع من خلال البحث في:

الفرع الأوّل: الشّركة الفعليّة والشَّركة المنشأة بصورة فعليّة

الفرع الثّاني: الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة

الفرع الثّالث: التمييز بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد

الفرع الأوّل: الشّركة الفعليّة والشّركة المنشأة بصورة فعليّة:

إنَّ التمييز بين الشّركة الفعليّة والشّركة المنشأة بصورةٍ فعليّةٍ أمرٌ ضروريٌّ نظراً لما يترتّب عليهما من نتائج قانونيّة مهمة في الحياة العمليَّة، وكذلك للإجابة على الأسئلة التي تخطر لذهن القارئ عند ذكر كلا التعبيرين، باعتبار أنّ الشّركة المنشأة بصورةٍ فعليّةٍ (Société crée de fait)، هي نظامٌ مختلفٌ تماماً عن الشّركة الفعليّة، والتعرف على ماهيتها يستلزم بدايةً التعريف بها (أوّلاً)، ومن ثمَّ إظهار أهميّة التَّميز بينها وبين الشّركة الفعليّة (ثانياً).

أوّلاً- ماهية الشّركة المنشأة بصورة فعليّة:

1- تعريف الشّركة المنشأة بصورة فعليّة:

الشَّركة المنشأة بصورة فعليّة وفق ماعرفها الدّكتور حسني المصري: ((هي شركات تنشأ في الواقع، لكن لا يوجد بشأنها عقد شركة مكتوب أو شفوي ولا تظهر بالتالي بمظهر الشّركة))[1].

وجاء في تعريفها أيضاً ((هي الشّركات التي لا ينظم بها عقد خطي وإنّما يستفاد وجودها من العمل المشترك الذي يرمي إلى اجتناء الربح))[2].

وتُعرف وفق الفقه الفرنسيّ: ((بأنها شركة ناجمة عن سلوك الأفراد أي عندما يتصرف شخصان أو أكثر في الواقع كأنهم شركاء وذلك بإشتراكهم في

---

[1] د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 83 هامش.

[2] د. رزق الله انطاكي، ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، مرجع سابق، ص 64.

العمل الاقتصادي وتقاسمهم الأرباح والخسائر دون التعبير عن إرادتهم الصريحة في تأسيس شركة فيما بينهم))[1].

وبالتالي نستنتج من هذه التعاريف:

أن الشّركة المنشأة بصورة فعليّة لا تستند إلى عقد خطي تُفرغ فيه إرادة الشّركاء في تأسيس شركة وتحديد شكلها وسائر التفاصيل المتعلّقة بها، إلا أن موقف الشّركاء وعملهم المشترك يدلان على توافر شروط الشّركة[2]، فهي شركة مبنيّة على الواقع، غير مقصودة تنشأ بطريقة تلقائية يستخلصها القضاء من التصرف الواقعي لأفرادها[3]، وهذا ما قضته محكمة النقض الفرنسيّة في حكم لها: ((إنّ نيّة المشاركة في تأسيس الشّركة يمكن استنتاجها من المساهمة الماليّة في تحقيق المشروع المشترك))[4].

---

[1] Carmela Géraldine, Approche comparative de la collaboration du couple dans l'entreprise en droit français et Italien, Doctorat en droit prive, université Nancy 2, le 18 février 2011, P. 180.

Sabine vacrate, Op. Cit, p. 23.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /53، أساس /180، 14 /2/ 1999، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1529.

[3] بيار اميل طوبيا، الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقّوقية، بيروت، عامّ 2009، ص 79. وكذلك د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص372.

[4] محكمة النقض الفرنسيّة، الغرفة المدنيّة الأولى، 20 يناير 2010. موجود على الموقع الالكتروني:

https://www.legavox.fr/blog/laurent-latapie-avocat/societe-creee-fait-liquidation-interets-15209.htm

تاريخ الزيارة: 2017/7/15. الساعة: 7:00 مساءً.

وخير مثال على ذلك: المؤسسة التجارية التي يرثها مجموعة من الورثة بعد وفاة مؤرثهم، حيث يستمر هؤلاء الورثة بممارسة النشاط التجاري بالإشتراك فيما بينهم ضمن إطار واقعي تظهر فيه أركان الشّركة الخاصّة من حيث إقتسام الأرباح والخسائر وتظهر نيّتهم في التعاون على قدم المساواة والاستمرار مشتركين في إدارة عجلة الإستثمار هذه دون أن يعبروا صراحةً عن إرادتهم بتأسيس شركة قانونيّة يُخضعونها لنموذج قانونيّ محدّد [1]، إلّا أنّ هذه النيّة تُرجِمت عن طريق الأعمال المشتركة التي يقومون بها والمساهمة الإيجابية في أعمال هذه المؤسسة والتي لا يمكن تفسيرها إلا بوجود الشّركة [2].

وبهذا يتبيّن أنّ الشّركة المنشأة بصورة فعليّة تظهر عند التقاضي، أي عند حصول نزاع بين الشّركاء الزائفين أو الفعليّن ولجوئهم للقضاء لتصفية الشّركة وتقاسم الأصول المشتركة واستعادة حقوقهم الماليّة والمشاركة في الأرباح[3]، وقد يكون للدّائنين مصلحة في إقرار هذه الشركة، وذلك عند مطالبة الشركاء بدفع مستحقاتهم لكونهم ظهروا بمظهر الشّركاء فيستفيدوا من المسؤولية التضامنيّة للشركاء الفعليّن إذا كانت الشّركة تجارية، وعليه إن وجود الشّركة

---

[1] بلال عطيه حسين فرج الله، مرجع سابق، ص245.

[2] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، مرجع سابق، ص 64.

[3] Céline LASSALLE, L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du le chef d'entreprise, Doctorat De l'université de Toulouse, 6 octobre 2016, p. 43

المنشأة بصورة فعليّة جاء كحاجة لحلّ الصراعات بين الأقران ولتصفية العلاقات بينهم[1].

2- شروط قيام الشّركة المنشأة بصورة فعليّة:

استقر الفقه والقضاء الفرنسيّ في سبيل الاعتراف بوجود شركة منشأة بصورة فعليّة بين الشّركاء الفعليّن على اجتماع العناصر المكونة للشركة من تقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر، ونيّة المشاركة، وبانتفاء أحدها أو جميعها لا يقضي بوجودها[2] وهذا ما تؤكده الاجتهادات القضائيّة المتكررة والمؤكدة للحكم الصادر عن الغرفة التجارية في فرنسا بتاريخ 7/25 / 1949 والذي ينصّ على: ((أنّ التعايش بين الأشخاص الغير متزوجين والذين يظهرون أمّا الغير كأنهم أزواج مهما طال أمده لا يمكن القول معه بوجود شركة بينهم عند غياب العناصر المكونة للشركة)) [3].

تقديم الحصص والمساهمات:

قد تتّخذ المساهمات المقدمة شكل المساهمات النقدية أو العينة أو حتى المساهمة بعمل[4] إلا أنّه يتعيّن في حالة الشّركة بين الزوجين أو الخليلين أن تختلف هذه المساهمات عن المساهمة المعتادة المقدمة في نفقات الحياة اليومية، وفي حال كانت المساهمة عمل يتعيّن على المُدَّعي بوجود الشّركة أن

---

(1) Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, P. 30.

(2) Carmela Géraldine, Op. Cit, p. 182.

(3) Céline LASSALLE, Op. Cit, p. 43.

(4) علي هرموش، الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، بحث علمي قانونيّ بإشراف الدّكتورة سهير الجندي، كلية الحقّوق، دمشق، عامّ2014، ص8.

يثبت أن التعاون فيما بينهم تجاوز مساعدة الأسرة المعروفة، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيّ الذي يشترط عندما تكون المساهمة على شكل عمل أن يكون الشّريك المُدَّعي متفرغ لها، ولا تتخذ شكل المساعدة أو الخدمات[1]، وهذا ما أكّده الحكم الصادر من الدّائرة المدنيّة الأولى في فرنسا بتاريخ 2010/1/20 والمؤيّد من المحكمة العليا للاستئناف[2].

أ- نيّة المشاركة:

يتمثّل هذا العنصر برغبة الشّركاء بالتعاون في تنفيذ المشروع المشترك على قدم المساواة وتقاسم الأرباح والخسائر، إلا أن إثباته أمر بغاية الصعوبة ويعتمد على الظروف المحيطة، وتظهر هذه الصعوبة على وجه التحديد في

---

[1] selon le professeur Jean Honorat, « l'apport en industrie implique, en effet, dans la conception généralement admise, une participation à la direction de l'affaire et ne peut se réduire à des prestations de services, comparables à celles qu'un salarié pourrait fournir. Beaucoup de demandes présentées par des concubins échouent pour cette raison» Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, n°41, p. 29.

[2] (هذا وتتلخص وقائع القضية بدعوى رفعتها الخليلة عند وفاة رفيقها تطالب بموجبها بالاعتراف بوجود شركة منشأة بصورة فعليّة بينهما وطالبت بالتعويض عن الإثراء الجائر الذي حصل باعتبار أنها مديرة أعمال في العمل المشترك بينهما، وعند نظر المحكمة إلى هذه المساهمة تبيّن لها أنه بالرغم من إدراج هذه الخليلة في سجل التجارة بوصفها مديرة أعمال إلا أنه تبيّن أنها كانت تعمل بالتوازي كسكرتيرة في مهامّ أخرى، ممّا يثبت أنها لم تكن قادرة على الاضطلاع بمسؤوليات مدير أعمال، إذ يتوجب في مهنة مدير الأعمال أن يكرس نفسه طوال الوقت لهذا النشاط المهني، وبهذا تدخل المساهمة الإدارية منها في إطار المساعدة المتبادلة البسيطة لنشاط رفيقها ممّا يحول دون الاعتراف بها كشركة منشأة بصورة فعليّة نظراً لغياب عنصر المساهمة). أشار له المرجع:
Céline LASSALLE, Ibid, p. 45, 46

فرنسا في العلاقات القائمة بين الزوجين أو الخليلين نظراً لوجود حياة مشتركة فيها[1].

لهذا اختلفت الاجتهادات القضائيّة الفرنسيّة في عدّة أحكام بين معترفة بوجود الشّركة المنشأة بصورة الفعليّة وأخرى غير معترفة بهذا الوجود وخير مثال لذلك القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسيّة بتاريخ 23 حزيران 2004، فالقرار الأوّل رفض الاعتراف بدعوى رفعتها الخليلة طالبت فيها بقسمة المسكن الذي تمّ إنشاؤه خلال فترة المساكنة على عقار يملكه مستندة المحكمة في ذلك إلى أن نيّة المشاركة لا يمكن استنتاجها من المساهمة الماليّة في تحقيق المشروع العقاري دون البحث فيما إذا كان لدى الطرفين نيّة المساهمة في نتائج هذا المشروع المشترك[2]، بينما أقرت المحكمة في قضية أخرى هذا الوجود لأن الخليلة كانت قادره علي إثبات وجود العناصر المطلوبة لإنشاء الشّركة[3]

---

[1] Carmela Géraldine, Op. Cit, p. 184.

[2] بيار اميل طوبيا، مرجع سابق، ص52.

[3] ويقابل ذلك قضية أخرى صادرة عن الغرفة التجارية بفرنسا بتاريخ 12 /11/ 1995 اعترفت فيها المحكمة بوجود شركة منشأة بصورة فعليّة، (حيث تتلخص وقائعها في دعوى رفعتها الخليلة ضد ورثة رفيقها المتوفى تطالب فيها بالاعتراف بوجود شركة منشأة بصورة فعليّة وتصفية وتقاسم موجوداتها، فما كان من المحكمة إلا أن استجابت لطلبها وحكمت بوجود هذه الشّركة نظراً لتبيّن وجود نيّة المشاركة بينهما واستدلت المحكمة على وجودها بالاستثمارات المقدمة من كلا الطرفين لتمويل مشروعهما وإنشاؤه وإدارته بالتساوي ورغبة كلّ منهما في تقاسم الأرباح والخسائر كان واضح مستندة المحكمة في حكمها إلى ما سبقها من الاجتهادات القضائيّة التي استندت في التأكّد من وجود نيّة المشاركة ورغبة الاطراف في التعاون على قدم المساواة من خلال رغبة الأطراف في تقاسم المخاطر الماليّة والخسائر عند إنشاء الشّركة وخلال حياتها). أشار لكلا الحكمين:

ب-تقاسم الأرباح والخسائر:

يتجلى العنصر الثّالث للاعتراف بوجود الشّركة المنشأة بصورة فعليّة بعنصر تقاسم الأرباح والخسائر، وإثبات المساهمة في الأرباح ليس بالأمر الصعب إنّما تتجلّى الصعوبة أكثر بالنسبة لتحمل الخسارة[1] إلا أن المحكمة غالباً ما تلتمس هذا العنصر من خلال بقية العناصر، أي تقديم الحصص ووجود نيّة المشاركة، وخير مثال لذلك ما أكّدته المحكمة العليا في فرنسا عند مصادقتها على حكم صادر من الغرفة التجارية في 16 /6/ 1998، إذ أقرت وجود شركة منشأة بصورة فعليّة في المشروع الزراعي بين الأب وابنه المتوفى في ظلّ غياب الخسائر، بعد أن استخلصت المساهمة في الخسائر من خلال المساهمة المشتركة بالحصص ونيّة المشاركة[2].

هذا وقد استقر الفقه الفرنسيّ إلى أنه يجب أن يتم إثبات هذه الأركان التراكمية بشكل منفصل ولا يمكن الاستدلال عليها من بعضها البعض، وخصوصاً عنصر نيّة المشاركة[3].

Céline LASSALLE, Op. Cit, p. 47, 48

[1] علي هرموش، مرجع سابق، ص8.

[2] (تتلخص وقائع الدّعوى بأن الأب رفع دعوى يطالب فيها المحكمة بالحكم بوجود شركة منشأة بصورة فعليّة بينه وبين ابنه المتوفى من أجل استعاده القطيع والمواد التي كانت في الشّركة والتي احتجزتها أرمله ابنه وعند اطلاع المحكمة على الحكم وجدت المعاير متحققة من حيث وجود المساهمات ووجود نيّة المشاركة في المشروع المشترك وذلك بأنهما عاشا من ثمار استثمارهم المشترك وساهموا بصورة غير متنازع فيها في النتائج الإيجابية التي حققها المشروع وهنا يتلاشى شرط المساهمة في الخسائر بسبب أسبقية المعايير الأخرى فما كان من المحكمة إلا أن أقرت هذا الوجود للشركة). أشار له: Céline LASSALLE, Ibid, p. 49

[3] Carmela Géraldine, Op. Cit, p. 184.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنه قديماً كان الفقه والقضاء الفرنسيّ ينظرون إلى الشّركة المنشأة بصورة فعليّة على أنها صورة من صور الشّركة الفعليّة؛ أي: إنّ نظريّة الشّركة الفعليّة ينحصر تطبيقها في مجالين[1]:

الأوّل: الشّركة الفعليّة التي نشأت ضمن الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة البطلان.

الثاني: مجاله أوسع يشمل كافة الصور الأخرى التي قد تظهر فيها تلك الشّركة والتي تعرف بالشَّركة المنشأة بصورة فعليّة[2].

ووفقاً لما سبق يتبيّن بأن الشّركة الفعليّة تلتقي مع الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، بأن كليهما من صنع القضاء والاجتهاد، أوجدتهما الحاجة لتصفية العلاقات ولحلّ الصراعات بين الأطراف المتنازعة.

ثانياً- أهميّة التميز بين الشّركة المنشأة بصورة فعليّة والشَّركة الفعليّة:

إن التمييز بين كلا الشّركتين له انعكاسات قانونيّة مهمة تتجلّى في:

1- الشخصيّة الاعتبارية:

Sabine vacrate, Op. Cit, p. 63.

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص29.

[2] ومما هو جدير بالذكر أن القانون الصادر في 4 كانون الثّاني/يناير 1978 المعدل للشركات المدنيّة طبق أحكام شركة المحاصة على الشّركات التي تنشأ بصورة فعليّة، حتى أن جانب من الفقه أطلق على شركة المحاصة شركات المحاصة المنشأة بصورة فعليّة «sociétés en participation créées de fait».

Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, n°41, p. 28.

لقد اعترف القضاء للشركة الفعليّة بالشخصيّة الاعتبارية اللازمة لها قبل إعلان بطلانها، باعتبار أنها تظهر إلى الوجود بإرادة شركائها عندما يوثّقون هذه الإرادة بعقد، دون أن يتوقف ذلك على استيفاء إجراءات الشّهر التي يتطلبها القانون، ومثاله ما قضت به محكمة التمييز لإمارة دبي: ((أن الشّركة التجارية بوجه عامّ تقوم فيما بين الشّركاء حتى ولو لم تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في المادّة الخامسة من قانون الشّركات التجارية باعتبارها شركة واقع، وتكون بمجرد تكوينها – فيما عدا شركة المحاصة – شخصاً اعتباريا وإن كان الشّركاء فيها مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن التزاماتها، كما يكون لها خلال فترة التأسيس شخصيّة اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها...)) [1].

أما الشّركة المنشأة بصورة فعليّة فهي لا تتمتع بالشخصيّة الاعتبارية في المرحلة السابقة على صدور حكم القضاء المعلن لقيامها[2]، وبالتالي لا تتمتع

---

[1] محكمة التمييز لإمارة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 636، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 2004/5/30. وكذلك الطعن رقم 184، لسنة 1992 قضائيّة، بتاريخ 8 / 11 / 1992.
ويقابل هذا الحكم ما قضت به محكمة النقض المصرية: ((أن الشّركة القائمة بين المطعون ضدهم الخمسة الأوّل هى شركة تضامن لم تشهر ومن ثم فهى شركة فعليّة وبالتالى فإن الشخصيّة المعنويّة تثبت لها بمجرد تكوينها...)). محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 311، لسنة 34 قضائيّة، بتاريخ 23/ 1 / 1968. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 3:30 مساءً

[2] بيارا ميل طوبيا، مرجع سابق، ص 75. وكذلك د. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص99

بالنتائج المترتّبة عليها[1]، وهذا ما أجمع عليه الفقه في فرنسا وذلك لانتفاء إرادة الشّركاء في تأسيسها، ولكونها غير مسجلة في السجل التجاري[2].

إلا أن هناك جانب من الفقه يقول باكتساب الشّركة المنشأة بصورة فعليّة للشخصيّة الاعتبارية، إذ برأيهم أنها لا تختلف عن الشّركة الفعليّة سوى بطريقة التكوين؛ أي: إنّ الشّركاء فيها لم يتفقوا بدايةً على اعتماد شركة قانونيّة من نوعٍ معين[3].

ونعتقد أن هذا الرأي فيه خلافٌ للحقيقة وحتى للقانون، وذلك أن الشخصيّة الاعتبارية كما سبق الذكر تكتسبها الشّركة بمجرد التكوين[4] أو عند نشرها وقيدها بالسجل التجاري لدى بعض التشريعات[5]، أمّا بالنسبة للشركة المنشأة بصورة فعليّة لم توجد إرادة الشّركاء لإنشائها، فكيف يمكن مخالفة هذه الإرادة والقول بوجود شركة لها شخصيّة اعتبارية، لاسيما وأن الشّركة المنشأة بصورة فعليّة ما هي إلا حلّ أوجده القضاء لإنهاء حالة قائمة وجد أفرادها أنفسهم فيها وأرادوا إنهاءها، فكانت الحلّ الأمثل لحاجات تصفية هذه العلاقة.

2- نوع الشّركة:

---

(1) Carmela Géraldine, Op. Cit, p. 111

(2) Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, p. 33. note.183

(3) د. إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدّفع، الجزء الثّاني، عامّ 1973، ص 394

(4) كالتشريع اليمني م (11) من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997.

(5) كالتشريع السوري والتشريع الفرنسيّ على سبيل المثال.

إن الشّركة الفعليّة قبل الحكم ببطلانها هي شركة صحيحة ظاهرياً، أوجدها عقد حدّد في مضمونه شكلها، فهي أمّا أن تكون شركة مدنيّة أو تجارية تتخذ أي شكل من أشكال الشّركات التجارية[1]، على عكس الشّركة المنشأة بصورة فعليّة المفتقرة إلى عقد يحدّد لها شكل معين، فبعد أن يوجد القضاء في الحالة القائمة أمامه عناصر الشّركة ويحكم بها، لا بدّ من إخضاعها لأمرين بعد النظر إلى موضوعها وطبيعة نشاطها، فإذا كان موضوعها تجاريّاً تأخذ شكل شركة التضامن وتخضع لأحكامها باعتبار التضامن من أهمّ صفات العمل التجاري[2]، ولعلّ هذا هو السبب الرئيس الذي يدفع الدّائن الذي يجد أن مدينه غير قادر على الدّفع، أن يدعي أنه في الحقّيقة دين شركة نشأت فعليّة حتى يستطيع أن يوفى دينه الشّركاء الآخرين[3].

أما إذا كانت طبيعة نشاطها مدنيّاً فتكون شركة مدنيّة وهنا أخضع المُشَرِّع الفرنسيّ بموجب القانون المدنيّ الصادر في 4 كانون الأوّل 1978 الشّركة المنشأة بصورة فعليّة لنظام وأحكام شركة المحاصة[4].

3- إعلان إفلاس الشّركة:

إن الشخصيّة الاعتبارية للشركة الفعليّة وما تتمتع به من ذمة ماليّة مستقلة عن ذمم شركائها[5] أهلتها لأن تكون دائنة أو مدينة بمجموعة من

---

[1] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، مرجع سابق، ص 64.

[2] جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 117. وكذلك علي هرموش، مرجع سابق، ص16.

[3] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص374، هامش

[4] بيارا ميل طوبيا، مرجع سابق، ص 26. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 100

[5] د.جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص120

معاملاتها مع الغير، هذا وقد يحدث أن تتوقف الشّركة التجارية الفعليّة عن دفع ديونها التجارية، فهنا يجوز للدائنين طلب إعلان إفلاسها كما لو كانت شركة عاديّة، ولهم شهر إفلاس الشّركاء المتضامنين فيها إذا كانت شركة تضامن، سواء كان التوقف عن الدّفع سابقا أو لاحقا للحكم بالبطلان[1].

أما غياب الشخصيّة الاعتبارية للشركة المنشأة بصورة فعليّة، وانعدام ذمتها الماليّة يستتبع أنه لا يجوز شهر إفلاسها[2]، إلا أنه يحقّ للدائن ملاحقة الشّريك الفعليّ فيها، فإذا كان موضوعها تجارياً وتمكن الدّائن من إثبات المسؤولية التضامنيّة بين الشّركاء كان له ملاحقتهم وطلب شهر إفلاسهم[3].

4- تصفية الشّركة:

يتم تصفية الشّركة الفعليّة بالاستناد إلى عقدها، باعتباره الأساس في وجودها فتطبق الأحكام والشروط الواردة فيه والمتعلّقة بالحصص والمساهمة بالأرباح والخسائر وتعيين مصفي... الخ [4]، مع استبعاد الشّروط المخالفة للقانون أو النظام العام[1].

---

[1] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص112، وكذلك د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص113

[2] د. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 99.

[3] د. بيارا ميل طوبيا، مرجع سابق، ص90.

وهذا ما أكّده الفقه الفرنسيّ أيضاً: Sabine vacrate, Op. Cit, p. 189.

[4] ((إذا حكم ببطلان الشّركة لعدم شهر عقدها فإنه يتبع في تسوية حقوق الشّركاء في الأعمال التي حصلت قبل طلب البطلان شروط العقد، ممّا مؤداه أن المُشَرِّع حينما اعتبر الشّركة باطلة- لعدم شهر عقدها - قائمة فعلاً فيما بين الشّركاء في الفترة من تكوينها إلى طلب البطلان...)). محكمة التمييزفي دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 395، لسنة 2002 قضائيّة، بتاريخ 23 / 3 / 2003.

أما عند تصفية الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، يتعيّن العودة إلى القواعد العامة للشركات [2]، نظراً لغياب العقد فيها؛ أي: يستعيد الشّريك الفعليّ حصته وتوزع الأرباح والخسائر بين الشّركاء بحسب نسبة الحصّة المقدمة من كلّ شريك [3]، إلّا أنّ القضاء الفرنسيّ يميل إلى الأمر بالتقسيم المتساوي بسبب صعوبة تقييم المبلغ المحدّد للمساهمات المعنيّة [4].

أما في حال اتفاق الأطراف على بنود معينة ومنظمة كأن يتفق الشّركاء صراحةً على أُسس توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم فهنا يتم إعمال اتفاقهم، وهذا الاتفاق يشكل استثناء على ما هو مألوف لهذه الشّركة[5].

الفرع الثّاني: الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة

إنّ التميز بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة أمر لا غنى عنه وذلك لإزالة اللبس بينهما، ويستدعي ذلك التعريف بشركة المحاصة (أوّلاً) ومن ثم إظهار فائدة التمييز بين كلا الشّركتين لمعرفة النقاط التي تلتقي بها الشّركة الفعليّة مع شركة المحاصة والنقاط التي تتميز بها عنها (ثانياً).

وكذلك حكم المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 779، لسنة 22 قضائيّة، بتاريخ 21/ 5 /2003.

موجود على الموقع www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 6:00 مساءً.

[1] د.علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص305

[2] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 222.

[3] بيار اميل طوبيا، مرجع سابق، ص88.

[4] Céline LASSALLE, Op. Cit, p. 44

[5] د.مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص146.

أوّلاً-التعريف بشركة المحاصة:

المحاصة لغةً: ((مشتقة من فعل حصَّصَ، وحُصِّصَ الشّئ في اللغة معناه وَضُحَ بعد خفاء فكأن المقصود بشركة المحاصة الشّركة الخفية)) [1].

وشركة المحاصة وفق ما عرفها الفقه: ((هي شركة مستترة تنعقد بين شخص يتعامل باسمه مع الغير وشخص آخر أو أكثر، ويقدم كل منهم حصة من مال أو عمل للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال بقصد اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء)) [2].

ووفقاً لهذا التعريف إن شركة المحاصة أساسها عقد بين الشّركاء ولكن هذا العقد لا ينشئ شخصاً قانونيّاً جديداً يعرفه الغير [3]، إذ هي شركة مستترة استجمعت الأركان الموضوعيّة اللازمة لصحّة الشّركات سواء العامة منها (الرضا والأهليّة والمحلّ والسبب) والخاصّة والتي تتمثّل في:

1- تعدد الشّركاء، بأن يكونا شريكين أو أكثر.

2- تقديم الحصص، وقد تكون هذه الحصص عينيّة أو نقدية أو حصص عمل، إلا أن إنعدام شخصيتها الاعتبارية يتعذر معها انتقال ملكية الحصص من الشّركاء إلى الشّركة لذا لا بدّ من اللجوء إلى إحدى الطرق الآتية[4]:

أ- احتفاظ الشّريك بملكية الحصّة مع تخويل باقي الشّركاء الانتفاع بها خلال مدّة العقد.

---

[1] د. سمير عاليه، مرجع سابق، ص 216 هامش.

[2] د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 187.

[3] Carmela Géraldine, Op. Cit, P.110. 111 .

[4] د. علي البارودي، مرجع سابق، ص334

ب-بقاء هذه الحصص ملكاً شائعاً بين الشّركاء فتطبق هنا أحكام الشّيوع.

ج- انتقال ملكية الحصص إلى المدير لحساب الشّركاء.

هذا ولا يجوز للشريك في شركة المحاصة التنازل عن حصته للغير إلا بموافقة بقية الشّركاء [1].

3- المساهمة في الأرباح والخسائر وفق ما يحدّده اتفاقهم.

4- نيّة المشاركة.

أما فيما يتعلّق بالشروط الشّكلية فقد تمّ إعفاء شركة المحاصة منها، إذ لا تخضع لمعاملات الشّهر المفروضة على الشّركات[2]، في الوقت الذي يشكل فيه الإغفال أو التقصير بهذه الشّروط أحد الأسباب في قيام الشّركة الفعليّة.

هذا وتعتبر شركة المحاصة من شركات الأشخاص التي تقوم على الثّقة بين أطرافها حيث يتولى إدارتها مدير يختاره الشّركاء للقيام بهذه المهمة، فيتعامل مع الغير باسمه الشّخصي ولكن لحساب جميع الشّركاء، وله القيام بأعمال الإدارة والقيام بالتصرفات التي تدخل في غرض الشّركة، ويصبح وحده هو الملتزم أمام الغير، وبالتالي فإن الغير لا يمكنه

---

[1] ((يشبه الوضع الحقّوقي للحصص في شركة المحاصة نفس وضع شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة باعتبار أن شركات المحاصة تعتبر من شركات الأشخاص وهي التي يسودها الاعتبار الشّخصي، ومن خصائص شركات الأشخاص عدم قابلية حصص الشّركاء للتفرغ والانتقال بدون رضا بقية الشّركاء...)). محكمة استئناف حلب المدنيّة الأولى قرار رقم 188 تاريخ 6-10-1966، مجموعة اجتهادات حاتم جزء 67 ص 43 رقم 3. أشار له د. سمير عاليه، مرجع سابق، ص 219.

[2] د.محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، 258.

العودة إلا على ذات الشّريك أو المدير الذي تعامل معه [1]، وهذا ما نصت عليه محكمة النقض السورية: ((شركة المحاصة من شركات الأشخاص التي تتم فيها الأعمال المشتركة باسم أحد الشّركاء لحساب المجموع واعتبار الشّريك المذكور وحده هو الذي يلتزم حيال الغير دون أن يتعامل مع الغير باسم شركائه)) [2].

ثانياً-فائدة التمييز بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة:

كنتيجة لما سبق إن شركة المحاصة تلتقي مع الشّركة الفعليّة في نقاط مهمة في حين تختلف عنها في أخرى، ويظهر ذلك من خلال:

1- نقاط التشابه بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة:

تتجلّى نقاط التشابه بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة من حيث:

أ- حرّيّة الإثبات:

يجوز إثبات شركة المحاصة وفقاً للرأي الراجح[3]بكافة طرق الإثبات[4]، وهذا ما اعتمده أيضاً القضاء الفرنسيّ ومثاله القرار الصادر عن الغرفة

---

(1) Carmela Géraldine, Op. Cit, n° 137. p. 111.

(2) محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار 297 لعام 2004، الاجتهاد منشور في مجلة المحامون 2004 العدد 11 و12 ص1064.

(3) د. جلال وفاء البدري محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، لايوجد طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، عامّ 1995، ص 196. وكذلك د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص، 154.

(4) الإثبات هو: ((إقامة الدّليل أمام القضاء بالطرق التي حدّدها القانون على وجود واقعة قانونيّة ترتّبت آثارها)). د. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، دون طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عامّ 2007، ص7.

التجاريـة لمحكمـة الـنقض فـي 29 كـانون الثّاني/ينـاير 2008 الـذي أعلنـت بموجبـه وجـود شـركة محاصـة تـوافرت فيهـا العناصـر الأساسـيّة لعقـد الشّـركة استناداً لمواقف الأطراف المعنيّة بالرغم من عدم وجود عقد فيما بينهم أو أية وثائق تثبت ذلك[1]، وهناك جانب اعتمد في سبيل إثباتها على الموضوع الذي تقوم به فإذا كان موضوعها تجارياً جاز إثباتها بجميع طرق الإثبات، أمّا إذا كان موضوعها مدنيّاً فيتم إثباتها وفقاً للطرق المحدّدة في المواد المدنيّة وهذا ما ذهب إليه المُشَرِّع السوري [2]، والشَّركة الفعليّة أيضاً يتمتع الشّركاء فيها بمطلق الحرّيّة في إثبات وجودها الواقعي[3]، والقاضي فيها غير مقيد بوسيلة خاصّة وإنّما له الحرّيّة للتأكّد من وجودها.

ب- إرادة أفرادها:

تلعب الإرادة دوراً هامّا في وجود الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة[4] وإن كانت إرادة الشّركاء في شركة المحاصة تنصرف منذ البداية إلى جعلها مستترة ويكون التعامل معها محصور بشخص ظاهر دون الإفصاح عن باقي الشّركاء.

2- نقاط الاختلاف بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة:

تتجلّى نقاط الاختلاف بين كلا الشّركتين في:

---

(1) Carmela Géraldine, Op. Cit, n° 139 p. 113 .

(2) المادّة 53 من قانون الشّركات السوري السابق ذكره ((يثبت عقد شركة المحاصة بجميع طرق الاثبات المقبولة في المواد التجارية إذا كان موضوعها تجارياً وبطرق الاثبات المحدّدة في المواد المدنيّة إذا كان موضوعها مدنيّاً)).

(3) د.الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 203.

(4) Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, p. 48.

أ- صفة الاستتار

إن أهم ما يميّز شركة المحاصة عن غيرها من الشّركات هو صفة الاستتار، إذ ينحصر كيانها بين الشّركاء، فمنذ البداية تعقد وهي غير معدة لاطلاع الغير عليها[1] ولا يتعيّن عليها الاشهار عن عقدها ووجودها على غرار باقي الشّركات، ويتم الاستتار كما سبق الذكر بأن يكون التعامل باسم الشّريك الظاهر ولحساب المجموع دون القيام بأعمال تحمل المتعاقد معها على الاعتقاد بأنه يتعامل مع شركة[2]؛ أي: إنّ تكون مستترة قانونيّاً لا واقعياً[3].

أما إذا صدر من الشّركاء عمل من شأنه إعلام الغير بوجود الشّركة كشخص معنويّ كما لو اتّخذت لها عنوانا وتعاقد أحد الشّركاء مع الغير بهذا العنوان، هنا تفقد شركة المحاصة صفة الاستتار وتزول عنها.

أما الشّركة الفعليّة فبالإضافة إلى العوامل المهمة لقيامها هناك عامل أساسيّ وجوهري لوجودها بحق وهو المظهر العام؛ أي: إنّ تكون بارزة على مرأى وعلم الغير على خلاف شركة المحاصة، وهذا الاختلاف أكّدت عليه محكمة التميز في دبي بحكم لها: ((من المقرّر أن شركة المحاصة تختلف عن الشّركة الفعليّة لأن شركة المحاصة شركة صحيحة تترتّب عليها أثار إبرام عقد

---

[1] ((ولئن كانت شركة المحاصة تنعقد في الغالب لمعاملات محدودة ولمدّة قصيرة إلا أن هذا ليس هو الوصف المميز لها وإنّما يميّزها عن غيرها كونها شركة مستترة فلاعنوان ولاوجود لها أمام الغير)). نقض مصري، 31 كانون الثّاني، 1952، مجموعة د.أحمد حسني رقم 479، أشار له: د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 190، الهامش.

[2] Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, P. 155 .

[3] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 228.

الشّركة في حين أن الشّركة الفعليّة هي شركة تضامن تقوم على الواقع الفعليّ بين أطرافها وتكتسب الشخصيّة الاعتبارية ولو لم تشهر إلى أن تتم تصفيتها وذلك بخلاف شركة المحاصة التي تتجه فيها إرادة الشّركاء التي جعلها شركة مستترة لا وجود لها بالنسبة إلى الغير)) [1].

فعلى الرغم من أنه قد يكون إحدى الحالات التى تؤدّي إلى تحول الشّركة الصحيحة إلى شركة فعليّة هو إغفال الإشهار[2]، ولكن هذا الإغفال ليس الأساس الذي انعقدت حوله إرادة أطرافها؛ أي: إنّ الشّركاء بداية اجتمعت إرادتهم حول إنشاء شركة وتوافرت لديهم النيّة بظهورها بهذا المظهر أمام الغير كشخص مستقل عن شخصيتهم وذلك بدليل تعاملهم مع الغير باسمها لا بأسماءهم وصفاتهم الشخصيّة إلا أن إغفالهم للاشهار قد يكون تهاونا منهم أو لأسباب أخرى[3].

لكن السؤال الذي يثار هنا في حال أجريت معاملات وتصرفات مع الغير باسم شركة المحاصة وزالت عنها صفة الاستتار فما هو المؤيّد لذلك وما هو المآل الذي تؤول إليه؟

لقد اختلفت الآراء حول مصير شركة المحاصة عندما تزول عنها صفة الخفاء وتصبح ظاهرة أمام الغير، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول ببقاء

---

[1] محكمة التمييز لدى حكومة دبي – الأحكام المدنيّة – الطعن رقم 264، بتاريخ 21/ 12 / 2003. وكذلك الطعن رقم 130، بتاريخ 11 / 11 / 2008. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 30/ 5 /2016. الساعة 3:15 صباحاً.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 91.

[3] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 399.

شركة المحاصة محافظة على صفتها وشكلها هذا على الرغم من الكشف عنها دون المساس بما يترتّب على ذلك من المسؤولية الشخصيّة والتضامنيّة اتجاه الغير المتعامل معها والذي زالت أمامه صفة الاستتار ومبررهم في ذلك الاستناد لنظريّة الظاهر[1].

في حين ذهب جانب كبير من الفقه نحو رأي آخر وهو الرأي الراجح[2]، إلى أنه متى ظهرت شركة المحاصة للغير وأجريت معاملات بصفتها هذه كشركة قائمة هنا تتحول إلى شركة تضامن فعليّة لم تستوفي إجراءات الشّهر مع ما يستتبع ذلك من نتائج أهمها المسؤولية التضامنيّة لجميع الشّركاء اتجاه الغير وليس فقط الشّريك الذي تعاقد معه، ممّا يستتبع قيام شخص اعتباري مستقل عن شخصيّة الشّركاء مع ما يترتّب على قيام هذه الشخصيّة من نتائج.

أما ما يخص فكرة التضامن لقد ميز البعض حول دور إرادة الشّركاء في إظهار شركة المحاصة أمام الغير (فإذا الشّركة قد ظهرت أمام الغير بإرادة الشّركاء فهنا تعتبر شركة تضامن ويكون الشّركاء مسؤولين بالتضامن أمام الغير، وعلى العكس فإذا كان الكشف عن هذه الشّركة فعليّاً أو عرضياً لا يكون الشّركاء متضامنين اتجاه الغير) [3].

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 230

[2] د. علي البارودي مرجع سابق ص 331.وكذلك د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 221. ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 197. ود.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 228

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 226

ولقد ذهبت العديد من القوانين إلى أنه يجوز معاملة شركة المحاصة التي تظهر بهذه الصفة أمام الغير على أنها شركة فعليّة والمسؤولية فيها اتجاه الغير بالتضامن[1]،وهذا ما أكّده القضاء اللبناني بحكمه: ((إن شركة المحاصة التي تتعرف إلى الغير بهذه الصفة يجوز أن تعامل بالنظر إليه كشركة فعليّة، ويحق عندئذٍ للأشخاص الثّالثين ألا يقتصروا بملاحقتهم على الشّريك المديون بل أن يلاحقوا أيضاً مباشرة الشّركاء الآخرين، ويعتبر جميع الشّركاء متضامنين فيمابينهم)) [2]

هناك رأي أشاد بإمكانيّة تحول شركة المحاصة إلى شركة توصية بسيطة فعليّة، إذ يجوز للشريك أن يقيم الدّليل لإثبات أن مسؤوليته هي مسؤولية محدودة بحصته في رأسمال الشّركة في سبيل التخلص من المسؤولية الشخصيّة والتضامنيّة، وعلى ذلك نكون أمام شركة توصية بسيطة فعليّة، ويكون فيها هذا الشّريك شريك موص [3].

وهناك رأي فقهيّ آخر اتجه نحو قيام شركة محاصة فعليّة إذا ظهرت إلى العيان، وكأن هذا الرأي جمع بين الرأيين السابقين في اتجاه وسطي وتفسيره في ذلك، بأنه وإن كانت الشّركة الفعليّة قائمة أصلا لحماية الغير الذي اطمئن إلى الظاهر وإن هذا الفرض سيقوم بالنسبة لشركة المحاصة، إلا أنه لا يمكن

---

[1] المادّة (2/54) شركات سوري، المادّة (51) شركات أردني، المادّة (2/252) تجارة لبناني، المادّة (68) شركات سعودي، أمّا القانون المصري لم ينصّ على ذلك.

[2] استئناف لبناني، 15-12-1948، النشرة القضائيّة لعام 1949، ص 316. أشار له د. سمير عاليه، مرجع سابق، ص 218، هامش.

[3] د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 191.

إغفال الفائدة التي تعود على الشّركاء إذا ما سلمنا بقيام شركة محاصة فعليّة في الفرض الذي نتعرض له[1]. فشركة المحاصة إذا ما مارست عملها ونشاطها لمدّة زمنيّة معينة ومن ثم تبيّن أنه أصابها خلل يؤدي إلى إبطالها كأن يتعرض رضا الشّريك لعيب من عيوب الرضا على سبيل المثال وهكذا، فإنها تعتبر شركة فعليّة بين الشّركاء تحتاج إلى تصفيتها[2]، وذلك لتوافر الشّروط اللازمة لقيام الشّركة الفعليّة من توافر الأركان الموضوعيّة الخاصّة لقيام الشّركة وممارسة نشاطها قبل الحكم ببطلانها ومن ثم الحكم ببطلانها.

ونحن نوافق الرأي الراجح القائل بتحول شركة المحاصة إلى شركة تضامن فعليّة وذلك لما فيه من حماية لحقوق الغير المتعامل معها، فإلى جانب ضمان الوفاء المتمثّل بوجود الذمة الماليّة للشخص المتعاقد مع الغير يُضاف ضمان آخر يتمثّل بالشخصيّة المعنويّة للشركة مع المسؤولية التضامنيّة لأفرادها اتجاه الغير.

ب- الانقضاء والتصفية

تنقضي شركة المحاصة وتحلّ بأحد أسباب الانقضاء العامة شأنها شأن الشّركات بشكل عامّ (كانقضاء المدّة المحدّدة للشركة أو انتهاء المشروع موضوع الشّركة وغيرها.....)

---

[1] محمود سمير الشّرقاوي، مرجع سابق، ص 109. ود. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 100.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 215.

إضافة إلى أسباب الانقضاء الخاصّة بشركات الأشخاص باعتبارها من الشّركات القائمة على الاعتبار الشّخصي (كفقدان أهليّة أحد الشّركاء أو إفلاسه.. ما لم يتفق على خلاف ذلك.

أما الشّركة الفعليّة فتنتهي أمّا بتحويلها إلى شركة قانونيّة في حال توافرت شروط هذا التحويل أو بالانحلال وذلك بسبب أحد الأسباب العامة للانقضاء أو بسبب خاصّ بالشَّركة الفعليّة كنتيجة للبطلان وهذا ما سيرد ذكره لاحقاً على وجه التفصيل.

أما ما يترتّب على آثار هذا الانقضاء من حيث التصفية، إن شركة المحاصة تنفرد عن باقي الشّركات بأنه لا تتبع فيها إجراءات التصفية ولا قواعدها حيث إن انقضاء عقدها لا يعقبه تصفية وليس لأي شريك طلب تصفية أموالها[1]، إذ كونها ليس ملكاً للشركة وذلك لأنعدام الشخصيّة الاعتبارية فيها وكذلك لأنعدام الذمة الماليّة المستقلة عن ذمم أفرادها، ويتجلى الأمر فيها عن طريق عمل حساب ختامي (Réglement des comptes) يقوم به مدير المحاصة ويقدمه إلى باقي الشّركاء شارحاً فيه ما قام به من عمل وعلى أساس هذا الحساب يتم تحديد نصيب كلّ شريك من ربح أو خسارة [2] وهذا ما نصت عليه محكمة النقض السورية: ((شركة المحاصة لا تخضع للتصفية

---

[1] ((لايجوز للشريك في شركة المحاصة إذا ما انقضت الشّركة أن يطلب تصفية أموالها...)). محكمة النقض المصرية صادر عامّ 31، كانون الثّاني، 1952. أشار له د. علي البارودي ود.محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 452.

[2] Emmanuelle vierling-kovar, Op. Cit, n°439, p. 336.

لكونها لا تتمتع بالشخصيّة الاعتبارية بل تنتهي بإتمام المحاسبة بين الشّركاء لتعيّن نصيب كلّ منهم في الشّركة)) [1].

مع العلم أنه في الحالة التي يتم فيها تعيّن مصفي عن هذا الحساب، يقتصر دور المصفي على تنظيم العلاقة بين الشّركاء أنفسهم ويحق له الرجوع على الغير الذي تعامل مع الشّريك الظاهر وللغير العودة عليه بصفته وكيلاً عن الشّريك الظاهر وليس عن الشّركة[2].

أما الشّركة الفعليّة فتمتعها بشخصيتها الاعتبارية اللازمة لأعمال وحاجات التصفية يخضعها لجميع الأحكام والقواعد الخاصّة بالتصفية والمطبقة على الشّركات مع الأخذ بعين الاعتبار لشروط العقد والاتفاق الحاصل بين الشّركاء من حيث توزيع الأرباح والخسائر وقسمة الموجودات وغيرها [3].

---

[1] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، القرار 282، أساس 431، تاريخ 2008/4/23. أشارت له مجلة المحامون، العدد 11-12 لعام 2011.

[2] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 419.

[3] ((إذا حكم ببطلان الشّركة لعدم شهر عقدها فإنه يتبع في تسوية حقوق الشّركاء في الأعمال التي حصلت قبل طلب البطلان شروط العقد...)). محكمة التمييزفي دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 395، لسنة 2002 قضائيّة، بتاريخ 23 / 3 / 2003.

موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 6:00 مساءً.

الفرع الثّالث: الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد

من الأهميّة بمكان التمييز بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد الباطل نظراً لأن كلّ منهما يدور حول أمر أساسيّ وهو العقد الباطل، وقد يدور في الأذهان تساؤل هامّ وهو لماذا قد نلجأ إلى إعمال فكرة الشّركة الفعليّة في الوقت الذي يمكننا فيه تطبيق نظريّة تحول العقد بدلاً من الشّركة الفعليّة؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي التعرف على ماهية نظريّة تحول العقد (أوّلاً) ومن ثم التميز بين كلا المصطلحين (ثانياً).

أوّلاً: ماهية تحول العقد

يُعرف التحول لغةً: بأنه حَوَّلَ الشّيء إلى غيره أو نقله من مكان إلى آخر و(تَحَوَّلَ) تنقل من موضع إلى موضع ومن حال إلى حال[1].

ويُعرف اصطلاحاً بأنه: ((إبقاء للجزء المطابق للقانون في تصرف غير مطابق في باقيه للقانون)) [2].

هذا وتقوم نظريّة تحول العقد على فكرة أساسيّة مفادها أن العقد إذا كان باطلاً لعدم توافر أحد أركانه أو قابلاً للإبطال لانتفاء شروط صحته ومن ثم توافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبيّن أن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف إلى إبرام هذا العقد[3]، وهنا تبرز مهمة القاضي الذي يتعيّن عليه التعرف على نيّة الأطراف

---

[1] د. إبراهيم مدكور، مرجع سابق، ص 179.

[2] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص106.

[3] د. عبد الحي حجازي، النظريّة العامة للالتزام، ج 2، لايوجد رقم طبعة، مصر، مطبعة نهضة مصر، عامّ 1954، ص 326. وكذلك د. ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدنيّ الليبي، لايوجد رقم طبعة، ليبيا، منشورات الجامعة الليبية، عامّ 1972، ص 330.

المحتملة والكشف عنها ومن ثم إعطاء العقد الوصف القانونيّ الصحيح بعد التأكّد من توافر عناصر العقد الجديد في العقد القديم[1].

ولا بدّلتطبيق نظريّة تحول العقد من توافر ثلاثة شروط تتمثّل في[2]:

1- أن يكون العقد الأصلي باطلاً بشكل كلي أو قابلاً للإبطال.

2- أن يتضمّن العقد الأصلي الذي بطل أركان وعناصر العقد الآخر.

3- اتجاه نيّة أطراف العقد المحتملة إلى العقد الآخر الذي يتحول إليه العقد الباطل.

هذا وإن نظريّة تحول العقد قد تنطبق أحياناً على عقد الشّركة إذا ما شابه عيب يبطله ومثاله البطلان الناتج لقيام شرط الأسد، قد يتخلّف عنه أن يتحول العقد إلى عقد آخر صحيح إذا اكتملت جميع عناصره ومثاله: إذا اتفق فريقان على أن أحدهما يقدم المكان لقاء حصّة ماليّة معينة في السنة لا يمكن تخفيضها، فإن هذا العقد يخضع لأحكام الايجار[3].

ثانياً: التميز بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد

استناداً إلى ما سبق إن نظريّة تحول العقد قد تلتقي مع الشّركة الفعليّة في مجالات معينة في حين تتباعد عنها في أخرى، ويظهر ذلك من خلال:

1- نقاط التشابه بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد

---

[1] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 652 وما بعدها.

[2] د. مصطفى الجمال ود. رمضان محمد أبو السعود ود. نبيل ابراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، 2006، ص179. وكذلك د. أنور سلطان، مرجع سابق ص171.

[3] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 60.

أ- تلتقي الشّركة الفعليّة مع نظريّة تحول العقد في أنهما يشكلان أثر من آثار العقد الباطل ويرتبان أثراً على العقد خلافاً للقاعدة العامة التي تعتبر العقد الباطل معدوم ليس له أثر[1].

ب-تلتقي كلا النظريتين حول الهدف والحكمة من وجودهما إذ تتمثّل في انقاذ العقد وتلافي الآثار الغير محمودة التي من الممكن حصولها في حالة إهدار العقد الباطل، تحقيقاً لحسن استقرار المعاملات والحقّوق[2].

ج- إن الأساس في تطبيق نظريّة تحول العقد في معرض الشّركات وجود شركة مخلة في ركن من أركانها وهذا ينطبق أيضاً على الشّركة الفعليّة بغض النظر عن نوعية الخلل الذي يصيب الشّركة.

2- نقاط الاختلاف بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد

أ- تختلف الشّركة الفعليّة عن نظريّة تحول العقد من حيث النتائج التي تترتّب على الأخذ بكل نظريّة، فنظريّة الشّركة الفعليّة تؤدّي إلى الاعتراف بالشَّركة في الماضي وبطلانها في المستقبل أو إمكانيّة تحولها إلى شركة صحيحة في المستقبل. بينما إعمال نظريّة تحول العقد يؤدي إلى تحول عقد الشّركة الباطل إلى عقد آخر توافرت عناصره، بناءً على نيّة الأطراف وهنا لا مجال لوجود الشّركة أصلاً[3].

ب-تعتبر الشّركة الفعليّة من الآثار الأصلية التي تترتّب استثناءً على العقد الباطل[4] وكأنه عقد صحيح، في حين أن نظريّة تحول العقد هي من

---

[1] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 90 ومابعدها.

[2] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 643.

[3] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

[4] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 708

الآثار العرضية للعقد الباطل، أي آثار ثانوية وغير مقصودة ترتّبت لانقاذ العقد الذي يُعتبر واقعة قانونيّة أو مادية[1].

ج- تختلف كلا النظريتين من حيث العيوب التي تلحق عقد الشّركة، حيث هناك عيوب يُعمل معها نظريّة الشّركة الفعليّة، بينما هناك أخرى تسمح بتطبيق نظريّة تحول العقد، فإذا كان البطلان ناتج عن عيوب الإرادة أو نقص في الأهليّة فإنه يقع بأثر رجعيّ بالنسبة للشريك المتعيبة إرادته أو الناقصة أهليته، والشَّركة تعتبر فعليّة بالنسبة لباقي الشّركاء والغير[2]. وفي حال ترتّب البطلان نتيجة الخلل بالركن الشّكلي للشركة فالشَّركة تكون موجودة فعليّاً في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان[3]. أمّا الخلل الذي يلحق عقد الشّركة ويحولها إلى عقد آخر فيتعلّق بالعيوب التي تصيب الشّروط الموضوعيّة الخاصّة، إذ بتخلّف هذه الأركان لا وجود للشركة لا قانونيّاً ولا حتى فعليّاً، وبالتالي لا يترتّب عليه البطلان لفقده المقومات التي تجعله قادراً على خلق شخص معنويّ يتمتع بكيان مستقل عن شخصيّة المتعاقدين، وعليه عقد الشّركة يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت شروطه [4]، فعلى سبيل المثال عقد الشّركة المفتقر إلى ركن اقتسام الأرباح والخسائر ومثاله أن يستولي أحد الشّركاء على ربح دون تحمل الخسائر مقابل عمله، لا يعتبر هنا

---

[1] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 92.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 208 وما بعدها.

[3] د. محمد فريد العريني ود.جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 202.

[4] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 63.

شريكاً وإنّما أجيراً ويعتبر مقرضاً إذا كانت حصته عبارة عن نقود، وكذلك الحال لركن نيّة المشاركة في حال افتقر عقد الشّركة له قد يتولد عنه عقد صحيح هو عقد جمعية على سبيل المثال [1].

وبهذه الدّراسة نخلص إلى أن الشّركة الفعليّة نظريّة متفردة بذاتها على الرغم من وجود نقاط التقاء وتشابه تجمعها مع عدّة أوضاع قانونيّة، الأمر الذي يستبعد خضوعها لذات الأحكام والقواعد التي تحكم هذه الأوضاع نظراً لاختلاف الأسباب والحالات التي تخلق شركة فعليّة، والتعرف على هذه الأسباب يتم من خلال البحث في حالات قيام الشّركة الفعليّة.

---

[1] د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 203.

المبحث الثّاني

حالات قيام الشّركة الفعليّة

تُبنى الشّركة الفعليّة أساساً على صعوبة تحقق نتائج بطلان عقد الشّركة، وبالرغم من ذلك لا يصلح كلّ بطلان إلى وجود شركة فعليّة كون ذلك مرهون بنوع الشّركة وبجسامة العيب الذي يلحق أركانها، ممّا يتعيّن معه العودة في الأحوال التي لا ينتج عنها شركة فعليّة إلى القواعد العامة للبطلان وإعماله بأثر رجعيّ.

هذا وإن وجود الشّركة الفعليّة لا يقتصر فقط على الحالات التي يُحكم فيها ببطلان الشّركة، وإنّما هناك حالات أخرى أسفر عنها واقع الحياة العملية وتطوراتها، واستخلص منها القضاء وجود شركة فعليّة يعترف معها بما قامت به من أعمال وما رتبته من آثار، وفي هذه الحالات تكون الشّركة ليست باطلة كما أنها أيضاً ليست قانونيّة وإنّما استند القضاء عند الإقرار بوجودها إلى ما رافقها من وقائع وما دل عليه سلوك الأطراف فيها.

إن هذا كله ساهم في اتساع حدود ونطاق نظريّة الشّركة الفعليّة لتندرج ضمن:

المطلب الأوّل: حالات الشّركة الفعليّة المرتبطة بالبطلان.

المطلب الثّاني: حالات الشّركة الفعليّة القائمة على أسباب خلاف البطلان

المطلب الأوّل

حالات الشّركة الفعليّة المرتبطة بالبطلان

صحيح أن الشّركة الفعليّة تدور في فلك بطلان الشّركات إلا أن وجودها لا ينتج حتماً عند كلّ إبطال، إذ تكثر الأسباب التي تؤدّي إلى بطلان الشّركة وبالتالي تختلف الآثار التي تترتّب على البطلان تبعاً لاختلاف هذه الأسباب ولاختلاف شكل الشّركة أيضاً بين شركات أموال وشركات أشخاص.

والبطلان هو عبارة عن: ((تكيف قانونيّ لعمل يخالف نموذجه القانونيّ مخالفة تؤدّي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً))[1]. وللبطلان ثلاثة أنواع هي: البطلان المطلق، والبطلان النسبي، والبطلان الخاصّ.

ونظراً لاختلاف أنواع البطلان التي تلحق بالشَّركة ولتعذر توحيد الحلول سواء في الحالة التي يكون فيها العيب موضوعيّاً أو الحالة التي يكون فيها العيب شكلياً، من الضروري بمكان البحث والوقوف على أسباب بطلان الشّركات التي تحدّد حالات قيام الشّركة الفعليّة، وذلك من خلال التعرف على:

الفرع الأوّل: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الموضوعيّة

الفرع الثّاني: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الشّكلية

---

[1] د. فتحي والي، نظريّة البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، الاسكندرية، منشأة المعارف، لايوجد تاريخ، ص 7.

الفرع الأوّل: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الموضوعيّة.

قد يطرأ على الأركان الموضوعيّة للشركة خلل يعيبها ويزعزع بنيتها القانونيّة فيكون البطلان هو الجزاء العادل لهذا الخلل، ويختلف نوع البطلان الذي يلحق بالشَّركة تبعاً لجسامة العيب الذي ينخر في كيانها، وقد ينتج هذا البطلان عن الإخلال بالأركان الموضوعيّة العامة (أوّلاً) والأركان الموضوعيّة الخاصّة (ثانياً).

أوّلاً: البطلان الناتج عن الإخلال بالأركان الموضوعيّة العامة

إن الأركان الموضوعيّة العامة هي الأساس في تكوين وإبرام عقد الشّركة وتتمثّل كما سبق الذكر عنها في الرضا والأهليّة والمحلّ والسبب، وإن حدوث خلل لإحدى هذه الأركان يؤدي إلى وجود حالة بطلان، إلا أن هذا البطلان ليس على درجة واحدة، إذ يختلف حسب الركن الذي وقع عليه الخلل، فمن الممكن أن يتولد عنه شركة فعليّة[1]، ومن الممكن أيضاً ألأ يخلف هذا البطلان شركة فعليّة وبالتالي تعتبر الشّركة كأن لم تكن.

ولمعرفة أثر البطلان الناتج عن الخلل في أركان الشّركة لا بدّ من الوقوف على كلّ ركن والإطلاع على دور البطلان في وجود الشّركة الفعليّة.

---

[1] ((أن شركة الواقع لا تقوم إلا عند تخلّف أحد أركان الشّركة...)). محكمة التمييز لحكومة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 223 لسنة 2008 قضائيّة، بتاريخ 11/24/ 2008. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/7. الساعة 3:00 صباحاً.

1- أسباب البطلان المتعلّقة بالرضا والأهليّة:

أ- الرضا:

إن الرضا هو حجر الأساس في بناء الشّركة التي تتكون من مجموع إرادات الشّركاء، وعليه يجب أن يكون صحيحاً لا تشوبه شائبة، واقعاً على كلّ أمر يتعلّق بالشَّركة مهما صغر أو كبر [1]، وإن هذا الرضا قد تطرأ عليه حالات تعدمه أو حالات أخرى تجعله معيباً.

فانعدام الرضا قد يقع على رضا أحد الشّركاء كأن يكون صادر عن عديم الأهليّة، وقد يرد على رضا جميع الشّركاء في حال لم ينعقد اتفاقهم جميعاً على أمر يتعلّق بالشَّركة، كأن لم يتفق جميعهم على تقدير قيمة الحصص، هذا وينبني على انعدام الرضا انتفاء وجود الشّركة بالمعنى القانونيّ الصحيح[2]، أي تعتبر الشّركة باطلة بطلاناً مطلقاً [3]، وبالتالي في حال قامت هذه الشّركة بمجموعة من التصرفات القانونيّة مع الغير يُحكم عليها بالبطلان المطلق وإعادة الحال إلى ما كانت عليه[4] وهذا البطلان يقع من تلقاء نفسه بقوة

---

[1] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 30

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 75. وكذلك د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 708

[3] البطلان المطلق هو: ((العقد الذي فقد ركناً من أركانه وهي الرضى والسبب والموضوع وهو يعني زوال مفاعيل العقد بين الأفرقاء وتجاه الغير واعتباره منعدماً)). أشار له موريس نخله، مرجع سابق، ص 370.

[4] د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدنيّ، المدخل للعلوم القانونيّة، ج1، الطبعة السادسة، بيروت، منشورات مكتبة صادر، عامّ 1987، ص 889.

القانون، ولكل ذي مصلحة التمسك فيه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها ولا يزول بالإجازة[1].

ولا بدّ من الإشارة إلى أن هذا الأمر على قدر من الأهميّة لدى شركات الأشخاص كونها تقوم على الاعتبار الشّخصي الذي يشكل الدّافع لدى الأفراد لإنشاء شركات فيما بينهم، فكيف لهذه الشّركة أن تقوم في حال انعدام الرضا لدى أحد أفرادها وبالتالي تكون هذه الشّركة باطلة بطلاناً مطلقاً ولا وجود لها من الأساس.

إلا أن هناك رأي فقهيّ فرنسيّ يذهب للقول بوجود شركة فعليّة في مثل هذه الحالات، وذلك أن الشّريك الذي انعدم رضاه والذي قرّر القانون البطلان لحمايته وحماية حقوقه، تتحقق له هذه الحماية أيضاً دون التأثير على استمرارية وجود الشّركة مع باقي الشّركاء وذلك عندما يسترد الشّريك الذي انعدم رضاه حصته كاملة ولا يتحمّل أي خسارة، فتستمر الشّركة قائمة كشركة فعليّة مع باقي الشّركاء [2].

و نحن نوافق هذا الرأي طالما أن شركات الأشخاص تعتمد في تأسيسها دائماً على الاعتبار الشّخصي، وفي حال ظهر فيما بعد أن أحد الشّركاء كان رضاه معدوماً يتعيّن أن يقع البطلان في جانب الشّريك الذي رضاه معدوم فقط دون أن يمتد إلى سائر الشّركاء مادام الشّريك الذي انعدم رضاه لم يلحق به

---

[1] م (1/142) من القانون المدني السوري.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 255، نقلاً عن:

Escarra et Rault, t. 179, p.209; Jean Héamrd, p. 136 ; H, Temple, Les Société de fait 1975.n.303, p.196 عن

ضرر عندما يسترد حصته كاملاً ولا يساهم بأي جزء من الخسارة التي تلحق بالشَّركة ويعود أمر تقرير بقاء الشّركة أو إبطالها للشركاء أنفسهم، فإذا ما قرّروا البطلان تعامل هذه الشّركة على أنها شركة فعليّة فيما سبق من حياتها لحماية المراكز القانونيّة التي نشأت بسبب هذا العقد.

أما في حالات عيوب الرضا، إن هذه العيوب تؤثر في التزام الشّريك الذي شاب رضاه عيب فيكون قابلاً للإبطال بالنسبة للمتعاقد الذي شاب رضاه عيب [1]، أي البطلان هنا هو بطلان نسبي [2] وتتجلّى هذه العيوب كما سبق الإشارة إليها في الغلط والإكراه والتدليس والغبن الاستغلالي، هذا وإن الغبن الاستغلالي لا يعتبر سبباً في بطلان الشّركات لذا لن نتعرض له إذ لم تتوافر حوله تطبيقات اجتهادية كما ومن الصعب إثبات وقوعه [3]، وسنقتصر في بحثنا على الإكراه والغلظ والتدليس.

الغلط: ((هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع أمّا أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها)) [4].

ويشترط في الغلط حتى يبطل العقد [1]:

---

[1] د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 28.

[2] البطلان النسبي هو ((وصف يرد على العقد أو التصرف القانونيّ بصفة عامّة، إذا ما توافرت أركانه اللازمة لانعقاده، ولكن لم يستوف شرطي الصحّة فيرتب بصفة مبدئية آثاره القانونيّة، حتى يتفق الطرفان على إبطاله أو يقضي القاضي بذلك، فيزول بأثر رجعيّ ويعتبر كأن لم يكن)). أشار له د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 473.

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 81. وكذلك د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 60

[4] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج 1، مرجع سابق، ص 251.

1) أن يكون الغلط جوهرياً يبلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط [2].

2) أن يقع في الغلط المتعاقدون الآخرون أو كانوا على علم به أو كان من السهل عليهم أن يتبيّنوه [3].

هذا وقد يقع الغلط في شخص الشّريك إذا كان شخصه هو الباعث على التعاقد وذلك في الشّركات التي تؤسس على الاعتبار الشّخصي، هنا تبطل الشّركة وتعامل في الماضي على أنها شركة فعليّة، كما وقد يقع الغلط في شكل الشّركة وطبيعتها أو في أحد البيانات الجوهرية فيها [4]، إلا أن الغلط في قيمة الحصّة أو رأس المال لا يبطل العقد ما لم تقترن بالإستغلال المكون للغبن[5].

أما التدليس فهو ((غلط يقع فيه شخص لأن آخر ضلله بطرق احتيالية))[6].

يحتاج التدليس إلى توافر شروط معينةلإبطال عقد الشّركة تتمثّل في[7]:

---

[1] د.محمد فريد العريني، ود.جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 177.

[2] المادّة (2-1/122) مدنيّ سوري، المادّة (2-1/121) مدنيّ مصري.

[3] المادّة (121) مدنيّ سوري، المادّة (120) مدنيّ مصري.

[4] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 20

[5] د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص 60.

[6] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 884.

[7] د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 178. وكذلك المادّة (126 /2-1)، (127) مدنيّ سوري، (125 /2-1)، (126) مدنيّ مصري، (209) موجبات وعقود، أمّا المُشَرِّع الأردني اشترط أن يقترن التغرير مع الغبن الفاحش حتى يكون سبب لإبطال العقد (145) مدنيّ أردني.

1) أن يقع التدليس من أحد المتعاقدين أو نائب عنه أي ما يفيد علم المتعاقد الآخر به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس[1].

2) أن يتم التدليس بإحدى طرق التدليس أمّا الإتيان بطرق ووسائل الاحتيال التي تحمل المتعاقد المدلس عليه إلى التعاقد كإظهار الشّركة بأنها ذات شهرة وهي على قدر من النجاح، أو السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تحيط بالشَّركة ولو كان المتعاقد المدلس عليه على علم بها لما أقدم على توقيع عقد الشّركة ومثاله: أن يكتم أحد المتعاقدين عمداً عن الآخر خسائر الشّركة وديونها، فلو كان المدلس عليه على علم بها لما رضي بالدخول فيها كشريك.

3) أن يكون التدليس هو الذي حمل المتعاقد المدلس عليه إلى التعاقد.

وإذا ما تحققت هذه الشّروط كان من حق المتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد، إلا أن البطلان بسبب التدليس لا يحتج به على دائني الشّركة الذين يحق لهم إقامة الدّعوى المباشرة على الشّركاء من أجل حملهم على تنفيذ التزاماتهم وتعهداتهم[2].

بينما ذهب المُشَرِّع الفرنسيّ على خلاف ذلك في المادّة (12/235) من القانون التجاري، إذ أقر الاحتجاج بالبطلان الناتج عن التدليس ضد الكافة.

---

[1] في حين قال بعضهم بخلاف ذلك (إذا وقع التدليس من شريك واحد عند تعدد الشّركاء أو من شخص غير شريك ليس من شأنه أن يبطل عقد الشّركة إنّما يحق للمتضرر الرجوع على من صدر عنه الخداع بالتعويض). د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 79.

[2] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 80.

أما الإكراه فهو ((استعمال وسائل مادية أو معنويّة للتأثير بها على شخص حتى يقبل تعاقداً ما كان يقبله لولا ذلك))[1].

والإكراه نوعان: إكراه مادي يعدم الإرادة فلا ينعقد العقد أصلاً بسبب وجوده، وإكراه معنوي يكون فيه الرضا موجوداً، ولكنه معيب[2].

إن الإكراه قلما يقع في عقد الشّركة هذا إذا لم يكن نادراً [3] ولا سيما في الشّركات المساهمة، وفي حال وقوعه يتعيّن على القاضي عند تقديره أن يراعي مجموعة من الأمور تتعلّق بالشخص المُكرَه كجسنه وسنه وصحته...الخ [4].

ب-**الأهليّة:**

إن عقد الشّركة لا يكون صحيحاً بالمعنى القانونيّ إلا إذا كان الشّركاء يتمتعون بالأهليّة اللازمة والضرورية للتعاقد، وبناءً عليه إن التصرف الصادر من شريك معدومة أهليته يقع باطلاً بطلان مطلق، بينما التصرف الصادر من شريك ناقص الأهليّة كالصبي المميز والسفيه فإنه يلحق التزامه البطلان ويكون بطلاناً نسبياً مقرّر لمصلحة الشّريك ناقص الأهليّة.

و كملخص لما سبق إن انعدام الرضا والأهليّة يعدم معه وجود الشّركة بينما إذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة أو كان الشّريك ناقص الأهليّة فإن الجزاء الذي يلحق العقد هو البطلان النسبي وهذا البطلان قاصر على

---

[1] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 884.

[2] د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص106.

[3] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 59.

[4] المادّة (3/128) مدنيّ سوري، (127 /3) مدنيّ مصري، (211) موجبات وعقود لبناني، (211)، (180) قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي.

الشّريك ناقص الأهليّة أو الذي تعيب رضاه وله وحده حق التمسك بالبطلان أو ورثته أو خلفه الخاصّ[1]، ويمكن أن يزول بالإجازة كما ويسقط حق طلبه بالتقادم[2]. ويعتبر العقد صحيحاً بالنسبة لباقي الشّركاء.

أما السؤال الذي يطرح في هذا الصدد ما مدى إمكانيّة تطبيق فكرة الشّركة الفعليّة في معرض البطلان المطلق والبطلان النسبي؟؟

إن تطبيق القاعدة العامة كما ذكرنا تقضي بإعادة الشّركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أي إعمال الأثر الرجعيّ للبطلان، وإن إعماله ينضوي على الكثير من الإجحاف في حال رتبت الشّركة عقود ومعاملات مع الغير، لذا إن انعدام الرضا والأهليّة يجعل العقد باطل بطلاناً مطلق أي عقد معدوم لاتلحقه إجازة [3] وبالتالي لا مجال للقول بوجود الشّركة الفعليّة، أمّا في حال كان الرضا معيباً أو تمّ العقد من قبل ناقص الأهليّة فإن العقد هنا هو قابل للإبطال أي بطلان نسبي[4] وبالتالي فإن الحماية التي منحها القانون للشريك المتعيبة إرادته أو الناقصة أهليته هي الحقّ في طلب البطلان، إلا أن

---

[1] إن المُشَرِّع اللبناني نصّ في المادّة (64) من قانون التجارة اللبناني ((يجوز دائماً للمحكمة أن تقضي بناءً على طلب بعض الشّركاء، أمّا بحلّ الشّركة لأسباب عادلة تقدر المحكمة مرماها أمّا بإخراج أحد الشّركاء لعدم قيامه بموجباته نحو الشّركة)) أي يستطيع بناءً على هذه المادّة أي شريك طلب بطلان الشّركة إذا كان أحد الشّركاء ناقص الأهليّة باعتباره سبب عادل حتى لايبقى باقي الشّركاء تحت رحمة الشّريك ناقص الأهليّة وتهديد إبطالها في أي وقت. د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 87.

[2] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 890.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج1، مرجع سابق، ص 433.

[4] د. ثروت حبيب، مرجع سابق، ص 298

هذا البطلان في حال تمسك به الشّريك ليس له أثر رجعيّ إلى ماض العقد، وبالتالي تتجلّى حمايته في إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد فيسترد حصته دون مشاركة منه في أرباح الشّركة أو خسائرها، وبناءً عليه إن الجواب على هذا السؤال يقتضي بدايةً التميز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

1) شركات الأموال

إن شركات الأموال كالشركات المساهمة تحتاج عند تأسيسها إلى جملة من الإجراءات في سبيل ترخيصها وإنشائها، ممّا سيفسح المجال للتأكّد من توافر الأهليّة وسلامة رضا المؤسسين[1]، وبناءً على ذلك إن البطلان الذي يلحق رضا وأهليّة الشّركاء هو نادر الوقوع عملياً في هذه الشّركات، وفي حال حصول البطلان النسبي فإنه لا يمس بالشَّركة القائمة وإنّما يقتصر أثره على الشّريك الذي شاب رضاه عيب أو كانت أهليته ناقصة وله وحده الحقّ في طلب الإبطال أو إجازة العقد باعتبار أن هذه الشّركات تقوم على المال لا الاعتبار الشّخصي، إذ كل ما في الأمر هو خروج الشّريك مع بقاء الشّركة مستمرة مع الشّركاء الباقين [2]، هذا وإن خروج الشّريك منها لا يؤثر على الشّركة في شيء، أي لا يؤدي إلى حلها أو انقضائها ما لم يؤثر هذا الخروج على الحد الأدنى لعدد الشّركاء ورأسمال الشّركة في حال اشترط المُشَرِّع

---

[1] ((يحق للجنة أن ترفض طلب التأسيس للشركة المساهمة إذا كان أحد المؤسسين لاتتوافر فيه الأهليّة)) المادّة (19) من قانون الشّركات المصري رقم 159 لسنة 1981، والمادّة (49) من اللائحة التنفيذية

[2] د. علي البارودي ود. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 298.

ذلك، فكل ما في الأمر أن تطرح الشّركة أسهم هذا الشّريك للبيع وتنتقل ملكيتها إلى غيره، وفي حال لم تتمكن من بيع هذه الأسهم يمكنها أن تعدها وكأنها خسارة جزء من رأسمالها، وهذا لا يبرر بطلان الشّركة إلا إذا كانت الحصّة على جانب من الأهميّة [1].

ووفق القانون الفرنسيّ نصت المادّة (1/235) من القانون التجاري على عدم بطلان شركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم بسبب عيوب الرضا أو عدم الأهليّة إلا إذا كان هذا العيب الأخير يتعلّق بجميع الشّركاء المؤسسين. وبناءً على ذلك لا وجود للشركة الفعليّة.

2) شركات الأشخاص

يختلف الوضع في شركات الأشخاص عن شركات الأموال لكونها تؤسس على الاعتبار الشّخصي، فإذا خرج الشّريك منها ترتّب على هذا الخروج انحلال الشّركة ويحصل الشّريك على حصته وما قدمه ولا يتحمّل أي خسارة، فالبطلان يمتد إلى عقد الشّركة كله لتخلّف رضاء الشّركاء بالشَّركة، كون شخصيّة الشّريك جزء من الرضا بعقدها [2]، أي الشّخص المعنويّ المتولد عن هذا العقد لا وجود له قانونيّاً ولا حتى فعليّاً، ويترتّب عليه أن الغير ولو كان حسن النيّة لا يمكنه أن يستند إلى عقوده ومعاملاته التي تمت بحسن نيّة مع هذه الشّركة إذ لا وجود للشركة الفعليّة، حتى لا يتعارض ذلك مع الغرض الذي هدف إليه القانون من فرض البطلان، لأنه يحمل معنى الاعتراف بها

---

[1] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 59.

[2] د. علي البارودي ود. محمد السيد الفقى، مرجع سابق، ص 298.

والإقرار بغرضها الغير مشروع، أي يقع هذا البطلان بأثر رجعيّ يمتد إلى تاريخ العقد فقط فيما يخص هذا الشّريك، أمّا الشّركة فتستمر قائمة بين الشّركاء الباقين لحين التصفية وتعامل الشّركة التي مارست نشاطها فعليّاً في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها كشركة فعليّة بحيث يشمل البطلان مستقبل الشّركة فقط لا ماضيها وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء [1].

صحيح أن شركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشّخصي إلا أن هذه الشّركات ليست من النظام العام[2]، أي يجوز للشركاء الاتفاق فيما بينهم بأن تستمر الشّركة بين الشّركاء الباقين في حال نقصت أهليّة أحد الشّركاء أو فقدها، إذ من المعلوم أن نقص أهليّة أحد الشّركاء وفقدها يؤدي إلى حلها وانقضائها كما في شركة التضامن وبالتالي للشركة أن تستمر قائمة بين باقي الشّركاء أمّا بالنصّ على ذلك وفق شرط يتضمّنه عقد الشّركة أو الاتفاق بشكل لاحق على خروج الشّريك بشرط أن يتم شهر وإعلام الغير بذلك[3]. ويستثنى ممّا سبق بأنه حتى في حال قيام الشّركة الفعليّة إن الشّريك الذي تقرّر البطلان لمصلحته في حال كان سبب بطلان الشّركة قائماً على التدليس والخداع ليس له أن يسترد حصته ومقدماته للشركة ولا يطالب بإعفاءه من تحمل الخسارة، إذ

---

[1] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 304. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 107. ود. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص50.

[2] د.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 65.

[3] م(39) شركات سوري، م(65) تجاري لبناني.

في هذا الإجراء حماية للغير من دائني الشّركة الذين لا علاقة لهم بهذه الطرق الاحتيالية[1].

2-أسباب البطلان المتعلّقة بالمحلّ والسبب:

يشترط في المحلّ بالإضافة إلى أن يكون ممكناً ومعيناً ويجوز التعامل فيه[2] يتعيّن أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العامّ والآداب العامة وإلا كان عقد الشّركة باطلاً [3]، وكذلك الحال في السبب إذ يتعيّن أن يكون هناك سبب للالتزام وألا يكون مخالف للنظام العامّ أو الآداب العامة وإلا بطل عقد الشّركة.

إن الأسباب التي تؤدّي إلى عدم مشروعية المحلّ في شركات الأموال هي ذات الأسباب التي تظهر في شركات الأشخاص، إلا أن هناك أسباب تنفرد بها شركات الأموال وتشكل عدم مشروعية المحلّ مثاله: الحظر على الشّركات ذات المسئوولية المحدودة القيام بأعمال الادخار أو التأمين أو المصارف.....الخ. [4]، لما فيها من مخالفة للنظام العامّ الاقتصادي.

---

[1] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 210.

[2] انظر الصفحة (52) من هذا البحث.

[3] د. حسني المصري، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها. ود.جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 158. وهذا الراجح في فرنسا.

Emmanuelle vierling-kovar, Ibid, p. 48.

[4] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 530، ود.عزيز العكيلي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 460.

أما عن دور هذا البطلان في وجود الشّركة الفعليّة فإنه يتعيّن دائماً الوقوف على وضع الشّركة القائمة وما مارسته من نشاطات، فإذا لم تدخل في معاملات مع الغير ولم تزاول أي نشاط بعد ومن ثَمَ حكم ببطلانها، هنا لا مجال للقول بوجود شركة فعليّة.

أمّا في الأحوال التي زاولت بها الشّركة نشاطها فالأثر الذي يحدثه البطلان مختلفٌ فيه، إذ ذهب جانب من الفقه – وهو الفقه الراجح بالإضافة إلى القضاء – إلى أن هذا البطلان هو بطلان مطلق[1] يمس العقد في ذاته وبالتالي لا مجال للقول بوجود شركة فعليّة وبهذا البطلان يُعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

هذا وإن إعمال هذا الرأي يطرح إشكاليتين:

تتمثّل الإشكالية الأولى بمصير الأرباح والخسائر، بينما تتعلّق الثّانيّة بمصير الحصص المقدمة من الشّركاء.

أما فيما يتعلّق بالإشكالية الأولى: إن الأرباح والخسائر إذا تمّ توزيعها قبل الحكم بالبطلان هنا لا مجال لاستردادها لعدم وجود مصلحة في ذلك، أمّا إذا لم تكن قد وزعت بعد فتوزع بين الشّركاء على أساس قواعد التوزيع الواردة في القانون كون البطلان أدى إلى انعدام العقد[2].

---

[1] د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 36. ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 202. ود. علي البارودي ود. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 303.

[2] د. عاطف محمد الفقي، الشّركات التجارية في القانون المصري، لا يوجد طبعة، القاهرة، دار النهضة العربيّة، 2007، ص106و107.

وأمّا عن حق الشّركاء في استرداد حصصهم من الشّركة التي قُضي ببطلانها انقسم رأي الفقهاء بين معارض لحق الشّركاء في استرداد الحصص، مستندين لعملهم الشّائن الذي لا يكسبهم حق ولا يصلح أن يكون سند للجوء للقضاء، وبين مؤيّد لحق الشّركاء في المطالبة باسترداد حصصهم كي لا تكون هذه الحصص مصدراً للكسب لمدير الشّركة في حال منع الشّركاء من استرداد حصصهم كونه شريكاً لهم في عملهم الشّائن وهذا هو الرأي الراجح [1].

وهناك جانب من الفقه ذهب للقول إلى أنه حتى في الحالة التي تكون فيها أغراض الشّركة متعددة وكان إحدى هذه الأغراض غير مشروع يتعيّن تقرير البطلان المطلق[2].

بينما ذهب العديد من الفقهاء الفرنسيّن إلى مخالفة الرأي الراجح، والقول بأن البطلان الذي ينشأ نتيجة عدم مشروعية محلّ وسبب عقد الشّركة ينتج عنه شركة فعليّة متى كانت هذه الشّركة قد مارست أعمالها فعليّاً قبل الحكم ببطلانها، أي تطبيق فكرة الشّركة الفعليّة على إطلاقها سواء كان البطلان نسبي أو مطلق[3]،في مواجهة الغير أو فيما بين الشّركاء أنفسهم، ثم ما لبث أن ساند المُشَرِّع الفرنسيّ رأي هؤلاء الفقهاء إذ أقر بوجود الشّركة الفعليّة في جميع حالات البطلان معترفاً بها منذ لحظة تأسيسها حتى انقضائها وتصفيتها وإن الحكم ببطلانها ينهي تنفيذ عقدها في المستقبل فقط، وهذا ما ورد في المادّة

---

[1] د. علي البارودي ود. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 299.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 268، نقلاً عن العلامة هيمارا، البطلان والشركات الفعليّة، ص 77.

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص219.

(1844-15) من القانون المدنيّ الفرنسيّ الصادر في 4 كانون الثّاني 1978[1].

ومبررهم في ذلك أن النظام العامّ واجب الاحترام من قبل الجميع ولا يجوز انتهاك أوامره ونواهيه إلا أن المحافظة على استقرار العلاقات بين الأفراد مقدم على ذلك في حال كان الغير حسن النيّة وذلك لتحقيق العدل والمحافظة على استقرار المراكز القانونيّة التي نشأت قبل الحكم ببطلان الشّركة [2].

هذا وقد سار على هذا النهج بعض الفقهاء في الدّول العربيّة ومنهم العلامة السنهوري الذي قال: ((إن نظريّة الشّركة الواقعية هي الأساس في كلّ شركة باطلة، سواء أكان البطلان راجعاً لخلل في الشّكل أم خلل في الموضوع، ففي جميع الأحوال تنقلب الشّركة الباطلة إلى شركة واقعية يستلهم القاضي في تصفيتها الشّروط المدونة في عقد تأسيس الشّركة لا على أنها اتفاق بين الشّركاء بل على أنها تملي حلولاً عادلة لتصفية الشّركة))[3].

ولقد أيد هذا أيضاً قانون الشّركات الكويتي رقم 1 لعام 2016 في المادّة (29) [4]، إذ نصت هذه المادّة بشكل صريح على اعتبار الشّركة التي

---

[1] ((Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat.
A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice.))

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 220 ومابعدها.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج 5، مرجع سابق، ص 192.

[4] تنصّ المادّة (29) على: ((إذا قضي ببطلان عقد الشّركة اعتبرت الشّركة شركة واقع وتتبع شروط العقد في تصفيتها وتسوية حقوق الشّركاء قبل بعضهم البعض، ولا يترتّب على بطلان عقد

قضى ببطلانها شركة واقع، وقد جاء لفظ البطلان على إطلاقه أي لم تحدّد نوع البطلان وسببه، وأقرت بصحّة التصرفات التي صدرت من الشّركة مالم تكن باطلة لسبب آخر لا يرتبط بالسبب المؤدي لبطلان الشّركة. وهذه المادّة توافق المادّة (96) من قانون الشّركات الكويتي القديم رقم 15 لسنة 1960، وهذا ما أيدته محكمة التمييز الكويتية في حكمها: ((تطبيقا لنظريّة الشّركة الفعليّة التي أخذ بها المُشَرِّع الكويتي، فإنه لا يجوز إعمال الأثر الرجعيّ للبطلان بالنسبة للشركات الواقعية وهي الشّركات الباطلة ويستوي في ذلك أن يرجع البطلان إلى الشّكل أو الموضوع))[1].

ولقد نادى بعض فقهاء الدّول العربيّة [2] بضرورة تحري حسن النيّة لدى الغير، فإذا كان لا يعلم بعدم مشروعية المحلّ والسبب في عقد الشّركة المتعامل معها، أو إذا كانت طبيعة التعامل لا تكشف عن عدم المشروعية وكان أساس المعاملات القائمة بينه وبين الشّركة تستند إلى أساس مشروع، هنا لا يحتج بالبطلان اتجاه هذا الشّخص حسن النيّة وتعتبر الشّركة فعليّة بالنسبة له، أمّا

الشّركة بطلان تصرفات الشّركة خلال الفترة السابقة على تاريخ صدور حكم نهائي بالبطلان، ما لم تكن تلك التصرفات باطلة لسبب آخر)).

[1] محكمة التمييز لدولة الكويت، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 667، لسنة 1997 قضائيّة، بتاريخ 22 / 6 / 1998. وكذلك الطعن رقم 85، لسنة 1989 قضائيّة، بتاريخ 25 / 6 / 1989. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 3:30 مساءً.

[2] د.أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 60. ود. علي البارودي، مرجع سابق، ص 233. وكذلك: نورا صالح البيطار، الشّركة الفعليّة، بحث علمي قانونيّ لنيل لقب أستاذة في المحاماة، نقابة المحامين، دمشق، عامّ 2015 م، ص 52.

لو كان الغير سيئ النيّة وكان على علم بعدم مشروعية المحلّ والسبب أو على الأقل طبيعة التعامل تكشف عدم المشروعية هذه، هنا لا وجود للشركة الفعليّة.

و نحن نميل إلى الرأي القائل بوجود شركة فعليّة على الرغم من مخالفة محلّ وسبب الشّركة للنظام العام، إذ صحيح أن النظام العامّ وما يحتويه من قواعد قانونيّة قد وضعت من أجل حماية المجتمع، ويتعيّن على جميع الأفراد احترامها والعمل بها، إلا أن الغير حسن النيّة الذي تعامل مع الشّركة المخالفة للنظام العامّ والآداب العامة في محلها وسببها يجهل تماماً عدم المشروعية هذه، إذ لا يهمه الأمر في معرض تعامله مع الشّركة طالما أن العمل الذي يقوم به معها مشروع في ذاته ومثاله الشّخص الذي يؤجر عقاره للشركة وتتخذه الشّركة مركز رئيسي لأعمالها الغير مشروعة كالاتجار بالمخدرات مثلاً، إن الغير هنا استند إلى عقد الايجار الذي هو مشروع في ذاته وأنه تعامل مع الشّركة وفق ما ظهر له، وبالتالي يتعيّن أن توفر الحماية له ولا يُفاجئ ببطلان الشّركة مع ما يترتّب على هذا البطلان من ضياع لحقوقه التي اكتسبها جراء التعامل مع الشّركة الغير مشروعة، إذ إنّ الإقدام على هذا العمل ما هو إلا إستهتار بحقوق الأفراد كما وينطوي في ذات الوقت على العبث بالنظام العامّ الذي ما أرسيت قواعده إلا لتحقيق الاستقرار بين أفراد المجتمع وبالتالي يتعيّن علينا حماية الغير حسن النيّة استناداً لنظريّة الظاهر ولمنع العبث بحرمة العلاقات القانونيّة تحت شعار النظام العام.

ثانياً: البطلان الناتج عن الإخلال بالأركان الموضوعيّة الخاصّة

إن الأركان الموضوعيّة الخاصّة تحدّد كيان الشّركة ذاته وترسم معالمها الخاصّة وبتخلّفها يختفي هذا الكيان ويبطل عقد الشّركة[1]، ولكن في حال أصاب أحد هذه الأركان خلل فما هو مصير عقد الشّركة استناداً لهذا الخلل؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي التمييز بين الأركان الموضوعيّة الخاصّة لعقد الشّركة لمعرفة مدى تأثير كلّ ركن على عقد الشّركة.

إذا ثبت أن الشّركة قامت على شريك واحد أو عدد شركاء أقل من الحد الأدنى عند بدايةً تأسيس الشّركة، فيما خلا الحالات المستثناة بالقانون[2]،تعد باطلة بطلان مطلق، أمّا إذا طرأ على هذا العدد طارئ ينقص عدد الشّركاء خلال حياة الشّركة، كأن تكون الشّركة بين شريكين فيموت أحدهم هنا يتشكل أحد أسباب البطلان، فإذا لم تصحح وضعها فإنها تكون شركة فعليّة[3]، وكذلك الحال فيما يتعلّق بتخلّف الشّركاء عن تقديم الحصص التي يشكل مجموعها رأسمال الشّركة والضمان العامّ للدائنين، كما لو تأسست شركة لاستغلال براءة اختراع ثم امتنع الشّريك عن تقديم حصته، أو أن تكون جميع هذه الحصص صورية هنا الشّركة تكون باطلة، إذ لا وجود لشركة لم يقدم بها الشّركاء

---

[1] نقض مصري، الطعن رقم 209 س50 ق، جلسة 1981/7/18، مجموعة أحكام النقض س32 ص1527، طعن رقم 700س 4 ق، جلسة 1978/6/8. أشار له فايز نعيم رضوان، الوجيز في الشّركات التجارية، الطبعة الأولى، عمان، الأفاق المشرقة ناشرون، عامّ 2014، ص72.

[2] انظر الصفحة (58) من هذا البحث.

[3] عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 109.

حصصهم[1]، أمّا في الحالة التي تكون بها إحدى الحصص صورية والقسم الآخر منها حقيقي فإن الشّركة تعقد بين أصحاب الحصص الحقّيقية فقط مالم تكن الحصص الصورية ذات أهميّة تحول دون تحقيق موضوع الشّركة المؤسسة لأجله وذلك الحال في شركات الأشخاص أمّا شركات الأموال فتعتبر الشّركات باطلة لعدم الاكتتاب على كامل رأس المال[2]. وفيما يتعلّق بنيّة المشاركة إن تخلّف وجودها بين الشّركاء لا يترتّب عليه أي وجود للشركة فعليّة وهذا ما أكّدته محكمة النقض المصرية بحكم لها: ((إذا كان بطلان عقد الشّركة لعدم توافر ركن من أركانه الموضوعيّة الخاصّة، المتمثّل في تبادل طرفيه التعبير عن إرادتين متطابقتين، لاتتخلّف عنه شركة فعليّة، لانتفاء نيّة الاشتراك لدى أطراف العقد)) [3].

وبناءً على ذلك لا يكون جزاء الإخلال بأحد الأركان الموضوعيّة الخاصّة بعقد الشّركة البطلان فقط، وإنّما يترتّب عليه انتفاء الشّركة، وعليه لا مجال لتطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة وهذا هو الرأي الراجح فقهاً وقضاءً[4]، ويؤكد ذلك ما قضت به محكمة التمييز في البحرين: ((لما كان بطلان شركة

---

[1] بحث بعنوان: الشّركة الفعليّة، بقلم أمّا لمبروكي، موجود على الموقع الإلكتروني:
http://www.droit-dz.com/forum/threads/2116/
تاريخ الزيارة: 2016/7/12. الساعة 11:45 صباحاً.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

[3] محكمة النقض المصرية، طعن رقم 311، سنة 48، جلسة 30 /3 /1981.أشارت له د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 106.

[4] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 303. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 105. ود. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص104.

تقرّر بناء على عدم تقديم مؤسسيها أى حصّة في رأسمالها ممّا أفقدها أحد الشّروط الموضوعيّة اللازمة لوجود عقد الشّركة ذاته. وكان مؤدى ذلك. انعدام هذه الشّركة أصلاً وعدم قيام أي كيان لها فعلاً أو قانوناً ولم توجد كشخص اعتباري في أي وقت منذ تأسيسها رغم النشر عنها وقيدها في السجل التجاري وبالتالي لم يتخلّف عن بطلانها شركة فعليّه يمكن أن تكون أهلاً لاكتساب الحقّوق أو تحمل الالتزامات نحو الغير ومن ثم فإن أي تصرف يكون قد تمّ باسمها لا يلزم إلا من أجراه ويكون هو شخصياً المسؤول عنه))[1].

إلا أن هذا الرأي جوبه بالنقد وذلك لأن الغير حسن النيّة تعامل مع الشّركة دون أن يعلم بالخلل الذي أصاب أركانها الموضوعيّة الخاصّة نتيجة ما أغفله الشّركاء أو قصدوه عند تأسيسهم للشركة، كما وأن هذه الشّركات قد تكون شركات وهمية تؤسس منذ البداية بغاية ممارسة أعمال النصب والاحتيال على الأشخاص حسني النيّة، لذا يتعيّن الاعتراف بالوجود الفعليّ لهذه الشّركات في سبيل حماية الأغيار ذو النيّة الحسنة من الممارسات السيئة التي وقعوا ضحية لها، ولمنع تشجيع الأفراد على تأسيس هذا النمط من الشّركات[2].

أما الخلل الذي يصيب ركن اقتسام الأرباح والخسائر يظهر عندما ينصّ عقد الشّركة على شرط جائر يحصل بموجبه أحد الشّركاء على كامل أرباح الشّركة دون أن يحصل الباقي على أي جزء منها أو إعفاء أحد الشّركاء من

---

[1] محكمة التمييز البحرينيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 156، س 1998 ق، بتاريخ 13/ 12/ 1998، وكذلك حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 311، سنة 48، جلسة 30 /3 /1981؛ موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 4:30 مساءً.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 216.

تحمل أي جزء من الخسائر التي قد تُمنى بها الشّركة[1] ويعرف هذا الشّرط بشرط الأسد، وهذا الشّرط يُخالف التعريف القانونيّ لعقد الشّركة الذي ينصّ على اقتسام الأرباح والخسائر فيما بين الشّركاء. هذا ولقد ثار خلاف حول أثر هذا الشّرط على عقد الشّركة، هل يترتّب على وجوده بطلان عقد الشّركة برمته أم بطلان الشّرط وحده دون أن يؤثر على استمرارية الشّركة؟

– ذهب الرأي الراجح[2]، إلى القول ببطلان عقد الشّركة متى تضمن شرط الأسد وهذا ما أخذت به العديد من التشريعات[3] باعتبار أن الشّروط الأساسيّة في الشّركة وحدة لا تتجزّأ، ولكون عقد الشّركة من قبيل عقود المعاوضة[4]، والشرط الباطل فيها يُبطل العقد الذي تضمنه بطلاناً مطلقاً يترتّب عليه زوال العقد بأثر رجعيّ، وبالتالي لا تنشأ معه شركة فعليّة[5].

في حين قال بعضهم إن البطلان المطلق بسبب شرط الأسد صحيح أنه يُبطل عقد الشّركة ويعدم الشّخص المعنويّ المتولد عنه، إلا أنه ينصرف إلى مستقبل العقد فقط، فلا يؤثر على المعاملات التي أجرتها الشّركة مع الغير قبل الحكم ببطلانها[6]، وعليه يترتّب على هذا البطلان وفق رأيهم قيام شركة فعليّة،

---

[1] محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص 30.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 38. وكذلك د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 200.

[3] كالتشريع السوري المادّة (1/483) مدنيّ، والتشريع المصري (1/515) مدنيّ.

[4] عقد المعاوضة: (هو العقد الذي يتلتقى فيه كلّ من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه).
راجع د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص16.

[5] د. عبد الحميد الشّواربي، موسوعة الشّركات التجارية، ج 1، ط 4، بدون مكان للنشر، بدون دار للنشر، بدون تاريخ، ص 71.

[6] وممن قال بذلك د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 68.

ويتبع في توزيع الأرباح والخسائر ما نصت عليه القواعد العامة في القانون المدنيّ والتي تتطلب اشتراك جميع الشّركاء في اقتسام الأرباح أو الخسائر التي نتجت عن ممارسة الشّركة لعملها.

إلا أن هناك جانب من الفقه نادى باعتبار البطلان الحاصل هو بطلان نسبي يتمسك به الشّريك الذي وضع الشّرط لحرمانه، إذا ما حرم من المساهمة في أرباح الشّركة أو أن يتحمّل وحده ما ينتج عن الشّركة من خسارة كون المقصود من هذا البطلان هو حماية الشّركاء[1].

- بينما ذهب جانب آخر إلى القول ببطلان الشّرط وحده دون بطلان عقد الشّركة[2]، أي تستمر الشّركة صحيحة بين الشّركاء حتى ولو كان هذا الشّرط هو الذي دفع المتعاقدين إلى التعاقد، ويجري توزيع الأرباح والخسائر على الشّركاء حسب نسبة حصصهم في رأسمال الشّركة، وهذا ما ذهب إليه القانون المدنيّ الفرنسيّ في المادّة (1/1844-2) والمعدلة بالقانون 4 كانون الثّاني 78[3].

و قد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا تخلّف ركن من الأركان الموضوعيّة الخاصّة بعقد الشّركة من تعدد الشّركاء وانتفاء المساهمة في تقديم

---

[1] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 68، هامش، نقلاً عن الأعمال التحضيرية للقانون المدنيّ الجديد المادّة (515)، ص 333.

[2] كالتشريع الكويتي، م (18) شّركات، والتشريع السعودي م(9) شّركات.

[3] www.legifrance.gouv.fr تاريخ الزيارة 25/8/ 2017، الساعة 3:00 مساءً.

وكذلك أشار لهذه المادّة: د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 105، الهامش. ود. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 101.

الحصص ونيّة المشاركة واقتسام ما ينتج عن ممارسة الشّركة لنشاطها من ربح أو خسارة صحيح أنه يؤدي إلى بطلان الشّركة بطلاناً مطلقاً إلا أنه قد يتخلّف عن هذا البطلان تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا ما توافرت فيه عناصر وأركان عقد آخر، ويتعيّن في هذه الحالة إعطاء هذا العقد وصفه الصحيح وذلك بالاستناد إلى نظريّة تحول العقد[1] كعقد العمل مثلاً أو عقد الايجار (كالحالة التي يتفق فيها أحد الأطراف على تقديم عقاره للعمل مقابل حصوله على نسبة ماليّة معينة في السنة). وفي هذه الحالة لا مجال للقول هنا بوجود الشّركة الفعليّة. أمّا في حال تضمن عقد الشّركة على شرط يعفى بموجبه أحد الشّركاء من أي مساهمة في الخسائر باشتراط استرداد حصته النقدية كاملة عند انحلال الشّركة لا يحولّ الشّركة إلى عقد قرض وإنّما يبقى لها وصف الشّركة [2].

وبرأينا إن انتفاء أو خلل أيّ ركن من الأركان الموضوعيّة الخاصّة بعقد الشّركة يؤدي إلى بطلان الشّركة بطلاناً مطلقاً مع قابلية تحول هذا العقد إلى عقد آخر صحيح متى توافرت أركانه استناداً لنصّ المادّة (145) من القانون المدنيّ السوري والتي تنصّ على: ((إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي

---

[1] د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 60. وكذلك د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 229.

[2] (إن إعفاء أحد الشّريكين من أي مساهمة في الخسائر وذلك باشتراط استرداد حصته النقدية كاملة عند انحلال الشّركة لايحول الشّركة إلى عقد قرض، إنّما يوجب الحكم ببطلان الشّركة وتصفيتها على أساس استرداد الشّريك الذي قدم المبلغ حصته مع فوائدها واسترداد الشّريك الآخر الذي قدم متجره حصته العينيّة مع كامل الأرباح)) قرار لمحكمة النقض السورية، 617، تاريخ 1972/6/19، مجلة المحامون 1972، ص 322، أشار له د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص 115.

توافرت أركانه، إذا تبيّن أن نيّة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد)). وبالتالي لا وجود للشركة لا قانونيّاً ولا حتى فعليّاً. أمّا في حال تضمن العقد شرط الأسد فنحن نؤيّد الرأي القائل ببطلان الشّرط وبقاء عقد الشّركة صحيحاً، ويتحدّد نصيب كلّ شريك في الربح والخسارة حسب نسبة حصّة كلّ منهم في رأسمال الشّركة، إلا إذا تبيّن أن هذا الشّرط هو عامل جوهري لدى الشّركاء ما كانوا ليقدموا على تأسيس الشّركة لولا وجوده فهنا يبطل عقد الشّركة كاملاً بطلاناً مطلقاً وبالتالي ينتفي معه وجود الشّركة سواء قانونيّة أو فعليّة.

الفرع الثّاني: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الشّكلية

يُعرف الشّكل بأنه: ((هو مظهر مادي خارجي مقصودٌ لذاته، وهو إجراء يعلق انعقاد العقد على تمامه))[1].

والشكل يرجع إلى مصدرين اثنين[2]: فإما أن يكون مصدره القانون ويسمى حينها بالشكل القانونيّ، ومثاله أن يكون عقد الشّركة مكتوباً لدى بعض التشريعات[3]، وإما أن يكون مصدر الشّكل الاتفاق ويسمى بالشكل الاتفاقي كأن يتفق المتعاقدون بأن العقد لا ينعقد ويكون منتجاً لآثاره إلا إذا صادق على تواقيعهم الكاتب بالعدل أو موظف رسمي.

إذاً الأركان الشّكلية هي عبارة عن الهيكل الذي يتطلب المُشَرِّع وجوده في عقد الشّركة الصحيح إلى جانب الأركان الموضوعيّة العامة والخاصّة، لكي

---

[1] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 236.

[2] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 236 وما بعدها.

[3] كالتشريع الكويتي م (7) شركات، والتشريع السعودي م(12) شركات.

يتولد عن هذا العقد شخص اعتباري ذات كيان قانونيّ سليم، يُحقق الأثر القانونيّ المرجو فيكون الشّكل بذلك أداة مكملة للتصرفات الإرادية، أي لا بدّمن كتابته وفق نموذج معين ترتأيه بعض التشريعات[1]ومن ثم شهر هذا العقد أصولاً بالإضافة إلى إجراءات أخرى تقتضيها شركات الأموال.

وعليه تتجلّى الأركان الشكليّة التي يستلزمها عقد الشركة بالكتابة (أولاً)، والإشهار (ثانياً).

أوّلاً: الكتابة

إن عقد الشّركة من العقود الشّكلية التي يحتاج العقد فيها أن يفرغ ضمن صيغة مكتوبة لدي العديد من التشريعات[2]، فالكتابة لديهم ليست فقط شرط للإثبات وإنّما هي ركن أساسيّ في الشّركة بدايةً عند الانعقاد، وحتى أي تعديلات تطرأ على هذا العقد يتعيّن أن تكون مكتوبة.

على خلاف المُشَرِّع السوري الذي عدّ الكتابة شرط إثبات وليس انعقاد[3]، وهذا الشّرط مقرّر للشركاء لإمكانيّة إثبات وجود الشّركة اتجاه بعضهم البعض وتجاه الغير، أمّا الغير فله أن يثبت وجود الشّركة أو وجود أي نصّ يختص بها بجميع وسائل الإثبات[4].

---

[1] كالتشريع الكويتي والمصري والإماراتي والسعودي.

[2] كالتشريع الكويتي م(7) شركات، والتشريع البحريني م (6) شركات. والتشريع المصري م (507) مدنيّ، والتشريع الإماراتي م(14) شركات، والتشريع السعودي م (12) شركات.

[3] تنصّ م(17) من القانون رقم 29 لعام 2011: ((باستثناء شركة المحاصة، لا يحق للشركاء إثبات الشّركة فيما بينهم أو اتجاه الغير إلا بعقد مكتوب)).

[4] م(3/17) من قانون الشّركات السوري.

وبرأينا أن الكتابة ليست مجرد شرط لإثبات الشّركة بل هي شرط انعقاد وصحّة أيضاً، صحيح أن قانون الشّركات يعد الكتابة وسيلة للإثبات فقط بالنسبة للشركاء ولم ينصّ على جزاء عدم الكتابة، إلا أنه بمفهوم المخالفة إذا لم يكن عقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ مكتوب بين الشّركاء ولم تحتاج الشّركة اللجوء إلى المحكمة لإنتفاء الخلاف بين الشّركاء فهل هذا مبرر لعدم كتابة العقد أو من باب أولى هل سيتم تسجيل الشّركة؟

إن الجواب على ذلك يظهر عند العودة إلى نصوص قانون الشّركات التي تؤكد أنه عند إجراء تسجيل جميع الشّركات – باستثناء شركة المحاصة– يتعيّن أن يتقدم الشّركاء أو المؤسسين بعقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ ليتم المصادقة عليهم من قبل الموظف المختص بالنسبة لشركات الأشخاص[1] أو من قبل وزارة الاقتصاد والتجارة بالنسبة لشركات الأموال[2] والذين يحق لهم رفض المصادقة إذا كان العقد أو النظام الأساسيّ ينطوي على مخالفة لما نصّ عليه القانون، الأمر الذي يستفاد منه أن الكتابة من الضروري أن تعد ركن أساسيّ وهامّ لانعقاد الشّركة، الأمر الذي من شأنه تجنب الكثير من الإشكاليات وعلى رأسها مشكلة الشّركة الفعليّة.

وبالعودة إلى التشريعات التي تعد الكتابة شرط انعقاد يتبيّن أن الكتابة هي شرط لازم في جميع الشّركات باستثناء شركة المحاصة[3] باعتبار أنّ عقد

---

[1] م(32) من قانون الشّركات السوري.

[2] م(61)، (62)، (98)، (99) من قانون الشّركات السوري.

[3] م(7) من قانون الشّركات الكويتي، م (6) قانون الشّركات البحريني، م (12) قانون الشّركات السعودي، الفصل (3) من التشريع التونسي.

الشّركة بمجرد التقاء إرادة أفراده يتولّد عنه شخص اعتباري مستقل عن شخصيّة الشّركاء مع ما يستتبع ذلك من استقلال في الذمة الماليّة وفي معاملاته والتزاماته فجاءت الكتابة لحماية الشّركاء والغير المتعامل معه.

هذا وتتجلّى الحكمة من كتابة عقد الشّركة في عدّة نواحي[1]:

1- سهولة اطلاع الشّركاء على الشّروط والبنود المكتوبة لمعرفة حقوق والتزامات كلّ منهم، وبالتالي الحد من النزاعات المستقبلية في حال حصولها عند الاعتماد على ذاكرة الأفراد.

2- تحمل الأفراد الراغبين في تأسيس الشّركة إلى التفكير ملياً واستشعارهم مدى جدية الخطوة المقدمين عليها لحماية ثروتهم وسمعتهم من الخطر.

3- الكتابة تمكن الغير من الاطلاع على عقد الشّركة والوقوف على شروطها وما يتعلّق بها، ممّا يحقق الثّبات والاستقرار في المعاملات[2].

4- إن الشّركات التجارية تحتاج إلى شهر عقدها وأنظمتها الأساسيّة حتى تكتسب الشخصيّة الاعتبارية[1]، والكتابة هي الخطوه الأولى التي تسبق عملية الشّهر وتسجيل الشّركة في سجل الشّركات الخاصّ بها.

---

[1] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 44. وكذلك د. جاك يسف الحكيم، مرجع سابق، ص 85.

[2] د. عزت عبد القادر، مرجع سابق، ص 130.

5- الكتابة تحقق نوع من الرقابة على الشّركات التي تؤسس[2].

أما الصيغة التي يُفرغ فيها عقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ تختلف تبعاً لما تنصّ عليه التشريعات المختلفة، ومثاله ما نصّ عليه المُشَرِّع الكويتي بأن تتم الكتابة بمحرر رسمي بينما نصّ المُشَرِّع التونسي أنه يمكن أن تكون بكتاب عاديّ أو رسمي[3]، هذا ويتعيّن أن يشتمل العقد والنظام الأساسيّ للشركات على البيانات الضرورية التي يتفق عليها الشّركاء ويتطلبها قانون كلّ بلد تبعاً لنوع وشكل الشّركة.

أما الجزاء الناتج عن الإخلال بركن الكتابة وفق ما ذهبت إليه هذه التشريعات هو البطلان إذ نصّ المُشَرِّع المصري: ((يجب أن يكون عقد الشّركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كلّ ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشّكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد)) [4]، وعليه إن قيام الشّركة بممارسة نشاطها وتحقيق جملة من المعاملات مع الغير دون أن يكون عقدها مكتوب يترتّب عليه بطلان الشّركة وهو بطلان من نوع خاصّ يختلف عن البطلان النسبي والمطلق في أحكامه، وهذا الاختلاف هو الذي دفع بعض

---

[1] د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 55. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 93

[2] د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 290.

[3] م(7) من قانون الشّركات الكويتي، والفصل (3) من مجلة الشّركات التونسية.

[4] م(507) من القانون المدنيّ المصري، ويقابل هذه المادّة من التشريعات م (14) قانون الشّركات الإماراتي، م (7) شّركات كويتي، م(545) من مجلة الشّركات التجارية التونسية، م(6) من قانون الشّركات البحريني.

الفقه إلى عد هذا البطلان بمثابة حلّ للشركة قبل انتهاء أجلها المحدّد في عقد تأسيسها ممّا يؤدي معه إلى وجود شركة فعليّة[1].

وهناك تشريعات نصت على هذا الوجود صراحةً كالمُشَرِّع الكويتي في المادّة (29)[2]: ((إذا قضى ببطلان عقد الشّركة اعتبرت الشّركة شركة واقع وتتبع شروط العقد في تصفيتها وتسوية حقوق الشّركاء قِبل بعضهم البعض، ولا يترتّب على بطلان عقد الشّركة بطلان تصرفات الشّركة خلال الفترة السابقة على تاريخ صدور حكم نهائي بالبطلان، مالم تكن تلك التصرفات باطلة لسبب آخر)).

هذا ويتميز البطلان الناتج عن الإخلال بركن الكتابة بمجموعة من الأحكام والخصائص[3]:

1- لايقع بقوة القانون وإنّما لا بدّأن يتمسك به صاحب المصلحة.

2- ليس للشركاء الاحتجاج به اتجاه الغير، ولهم أن يحتجوا به اتجاه بعضهم البعض، إلا أنه لا يصح إلا من وقت أن يطلب الشّريك الحكم بالبطلان، وذلك خلافاً للقاعدة الرومانيّة القائلة بأنه (لايجوز

---

[1] بحث بعنوان: الشّركة الفعليّة والشخصيّة المعنويّة، موجود على الموقع الالكتروني:
http: //www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=303344
تاريخ الزيارة 2016/7/12. الساعة: 11:30 صباحاً.

[2] قانون الشّركات الكويتي رقم (1) لعام 2016

[3] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 709. ود. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 69.

للشخص أن يلجأ للقضاء محتجاً بفحش صدر منه)[1]، باعتبار أن جميع الشّركاء مشتركين بإغفال كتابة عقد الشّركة.

3- يجوز للغير أن يتمسك بهذا البطلان وفي مواجهة الشّركاء إذ يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به بمافيهم دائني الشّركة ومدينوها ومدينو الشّريك والدائن الشّخصي للشريك أيضاً وفقاً للرأي الراجح[2].

4- يمكن تصحيح هذا البطلان بكتابة عقد الشّركة أو إفراغه في ورقة رسمية بدلاً من ورقة عرفية شريطة أن يكون ذلك قبل الحكم ببطلان الشّركة وهذا الأمر ينطبق على التعديلات أيضاً[3].

ووفقاً للاجتهاد يجوز للشركاء من أجل تصفية الشّركة إثبات وجودها الفعليّ والواقعي بمقتضى القواعد العامة[4]، أمّا اتجاه الغير فلا يمكنهم إثباتها إلا بالكتابة[5]، وللغير أيضاً إثبات وجودها الفعليّ بمواجه الشّركاء بجميع

---

[1] أنور سلطان، مرجع سابق، ص159.

[2] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 70.

[3] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 114-115.

[4] نورا صالح البيطار، مرجع سابق، ص56.

[5] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 46.

وتمييز لبناني، قرار إعدادي رقم 11ت، 17 /9، 1964، حاتم ج 61، ص 39.و ن.ق. 1965، ص 381، أشار له د.الياس ناصيف موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 205.

في حين أن القانون السوري نصّ صراحةً على انتفاء حق الشّركاء في اثبات الشّركة سواء فيما بينهم أو اتجاه الغير مالم يوجد عقد مكتوب. م (3-1/17) شركات. ونحن نخالف هذا النصّ لضرورات الحياة العملية ولتحقيق المصالح بين الشّركاء إذ من حق الشّركاء إثبات قيام الشّركة فيما بينهم بمختلف وسائل الإثبات.

وسائل الإثبات في حال اقتضت مصلحته ذلك، باعتبار أن الشّركة هي واقعة مادية.

ووفقاً لما سبق إن البطلان الحاصل لعدم الكتابة لا أثر له بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطالب به الشّريك وإذا تمسك به أحد الشّركاء لا ينصرف أثره إلى ماضي العقد، إنّما يبقى صحيحاً بكل آثاره والشَّركة تعتبر قانوناً قائمة فيما بين الشّركاء، وتجري تصفية الشّركة بالاستناد إلى قواعد وشروط عقد الشّركة، بينما أثر البطلان يقع بأثر رجعيّ إلى وقت تكوين العقد في حال طلبه الأغيار[1]، ومما هو مستقر عليه أن الشّركة تعتبر قائمة حكماً قبل تقرير البطلان ووجودها هو وجود لشركة فعليّة[2]، وهذا ما أكّده القضاء أيضاً: ((إن البطلان الناتج عن فقدان الشّكلية الرسمية في عقود الشّركات ليس بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أثر إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشّركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونيّة)) [3].

ثانياً: الإشهار

يتجلى البند الثّاني للأركان الشّكلية اللازمة لصحّة عقود الشّركات التجارية بالإشهار، إذ أوجبت معظم التشريعات إشهار عقود تأسيس الشّركات

---

[1] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 73. وكذلك د. عبد الحميد الشّواربي، مرجع سابق، ص 74-75.

[2] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 98. وكذلك د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، المرجع سابق، ص 205.

[3] المحكمة العليا في الجزائر، تاريخ 2005/11/19، نشرة القضاء عدد59، ص 279. وكذلك القرار المؤرخ في 2002/9/7، المجلة القضائيّة، عدد 1 سنة 2004، ص 175. أشار له د. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 103.

وأنظمتها الأساسيّة، وكل تعديل يطرأ عليهما وفق إجراءات معينة يحدّدها القانون تبعاً لنوع الشّركة، باستثناء شركات المحاصة[1] لكونها مستترة ولا ينتج عنها ولادة شخص اعتباري، ولعلّ الحكمة من الإشهار تتجلّى في حماية الغير الراغب في التعامل مع الشّركة عن طريق إعلامه بولادة الشّركة وبجميع ما يتعلّق بها من بنود وبيانات مهمة، بالإضافة لدوره في اكتساب الشّركة للشخصيّة الاعتبارية، إذ ذهبت بعض التشريعات[2] إلى تعليق اكتساب الشّركة للشخصيّة الاعتبارية بعملية شهرها في مواجهة الشّركاء والأغيار على السواء.

أما آلية الشّهر فتختلف في شركات الأشخاص من تضامن وتوصية عن شركات الأموال، فعلى سبيل المثال تتجلّى آلية إشهار شركات الأشخاص وفق التشريع السوري[3] بتقديم طلب التسجيل المرفق بعقد الشّركة الموقع من الشّركاء إلى الموظف المختص في السجل التجاري خلال مهلة يحدّدها القانون، ثم دراسة هذا الطلب وإصدار قراره بالقبول أو الرفض، وبقبوله يتم تسجيل الشّركة في السجل المختص، ويتعيّن مراعاة إجراءات النشر والإعلان وفق ما يتطلبه القانون، بينما الحال مختلف قليلاً في شركات الأموال إذ يوجد جملة من الإجراءات يتعيّن على المؤسسين الالتزام بها، ومن أمثلتها ما يتعلّق

---

[1] كالتشريع السوري م(5/3) شركات، والتشريع الكويتي م(9) شركات، والمُشَرِّع اللبناني م(44) موجبات وعقود لبناني، والتشريع السعودي م(13) شركات.

[2] كالتشريع الفرنسيّ م(6/210) تجاري، والتشريع الكويتي م(23) شركات، والتشريع السوري م(1/3) وم(1/13) شركات. وهذا على خلاف م (474) من القانون المدنيّ السوري التي تنصّ (تعتبر الشّركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لايحتج بهذه الشخصيّة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقرّرها القانون).

[3] م(32) و(50) من قانون الشّركات السوري.

بضرورة تسجيل عقد الشّركة أو إصدار قرار إداري يرخص بتأسيسها، إذ تعتمد بعض التشريعات[1] على نظام الرقابة السابقة على التأسيس، والتي تعرف بالرقابة الوقائية، وليس نظام الرقابة اللاحقة التي تجعل من تسجيل الشّركة آخر إجراء من إجراءات التأسيس[2]، ولعلّ الحكمة من الرقابة المسبقة هي لحماية الغير والحد ما أمكن من إبطال الشّركة بعد تأسيسها، وبعد مراعاة إجراءات التأسيس يلحق هذا الترخيص تسجيل الشّركة في السجل التجاري ومن ثم نشر إعلان يفيد الغير بتأسيس الشّركة وأنها استوفت الإجراءات الضرورية لذلك.

هذا وتختلف الآثار القانونيّة التي تترتّب على مخالفة إجراءات الشّهر من تشريع لآخر، فهناك تشريعات[3] نصت على أنه إذا لم يشهر العقد وفق ما يتطلبه القانون عُدّ غير نافذ في مواجهة الغير، بينما نصت تشريعات أخرى[4]على بطلان الشّركة وعدم إمكانيّة الاحتجاج بها وبشخصيتها الاعتبارية اتجاه الغير، وهو بطلان من نوع خاصّ[5] يتوجب على المحكمة أن تقضي به بمجرد ثبوت عدم الشّهر، ولا يشترط حدوث ضرر بمُدَّعيه[6]، وهو مشابه للبطلان الناتج عن إغفال كتابة عقد الشّركة، إذ لا يعتبر من النظام العامّ ولا

---

[1] كالتشريع السوري م(61)، (62)، (99) شركات، والتشريع لبناني م(80) تجارة.

[2] كالمُشَرِّع المصري، د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 218.

[3] كالتشريع الكويتي م(9) شركات، والإماراتي م(15) شركات.

[4] كالتشريع السوري م (4) شركات.

[5] د.مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 91. ود. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 198. وكذلك موريس نخلة، مرجع سابق، ص 373.

[6] سمير فرنان بالي، أبحاث وآراء قانونيّة، حلب، مطبعة شيك بلوك، عامّ 1986، ص55.

يقع بقوة القانون [1]، وإنّما على صاحب المصلحة أن يطلبه قضاءً، وليس للشركاء الاحتجاج به في مواجهة الغير [2]، بينما لهم ذلك اتجاه بعضهم البعض وللغير التمسك أمّا بصحّة الشّركة ووجودها[3]، أو التمسك ببطلانها، وليس له الادعاء بالبطلان إذا كان على علم بعدم قيام الشّركة بالإجراءات اللازمة للشهر [4]، كما ويجوز أن يصحح عن طريق إتمام إجراءات الشّهر والقيد في السجل التجاري بعد إنتهاء الموعد المحدّد قانوناً وقبل أن يصدر الحكم بالبطلان، إلا أن المُشَرِّع الفرنسيّ أجاز إتمام إجراءات الشّهر إلى حين صدور الحكم الابتدائي في دعوى البطلان كما يجوز للمحكمة أن تمنح أجل لإزالة سبب البطلان من تلقاء نفسها ولا يجوز لها قبل مضي شهرين من تاريخ رفع

---

[1] ((أن البطلان الناشيء عن عدم إتخاذ إجراءات الشّهر والنشر لا يقع بحكم القانون بل تظلّالشّركة قائمة باعتبارها شركة فعليّة ويسرى عقدها فى مواجهة الشّركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به..)). محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنيّة، الطعن رقم 1595، لسنة 54 قضائيّة، بتاريخ 1993/2/1. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 2:00 صباحاً.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 103.

[3] ((من المقرّر فى قضاء هذه المحكمة أنه يحق للغير الاعتداد بعقد الشّركة حتى ولو لم يشهر لأن الشّهر مقرّر لمصلحته، ممّا مؤداه اعتبار الشّركة قائمة بالنسبة للغير كشركة فعليّة واقعية بوصفها شخصاً معنويّاً له ذمة ماليّة خاصّة ويكون الشّركاء فيها مسؤولين عن التزاماتها مسؤولية تضامنيّة...)). محكمة التمييز في دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 184، لسنة 1992 قضائيّة، بتاريخ 8 / 11/ 1992موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 2:30 صباحاً.

[4] استئناف لبناني، قرار 28، ت 10/25 /1948، حاتم، ج2، ص 51، رقم 4. أشار له د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 195.

الدّعوى أن تقضي بالبطلان [1]. ولها أيضاً أن تعطي المؤسسين مهلة ليتمكنوا خلالها من إتمام إجراءات الشّهر قبل صدور الحكم بالبطلان [2]، على خلاف البطلان المطلق الذي لا يجيز ذلك.

هذا وليس للشركاء أو الغير فيها أن يتمسك ببطلان الشّركة إذا ما نشأ حقه على الشّركة بعد التصحيح، وليس لهم ذلك حتى قبل التصحيح، أي قبل القيام بإجراءات الشّهر ما دامت هذه الإجراءات قد تمت قبل طلب البطلان[3].

إن هذا البطلان هو الجزاء نتيجة عدم الشّهر وعدم مراعاة إجراءاته في الشّركات التي تقوم على الاعتبار الشّخصي باستثناء شركات المحاصة[4]، هذا وقد اشترط المُشَرِّع الفرنسيّ فيما يخص شركات التضامن والتوصية من أجل الحكم بالبطلان لتخلّف الشّهر أن يثبت لديها وجود غش[5].

أما شركات الأموال فيرتبط بطلانها في الكثير من حالاته بمخالفة القواعد والشروط الخاصّة التي يفرضها القانون لتأسيس هذه الشّركات وأمثلة هذه الشّروط: عدد المؤسسين من حيث الحد الأدنى أو الأقصى المحدّد

---

[1] م (3/235، 4/235) من القانون التجاري الفرنسيّ.

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 93.

[3] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 293.

وكذلك الحكم القضائيّ: ((لا يجوز بعد نشر القرار المؤسس للشركة الطعن ببطلانها بسبب مخالفة الأحكام المتعلّقة بإجراءات التأسيس...)). المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 802، لسنة 23 قضائيّة، بتاريخ 22/ 2/ 1981. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/8. الساعة 1:00 مساءً.

[4] د. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 157.

[5] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 160.

قانوناً، مقدار رأسمال الشّركة، الأكتتاب بالأسهم كاملاً... الخ. وما إلى ذلك من قواعد التأسيس التي يحدّدها القانون [1]، وهذا البطلان يتسم بطابع تهديدي وفق ما أسماه البعض، أي لا يجوز طلب بطلان الشّركة إلا بعد توجيه إنذار إلى الشّركة من الغير لاستكمال إجراءات التأسيس الناقصة [2] وفي حال لم تسارع الشّركة إلى تصحيح العيب خلال المهلة التي يحدّدها القانون هنا يمكن طلب إبطالها وتعامل كشركة فعليّة [3]، وهذا ما نصت عليه العديد من التشريعات العربيّة في قوانينها [4].

أما أثر البطلان الناتج لعدم مراعاة الشّهر والتسجيل ينصرف فقط إلى المستقبل وبالتالي جميع التصرفات والالتزامات التي أجريت ما بين العقد وقبل البطلان لا يمسها البطلان بشيء وتطبق بنود العقد وشروطه في كلّ ما يتعلّق بأمور تستلزمها الشّركة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية: ((إن عدم

---

[1] د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 248، 251.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 210 وكذلك. د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 250،

[3] ((أن احتجاج الشّركة أو الشّركاء فيها بالشخصيّة الاعتبارية للشركة غير جائز إذا لم تكن قد قيدت في السجل التجاري ونشر محررها في النشرة الخاصّة التي تصدرها وزارة الاقتصاد والتجارة فإذا كانت لم تقيد بالسجل التجاري وبالتالي لم تستوف إجراءات نشر محررها على النحو السالف ذكره وباشرت نشاطها التجاري فلا تخضع للأحكام الخاصّة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة بقانون الشّركات التجارية ولا تعدو أن تكون شركة فعليّة باشرت نشاطها من حيث الواقع)). محكمة التمييزلحكومة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 526، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 29/ 5 / 2004. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/7. الساعة 3:00 صباحاً.

[4] كالتشريع الكويتي م (146) شركات، والتشريع القطري م (92) شركات، والتشريع البحريني م(108) شركات، والتشريع اللبناني م (94) تجاري، والتشريع اليمني م (91) شركات.

إستيفاء شركة التضامن من إجراءات الشّهر والنشر لا يترتّب عليه بطلانها فيما بين الشّركاء إلا إذا طلب ذلك أحدهم وحكم به وعندئذ يعتبر العقد موجوداً صحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان فيرجع إليه فى تنظيم العلاقة بين الشّركاء وتسويه حقوقهم والتزاماتهم..)) [1]، وبناءً عليه تصفى الشّركة في الماضي وفق لاتفاق المتعاقدين وتبطل مفاعيلها في المستقبل[2]، وتعتبر كشركة فعليّة[3]، وهذا البطلان ليس له أثر بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطالب به الشّريك وهذا ما أكّدته محكمة النقض السورية بحكمها: ((إن التخلّف عن القيام بإجراءات الملمح إليها وإن كان يؤدي إلى بطلان الشّركة غير أن هذا البطلان لا يكون له أثر بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطلب فيه الشّريك الحكم بالبطلان بمقتضى القواعد المحدّدة في المادّة 475 من القانون المدنيّ)) [4].

أما في حال طلب الغير الحكم بالبطلان لعدم الشّهر فإن البطلان ينصرف إلى الماضي والمستقبل، وتعتبر الشّركة كأن لم تكن، ويتعيّن هنا تطبيق القواعد العامة للبطلان وهذا ما أخذ به الفقه[5]، واعتمده القضاء [1].

---

[1] محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنيّة، الطعن رقم 354، بتاريخ 9/ 1965/11. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 2:00 صباحاً

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة الأولى، قرار 53، اساس 180، ت 14 / 2 /1999، سجلات محكمة النقض، غير منشور.

[3] د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 160. ود. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 292.

[4] نقض سوري، قرار رقم 513، ت 10/29 /1959 (القانون العامّ 1959، ص 642)، نقلاً عن د. سمير بالي فرنان، مرجع سابق، ص 55. وكذلك محكمة النقض السورية، الغرفة الأولى، القرار رقم 570، اساس 705، تاريخ 1998/10/29، سجلات محكمة النقض، غير منشور.

[5] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 292. ود. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 300.

وكنتيجة لما سبق بحثه في هذا المطلب يمكننا تلخيص نطاق الشّركة الفعليّة وذكر الحالات التي تقوم أو ينتفي معها وجود الشّركة الفعليّة وفق الرأي الراجح للفقه.

1. حالات البطلان التي يتحقق معها قيام الشّركة الفعليّة:

أ- البطلان الذي يلحق الشّركة بسبب نقص أهليّة أحد الشّركاء أو لوجود عيب من عيوب الرضا.

ب-بطلان شركات الأموال جراء مخالفتها لإجراءات وقواعد التأسيس.

ج- بطلان الشّركة لمخالفتها الشّروط الشّكلية التي يفرضها القانون.

2. حالات البطلان التي لا يتحقق معها قيام شركة فعليّة:

أ- بطلان الشّركة لعدم توافر الأركان الموضوعيّة الخاصّة بعقدها.

ب-بطلان الشّركة لعدم مشروعية المحلّ والسبب في عقدها.

ج- البطلان الذي يُقضى به قبل ممارسة الشّركة لنشاطها.

وبرأينا أن كل بطلان مطلق أو نسبي يصيب الشركة لخلل في أركانها الموضوعية أو الشكلية من شأنه أن يخلف شركة فعلية، مادامت هذه الشركة قد مارست نشاطها فعلاً وترتب على هذه الممارسة قبل الحكم ببطلانها حقوق

---

[1] ومثاله: ((إذا قضى بالبطلان بناء على طلب الغير فإن الشّركة تعتبر كأن لم تكن بالنسبة له)). محكمة التمييز لحكومة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 636، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 2004/5/30. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 5:30 مساءً

لأفراد هم حسني النية، إذ ليس من العدل مفاجأتهم ببطلان الشركة ومن ثم بطلان العقود التي تربطهم معها مادامت هذه العقود مشروعة في ذاتها، إلا أننا في الحالة التي يكون فيها البطلان ناتج عن الإخلال بالأركان الموضوعية الخاصة نؤيد الرأي الفقهي القائل ببطلان الشركة بطلان مطلق مع قابلية تحول هذا العقد إلى عقد آخر صحيح متى توافرت أركانه، وعليه لا وجود للشركة لا قانونياً ولا حتى فعلياً، أما في حال تضمن عقد الشركة شرط الأسد فهنا يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيح، إلا إذا تبين أن الشرط هو عامل جوهري لدى الشركاء ما كانوا ليقدموا على تأسيس الشركة لولا وجوده، فهنا يبطل العقد كاملاً وبالتالي لا وجود للشركة لا قانونياً ولا حتى فعلياً.

المطلب الثّاني

حالات الشّركة الفعليّة القائمة على أسباب خلاف البطلان

إن واقع الحياة العملية وما تقتضيه الضرورات التي تحدث يومياً في مجال الشّركات يجعل نطاق الشّركة الفعليّة واسعاً يمتد ليشمل حالات أخرى غير البطلان، ممّا يؤدي أحيان إلى وجود شركة فعليّة أثناء تأسيس الشّركة أو بعد انتهاء حياتها القانونيّة، ووجودها هذا لا يُعزى للبطلان على الإطلاق، كما ولا يمكننا في الوقت ذاته أن نحكم عليها بأنها شركة قانونيّة، وهذا الوجود لا يمكن تجاوزه وغض الطرف عنه نظراً لما يترتّب عليه من حقوق والتزامات للغير، فكان حرياً بنا الوقوف عند هذا الوجود الفعليّ والبحث في حالاته وأحكامه من خلال دراسة:

الفرع الأول: الوجود الفعليّ للشركة قيد التأسيس.

الفرع الثاني: الوجود الفعليّ للشركة بعد حلها وانقضائها.

الفرع الأوّل: الوجود الفعليّ للشركة قيد التأسيس

تُعرف الشّركة قيد التأسيس بأنها: ((شركة اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها من خلال قيام المؤسسين بإبرام عقد الشّركة والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها كالقيد، والنشر، ولكن نيّة الشّركاء تقصد استكمالها)) [1].

و عليه إن الشّركات تمر خلال عملية تأسيسها بمراحلّ مختلفة تستلزم معها القيام بجملة من الأعمال القانونيّة أو المادية الواجبة للتأسيس باسم الشّركة ولحسابها والتي تُعرف وفق ما يُسميها البعض بالتصرفات التمهيدية[2]، وتنتهي أخيراً بالقيد في السجل التجاري، وهذه الإجراءات قد تطول أو تقصر تبعاً لنوع الشّركة ولاعتبارات عدّة، ففي شركات الأشخاص تستغرق الإجراءات مدّة زمنيّة قصيرة نظراً للاعتبار الشّخصي الذي تقوم عليه، فيتم تكوينها بمجرد موافقة المتعاقدين على تأسيسها، وعلى جميع ما يتضمّنه العقد من بنود، باستثناء الحالات التي يتطلب فيها القانون صيغة خاصّة [3].

على خلاف شركات الأموال، التي تستلزم اتخاذ إجراءات طويلة متتالية يستكمل المؤسسون من خلالها شروط صحتها كالحصول على طلب الترخيص بالتأسيس والاكتتاب على رأس المال...الخ. وغيرها من الإجراءات التي قد تستغرق مدّة زمنيّة طويلة لانجازها.

---

[1] د. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص100.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 93.

[3] د الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 245

هذا وقد يحدث في الأحوال التي تطول فيها مدّة إجراءات التأسيس، أن يمارس المؤسسون أعمال ونشاطات معينة تخرج في مفهومها عن الأعمال الضرورية التي تتطلبها إجراءات تأسيس الشّركة، ممّا يؤدي إلى خروج تلك الأعمال عن وصفها بأنها أعمال لازمة لشركة قيد التأسيس لتأخذ وصفها الحقّيقي بأنها أعمال لشركة فعليّة.

وإن القول بوجود شركة فعليّة في هذه المرحلة هو أمر يحمل شيئاً من الصعوبة، نظراً لاختلاف الحال بين الشّركة الفعليّة والشَّركة قيد التأسيس ولصعوبة التميز بينهما، إذ صحيح أن كلا المفهومين يشكلان وصف قانونيّ لمرحلة معينة من مراحلّ تأسيس الشّركة، إلا أنهما يختلفان من حيث المرحلة التي ينصب عليها كلّ منهما، حيث وصف الشّركة الفعليّة يطلق على الماضي، أي الفترة السابقة على بطلان الشّركة الحاصل نتيجة عدم استيفاء الشّروط التي يتطلبها القانون في مرحلة التأسيس، بينما يُطلق وصف الشّركة قيد التأسيس على الفترة الممتدة ما بين تاريخ تأسيسها وتاريخ اكتسابها للشخصيّة المعنويّة عبر القيد في السجل التجاري، أي يُطلق على الماضي والحاضر[1]، ولكن الصعوبة تكمن في أن كلّ منهما تلتقي بوجود العناصر الضرورية لتأسيس الشّركة والمتمثّلة في تعدد الشّركاء وتقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر بالإضافة لنيّة المشاركة.

---

[1] بحث بعنوان الشّركة في طور التأسيس موجود على الموقع: www.safinow.com. تاريخ الزيارة 2015/7/7. الساعة: 3:35 مساءً.

الأمر الذي ساهم في وجود اختلاف حول وجودها الفعليّ في مرحلة التأسيس، ولاستعراض المواقف والآراء المتباينة من هذا الوجود لا بدّمن التعرف على موقف الفقه (أوّلاً) ثم موقف القضاء (ثانياً) وأخيراً موقف النصوص التشريعية من هذا الوجود (ثالثاً).

أوّلاً- موقف الفقه من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس:

إن القول بوجود شركة فعليّة في مرحلة التأسيس جعل الأمر محط خلاف بين الفقهاء، إذ ذهب جانب من الفقه[1] إلى إنكار قيام شركة فعليّة في هذه المرحلة، حيث أن البطلان يترتّب بأثر رجعيّ وفقاً للقواعد العامة في حال عدم مراعاة المؤسسون لإجراءات التأسيس قبل قيد الشّركة في السجل التجاري، وأن الشّركة لا تتمتع بالشخصيّة المعنويّة في هذه الفترة، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة لعدم وجود مصالح للغير يتعيّن حمايتها بالاستناد إلى نظريّة الظاهر.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بإمكانيّة وجود الشّركة الفعليّة (إذ إنّ الشّركة اعتبرت فعليّة حتى قبل انتهاء جميع إجراءات تأسيسها بسبب عدم انعقاد جمعية المساهمين التأسيسية للمصادقة على الحصص العينيّة، لأنها أظهرت نفسها للغير الذي تعامل معها بحسن نيّة على أساس هذا الظاهر ولم تف بالتزاماتها اتجاه الغير ممّا دفعه إلى طلب إعلان إفلاسها، لاسيما إذا

---

[1] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 315.

كان المساهمون المكتتبون حسني النيّة، وتعد الشّركة في المرحلة المذكورة كأنها معيبة بعيب في تكوينها يؤدي إلى إبطالها واعتبارها من ثم شركة فعليّة) [1].

ونحن نؤيّد الرأي الفقهيّ القائل بإمكانيّة وجود شركة فعليّة خلال مرحلة التأسيس، والسبب في ذلك أن الشّركة خلال وجودها الفعليّ وقبل إتمام إجراءات التأسيس تكون قد مارست نشاطها وهي مشتملة على الأركان الموضوعيّة الخاصّة، وقد يرتب المؤسسون مع الغير علاقات وتصرفات ويدّعون بأنهم يمثلون الشّركة التي ما زالت قيد التأسيس ممّا يحمل الغير على الوثوق بهذا التعامل والإقدام عليه، وإن القول بعدم إمكانيّة قيام شركة فعليّة خلال مرحلة التأسيس فيه إهدار لما نشأ له من حقوق جراء هذا التعامل.

ثانياً- موقف القضاء من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس:

لم ينكر القضاء في أحكامه الصادرة في هذا الشّأن احتماليّة الوجود الفعليّ للشركة قيد التأسيس بين الشّركاء، طالما توافرت شروط الشّركة الفعليّة، وذلك لحماية الأطراف المتعاملة معها، ومثالها الحكم الصادر عن الدّائرة الحادية عشرة من محكمة باريس التجارية بتاريخ 26 ابريل/نيسان، عامّ 1971. والذي اعترفت بموجبه بالوجود الفعليّ للشركة قيد التأسيس، وأيدتها على ذلك الدّائرة الثّالثة من محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 24 يناير/ كانون الثّاني، 1972. وتتلخص وقائع الدّعوى في ((أن رجلاً كان يعمل في تجارة الخضار والفواكه في سوق بباريس وعند نقل هذا السوق قام بنقل تجارته إلى الموقع الجديد للسوق واشترك مع شخص آخر وزوجته وأسسوا فيما

---

[1] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها.

بينهم شركة ذات مسؤولية محدودة وكان ذلك في فبراير لعام 1969، إلا أن هذه الشّركة لم تحصل على عقد الامتياز من المؤسسة الخاصّة بالتجارة عبر تلك المنطقة إلا في يوليو 1970، الأمر الذي ترتّب عليه تأخير تسجيلها في السجل التجاري لتاريخ 29 اكتوبر 1970، ولكن هذه الشّركة منذ تأسيسها كانت تمارس نشاطها بتجارة الفواكه والخضار بالجملة لقاء عمولة، وفي عامّ 1970 واجهت هذه الشّركة بعض الصعوبات الماليّة لسوء إدارتها فتراكمت الدّيون المستحقة التي عجزت عن تأديتها... فأقيمت عليها الدّعوى من أجل التسوية القضائيّة أو تصفيتها... ومن هذه الوقائع استخلصت المحكمة أن نشاط الشّركاء قد تعدى الأعمال اللازمة للقيام بإجراءات تأسيس الشّركة ذات المسؤولية المحدودة التي كانوا بصدد إنشائها وأن هذه الأعمال تدل على وجود شركة قد تأسست بين الشّركاء منذ مطلع عامّ 1969 ومارست نشاطها التجاري منذ ذلك التاريخ وتوقفت عن الدّفع بتاريخ 30 سبتمبر 1970، أي قبل شهر من تسجيلها في السجل التجاري وهي قبل قيدها في السجل التجاري كانت شركة فعليّة ولعجزها عن تقديم اقتراحات الصلح الجدية قرّرت تصفيتها...))[1].

وبهذا الحكم استند القضاء في سبيل التمييز بين الشّركة الفعليّة والشَّركة قيد التأسيس إلى معايير تتجلّى في طبيعة الأعمال التي تقوم بها الشّركة وبدء نشاطها والمدّة الزمنيّة التي استغرقتها، وبالإضافة لذلك ألزم الشّركاء المؤسسين بتحمل مسؤولية أعمال الشّركة على أن تكون هذه المسؤولية على وجه التضامن[2].

---

[1] منشور في المجلة الفصلية للشركات 1972، ص 242 -248. أشار له د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص318 وما بعدها.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 318.

وهذا الوجود قد تمّ تأكيده أيضاً من قبل القضاء في إمارة أبوظبي إذ نصت محكمة النقض فيها على: ((إن الشّركة ذات المسؤولية المحدودة تكتسب الشخصيّة الاعتبارية بقيدها في السجل التجاري ونشر محررها الرسمي في النشرة التي تصدرها وزارة الاقتصاد والتجارة ولا يغني عن ذلك التصديق على عقد تأسيسها لدى كاتب العدل أو تسجيلها في غرفة التجارة والصناعة. فإذا لم يتم شهرها عن هذا النحو تظلّمجرد فكرة للاتفاق على تكوينها، إلا إذا تحولت هذه الفكرة إلى كيان خارجي بتنفيذ عقدها بمزاولتها نشاطها بما يستتبعه من حقوق لها والتزامات عليها فإنها تتحول إلى شركة واقع ولا يؤثر في بقائها كشركة واقع عدم شهر عقدها طبقاً للقانون)) [1].

ثالثاً- موقف القانون من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس:

لم تنصّ القوانين صراحةً على إمكانيّة وجود شركة فعليّة أثناء مرحلة التأسيس، ولكن يُستنتج هذا من خلال اعترافها للشركة قيد التأسيس بالشخصيّة المعنويّة.

فبالنسبة للتشريعات[2] التي تنصُ على أن الشّركة التجارية لا تكتسب الشخصيّة المعنويّة إلا من تاريخ القيد في السجل التجاري، يظهر أنها لم تغفل مصالح الغير التي تترتّب خلال فترة التأسيس، فقرّرت التزام المؤسسين الذين يتعاملون مع الغير باسم الشّركة بالتضامن اتجاهه عمّا قاموا به من أعمال قبل

---

[1] محكمة النقض لإمارة أبو ظبي، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 70، لسنة 2007 قضائيّة، بتاريخ 31 / 3 / 2008. وكذلك الطعن رقم 632، لسنة 2008 قضائيّة، بتاريخ 2009/3/25. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 11:30 مساءً.

[2] كالتشريع الفرنسيّ م(6/210) من القانون التجاري.

تمام تكوينها وقيدها في السجل التجاري[1]، فيستنتج من هذا الحلّ إمكانيّة قيام شركة فعليّة أثناء مرحلة التأسيس.

وهناك تشريعات[2] اعترفت للشركة قيد التأسيس بالشخصيّة الاعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، بينما هناك تشريعات أخرى[3] نصت على اعتبار الشّركة شخص اعتباري بمجرد تكوينها ولكن لا يحتج بهذه الشخصيّة اتجاه الغير إلا بعد القيام بإجراءات الشّهر التي يتطلبها القانون وفي حال تخلّف القيام بهذه الإجراءات للغير التمسك بهذه الشخصيّة كون هذا الشّرط مقرّر لمصلحته والمؤسسون فيها مسؤلون بالتضامن عن الأعمال التي يجرونها باسم الشّركة. وبناءً على ذلك يستنتج إمكانيّة قيام شركة فعليّة في الفترة الممتدة بين تكوينها ولحين إتمام إجراءات تأسيسها في حال توافرت أسباب وعوامل قيامها.

وبرأينا إن إمكانيّة قيام شركة فعليّة خلال مرحلة التأسيس أمر ليس ببعيد، ويتوقف ذلك على طبيعة الأعمال التي يُمارسها المؤسسون، وهل تندرج ضمن الأعمال التي تتطلبها مرحلة التأسيس أم أنها أعمال بعيدة عن إجراءات التأسيس المعهودة لدى الشّركات، ويُضاف إلى ذلك نيّة الشّركاء، فعلى قاضي الموضوع التحري أوّلاً وآخراً عن نيّة الشّركاء حول إنشاء شركة فعليّة من خلال الوقائع المرافقة للدعوى، فهي الأساس في الأحوال التي تختلط فيها الظروف ويصعب معها التميز بين الشّركة الفعليّة والشَّركة قيد التأسيس، على الرغم من معرفة مدى صعوبة إثبات هذا المعيار كونه عامل نفسي لا يمكن الوقوف عليه مادياً إلا بالإستعانه بالوقائع المحيطه به.

---

[1] م (6/210) من القانون التجاري الفرنسيّ.

[2] كالتشريع السوري م (13) شركات.

[3] كالتشريع المصري م (506) مدنيّ.

الفرع الثّاني: الوجود الفعليّ للشركة بعد حلها وانقضائها

إن الشّركة التي تنشأ بدايةً بشكل قانونيّ قد تتعرض أثناء حياتها لأسباب تؤدّي إلى انقضاء عقدها ومن ثم انقضاء شخصيتها المعنويّة التي تستمد وجودها من عقد الشّركة، بما يفيد انحلال الرابطة القانونيّة التي تجمع الشّركاء[1]، ثم تدخل الشّركة في مرحلة التصفية فتصفى موجوداتها وتقسم بين الشّركاء، وخلال عملية التصفية تستمر الشّركة محتفظة بشخصيتها المعنويّة بالقدر اللازم لأعمال التصفية وحاجاتها[2]، مع ما يستتبع ذلك من بقائها محتفظة بذمتها الماليّة المستقلة عن ذمم الشّركاء، بالإضافة لحقها في التقاضي وإمكانيّة شهر إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها خلال مدّة التصفية... الخ.

هذا وقد يحدث أن تستمر الشّركة في تعاطي أعمالها ومزاولة نشاطها بعد حلها دون أن يبادر الشّركاء إلى تصفيتها وفي هذه الحالة تعد الشّركة شركة فعليّة وهذا ما أكّده الفقه[3] والقضاء، إذ قضت محكمة التمييز الكويتية في حكمها: ((لا يجوز إعمال الأثر الرجعى للبطلان بالنسبة للشركات الواقعية وهي الشّركات الباطلة ويستوى فى ذلك أن يرجع البطلان إلى الشّكل أو الموضوع، والشركات التى تبقى مباشرة لنشاطها رغم إنقضائها، ويتعيّن النظر

---

[1] د. محمد فريد العريني، ود جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 217.

[2] م(137) شركات مصري رقم 159 لعام 1981، م(19) شركات سوري، م(69) تجارة لبناني.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج5، مرجع سابق، ص 187. وكذلك: نورا صالح البيطار، مرجع سابق، ص 53.

إلى هذا البطلان باعتباره مقوضاً لحياة هذه الشّركات فى المستقبل وغير ذى أثر على حياتها فى الفترة السابقة على الحكم ببطلانها...)) [1].

هذا وقد يحدث أيضاً خلال فترة التصفية أن تمارس بعض الشّركات نشاطاً لاحقاً على تاريخ حلها وانقضائها، وتكون طبيعة هذا النشاط لا تندرج ضمن أعمال التصفية ومتطلباتها، وفي هذا الحال تطرح هذه الأعمال الكثير من التساؤلات حول طبيعتها ومدى صحتها أو بطلانها، وهل بالإمكان إخضاعها للقواعد التي تنظم وتحكم الشّركة الفعليّة؟

ظهر في هذا الشّأن اتجاهان[2]:

ذهب الأوّل إلى القول ببطلان هذه الأعمال لانعدام نيّة المشاركة فيها، بينما ذهب الأتجاه الآخر إلى معاملة هذه الأعمال وفق قواعد الشّركة الفعليّة ولكن الصعوبة تثور بتحديد ماهية هذه الأعمال هل تعد امتداد واقعي لنشاط الشّركة السابق على الحل؟ أم أنها تدخل ضمن أعمال التصفية؟

لعلّ الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي البحث عن طبيعة الأعمال التي تمارسها الشّركة وتستمر بمزاولتها، فإذا كانت الأعمال عبارة عن استمرار

---

[1] محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 85، لسنة 1989 قضائيّة، بتاريخ 25 / 6 / 1989. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 2:30 صباحاً.

وهذا ما أكّدته أيضاً محكمة النقض الفرنسيّة في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية في 1960/7/4، المجلة الربعية 1960 ص885. أشار له د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص215.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، الشّركة الفعليّة –دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية/ قسم السياسة الشّرعية، الرياض، المملكة العربيّة السعودية، عامّ 1433 هـ/ 2012م، ص316.

لنشاط الشّركة السابق، هنا يمكن عد الشّركة شركة فعليّة، أمّا إذا كانت الأعمال التي يزاولها الشّركاء تندرج ضمن أعمال التصفية وحاجاتها هنا لا مجال للقول بوجود شركة فعليّة، ومثاله ما ذهب إليه البعض في اعتبار قرار تعيّن المصفي قرينة على أن الأعمال التي تقوم بها الشّركة هي من أعمال التصفية[1]، في حين ذهبت محكمة النقض الفرنسيّة في حكم لها إلى استخلاص معيارين كدليل على وجود الشّركة الفعليّة نتيجة الامتداد: يتجلى الأوّل بمواصلة نشاط الشّركة السابق على حلها وانقضائها، ويتمثّل المعيار الثّاني بنيّة المشاركة، أي رغبة الشّركاء في الاستمرار في هذا النشاط [2].

وبرأينا إن القول بالوجود الفعليّ للشركة يستند إلى طبيعة الأعمال التي تمارسها بعد حلها وانقضاء حياتها، فإذا كانت تشكل جزء من الأعمال السابقة وتندرج ضمن نشاطها السابق، في هذه الحال تعتبر الشّركة فعليّة وتخضع لأحكامها مع الأخذ بعين الاعتبار طول المدّة التي تزاول فيها هذه الأعمال. وبهذا يظهر الفرق جلياً بين الشّركة الفعليّة وبين الشّركة المنحلة، إذ إنّ الشّركة الفعليّة هي باطلة في أساسها نظراً للعيوب التي تلحق شكل الشّركة وأركانها إلا أن الاجتهاد اعترف بقيامها في الماضي فقط، وهذا ما تلتقي به مع الشّركة المنحلة التي تعد أيضاً قائمة في الماضي وإنّما تفترق عنها في طبيعة وجودها إذ وجود الشّركة الفعليّة في الماضي يتم بصورة فعليّة في حين قيام الشّركة

---

[1] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 317

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 324.

المنحلة في الماضي يتم بصورة قانونيّة[1]، إلى أن يستمر الشّركاء بممارسة نشاطاتها فيتحول هذا الوجود القانونيّ بعد الحلّ إلى وجود فعليّ.

هذا ولا بدّ من الإشارة إلى حالة أخرى من الممكن أن يتحقق معها الوجود الفعلي للشركة تتعلّق بانتهاء المدّة المحدّدة للشركة، فقد يعمد الشّركاء فيما بينهم قبل انتهاء مدّة الشّركة إلى الاتفاق الصريح أو الضمني، على تمديد أجلها ممّا يجعله تعديل لعقد الشّركة، وهنا لا مجال للقول بوجود شركة فعليّة، ويتجلى الاتفاق الضمني عن طريق استمرار الشّركاء في مزاولة الأعمال ذاتها التي تمارسها الشّركة فتستمر الشّركة ويمتد عقدها سنة فسنة وفق بعض التشريعات[2]، ولدائن أحد الشّركاء الحقّ في الاعتراض على هذا التمديد ممّا يستتبع وقف أثر الامتداد في حقه فقط دون أن يؤثر على استمرار الشّركة[3]، هذا وقد ذهب البعض إلى خلاف ذلك وعد أن امتداد الشّركة والاستمرار في العمل لمدّة أخرى بعد انتهاء أجلها هو بمثابة إنشاء لشركة جديدة باعتبار أن الشّركة السابقة انتهت بقوة القانون عند انتهاء أجلها وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية: ((إن استمرار الشّركاء في القيام بأعمال الشّركة رغم انتهاء مدتها دون تجديد مؤداه قيام شركة جديدة))[4]. أمّا فيما لو اتفق الشّركاء على

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 190.

[2] كالتشريع السوري والمصري.

[3] م (2/494-3) مدنيّ سوري.

[4] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1990لسنة48 ق جلسة 1981/5/25. ويقابله الطعن رقم 409 لسنة 36ق، جلسة 1971/5/18. وكذلك الطعن رقم 1282 لسنة 49 ق، جلسة 1981/5/18. موجودين على الموقع الالكتروني:
www.mohamoon-montada.com تاريخ الزيارة: 2016/7/2

التمديد بعد انقضاء أجل الشّركة المحدّد في عقدها ففي هذه الحالة نكون أمام شركة جديدة تحتاج إلى القيام بإجراءات التأسيس التي يتطلبها القانون عند تأسيس أي شركة[1].

وإذا حلّ أجل الشّركة ولم يتم تمديد الأجل صراحةً أو ضمناً، ولا حتى بحكم القانون وما زالت مستمرة في نشاطها هنا تتحول إلى شركة فعليّة[2].

---

[1] د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، 218.

[2] حاكم منفرد بيروت تاريخ 1/8/ 1958، النشرة 1958، ص154، أشار له د. جاك يوسف الحكيم، الشّركات التجارية، ط4، منشورات جامعة دمشق، دمشق، عامّ 2005-2006، ص 193.

الفصل الثّاني

انتهاءالشَّركة الفعليّة

إن القول باستمرار الشّركة الفعليّة بممارسة أعمالها ونشاطها وكأنها شركة صحيحة هو أمر لايستقيم الأخذ به كونه يستخف بمراكز الأفراد المتعاملين معها، وذلك لأن حياتها مهددة بالبطلان بين الحين والآخر وهذه الحياة التي تعيشها مهما طالت أو قصرت لا بدّ لها من وقت تنتهي عنده شأنها شأن الشّركة السليمة، إلا أن انتهاء الشّركة الفعليّة يتم بشكل مغاير، إذ يتحقق بإحدى الطريقتين:

إما أن يتم تصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة قانونيّة سليمة، من خلال إزالة العيوب التي لحقت بها، فتظلّجميع التزاماتها صحيحة في مواجهة الشّركاء والغير، ممّا يجعلها أداة فعالة تستمر لخدمة الاقتصاد والمجتمع.

أو تنتهي حياتها وتنقضي إذا ما تعذر تحويلها إلى شركات قانونيّة، فيزول بذلك وجودها الفعليّ ويتم انقضائها بحلها، أمّا بموجب دعوى البطلان أو بموجب الأسباب القانونيّة العامة لحلّ الشّركات، مع ما يترتّب على كلّ منهما من نتائج مهمة تؤثر في حياة الشّركة الفعليّة، وبمجرد الحكم ببطلانها تدخل الشّركة الفعليّة في طور تصفيتها وقسمة موجوداتها، مع مراعاة العلاقات بين أطرافها سواء كانوا من الشّركاء أو الغير.

وعليه إن انتهاء الشّركة الفعليّة ما هو إلا طي سجل لشركة معيبة ووضع حد لحياة غير مستقرة، أمّا بتحويلها وتغير مسارها إلى جادة الصواب، أو إنهاء وجودها تماماً وذلك بتقرير حلها وتصفيتها، وإن توضيح

هاتين الطريقتين ومعرفة دور كلّ منهما في إنهاء الوجود الفعليّ للشركة المعيبة يستلزم البحث في:

المبحث الأوّل: انتهاء الشّركة الفعليّة بتصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة قانونيّة.

المبحث الثّاني: انقضاء الشّركة الفعليّة.

المبحث الأوّل

انتهاء الشّركة الفعليّة بتصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة قانونيّة

إن المقصود بانتهاء حياة الشّركة الفعليّة عن طريق التصحيح هو وضع حد لحياتها المعيبة، وإتاحة الفرصة لها للاستمرار كشركة قانونيّة سليمة.

ويُعرف تصحيح العقد بأنه: ((زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المُشَرِّع، يترتّب عليها الإبقاء على العقد مصححاً بأثر رجعيّ))[1].

وعند الاستناد إلى هذا التعريف يتبيّن أن تصحيح عقد الشّركة الفعليّة من الخلل والنقص الذي اعتراه يشمل كلّ وسيلة من شأنها الوصول بالعقد إلى الحالة القانونيّة السليمة، وعليه يتم هذا التصحيح بعدة طرق، تختلف تبعاً لاختلاف أنواع الشّركات ولاختلاف العيب الذي يلحق بعقد الشّركة الفعليّة[2].

أما الطريقة الأولى فتلعب فيها الإرادة البشرية دوراً هامّاً في تصحيح وضع الشّركة الفعليّة بغية جعلها موافقة لأحكام القانون، في حين تتجلّى الطريقة الثّانيّة لتصحيح وضع الشّركة الفعليّة بعامل التقادم، الذي بدوره يؤدي إلى إسقاط الحقّ في رفع دعوى البطلان.

---

[1] د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار الكتب القانونيّة، عامّ 2010، ص26.

[2] د. مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص348.

وعليه إن تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل الإرادة أو التقادم كلاهما يخلص إلى نتيجة واحدة، ألا وهي سقوط الحقّ في التمسك بدعوى بطلان عقد الشّركة الفعليّة، ومن ثم تحولها إلى شركة قانونيّة.

ولتوضيح كلا الوسيلتين ودورهما في تصحيح وتسوية الشّركة الفعليّة لا بدّ من الاطلاع على تفصيل كلّ منهما من خلال البحث في:

المطلب الأوّل: تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل الإرادة.

المطلب الثّاني: تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل التقادم.

المطلب الأوّل

تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل الإرادة

تشكل الإرادة الأداة الحاسمة في تصحيح وضع الشّركة الفعليّة وإزالة العيوب والتجاوزات المرتكبة من قبل أفرادها، لتفادي الآثار السلبية التي تنتج عند الحكم ببطلانها، ويظهر دور هذه الإرادة بأمرين: الأوّل يتم بصورة تلقائية، أي بفعل إرادة الشّركاء أنفسهم كقيام الشّريك الناقصة أهليته أو المتعيبة إرادته بالمصادقة على صحّة التزامه في هذه الشّركة، أو قيام الشّركاء بتحويل الشّركة إلى شكل آخر يتوافق مع ما يتطلبه القانون، أو استكمال ما نقص من إجراءات قانونيّة يتطلبها قيامها، في حين يظهر الأمر الثّاني لدور الإرادة في التصحيح يتحقق بناءً على طلب أشخاص هم أصحاب مصلحة في تصحيح الشّركة الفعليّة عندما يوجد نصّ قانونيّ يُجيز إجراء التصحيح في هذه الشّركات.

وعليه لا بدّ من التعرف على دور هذه الإرادة في تسوية الشّركة الفعليّة وتحويلها إلى شركة صحيحة معترف بوجودها، من خلال دراسة:

الفرع الأوّل: تسوية الشّركة الفعليّة بفعل إرادة الشّركاء.

الفرع الثّاني: تسوية الشّركة الفعليّة بناءً على طلب ذو المصلحة.

الفرع الأوّل: تسوية الشّركة الفعليّة بفعل إرادة الشّركاء

إن لإرادة الشّركاء دوراً هامّاً في إحداث نقطة تحول في حياة الشّركة الفعليّة، من خلال سعي الشّركاء إلى إصلاح وضعها، مهما كان نموذج الشّركة ومهما كان العيب الذي لحق بها[1]، إذ قد يتعلّق هذا العيب بكيان الشّركة بأكملها (أوّلاً)، أو قد يلحق بأحد عناصر تكوينها (ثانياً).

أوّلاً- العيب المتعلّق بكيان الشّركة:

يظهر هذا العيب في الشّركات التي لا يجيز القانون تكوينها، حيث يستند المنع وعدم إجازة تكوينها إلى أسباب متعددة، نذكر منها على سبيل المثال:

1- قد يتعلّق المنع بغرض الشّركة وبصفة الشّركاء الراغبين في تأسيسها، نظراً لصفتهم الوظيفية ومثاله: الشّركات التجارية التي يؤسسها مجموعة من أصحاب المهن الحرة كالأطباء[2] والمحامين[3] أو الموظفين العاملين في الدّولة[4]، والتي يكتسبون فيها صفة التاجر، إذ يحظر عليهم تكوين الشّركات التجارية بمقتضى قوانين وقرارات الجهات المختصة [5].

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 334.

[2] م (5/47) من المرسوم التشريعي 12 تاريخ 1970/1/7 المنظم لمزاولة المهن الطبية في سورية.

[3] م(2/11) من القانون رقم 30 لعام 2010 المنظم لمهنة المحاماة في سورية.

[4] م (3/64) من القانون رقم 50 لعام 2004، نظام العاملين الأساسيّ في الدّولة السورية.

[5] د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص 62. وكذلك د. محمد فاروق أبو الشّامات ود. جمال الدّين مكناس، مرجع سابق، ص 68.

2- وقد يكون سبب المنع متعلّق بنوع الشّركة المقامة ومثاله: ما ورد في القانون الاتحادي الإماراتي رقم 2 لعام 2015 الذي حدّد أشكال الشّركات بشركة التضامن، والتوصية البسيطة، والشَّركة ذات المسؤولية المحدودة، والشَّركة المساهمة العامة والخاصّة، وبالتالي إن تأسيس شركة محاصة أو أي شركة تخالف الأشكال السابق ذكرها تعتبر باطلة ويكون الأشخاص الذين تعاقدوا باسمها مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد[1].

3- أو قد يعود سبب المنع لمخالفة شرط أو تحفظ نصّ عليه القانون عند قيام الشّركة ومثاله: ما نصت عليه المادّة (1/2) من قانون الشّركات العراقي والتي بموجبها يمنع على العراقين إذا كانوا غير مقيمين في العراق أو في أي قطر عربيّ آخر دون عذر مشروع من اكتساب العضوية في الشّركات التي تخضع لقانون الشّركات العراقي[2]. وهناك أيضاً من التشريعات التي تشترط أن يكون جميع الشّركاء في شركات التضامن من المواطنين دون غيرهم من الأجانب كما هو الشّأن بالنسبة لقانون الشّركات التجارية لدولة الإمارات العربيّة المتحدة[3].

وفي حال تأسست الشّركة بالرغم من عدم إجازة تكوينها، ستكون شركة معتلة، وبالتالي شركة فعليّة، وهذا العيب من الممكن تلافيه إذا ما رغبت إرادة

---

[1] م(9) من القانون الاتحادي رقم2 لعام 2015.

[2] م(2/أوّلاً) من قانون الشّركات العراقي رقم 36 لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم 2 لعام 1988.

[3] م(1/10) من قانون الشّركات الاتحادي الاماراتي رقم 2 لعام 2015

الشّركاء في ذلك من خلال[1] تغير شكل ونوع الشّركة المعيبة أو تصحيح الإجراءات القانونيّة الناقصة.

1- تحويل الشّركة:

يسعى الشّركاء في سبيل إزالة العيب الذي تعلّق بالشَّركة إلى تحويل شكلها القانونيّ إلى شكل آخر يتناسب مع المعطيات الجديدة التي طرأت على الشّركة، وبالتالي تتحول الشّركة من فعليّة إلى شركة قانونيّة صحيحة ومثاله: ما نصّ عليه قانون الشّركات السوري فيما يتعلّق بشركة التضامن عندما يتوفى أحد الشّركاء فيها، وتنتقل حقوقه إلى ورثته وفي حال كان الوريث فيها قاصر أو فاقد الأهليّة، هنا ينضم الشّريك القاصر إلى الشّركة بصفته شريك موصي وعندئذٍ تتحول الشّركة من تضامن إلى شركة توصية، مالم يتضمّن عقد الشّركة نصّ مخالف[2]. والعبرة من ذلك حتى لا يكون الشّريك ناقص الأهليّة مسؤول مسؤولية غير محدودة عن ديون الشّركة، إذ بذلك تكون الشّركة معيبة وقابلة للإبطال لمصلحة الشّريك ناقص الأهليّة كما سبق بحثه. لذا إن تحويل الشّركة من تضامن إلى توصية بسيطة سوف يتعذر معه الطعن فيها بدعوى البطلان وتصبح شركة قانونيّة صحيحة. ويقابل هذا النصّ القانونيّ ما نصت عليه المادّة (15/221) من القانون التجاري الفرنسيّ، حيث أنه إذا تمّ الاتفاق في شركة التضامن على استمرار الشّركة مع ورثة الشّريك المتوفى وكان بين الورثة قصر غير مأذونين بالتجارة يراعى أنهم لايشاركوا في الخسائر إلا بقدر

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 335.

[2] م(40) من قانون الشّركات رقم 29 لعام 2011.

نصيبهم، وأن الشّركة يجب خلال سنة من تاريخ الوفاة أن تتحول إلى شركة توصية بسيطة وإلا تحل.

وكمثال آخر: تحويل الشّركة التجارية التي يؤسسها مجموعة من الأطباء أو المهندسين إلى شركة مدنيّة، في حال كان العيب يتعلّق بصفة الشّريك وبغرض الشّركة

أما أثر التحويل على الشّركة الفعليّة يمكننا استخلاصه عند العودة إلى ما نصّ عليه الرأي السائد في الفقه[1]حول تحويل الشّركة إلى شركة أخرى، ففي حال لم ينصّ القانون أو عقد الشّركة على جواز التحويل، فإن ذلك يؤدي إلى إنهاء الشّركة وزوال شخصيتها الاعتبارية، ويعتبر التحويل تأسيس لشركة جديدة، أمّا إذا أجاز القانون أو عقد الشّركة هذا التحويل، فإنه لا ينهي الشّركة، بل تستمر في ظلّ الشّكل الجديد الذي تحولت إليه، وهذا ما أكّدت عليه أيضاً محكمة التمييز اللبنانيّة بحكم لها بأن: ((هذا التحويل لايزيل الشّركة من الوجود إنّما يزيل شكلها الأوّل وأن ما يتغير في الحقّيقة هو الجهاز القانونيّ الذي يدعم الشخصيّة المعنويّة للشركة بحلول جهاز آخر مكانه)) [2]. وعليه إن تحويل الشّركة الفعليّة إلى شركة قانونيّة هو استمرار للشركة القديمة ذاتها، ولا يعتبر تأسيساً لشركة جديدة طالما أنه تمّ بإتفاق الشّركاء ويجيزه القانون.

---

[1] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 54.

[2] تمييز لبناني، قرار 58 ت 1971/11/25، عفيف شمس الدّين، المصنف في الاجتهاد التجاري، ص 375، رقم 2. أشار إليه د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 252.

2- تصحيح الإجراءات القانونيّة الناقصة:

تقوم هذه الطريقة، وفق ما يطلق عليها البعض[1] (إعادة الإنشاء)، على فكرة إتمام وإكمال ما نقص من الإجراءات القانونيّة التي يستلزمها القانون لإنشاء الشّركة على نحو صحيح، شريطة أن يكون هذا الاتمام قبل طلب بطلان الشّركة[2].

وبالعودة إلى العيوب التي تلحق الشّركة، منها ما يكون متعلّق بعقد الشّركة فلا تصلح هذه الطريقة لإزالته، كون هذا العيب متصل بالأركان الموضوعيّة العامة أو الخاصّة اللازمة لإنشاء هذا العقد، ممّا يؤدي إلى انتفاء الشّركة سواء كانت قانونيّة أو فعليّة[3].

أما في الحالة التي يكون فيها العيب متعلّق بإجراء من إجراءات تأسيس الشّركة، هنا يمكن إتمام الإجراءات القانونيّة التي نقصت أو غفل عنها الشّركاء قبل الحكم بالبطلان حتى تعاد الشّركة المعيبة إلى مسارها الصحيح وتصبح قانونيّة، كقيام الشّركاء بكتابة عقد الشّركة وأي تعديل يطرأ عليه بشكل خطي وفق ما ينصّ عليه القانون، أوالقيام بعملية الشّهر قبل الحكم بالبطلان[4]، وعليه لا يجوز للغير الذي نشأ حقه بعد تصحيح البطلان أو أصبح مديناً للشركة بعد تصحيحه أن يتمسك بالبطلان على خلاف الحال

---

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 204. وكذلك د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص338.

[2] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها.

[3] د.محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

[4] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 292.

بالنسبة للغير الذي نشأ حقه قبل التصحيح فإنه يستطيع التمسك ببطلان الشّركة رغم تصحيحه باتخاذ إجراءات الشّهر[1].

هذا وقد تمنح المحكمة الأطراف مهلة لتصحيح البطلان وتدارك العيب الحاصل في الشّركة، أمّا من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الشّركاء فإذا تمّ التصحيح خلال هذه المهلة لا يُحكم ببطلان الشّركة[2].

وبهذه الطريقة لا يحتاج الأمر إلى تصفية الشّركة الفعليّة، وإنّما تنتقل الشّركة بمافيها من حقوق والتزامات من شركة معيبة مهددة بالبطلان إلى شركة قانونيّة سليمة[3].

ثانياً- العيب المتعلّق بأحد عناصر تكوين الشّركة:

إن مخالفة الشّركاء للنصوص القانونيّة اللازمة عند تأسيس الشّركة، يؤدي إلى خلق شركة معيبة قابلة للإبطال، لوجود عيب لحق أحد عناصر تكوينها ومثاله: الشّريك ناقص الأهليّة أو المتعيب رضاه، أو امتناع أحد الشّركاء عن تقديم حصته عند تأسيس الشّركة، أو إحتواء العقد على شرط الأسد، وهذه المخالفات القانونيّة تجعل الشّركة مهددة بالبطلان كما تقدم بحثه.

وعليه إن تصحيح وضع الشّركة والحيلولة دون جعلها شركة باطلة يقتضي تصحيح هذه العيوب وإزالتها، ويختلف التصحيح تبعاً للخلل الذي

---

[1] د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، ج1، لا يوجد رقم طبعة، بيروت، دار النهضة العربيّة، عامّ 1995، ص 367.

[2] مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 93 ومابعدها.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 339.

أصاب أحد عناصر الشّركة إذ يتم من خلال: إجازة الشّريك الذي تقرّر البطلان لمصلحته أو عن طريق تلافي التقصير الحاصل بعقد الشّركة.

1- الإجازة:

الإجازة تعني: ((تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد، فهي تصرف قانونيّ من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد))[1].

هذا ولكي ترتّب الإجازة أثرها تحتاج إلى شروط محدّدة تتمثّل في[2]:

أ- أن يكون العقد قابلاً للإبطال لنقص في أهليّة العاقد أو لعيب في رضاه.

ب-أن يكون المجيز عالماً بالعيب اللاحق بالعقد وراغباً في تصحيحه.

ج- أن تقع الإجازة بعد زوال السبب الذي من أجله تقرّر بطلان العقد.

هذا ويتعيّن أن تتم الإجازة قبل صدور الحكم ببطلان الشّركة، وقد تكون صريحة إذا تمت بعبارة تفيد ذلك، أو ضمنيّة مستفادة من أي عمل يقوم به الشّريك الذي تقرّر البطلان لمصلحته، وتدل على نيته في التنازل عن التمسك بالبطلان، وبمجرد تحقق الإجازة يعتبر أثرها رجعيّ فيكون مؤكداً للعقد المهدد بالإبطال[3]، ففي حالة الشّريك ناقص الأهليّة تقع إجازته لعقد الشّركة بعد بلوغه

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

[2] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 161و ما بعدها.

[3] د. رمضان محمد أبو السعود ود.همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 2005، ص 440.

سن الرشد القانونيّة، وتسند هذه الإجازة إلى التاريخ الذي تمّ فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير[1]، وكذلك الحال بالنسبة للشريك المتعيب رضاه إذ يتم التصحيح بإزالة سبب العيب الذي شاب إرداته أثناء تكوين الشّركة [2] فيصادق على صحّة التزاماته كشريك في الشّركة.

2- التصحيح عن طريق تلافي التقصير الحاصل بعقد الشّركة:

فيما يتعلّق بعنصر تقديم الحصص، إن تخلّف أحد الشّركاء عن تقديم حصته في الشّركة من الممكن إصلاحه بتقديم هذه الحصّة، وبهذا العمل يكون قد تمّ إزالة سبب البطلان المهدد للشركة، ((إن المطالبة بتقديم الحصص لتصحيح العيب أمر سائغ وإن عدم تقديم الحصّة يعتبر سبب للبطلان يمكن تصحيحه بتقديمها))[3].

هذا ولا بدّ من ملاحظة أن تصحيح هذه العيوب لا يترتّب عليه تعديل لعقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ[4]، كونه يتعلّق ببعض العيوب الخاصّة بعقد الشّركة، على خلاف الحال فيما لو تضمن عقد الشّركة شرط الأسد، إذ إنّ هذا الشّرط باطل ويؤدي بدوره لدى العديد من التشريعات إلى إبطال العقد الذي يحتويه[5]، وفي سبيل إصلاحه والتخلص من البطلان الذي يهدد الشّركة من

---

[1] م(140) مدنيّ سوري، م (138، 140) مدنيّ مصري.

[2] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 62.

[3] ديوان المظالم بمنطقة الجوف بالمملكة السعودية، الدّائرة التجارية الرابعة والعشرين، الحكم رقم 7/ د/ تج/ 24 لعام 1430هـ، في القضية رقم 197/ 6/ ق لعام 1427 هـ. أشار لها مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 348 وما بعدها.

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 341.

[5] كالتشريع السوري م(1/483) مدنيّ، والتشريع اللبناني م(895) موجبات وعقود لبناني.

الممكن اتفاق الشّركاء على إزالة هذا الشّرط من عقد الشّركة، وبذلك تصبح الشّركة صحيحة وموافقة لما يتطلبه القانون.

وبهذا تلعب إرادة الشّركاء الدّور الأهم في قلب الموازين وحماية الشّركة المهددة بالبطلان ووضعها على جادة الصواب شأنها شأن الشّركة الصحيحة.

الفرع الثّاني: تسوية الشّركة الفعليّة بناءً على طلب ذو المصلحة

إن تصحيح وضع الشّركة الفعليّة وتحويلها من شركة مهددة بالبطلان إلى شركة قانونيّة صحيحة بفعل الإرادة لا يقتصر فقط على إرادة الشّركاء بل من الممكن أن يتم هذا التصحيح على أيدي أشخاص لهم مصلحة في استمرار الشّركة الفعليّة على نهج سليم خال من أي عيوب تجعلها مهددة بالبطلان، ويظهر هذا الأمر لدى بعض التشريعات، كالتشريع الكويتي والتشريع الأردني القديم وكذلك الحال في التشريع الفرنسيّ،إذ تضمنت إشارة صريحة إلى إجازة هذا النوع من التصحيح، حيث تجلت رغبة المُشَرِّع في تلافي بطلان الشّركة إذا أمكن، وإزالة العيب الذي انتاب تأسيسها قبل الحكم بالبطلان، وذلك في سبيل وضع حد لاستغلال بعض الدّائنين الذين لا يهمهم الحكم بالبطلان، إنّما همهم فقط هو السعي وراء مال الشّركة بتهديدها بدعوى البطلان في حال عدم الاستجابة لطلباتهم[1].

وعليه نصت المادّة (146) من قانون الشّركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 بالنسبة للشركة المساهمة العامة على ما يلي: ((إذا تبيّن أن تأسيس الشّركة قد تمّ مخالفاً لأحكام القانون جاز لكل ذي شأن، خلال تسعين يوماً من تاريخ الشّهر، أن ينذرها لتصحيح الإجراء المخالف، فإذا لم تبادر الشّركة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار إلى إجراء التصحيح جاز لذي الشّأن أن يطلب من المحكمة خلال ثلاثين يوماً من انتهاء المدّة سالفة الذكر الحكم بإلزام الشّركة بتصحيح ذلك الإجراء أو بطلان الشّركة، وللمحكمة أن تقضي بإلزام

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 106.

الشّركة بإجراء التصحيح أو ببطلان الشّركة إذا تبيّن لها استحالة تصحيح الإجراء المخالف، ولا يجوز للشركاء أن يحتجوا اتجاه الغير ببطلان الشّركة، وفي حالة الحكم ببطلان الشّركة تصفى باعتبارها شركة واقع ويسقط الحقّ في إقامة هذه الدّعوى إذا لم تراع المواعيد سالفة الإشارة)).

إن هذه المادّة تعتمد في التصحيح على وسيلة الإنذار خلال مهلة محدّدة كتحصين للشركة من البطلان، إذ فتحت المجال أمام كلّ صاحب مصلحة بتوجيه إنذار للشركة في سبيل تصحيح العيب الذي أصابها والقصور القانونيّ الذي وقع منها، قبل اللجوء إلى المحكمة لإبطالها، وبالإضافة لذلك أتاحت لهذه الشّركة فرصة أُخرى لتصحيح وضعها إذا لم تستجب للإنذار الأوّل، إذ بإمكان صاحب المصلحة العودة لطلب إجراء هذا التصحيح على أن يكون موجه في المرة الثّانيّة من المحكمة، وللمحكمة الخيار أيضاً أمّا بمطالبة الشّركاء بالتصحيح أو الحكم ببطلانها إذا كان التصحيح مستحيل التحقق.

وهذا الأسلوب قد تمّ اعتماده أيضاً من قبل المُشَرِّع القطري في المادّة (92) [1] فيما يتعلّق بالشَّركة المساهمة العامة، إلا أنه لم يمنح للشركة المعيبة فرصة ثانيّة للتصحيح بناءً على طلب المحكمة كما فعل المُشَرِّع الكويتي، وإنّما أجاز لذي المصلحة أن يطلب الحكم ببطلان الشّركة إذا لم تبادر لتصحيح

---

[1] تنصّ م (92) من قانون الشّركات رقم 11 لسنة 2015 على ما يلي: ((إذا أسست شركة المساهمة العامة على وجه غير قانونيّ، جاز لكل ذي شأن خلال ستة أشهر من تاريخ تأسيسها أن ينذرها كتابة بوجوب إجراء التصحيح خلال شهر من تاريخ الإنذار، فإذا لم تبادر الشّركة إلى إجراء التصحيح اللازم خلال هذه المدّة، جاز له خلال الستة أشهر التالية أن يطلب الحكم ببطلان الشّركة وتصفيتها باعتبارها شركة فعليّة، ولا يجوز للمساهمين أن يحتجوا اتجاه الغير ببطلان الشّركة))

وضعها استجابةً للإنذار[1]، وقد اشترط أن يتّخذ الإنذار صيغة الكتابة على خلاف المُشَرِّع الكويتي الذي لم يتطلب صيغة محدّدة للإنذار.

أما قانون الشّركات الأردني المؤقت رقم 1 لسنة 1989 فلقد ورد في الفقرة (أ) من المادّة (34) ما يلي: ((إذا توقفت شركة التضامن عن ممارسة أعمالها، فعليّها تبليغ المراقب بذلك خلال مدّة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ توقفها، وللمراقب في هذه الحالة أمّا إمهال الشّركة للعودة إلى ممارسة أعمالها خلال مدّة يحدّدها لها، أو أن يقرّر إلغاء تسجيل الشّركة وإعلان ذلك في الجريدة الرسمية وفي إحدى الصحف المحلية لمرة واحدة على الأقل وعلى نفقة الشّركة دون أن يخل ذلك بمسؤولية الشّركة أو الشّركاء فيها على التزاماتها والتزاماتهم اتجاه الغير أو يؤثر على تلك الالتزامات حتى تاريخ الإعلان عن إلغاء الشّركة)).

بالاستناد إلى هذه المادّة لا بدّ للشركاء في شركة التضامن من إحاطة المراقب علماً بتوقف الشّركة عن عملها خلال المهلة المحدّدة لذلك، وله الخيار أمّا إعطاء الشّركة مهلة لمتابعة واستئناف عملها ونشاطها أو أن يكون قراره شطب وإلغاء تسجيل الشّركة وهذا القرار هو ما يدور حوله موضوعنا، فإذا تقرّر إلغاء تسجيل الشّركة والشركاء لم يستجيبوا لهذا القرار إنّما مارسوا نشاط الشّركة وأجروا جملة من المعاملات مع الغير ممّا أدى إلى جعلها مدينة أو دائنة له، في هذه الحالة يكون وجود الشّركة في الفترة ما بين تاريخ صدور قرار

---

[1] ويقابل هذه المادّة ما نصّ عليه القانون التجاري اللبناني في م(94) من المرسوم الاشتراعي رقم 304 –صادر في 1942/12/24. وقديماً م(122) من قانون التجارة السوري سنة 1949.

المراقب بشطب تسجيل الشّركة وحتى تاريخ الحكم أمّا بفسخ الشّركة أو إعادة قيدها في السجل هو عبارة عن وجود فعليّ للشركة كما سبق دراسته.

إلا أن هذه الشّركة الفعليّة من الممكن تصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة سليمة بمقتضى قرار يصدر من المحكمة، بناءً على طلب صاحب المصلحة، وقد جاء هذا التصحيح في المادّة القانونيّة ذاتها، إذ نصت الفقرة (ب) من ذات المادّة على: ((لأي متضرر من قرار المراقب بإلغاء تسجيل شركة التضامن أن يطعن فيه لدى محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية ويوقف تنفيذ قرار الإلغاء عند الطعن فيه ويعتبر الحكم الذي تصدره المحكمة في هذه الحالة قطعياً، ويترتّب على المراقب نشره في الجريدة الرسمية بعد تبليغه له)) [1].

إن هذه المادّة أعطت لمن له مصلحة وكان قد تضرر من صدور قرار الشّطب كدائني الشّركة أو الدّائنين الشّخصين للشركاء أو أحد الشّركاء[2] الحقّ في الطعن بهذا القرار أمام المحكمة خلال ثلاثين يوماً وبهذا الطعن يترتّب وقف تنفيذ القرار، إذ يعود دراسة الأمر للمحكمة ويكون قرارها بذلك قطعياً فإما أن تقرّر المصادقة على قرار شطب تسجيل الشّركة، ومن ثم تقرّر فسخ الشّركة وتصفيتها إذا ما ثبت لديها أن الشّركة كانت فعليّاً متوقفة عن مزاولة أعمالها،

---

[1] وجب التنويه أن م(34) من قانون الشّركات الأردني المؤقت قد تمّ تعديلها وفق القانون رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة2006 في م (34)، إذ أبقت على الشّق الأوّل (أ) ولم يوجد ما يُقابل الشّق الثّاني (ب)، وفي رأينا لم يُصب المُشَرِّع الأرني في حذفها كونها تشكل وسيله هامّة لحماية الأفراد الذين لهم مصلحة في استمرار الشّركة وتحويلها إلى شركة سليمة.

[2] د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 107.

أو أن تصدر حكمها بعدم الشّطب إذا تبيّن لها أنه من العدل إعادة اسم الشّركة إلى السجل، وأن الشّركة كانت تزاول أعمالها عند صدور قرار الشّطب، وعليه يعتبر هذا القرار تصحيحاً للشركة الفعليّة بأثر رجعيّ إذ تتحول إلى شركة صحيحة وسليمة، وهذا أيضا يقابل ما نصت عليه المادّة (312) من ذات القانون فيما يتعلّق بالشَّركة المساهمة العامة وشركة التوصية بالاسهم والشَّركة ذات المسئوولية المحدودة.

أما حالات التصحيح التي نصّ عليها القانون الفرنسيّ وردت في المادّة (7/210) والمادّة (6/235) من القانون التجاري، إذ نصت المادّة (210) ضمن الفقرة (7) على أنه يحق لكل صاحب مصلحة أن يطلب من القضاء تصحيح أو تسوية إنشاء الشّركة إذا كان عقد الشّركة لا يتضمّن كلّ البيانات القانونيّة المطلوبة أو تضمن بيانات خاطئة أو ناقصة، أو إذا كان إنشاء الشّركة قد تمّ دون إجراء شكلي تستلزمه الشّركة لتكوينها... ويسقط حق تقديم هذا الطلب بمضي ثلاث سنوات من تاريخ قيد الشّركة في السجل التجاري.

إن هذه المادّة تشكل ما يسمى بالرقابة المسبقة على صحّة تكوين الشّركة، كما وأنها في ذات الوقت تمنح الشّركة المعيبة فرصة لتعود شركة قانونيّة سليمة، ويتم ذلك بمقتضى دعوى يتقدم بها صاحب المصلحة لتصحيح عقد الشّركة من حيث قواعد التأسيس الخاصّة بإنشائه والإجراءات التي يقتضيها هذ ولقد أجمع الفقه[1]على القول بأن هذه المادّة تحمل المعنى الحقّيقي لإمكانيّة تصحيح الشّركة الفعليّة.

---

[1] باعتبار أن هذه المادّة تقابل م (6) من قانون الشّركات الفرنسيّ الصادر في 1966التي أجمع الفقه الفرنسيّ على دورها في تصحيح الشّركة الفعليّة.

د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 347.

أما المادّة (6/235) جاءت كحلّ لإنقاذ الشّركة المهددة بالبطلان كونها تتضمن شريك ناقص الأهليّة أو شريك شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة وكي لا تبقى الشّركة تحت وطأة تهديد هذا الشّريك طويلاً، إذ تسمح لكل ذي مصلحة أن يقوم بتوجيه إنذار لمن يستطيع القيام بالتصحيح، أي إلى الشّريك صاحب الحقّ بالتمسك بالبطلان، شريطة أن يكون تصحيح العيب في الشّركة ممكناً، بأن يزول سبب نقص الأهليّة أو أن ينقطع الإكراه أو ينكشف الغلط ويتضمّن هذا الإنذار طلب أمّا القيام بتصحيح هذا العيب أو الادعاء بالبطلان في مهلة ستة أشهر من الإنذار تحت طائلة سقوط حقه في التمسك به[1].

كما وأجازت هذه المادّة للشركة أو لأحد الشّركاء أن يعرض في مهلة الستة أشهر هذه أي إجراء على المحكمة من شأنه إلغاء مصلحة الشّريك في التمسك بالبطلان كعرض شراء حصّة الشّريك الذي يعتبر وجوده سبباً يهدد الشّركة، وفي هذه الأثناء يعود الفصل في الأمر للمحكمة المختصة فإما أن تقرّر البطلان أو تقرّر الموافقة على شراء الشّركة لحصّة هذا الشّريك[2].وبالقرار الأخير تصبح الشّركة الفعليّة المهددة بالبطلان شركة صحيحة وقانونيّة بعد أن تمّ استبعاد الشّريك الذي كان يهدد الشّركة بالبطلان ممّا يعيد الثّقة والاستقرار إلى نفوس الشّركاء والغير المتعامل معها.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن هذه المادّة تؤدّي إلى تصحيح العيب بطريقة غير مباشرة، إذ ينظر لها البعض بأن أحكامها تؤدّي إلى تأييد البطلان أكثر

---

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص210. وكذلك مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 353.

[2] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.

ممّا تؤدّي إلى إجراء التصحيح المادي للعيب[1]. كما وأن نطاق تطبيق هذه المادّة ينطبق على شركات الأشخاص الفعليّة كون عيوب الرضا أو الأهليّة هي عيوب خاصّة بشركات الأشخاص إذ إنّ وجود هذه العيوب في شركات الأموال لا يهددها بالبطلان وإنّما يقتصر أثرها على الشّريك المتعيبة إرادته أو الناقصة أهليته دون أن يؤثر ذلك على الشّركة التي تظلّمستمرة مع باقي الشّركاء[2].

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 350.

[2] د. علي البارودي ود. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 298.

المطلب الثّاني

تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل التقادم

يلعب الزمن دوراً هامّاً في تصحيح وضع الشّركة الفعليّة وتحولها إلى شركة قانونيّة صحيحة غير مهددة بالبطلان، فإذا مضت المهلة المحدّدة قانونيّاً لدعوى البطلان، ولم يتقدم بها صاحب المصلحة، يُمنع من سماع دعواه إذا تقدم بها فيما بعد، حيث إن التقادم يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للإطمئنان إليها، وللوقوف على دور التقادم وأثره في حياة الشّركة الفعليّة يتعيّن البحث في:

الفرع الأوّل: ماهية التقادم في الشّركة الفعليّة.

الفرع الثّاني: أثر التقادم في تصحيح الشّركة الفعليّة.

الفرع الأوّل: ماهية التقادم في الشّركة الفعليّة

إن ضرورات المصلحة العامة واستقرار التعامل بين الأفراد يقضي بعدم تعليق صحّة العقود مدّة زمنيّة طويلة، فالتقادم هو نظام لا غنى عنه، نظراً للاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها، وللدور الهامّ الذي يشغله في المجتمع وما يقدمه من خدمات في سبيل تحقيق الاستقرار في حقوق الأفراد وفي المراكز القانونيّة التي يشغلونها، حيث يلعب دوراً بارزاً في حياة الشّركة الفعليّة وتحويلها إلى شركة قانونيّة صحية، كونه يسقط الحقّ في التمسك ببطلانها، وعليه لا بدّ من تعريف دقيق للتقادم حتى نكن على بينه منه.

التقادم لغةً: التقادم مأخوذ من القِدَمُ، نقيض الحدُوث. قَدُمَ يَقدمُ قِدَماً وقَدامةً وتَقَادَمَ وهو قديم. والجمع: قُدماء وقُدامي وقَدائِمُ [1].

أما التعريف القانونيّ للتقادم فهو ((مضي فترة معينة من الزمن على قيام أحد الأشخاص بوضع يده على حق دون أن يعرف له مالكاً، أو مضي تلك الفترة على سكوته عن المطالبة بحقه ممن وضع يده عليه في تلك الفترة الزمنيّة)) [2].

وبالاستناد إلى هذا التعريف يظهر أن الزمن هو العامل الأهم في كسب أو انقضاء أي حق، ويترتّب على ذلك وجود نوعين للتقادم[3]: التقادم المكسب والتقادم المسقط.

---

[1] العلامة محمد بن مكرم بن علي جمال الدّين بن منظور، لسان العرب، ج12، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، باب الميم وفصل القاف، ص 465-466.

[2] د. حسني محمود عبد الدّايم، التقادم وإسقاطه للحقوق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2009، ص 19.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج3، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشّروق، عامّ 2010، ص 814.

أما التقادم الذي يلعب الدّور البارز في حياة الشّركة الفعليّة يتجلى في التقادم المسقط والذي يقصد به بصفة عامّة بأنه: ((انقضاء الحقّ إذا مضت عليه مدّة معينة دون أن يطالب به الدّائن أو دون أن يستعمله صاحبه)) [1].

هذا ويشترط في سبيل تحقق التقادم المسقط أن يتوفر شرطين أساسيّن يتجلا في [2]:

1- ألا يكون الحقّ أو الدّعوى ممّا لايسقط بالتقادم

2- أن يكون قد مضى زمن معين.

وهذان الشّرطان لا يستعصي تحققهما في الشّركة الفعليّة، وذلك لأن نطاق التقادم المسقط يمتد لكل الحقّوق، عينيّة كانت أو شخصيّة، أصلية أو تبعية ولا يستثني إلا حق عيني أصلي هو حق الملكية وبالإضافة لهذا يمتد نطاق التقادم المسقط ليشمل كلّ الدّعاوي باستثناء دعوى الاسترداد[3]، وبناءً عليه إن دعوى البطلان خاضعة لسريان التقادم عليها متى أهمل أو امتنع صاحب الحقّ في رفعها عن التمسك به خلال المدّة الزمنيّة المحدّدة لها.

وفي سبيل إعمال التقادم المسقط يتوجب على ذي الشّأن أن يتمسك بهذا التقادم أمام القضاء، إذ ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كون هذا التقادم ليس متعلّق بالنظام العام[4]، ولا يتم التمسك به إلا عن طريق الدّفع في

---

[1] د. حسني محمود عبد الدّايم، المرجع السابق، ص 26.

[2] د. علي أحمد حسن، التقادم في المواد المدنيّة والتجارية فقهاً وقضاءً، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، عامّ 1985، ص 270 ومابعدها.

[3] د. حسني محمود عبد الدّايم، مرجع سابق، ص 32 ومابعدها

[4] د. محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2002، ص 45.

خصومة قائمة أو برفع دعوى مبتدأة[1]، أي إذا رفع صاحب الحقّ دعوى البطلان بعد أن سقط هذا الحقّ بالتقادم أمكن للمدعى عليه أن يدفع هذه الدّعوى بالتقادم المسقط[2].

إن التقادم وماله من دور هامّ في تغير مسار حياة الشّركة الفعليّة يتوقف تطبيقه وإعماله على السبب المؤدي لوجود الشّركة الفعليّة وحالات قيامها، حيث إن أسباب قيام الشّركة الفعليّة وفق ما سبق دراسته يجعلها مصنفة ضمن حالتين أو نوعين من الشّركات، الشّركات الفعليّة القائمة على أسباب مرتبطة بالبطلان والشركات الفعليّة القائمة على أسباب أخرى خلاف البطلان، أي الشّركات الفعليّة الناتجة بناءً على الوجود الفعليّ للشركة.

أما الشّركات القائمة على الأسباب المرتبطة بالبطلان فهي تشكل المرتع الخصب الذي يلعب فيه التقادم دوره الهامّ في تغير وضع الشّركة الفعليّة، في حين أن التقادم ليس له أي دور أو أثر في وضع الشّركات الفعليّة التي تستند في قيامها إلى أسباب خلاف البطلان، باعتبار أن الشّركة الفعليّة التي نشأت وفق هذه الأسباب لا وجود لدعوى البطلان فيها لذا لا معنى لوجود التقادم فيها أيضاً كون العلاقة بينهما علاقة طردية. لذلك إن الشّركات الفعليّة القائمة على أسباب البطلان هي الشّركات التي تبقى مهددة بدعوى البطلان من قِبل من شُرع البطلان لمصلحته وحمايته، وبالمقابل هي شركات جديرة بالحماية لايصلح أن تبقى تحت التهديد ببطلانها مدّة زمنيّة طويلة وذلك في سبيل المحافظة على استقرار الحقّوق والمصالح التي نشأت خلال حياتها.

---

[1] د. محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 46.

[2] د. حسني محمود عبد الدّايم، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها

الفرع الثّاني: أثر التقادم في تصحيح الشّركة الفعليّة

يلعب التقادم في حياة الشّركة الفعليّة أثراً هامّاً في تحويلها إلى شركة نظامية صحيحة وذلك بفعل مضي الزمن عند تقصير أو إغفال صاحب المصلحة رفع دعوى البطلان خلال المدّة القانونيّة المحدّدة لذلك، ممّا يستتبع عدم قبول دعوى البطلان بعد مضي المدّة، وإن عدم الاعتراف بدور التقادم في تصحيح عقد الشّركة الفعليّة يؤدي إلى إطالة أمد انعدام الاستقرار فيها، وهذا أمر يتنافى مع المنطق القانونيّ السليم فالواجب تصحيح عقدها خلال مدّة زمنيّة معينة أو المطالبة ببطلانها، فإذا لم يحصل هذا ولا ذاك فإن مضي الزمن كفيل بتصحيحها وبالتالي تكون سالمة من أثر ذلك العيب حتى وإن بقي فيها، كون التقادم لا يزيل سبب البطلان وإنّما يسقط حق الادعاء به [1].

هذا وإن مدة تقادم دعوى البطلان تختلف في الشّركات المدنيّة عن مدة تقادم هذه الدّعوى في الشّركات التجارية، إذ تخضع الشّركات التجارية لمدّة تقادم أقصر من مدّة التقادم التي ينصّ عليها القانون المدنيّ[2]، إلا أنه عند العودة إلى بعض التشريعات[3] نجد أن قانون الشّركات لم يتضمّن نصوص قانونيّة تنظم بطلان الشّركات ودعاوى البطلان المتعلّقة بها ولا حتى سقوط حق الإدعاء بها بالتقادم، إنّما تضمنت هذه القوانين إشارة بسيطة حول دعوى البطلان ممّا يعني أن أحكام التقادم الخاصّة بالشركات التجارية والمدنيّة تستقي

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج 3، مرجع سابق، ص 1336.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 354.

[3] كقانون الشّركات السوري، المصري، الإماراتي، السعودي، العراقي، وقانون التجارة اللبناني.

أحكامها من القواعد العامة المقرّرة في القانون المدنيّ، فعلى سبيل المثال ورد في قانون الشّركات المصري رقم 159 لسنة 1981 في المادّة (161) تحديد مدّة لتقادم دعوى البطلان فيما يخص الشّركات المساهمة والشركات ذات المسئوولية المحدودة والتوصية بالأسهم بسنة واحدة تبدأ من يوم العلم بالقرار المخالف للقانون، إذ نصت على مايلي:

((يقع باطلا كلّ تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقرّرة في هذا القانون، أو يصدر من مجالس إدارة شركات المساهمة أو جمعيتها العامة المشكلة على خلاف أحكامه وذلك دون إخلال بحق الغير حسني النيّة، وفي حالة تعدد من يعزى إليهم سبب البطلان تكون مسئوليتهم عن التعويض بالتضامن فيما بينهم، ولا يجوز لذوى الشّأن رفع دعوى البطلان فيما مضى سنة من تاريخ علمهم بالقرار المخالف للقانون)).

وبناءً على ذلك إن هذا البطلان هو قاصر فقط على البطلان الناتج جراء مخالفة إجراءات التأسيس وقبل قيد الشّركة في السجل التجاري، باعتبار أن الشّركة تتطهر من العيوب بعد قيدها في السجل التجاري[1]، وبالتالي إن الشّركات التجارية الأخرى تخضع فيما يتعلّق بدعاوى بطلانها وسقوطها بالتقادم إلى الشّروط والقواعد القانونيّة الواردة في القانون المدنيّ.

وكذلك الحال في التشريع السوري[2] الذي اكتفى بتحديد مدّة التقادم التي تسقط فيها الدّعاوى المقامة على الشّركاء أو ورثتهم أو خلفائهم في جميع

---

[1] م(23) من القانون رقم 159 لعام 1981

[2] م(25/3-4) قانون الشّركات السوري.

الشّركات التجارية بمدّة خمس سنوات. وعليه تبقى نصوص القانون المدنيّ هي المرجع الأساسيّ فيما يخص التقادم وأحكامه بالنسبة لهذه التشريعات.

أما أثر التقادم على الشّركة الفعليّة يختلف تبعاً لنوع البطلان الذي يلحق بها، كونه يقتصر فقط على الشّركات الفعليّة التي تستند في قيامها إلى سبب من أسباب البطلان، وقد تمّ التفريق فيما سبق بحثه بين البطلان النسبي والبطلان المطلق ودور كلّ منهما في وجود أو عدم وجود الشّركة الفعليّة.

وعند البحث في حالات البطلان التي تسقط بالتقادم وأثرها على الشّركة الفعليّة لا بدّ من التميز بدايةً بين دور التقادم في العقد الباطل (البطلان المطلق) والعقد القابل للإبطال (البطلان النسبي) وفق ما نصّ عليه القانون المدنيّ.

أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو عقد معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما مضى عليه الزمن، فهو وفقاً للفقه التقليدي لا يصحح بالتقادم مهما طال عليه الأمد[1]و لصاحب المصلحة التمسك ببطلانه أمّا في صورة دعوى يرفعها أو في صورة دفع إذا رفعت عليه الدّعوى بمناسبة تنفيذ هذا العقد الباطل، إلا أن القضاء وجانب من الفقه الفرنسيّ وكما سار على نهجه بعض التشريعات كالقانون المصري[2] استقروا على إخضاع دعوى البطلان المطلق للتقادم شأنها شأن سائر الدّعاوى وذلك وفق مدّة زمنيّة يحدّدها القانون وبإنقضائها يسقط

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج3، مرجع سابق، 828.

[2] د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 441 وما بعدها. وكذلك م(2/241) القانون المدنيّ المصري

الحقّ في دعوى البطلان والسبب في ذلك لحماية الأمن الاجتماعي بالمحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن[1]، هذا ولا بدّمن الإشارة إلى أن دعوى البطلان المطلق على الرغم من إخضاعها للتقادم؛ أي: إنّ سقوط الحقّ في رفعها يمنع طلب بطلان العقد، إلا أنه من الممكن التوصل إلى هذا الإبطال عن طريق الدّفع مهما طالت المدّة[2]، وذلك لأن هناك اختلاف بين دعوى البطلان وبين الدّفع به، فدعوى البطلان هي وسيلة المُدَّعي فإن تقاعس في رفعها سقط حقه فيها، بينما الدّفع بالبطلان هو وسيلة المدعى عليه يدفع به دعوى المُدَّعي ولا يستطيع استعمالها قبل أن ترفع عليه الدّعوى، لذا لا ينقضي حقه في التمسك بهذا الدّفع مهما طالت المدّة[3]،وهذا ما أكّده القضاء ومثاله ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر: ((إن سقوط دعوى البطلان في حالة وجود العقد الباطل لا يترتّب عليه سقوط الدّفع بالبطلان مهما طال الزمن على أساس قاعدة أبدية الدّفوع...)) [4].

---

[1] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص164.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج3، مرجع سابق، ص 828 وما بعدها.

[3] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص142

[4] المحكمة العليا في الجزائر، الغرفة المدنيّة، ملف 391371، تاريخ 2007/11/21، م م ع، 2008، 2، 160. أشار له علي فيلالي، مرجع سابق، ص 354.

أما ما يتولد عن تقادم عقد الشّركة الباطل هو أمر مختلف فيه، حيث إن عقد الشّركة القائم على سبب من أسباب البطلان المطلق وفق رأي البعض[1] هو عقد غير موجود أصلاً ولا مجال معه للقول بوجود شركة لا قانونيّة ولا حتى فعليّة وحتى إن عقد الشّركة هذا لا يصحح بالتقادم مهما طال عليه الزمن، وذلك لأن البطلان الذي اعتراه يتعلّق بالمشروعية.

وهذا على خلاف ما اعتمده القضاء الكويتي الذي نصّ في حكم له لمحكمة التمييز: ((البطلان يعني العدم وأن إعمال عقد باطل لم تتوافر له أركانه يتنافى مع النظام العام، والقضاء ببطلان الشّركة يتخلّف عنه شركة فعليّة تصفى وفقاً للقواعد العامة في الشّركة الواقعية ولا يحتج على الغير حسن النيّة والمساهمين بالبطلان، ولا وجه للمحاجة بنصّ المادّة 3/186 من القانون المدنيّ الذي يقضي بسقوط دعوى البطلان بمرور خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد ذلك أن هذه المدّة – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنيّ – خاصّة برفع دعوى البطلان أمّا التمسك بالبطلان عن طريق الدّفع – كما هو الحال في الطعن الماثل – فلا يسقط الحقّ في التمسك به مهما طال الزمن))[2]. في حين ذهب جانب آخر[3] فيما يتعلّق بالبطلان الناتج عن عدم

---

[1] ومن أصحاب هذا الرأي د. بهاء الدّين العلايلي، النظريّة العامة للعقود في الفقه الأسلامي والقانون، المجلد الأوّل، لايوجد رقم طبعة، الرياض، دار الشّواف، عامّ 2008، ص 198. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص96 ومابعدها

[2] محكمة التمييز لدولة الكويت، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 121، لسنة 1999 قضائيّة، بتاريخ 13/ 12 / 1999. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 4:30 مساءً.

[3] أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 60-61.

المشروعية إلى التميز بين الغير حسن النيّة الذي لا يعلم بعدم المشروعية وبين الغير سيئ النيّة الذي يعلم بوجود الأسباب التي تبطل الشّركة، ففي رأيهم أنه لا يجوز الاحتجاج على الغير حسن النيّة بالبطلان كونه لا يعلم بعدم المشروعية ولا سيما أن العقد الذي بينه وبين الشّركة يستند إلى سبب مشروع، وعند الاستناد إلى هذا الرأي يمكن استنتاج أن للتقادم أثر في تصحيح عقد الشّركة الباطل.

وبرأينا إن إعمال التقادم فيما يخص عقد الشّركة الباطل بطلاناً مطلقاً هو أمر متوقف على ما يتولد خلال حياة الشّركة الفعليّة من حقوق ومعاملات للغير، فإذا لم يترتّب على وجود الشّركة أي حقوق للغير إن العقد يبقى باطل ولا يصحح بالبطلان ولا تنقلب معه الشّركة من باطله إلى شركة صحيحة، وعلى العكس من ذلك إذا ترتّب للغير حقوق ومراكز قانونيّة تبعاً لوجود الشّركة فالأولى مراعاة هذه الحقّوق وقبول دور التقادم في تصحيح وضع الشّركة وتحولها إلى شركة قانونيّة مراعاة لهذه الحقّوق.

أما العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي) هو عقد يصحح بالتقادم[1]، إذ يسقط الحقّ في إبطال عقد الشّركة إذا لم يتمسك به من شرع لمصلته خلال المدّة المحدّدة قانوناً فالحقّ في طلب إبطال العقد ليس حقاً أبدياً وإنّما هو حق مؤقت بمدّة معينة يسقط بعدها هذا الحقّ ويستقر العقد[2]، ومتى سقط الحقّ في رفع دعوى البطلان بالتقادم يمتنع عليه بعد مضي المدّة أن يتمسك بالإبطال

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 198

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 47.

بطريق الدّعوى أو بطريق الدّفع وذلك لأن عدم استعماله لهذا الحقّ يفترض أنه قد تنازل عنه[1]، هذا ويبدأ سريان المدّة بالنسبة لناقص الأهليّة من اليوم الذي يزول هذا السبب (أي من وقت بلوغ القاصر سن الرشد ومن وقت رفع الحجر عن المحجور عليه لسفه أو غفلة...)، أمّا في حالة الغلط أو التدليس تبدأ من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه أمّا المدّة القانونيّة للتقادم فهي تختلف من تشريع لآخر فعلى سبيل المثال وفق التشريع السوري يتعيّن أن يتمسك الشّريك بحقه في إبطال العقد خلال سنة واحدة تبدأ من اليوم الذي يزول فيه سبب نقص الأهليّة أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه حسب الحالة، هذا ولا يجوز في كلّ حال التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت (15) سنة من وقت تمام العقد [2]. وكذلك الحال في التشريع المصري، إلا أنه حدّد مدّة التمسك بالبطلان بثلاث سنوات[3]، بينما نصّ قانون الموجبات والعقود اللبناني على مدّة عشر سنوات لسقوط الحقّ في التمسك بدعوى البطلان مالم يحدّد القانون مهلة أخرى لحالة خاصّة [4].

وبتقادم هذا البطلان يسقط الحقّ في رفع دعوى البطلان ويزول السبب الذي يهدد الشّركة بالبطلان، إذ يكون أثر التقادم بالنسبة للعقد القابل للابطال

---

[1] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص165.

[2] م(141) من القانون المدنيّ السوري

[3] م(140) من القانون المدنيّ المصري

[4] م(235) موجبات وعقود لبناني.

كأثر الإجازة من حيث اعتبار العقد صحيحاً من وقت انعقاده [1]، وبالتالي يستقر العقد وتصبح الشّركة صحيحة ولا يجوز إبطالها بعد ذلك لا عن طريق الدّعوى ولا حتى عن طريق الدّفع [2].

في مقابل ذلك نصّ القانون التجاري الفرنسيّ في المادّة (9/235) على سقوط دعوى بطلان الشّركات بمرور مدّة ثلاث سنوات من يوم وقوع سبب البطلان، إذ إنّ نطاق تطبيق هذه المادّة منحصر في الشّركات التجارية المقيدة في السجل التجاري فقط، أمّا الشّركات الغير مقيدة في السجل التجاري فإنها تخضع للتقادم المنصوص عليه في القانون المدنيّ [3].

بناءً على ما سبق ذكره إن الشّركة التي تنشأ وتتعرض لسبب من أسباب البطلان ممّا يجعلها شركة فعليّة معيبة، يأتي التقادم ليطهرها من آثار العيب الذي لحق بها والمتمثّل بالبطلان، حيث يتجلى الأثر الأبرز للتقادم في حياة الشّركة الفعليّة في إزالة الخطر الذي كان يهدد عقد الشّركة، فيسقط الحقّ في التمسك ببطلان عقد الشّركة أو إبطاله، حتى إن غالبيه الفقه المصري وكذلك الفرنسيّ يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يرون أنه متى سقط حق الإدعاء ببطلان الشّركة الفعليّة بالتقادم، فإنه لا يمكن التمسك بالبطلان فيما بعد لا عن طريق الدّعوى المبتدأة ولا حتى عن طريق الدّفع به في دعوى مرفوعة، ممّا يؤدي إلى تصحيح الشّركة الفعليّة وتحويلها من شركة مهددة بالبطلان إلى شركة صحيحة

---

[1] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص165.

[2] د رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران مرجع سابق، ص443.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 366 وما بعدها.

فالتقادم مسقط لحق رفع دعوى البطلان وليس مزيلاً للعيب الذي اعترى الشّركة[1].

وبالتالي إن اكتساب الشّركة الفعليّة الصفة النظامية بمضي الزمن إنّما هو تأسيساً على إجازة أصحاب الشّأن لها، فسكوت المتعاقد طوال هذه المدّة الزمنيّة المحدّدة عن رفع دعوى البطلان يعني ضمناً أنه قبل تصحيح العقد [2].

---

[1] إلا أن محكمة النقض الفرنسيّة ذهبت إلى عكس ذلك، أي أجازت بعد مضي مدّة التقادم التمسك بالبطلان عن طريق الدّفع به مستندة في ذلك للقاعدة الرومانيّة (الحقّوق المؤقتة عن طريق الادعاء، مؤبدة عن طريق الدّفع). د رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص443.

[2] د.منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص 186.

المبحث الثّاني

انقضاء الشّركة الفعليّة

إن السعي الجاد لإنهاء الوجود الفعليّ للشركة المتعيبة وقلبه إلى وجود قانونيّ سليم سواء تمّ بالإجازة والتصحيح أو تمّ عن طريق التقادم قد لايؤدي إلى إنهاء الحالة التي تهدد الشّركة بالبطلان، وقد لا يتحقق النتيجة المرجوة في جميع مفترضات الشّركة الفعليّة نظراً لتنوعها وتعدد أشكالها، لذا إن بعض الشّركات الفعليّة التي يتعذر تحويلها إلى شركات قانونيّة نظراً لظروف معينة لا بدّ أن تنقضي وتزول من الوجود. وانقضاء الشّركة بشكل عامّ يعني:

((انحلال الرابطة القانونيّة التي تجمع الشّركاء فيما بينهم)) [1].

وانقضاء الشّركات يؤدي إلى زوال الشّركة بالمستقبل فقط، ويحافظ على آثارها بالنسبة للماضي وتبقى شخصيتها الاعتبارية قائمة خلال فترة التصفية[2].

هذا وإن انقضاء الشّركات الفعليّة قد يتم بأسباب مختلفة عن الأسباب التي تؤدّي لانتهاء الشّركات، إذ يعزى إلى البطلان الدّور الأكبر في قيام هذه الشّركات كونها نشأت بداية وهي فاقدة لأحد أركانها المهمة، فمن الممكن أن يتمسك أحد ممن له مصلحة قانونيّة بهذا البطلان ويدعي به خلال حياتها من

---

[1] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 389.

[2] إيناس أحمد بندقدار، انقضاء الشّركات التجارية، بحث علمي قانونيّ لنيل لقب أستاذة في المحاماة، نقابة المحامين، فرع دمشق، عامّ 2016، ص 23.

خلال دعوى البطلان بما يستتبع ذلك صدور حكم ببطلانها، ومن الممكن أيضاً ألا يلتفت أحد إلى العيب الذي فيها فتبقى مستمرة مع هذا العيب إلى أن تنتهي حياتها بأحد الأسباب العامة لانقضاء الشّركات. والشركات الفعليّة كما سبق القول ليست جميعها شركات باطلة، وذلك في الحالات التي تستند في قيامها إلى أسباب خلاف البطلان وفق ما أظهره الواقع العملي، وعليه إن الشّركة الفعليّة شأنها شأن الشّركة السليمة قد تتعرض أثناء حياتها لسبب قانونيّ يؤدي إلى حلها وانقضائها، ومتى قام السبب الذي ينهي حياة الشّركة الفعليّة مهما كان سواء بالاستناد إلى دعوى البطلان أو أسباب الحلّ القانونيّة، يتعيّن دخول هذه الشّركة بمرحلة هامّة تتجلّى بعملية تصفيتها وقسمة موجوداتها وأموالها التي نشأت نتيجة ممارساتها لغرضها ونشاطها خلال الفترة السابقة على الحكم بإنهاء حياتها، وهذه التصفية تختلف باختلاف العلاقات المترتّبة في الشّركة والتي يمكن أن تكون أمّا بين الشّركاء أنفسهم، وإما بينهم وبين الغير من دائني الشّركة ودائني الشّركاء الشّخصين من جهة، وإما بين هؤلاء الدّائنين من جهة أخرى.

وبناءً على ما سبق ذكره لا بدّمن الوقوف على تفصيل انقضاء الشّركة الفعليّة، من خلال التعرف على:

المطلب الأوّل: انحلال الشّركة الفعليّة.

المطلب الثّاني: تصفية الشّركة الفعليّة.

المطلب الأوّل

انحلال الشّركة الفعليّة

انحلال الشّركات هو الطريقة النظامية والطبيعية التي تنتهي بها حياة الشّركة السليمة حينما يتحقق سبب من الأسباب الموجبة لحلّ الشّركة، والشَّركة الفعليّة ما هي إلا استثناء من الوضع الطبيعي للشركات، فإما أن تكون شركة فعليّة باطلة أو شركة فعليّة فرضها الوجود الفعليّ والواقعي كنتيجة لممارساتها وتصرفاتها.

إن الانحلال وصف قانونيّ مغاير تماماً للبطلان، إذ إنّ بطلان العقد أو إبطاله يؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد [1] أي متى تقرّر بطلان الشّركة إن هذا البطلان لا يقتصر على مستقبل العقد فقط وإنّما ينصرف بأثر رجعيّ إلى ماضيه أيضاً، فالبطلان حالة مختلفه عن الانحلال.

أما الانحلال هو زوال الرابطة القانونيّة بين الشّركاء ووضع حد لحياة الشّركة في المستقبل بمجرد أن يتحقق سبب من أسباب الانحلال التي ينصّ عليها القانون، وإن تطبيق البطلان وأثره الرجعيّ على الشّركة الفعليّة التي مارست أعمالها ونشاطاتها هذا أمر لا ينسجم مع أهداف القانون في تحقيق الحماية لمصالح وحقوق الأطراف المتعاملين معها، كونها شركة اعترف

---

[1] محمد أحمد عابدين، زوال العقد، لايوجد رقم طبعة، الاسكندرية، منشأن المعارف، عامّ 2013، ص83

بوجودها الواقعي بغية توفير الحماية اللازمة لهذه المصالح وبالتالي إن الشّركة الفعليّة تعد قائمة في الماضي وباطلة في المستقبل، وإن الحكم الصادر بالبطلان يكون من قبيل حلّ الشّركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها [1]. هذا وتختلف طرق انحلال الشّركة الفعليّة وانتهاء حياتها تبعاً لسبب قيامها ووقت انكشاف هذا السبب. إذ قد تستند الشّركة الفعليّة في انقضائها إلى عدّة أسباب، منها أسباب تخص الشّركة الفعليّة القائمة نتيجة البطلان، فتنتهي حياتها وتُحلّ بموجب دعوى البطلان المقدمة ممن توافرت له المصلحة القانونيّة في رفعها، وقد تستند في حلها وانقضائها إلى الأسباب القانونيّة العامة لانحلال الشّركات شأنها شأن الشّركات القانونيّة، ويتحقّق هذا عندما تستمر الشّركة المتعيبة فترة من الزمن دون أن ينكشف العيب الذي رافقها منذ تأسيسها أو طرأ عليها فيما بعد، ومن ثم يظهر سبب من أسباب الحلّ القانونيّة يوجب حلها. وبناءً على ذلك إن الشّركة الفعليّة قد تنتهي بصدور حكم ببطلانها بناءً على دعوى البطلان أو وفق الأسباب العامة التي يحدّدها القانون لانحلال الشّركات، وبالاستناد لما تقدم إن انحلال الشّركة الفعليّة يندرج ضمن طائفتين:

الفرع الأوّل: انحلال الشّركة الفعليّة بدعوى البطلان.

الفرع الثّاني: انحلال الشّركة الفعليّة بالأسباب القانونيّة.

---

[1] سمير فرنان بالي، مرجع سابق، ص55.

الفرع الأوّل: انحلال الشّركة الفعليّة بدعوى البطلان

إن تخلّف أركان عقد الشّركة سواء موضوعيّة كانت أم شكلية يترتّب عليها بطلان الشّركة وقد ينتج عن هذا البطلان قيام شركة فعليّة، وإن كون عقد الشّركة باطل أو قابل للإبطال هذا أمر لا يكفي لترتيب آثاره، إنّما يتعيّن إثبات هذه الصفة وتقريرها أمّا عن طريق التراضي أي اتفاق الأطراف على اعتبار العقد باطل أو عن طريق التقاضي والذي يتمثّل في رفع دعوى البطلان أو الدّفع به عند وجود دعوى لطلب تنفيذ العقد [1].

صحيح كما سبق الذكر أن ليس كلّ شركة باطلة تعني أنها شركة فعليّة وليس كلّ شركة فعليّة يعني أنها باطلة، إلا أن البطلان الذي يخلف شركة فعليّة يحتاج في سبيل تقريره إلى دعوى وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائيّ ((إن بطلان الشّركة لا يتقرّر عند توافر أسبابه، إلا بناء على طلب ذوي المصلحة، فإذا كان هذا البطلان لم يطلب ولم يقرّر فتستمر الشّركة في نشاطها كشركة صحيحة...)) [2]، فعلى الرغم من شيوع حالات البطلان في

---

[1] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 549.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، القرار 53 / أساس / 180، 14 /2 /1999، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1529.

وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا لدوله الامارات: ((من المقرّر أن الشّركة الفعليّة هي التي يتقرّر بطلانها لعيب في تكوينها أو لإغفال شهرها، وكانت ذات كيان فعليّ في الماضي بمعنى أنه يجب لكي تعتبر الشّركة التجارية فعليّة أن يحكم ببطلانها..)). المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات العربيّة، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 210، لسنة 16 قضائيّة، بتاريخ 31/ 1 /1995. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 5:30 مساءً.

الشّركة الفعليّة، إلا أن العديد من التشريعات [1] لم يتضمّن قانون الشّركات فيها نصوص تتناول وتنظم دعوى بطلان الشّركة ممّا يعني العودة إلى نصوص القانون المدنيّ الخاصّ بهذه التشريعات والتي تتضمن أحكام تنظم دعوى البطلان، وبالمقابل هناك تشريعات كالتشريع الفرنسيّ تضمنت قوانينه نصوص تنظم حالة البطلان الذي يلحق بالشَّركة وكل ما يتعلّق بالدعوى المقامة لتقريره وعند العودة إلى نصوص القوانين التي تنظم دعوى البطلان بغض النظر عن القانون الذي ينظم أحكام دعوى البطلان سواء القانون المدنيّ أو القانون التجاري، يظهر أن ضرورة رفع دعوى البطلان هو أمر مختلف فيه بين الفقه التقليدي والفقه الحديث إذ يذهب الفقه التقليدي إلى اقتصار دعوى البطلان على البطلان النسبي، ولا ضرورة لرفعها في حالة البطلان المطلق، بينما يذهب الفقه الحديث إلى القول بضرورة إقامة دعوى البطلان في كلّ حالات البطلان المطلق والنسبي ومبررهم في ذلك أن البطلان المطلق هو وصف يلحق بالتصرف القانونيّ وأمر التأكّد منه يعود للقاضي تحت رقابة محكمة النقض كونه يتعلّق بتكيف العقد من حيث الصحّة من عدمه وبالتالي لا يجوز للشخص بصدد البطلان المطلق أن يتقاضي حقه بيده [2]. وعليه إن التعرف على دعوى بطلان الشّركة الفعليّة يستلزم الوقوف على:

أطراف دعوى البطلان (أوّلاً)، ثم التطرق لمعرفة الجهة المختصة بالنظر فيها (ثانياً)، ومن ثم التعرف على حجية وأثر الحكم الصادر فيها (ثالثاً).

---

[1] كالتشريع السوري، اللبناني، العراقي، الاردني، وكذلك الإماراتي

[2] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 552.

أوّلاً: أطراف دعوى البطلان

إن دعوى بطلان الشّركة الفعليّة شأنها شأن سائر الدّعاوى القضائيّة تحتاج لوجود جهتين فيها تتمثّل بالجهة المُدَّعية والجهة المدعى عليها.

أمّا الجهة المُدَّعية فهي تمثّل الأطراف التي يحق لها التمسك بدعوى البطلان [1]، حيث إن الحقّ في رفع دعوى البطلان يثبت لكل ذي مصلحة[2]، والمقصود بالمصلحة هو كلّ حق يتأثر بصحّة التصرف أو بطلانه على أن لا يكون منفعة يسيرة لا ترتقي إلى مرتبة الحقّ، ولا بدّأن تكون مصلحة المُدَّعي منصبة على نشر احترام القاعدة القانونيّة المعتدى عليها لا أن تكون منصبة على إزالة الشّركة[3]، أي توافر المصلحة القانونيّة، واستناداً لذلك إن المصلحة في رفع دعوى البطلان ليست واحدة إذ توجد مصلحة عامّة ومصلحة خاصّة ممّا ينعكس ذلك على الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى البطلان إذ يختلفون تبعاً لاختلاف نوع المصلحة، فالبطلان المطلق مقرّر لحماية المصلحة العامة، أي يحق للشركاء [4] والغير على السواء التمسك بدعوى البطلان

---

[1] ((من لا صفة له لا تسمع دعواه)). محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الثّانيّة، أساس 305 قرار 438، تاريخ 2005/4/5. أشارت له مجلة المحامين، العددين 1-2، شباط، 2006.

[2] محمد أحمد عابدين، زوال العقد، مرجع سابق، ص85 .

[3] د. جميل الشّرقاوي، النظريّة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربيّة، عامّ 1984، ص 237 ومابعدها.وكذلك د.مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 369.

[4] محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 354، لسنة 30 قضائيّة، بتاريخ 1965/11/9. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 1:00 صباحاً.

وللمحكمة أيضا أن تقضي به من تلقاء نفسها [1]. في حين تتجلّى المصلحة الخاصّة في العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي)، فيكون للشركاء ناقصي الأهليّة أو الذين تعيب رضاهم بأحد عيوب الإرادة وحدهم [2] دون باقي الشّركاء، ولخلفهم العامّ كالوارث والخاصّ كدائنيه الحقّ في رفع دعوى البطلان[3]، إلا أن هناك حالة تسمح لباقي الشّركاء التمسك في دعوى البطلان النسبي شريطة أن يكون نقص الأهليّة أو عيب الإرادة مجهولاً لهم، أي يكونوا قد وقعوا في غلط حول صفة جوهرية في الشّريك [4]. وللغير الذي تعامل مع الشّركة ونشأ له حق بذمتها الاحتجاج بالبطلان في مواجهة الشّركاء والتمسك بدعوى بطلان الشّركة كونه صاحب مصلحة يحميها القانون [5].

هذا ويمكن إثبات الشّركة الفعليّة بكافة طرق الإثبات التي يجوز الأخذ بها بما فيها البينة الشخصيّة، وهذا الأمر ينطبق على الشّركاء في الحالة التي لا يوجد فيها مستند خطي، وهذا ما قضت به محكمة النقض السورية: ((إن الاجتهاد القضائيّ أجاز للشركاء استثناء من مبدأ الاثبات بالكتابة إقامة الدّليل بجميع طرق الإثبات على وجود الشّركة فيما بين الشّركاء حتى في حالة عدم

---

[1] د.مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 47.

[2] ((العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهليّة أو لعيب شاب الإرادة له وجود قانونيّ إلى أن يتقرّر بطلانه، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرّر البطلان لمصلحته...)) نقض مصري 1981/2/21، طعن 790 س 50 ق، اشار له.محمد أحمد عابدين، زوال العقد، مرجع سابق، ص126.

[3] د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 561 ومابعدها.

[4] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 363.

[5] د. لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، لايوجد رقم طبعة، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، عامّ 1993، ص 194.

تنظيم عقد وعدم شهرها وذلك من أجل إنهائها وتصفيتها ويتناول الإثبات في هذه الحالة الوجود الواقعي للشركة الباطلة قبل تقرير بطلانها...)) [1]، وللغير أيضاً إثبات وجود الشّركة بجميع وسائل الإثبات بما فيها الشّهادة [2] .

أما الجهة المدعى عليها في دعوى بطلان الشّركة الفعليّة هو أمر مختلف فيه، هل تتمثّل في الشّركة الفعليّة ذاتها؟ أم تتمثّل في الشّركاء بدلاً منها؟

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسيّ [3] إلى مخاصّمة جميع الشّركاء واعتبارهم الطرف الثّاني في دعوى البطلان، وذلك لأن أهليّة الشّركة الفعليّة في التقاضي هي أهليّة ناقصة لا تخولها أن تكون مُدَّعية أو مدعى عليها كونها لا تتمتع بالشخصة المعنويّة ولا وجود لها أمام الغير [4].

---

[1] محمكة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /3027، أساس /7358، 10/ 11/ 1993، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1522.

يقابل هذا الحكم ماقضت به محكمة التمييز في المملكة الأردنيّة: ((إن اقرار المُدَّعية بدفع المبلغ المدعى به لتكوين شركة مع المدعى عليه يجعل لهذه الشّركة وجوداً صحيحاً باعتبارها شركة فعليّة....)). محكمة التمييز للمملكة الأردنيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 1188 - لسنة 1990.

وكذلك ما قضى به القضاء الاماراتي: ((أما شركات الواقع فإنه يجوز إثبات وجودها بشهادة الشّهود...)) المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 779، لسنة 22 قضائيّة، بتاريخ 21 / 5 /2003.موجودين على الموقع الالكتروني www.eastlaws.com، تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 5:00 مساءً.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة، الغرفة الثّانيّة، قرار رقم 1957، أساس 2438، تاريخ 1997/12/21، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ ج 2، ص 1519.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 377.

[4] وهذا ماقضت به محكمة البداية في عمان بحكم رقم 498/ط/83/ تاريخ 1984/7/19.غير منشور، اشار له د. مفلح عواد، مرجع سابق، ص 377.

بينما ذهب جانب آخر [1] إلى اعتبار الشّركة الفعليّة هي الجهة المدعى عليها في دعوى البطلان وهي عبارة عن كائن قانونيّ يتمتع بالشخصيّة المعنويّة ومن الثّابت أن حق التقاضي هو من الآثار التي تترتّب على الاعتراف بهذه الشخصيّة [2]، وبأن لعقد الشّركة وجود قانونيّ كامل حتى يتقرّر بطلانها، وبالتالي يحق لها المثول أمام القضاء كمُدَّعية أو مدعى عليها [3] طالما لم يحكم ببطلانها بعد، وإذا حكم ببطلانها تعتبر شركة فعليّة لها شخصيّة معنويّة بقدر ما هو ضروري لتصفيتها وتمتلك بالتالي حق المداعاة [4].

ونحن نؤيّد الرأي الذي يعترف للشركة الفعليّة بالشخصيّة المعنويّة وما يترتّب على هذا الاعتراف من حقها في التقاضي كمُدَّعية أو مدعى عليها عن

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 202.

[2] أحمد عبد اللطيف غطاشة، الشّركات التجارية، الطبعة الأولى، عمان – الاردن، دار صفاء للنشر، عامّ 1999، ص 51.

[3] وهذا ما أشار له القضاء الأردني: ((إن توقيع المميز على الكمبيالات المسحوبة لأمر المميز ضدها باسم الشّركة فإنه وإن ثبت عدم وجود الشّركة أو عدم تسجيلها لدى مراقب الشّركات لا يمنع من وجودها فعلا، فهي بالنسبة للمميز ضدها شركة فعليّة والمميز صاحبها وممثلها ويلزم بالوفاء بحقوق المتعاقدين معها فإذا أقيمت الدّعوى على الشّركة أو على ممثلها فالأمر سيان إذ لا يجوز للمميز الإفلات من التزامه كونه تعامل مع الآخرين بمظهر غير قانونيّ (فمن سعى الى نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه) كما أن تعامله مع المميز ضدها بصفته الشخصيّة يلزمه بالوفاء بقيمة الكمبيالات التي وقعها فكلا من الصفتين التي تعامل بهما مع المميز ضدها يجعله مدينا لها بقيمة الكمبيالات)). محكمة التمييزالاردنيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 1519، لسنة 1995 قضائيّة. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/7. الساعة 1:00 مساءً.

[4] حكم لمحكمة التمييز اللبنانيّة، غ 1، قرار رقم 56 ت 24 /10 /1958، باز، 1958، ص 94.أشار له د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 202.

طريق ممثلها أمام القضاء كمديرها أو المصفي إذا كانت بمرحلة التصفية أو وكيل التفليسة في حال إفلاسها، كما أنه لا يمكن مخاصّمة جميع الشّركاء الفعليّن مهما بلغ عددهم في الشّركة الفعليّة كونه أمر صعب التحقق من الناحية العملية ولا سيما الحال في شركات الأموال نظراً لما تتضمنه من أعداد كبيرة.

ثانياً: الجهة المختصّة بنظر دعوى بطلان الشّركة الفعليّة:

يعود أمر النظر في دعوى بطلان الشّركة الفعليّة للجهة القضائيّة صاحبة الاختصاص للنظر فيما يتعلّق بالشركات، ففي بعض الشّريعات كالتشريع السوري والأردني على سبيل المثال[1] تعتبر محكمة البداية المدنيّة هي صاحبة الاختصاص للنظر في المسائل المدنيّة والتجارية على حد سواء وبناءً على ذلك إن المحكمة المدنيّة هي صاحب الاختصاص للنظر في دعوى بطلان الشّركة الفعليّة سواء كانت الشّركة مدنيّة أو تجارية.

ووفق تشريعات أخرى كالتشريع الفرنسيّ والسعودي تختلف الجهة القضائيّة المختصة تبعاً لاختلاف موضوع الشّركة، ففي فرنسا إذا كانت الشّركة مدنيّة تختص المحكمة المدنيّة للنظر في دعوى البطلان المتعلّقة فيها، وإذا كانت دعوى البطلان متعلّقة بشركة تجارية يعود اختصاص النظر فيها للمحكمة التجارية بصرف النظر عمّا إذا كان العيب المسبب للبطلان يستند على قواعد القانون المدنيّ[2].

---

[1] م (1) من قانون الشّركات السوري، م(2/أ) من قانون الشّركات الأردني رقم 57 لسنة 2006.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 370.

وكذلك الحال وفق النظام السعودي حيث يختص ديوان المظالم للنظر في المنازعات المتعلّقة بالشركات التجارية [1]، بينما تبقى المحاكم العامة هي صاحبة الاختصاص للنظر في الدّعاوى المتعلّقة بالشركات المدنيّة الفعليّة [2].

ثالثاً: حجية وأثر الحكم الصادر في دعوى البطلان

إن الحكم القضائيّ الصادر من الجهة المختصة في دعوى البطلان سواء صدر برفض دعوى البطلان أو قبولها والحكم ببطلان الشّركة، إن الحجية التي يحوزها هي مثار جدل بين الفقهاء، حيث قيل إن الأحكام التي تصدر برد دعوى البطلان هي ذات حجية نسبية، أي من الممكن سماع دعوى بطلان ثانيّة بحق الشّركة، إلا أن هذا الرأي قد جوبه بالنقد من قبل البعض إذ إنّ الأخذ به يسمح بتعرض الشّركة لدعاوى كيدية تطالب ببطلانها لذا يرى أن لهذا الحكم حجية مطلقة [3]، في حين أن الأحكام التي تصدر بقبول دعوى البطلان تتمتع بالحجية المطلقة في مواجهة كافة الأشخاص وسواء تعلّق البطلان بمصلحة عامّة أو خاصّة، وعليه ذهب القضاء إلى اعتبار الحكم الصادر برد دعوى البطلان ذا حجية نسبية، والحكم الصادر ببطلان الشّركة الفعليّة بأنه ذا حجيّة مطلقة، وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسيّة في قرارها الصادر في 1938/5/18[4].

---

[1] المرسوم الملكي رقم م 63، تاريخ 11/26/ 1407. وقرارمجلس الوزراء رقم 241، تاريخ 1407/10/26هـ.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 371 وما بعدها.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 381.

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 381 ومابعدها.

أما أثر الحكم القضائيّ الصادر ببطلان الشّركة يتجلى في النتائج الهامّة التي تترتّب على حياة الشّركة الفعليّة الماضية والمستقبلية:

ففي الفترة الماضية التي تسبق صدور الحكم ببطلان الشّركة: استقر القضاء[1] على اعتبار الشّركة التي استجمعت شروط الشّركة الفعليّة، أنها شركة صحيحة معترف بوجودها الفعليّ وبصحّة ما قامت به من أعمال وأنها ملزمة بجميع تعهداتها خلال المدّة السابقة للحكم بالبطلان، أي تعطيل مفعول الأثر الرجعيّ للبطلان وذلك لسلامة واستقرار حقوق الأفراد والمراكز القانونيّة ومن الأحكام القضائيّة المؤكدة لذلك حكم محكمة النقض المصرية والذي ينصّ على: ((البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشّهر والنشر ليس له أثر رجعيّ بل تظلّ الشّركة قائمة باعتبارها شركة فعليّة ويسري عقدها في مواجهة الشّركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به ويكون للشركاء فيها الحقّ في المطالبة بالأرباح الناتجة قبل ذلك القضاء إذ لا أثر للبطلان على قيامها وأعمالها...))[2].

---

[1] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 48.

[2] محكمة النقض المصرية، النقض المدنيّ، الطعن رقم 422، لسنة 72 قضائيّة، بتاريخ 2010/2/8 وكذلك الطعن رقم 1595، لسنة 54 قضائيّة، بتاريخ 1 / 2 / 1993.
يقابل هذا الحكم ما قضت به محكمة التمييز الكويتية: ((من المقرّر وحتى بدون نصّ قانونى إعمالاً لنظريّة الشّركة الفعليّة أن يبقى عقد الشّركة المكتوب قائماً منتجاً آثاره الى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشّركاء الدّعوى ببطلان الشّركة...)). محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 237، لسنة 1987 قضائيّة، بتاريخ 29/ 5 / 1988. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 3:00 صباحاً.

أما الحكم القاضي ببطلان الشّركة الفعليّة يؤدي إلى تعطيل جميع آثارها بالنسبة للمستقبل واعتبارها شركة باطلة، وبالتالي يتعيّن تصفيتها فيكون لها الشخصيّة المعنويّة اللازمة لحاجات التصفية [1] وهذا ما أكّدته محكمة التمييز البحرينيّة في حكمها: ((القضاء ببطلان الشّركة لعدم استيفائها الشّكل الذي أوجبه القانون لقيامها، لا يتناول إلا مستقبل العقد، في حالة ما إذا كانت الشّركة قد باشرت عملها وتعاملت مع الغير، وذلك حماية للوضع الظاهر وللمراكز القانونيّة التي استقرت، ومن ثم يتحتم – إذا ما قضى بالبطلان – حلّ الشّركة وتصفيتها، ولكنه لا يمس ماضي الشّركة، إذ تعد موجودة وقائمة، ويعد العقد صحيحًا وقائماً طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان، ويكون – بحسب الأصل – هو الأساس في تسوية حقوق الشّركاء والتزاماتهم))[2].

وبناءً على ذلك إن بطلان الشّركة الفعليّة بموجب الحكم القضائيّ هو من قبيل حلّ الشّركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها [3]، وهذا ما أكّده القضاء أيضاً، حيث قضت محكمة النقض المصرية: ((أن بطلان عقد شركة التضامن لعدم شهره ونشره هو من قبيل حلّ الشّركة قبل أن يحين ميعاد انقضائها وليس له من أثر فيما بين الشّركاء إلا من وقت القضاء به فيظلّ عقد الشّركة رغم

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص 202.

[2] محكمة التمييز لمملكة البحرين، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 80، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 8/ 3 / 2004. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/4. الساعة 3:00 صباحاً.

[3] د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الاعمال التجارية والتجار والشركات التجارية والملكية التجارية والصناعية، لايوجد رقم طبعة ولا مكان، الدّار الجامعية، لايوجد عامّ، ص314. وكذلك: نورا صالح البيطار، مرجع سابق، ص 55.

بطلانه منظما لحقوق الشّركاء باعتبار الشّركة في هذه الحالة منذ تكوينها وإلى الحكم ببطلان عقدها شركة فعليّة))[1].

[1] محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 688، لسنة 64 قضائيّة، بتاريخ 8 / 11/ 1995. وكذلك الطعن رقم 1393، لسنة 50 قضائيّة، بتاريخ 23 / 3/ 1987.

ويقابل هذا الحكم ما قضى به القضاء في سلطنة عمان: ((تحقيقًا للعدالة والاستقرار للمراكز القانونيّة لم يجد القضاء بدًا من قصر البطلان في الشّركات الفعليّة على المستقبل بدون أن ينسحب على الماضي بمعنى أنه اعترف بوجود الشّخص المعنويّ الناشئ عن العقد الباطل وجودًا فعليّا واقعيًا لا وجودًا شرعيًا قانونيّا وعلى هذا الأساس يكون البطلان بمثابة انحلال مسبق للشركة ولا ينتج آثارًا إلا من تاريخ صدور الحكم وبالنسبة للمستقبل فقط، وتصفى الشّركة كشركة فعليّة)). سلطنة عمان، الدّائرة التجارية، الطعن رقم 34، لسنة 2004 قضائيّة، بتاريخ 9/ 6 / 2004. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 3:00 صباحاً.

الفرع الثّاني: انحلال الشّركة الفعليّة بالأسباب القانونيّة

يُعـرف الانحـلال بأنـه ((انقضـاء عقـد الشّـركة وزوال شخصـيتها الاعتباريـة))[1]. إذاً إن انحـلال الشّركة أو وفق مـا يطلـق عليـه البعض (فسخ الشّركة)[2] هو الوضع الطبيعي الذي تنتهي به حياة الشّركات بصفة عامّة مهما اختلفت الأسباب القانونيّة المؤدية للحل، إلا أن الانحلال لا يقتصر فقط على الشّركات القانونيّة، إنّما من الممكن أن تخضع لـه الشّركة الفعليّة، ويعود أمر ذلك إلى سبب وجود الشّركة الفعليّة وإلى نمط الحياة التي عاشتها، حيث إن الوجود الفعليّ للشركة وإن كان يعزى في بعض حالاته للبطلان كنتيجة لوجود عيب في تكوين الشّركة، إلا أن هذه الشّركة قد لا يظهر تنازع وخصومات أثناء حياتها، وبالتالي من الممكن أن تستمر في نشاطها كشركة صحيحة لفترة طويلة دون أن يفكر أحد من الشّركاء أو الغير في التمسك بالعيب الذي لحق بالشَّركة والمطالبة ببطلانها وهذا ما أكّده القضاء: ((إذا كان البطلان لم يطلب ولم يقرّر فتستمر الشّركة في نشاطها كشركة صحيحة، ويكون للشركة بالتالي في المرحلة السابقة للحكم ببطلانها أن تجري العقود والالتزامات...))[3].

الأمر الذي يؤدّي في نهاية المطاف إلى اللجوء لحلّ الشّركة في حال ظهر سبب قانونيّ يستدعي حلها. وهذا الأمر لا يقتصر فقط على الشّركات الفعليّة التي سببها البطلان بل إن انحلال الشّركة بالأسباب القانونيّة يمتد أيضاً

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص189.

[2] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 375.

[3] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /53 / أساس /180، 14 /1999/2، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1529.

ليشمل الشّركة التي نشأت صحيحة ثم تعرضت أثناء حياتها لسبب خلاف البطلان جعل وجودها فعليّاً بعد أن كان صحيحاً وقانونيّاً وتستمر بهذا الوجود إلى أن تتعرض لسبب قانونيّ يؤدي إلى حلها بقوة القانون؛ أي: انقضاء حياتها شأنها شأن الشّركة التي تقوم على أسس قانونية سليمة.

أما المقصود بالأسباب القانونيّة، فهي الأسباب التي حدّدها القانون والتي يترتّب على توافرها انحلال الشّركة سواء كانت الشّركة قانونيّة أو شركة فعليّة لم يتمسك ببطلانها وهذه الأسباب تصنف ضمن طائفتين [1]:

الطائفة الأولى تتمثّل بأسباب الانقضاء العامة؛ أي: التي تنقضي بها جميع الشّركات على اختلاف شكلها ونوعها، أمّا الطائفة الثّانيّة تتجلّى بأسباب الانقضاء الخاصّة التي تتعلّق بشركات الأشخاص كونها أسباب تتعلّق بالاعتبار الشّخصي للشركاء أمّا أسباب الانقضاء العامة منها ما يعود لإرادة الشّركاء أنفسهم باعتبار أن الشّركة عقد، سواء تمّ التعبير عن هذه الإرادة في العقد نفسه أو تمّ باتفاق لاحق (أولاً)، ومنها ما يكون راجع لأسباب لاعلاقة لإرادة الشّركاء بها كالشَّركة التي تفقد أحد أركانها القانونيّة بعد أن تأسست مستجمعة لهذه الأركان[2] (ثانياً).

---

[1] إيناس أحمد بندقدار، مرجع سابق، ص 23. وكذلك د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 390.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 191.

أوّلاً- الأسباب الإرادية لانقضاء الشّركات الفعليّة:

إن الأسباب الإرادية لانقضاء الشّركات القانونيّة بصفة عامّة والشَّركة الفعليّة على وجه الخصوص تظهر فيها رغبة الشّركاء في إنهاء حياة الشّركة، حيث تتجلّى في:

1- انتهاء مدّة الشّركة: وذلك في الشّركة التي يكون وجودها محدّد بميعاد معين بموجب اتفاق الشّركاء عند تأسيسها، وبانقضاء هذا الميعاد تنتهي حياتها.

2- انتهاء الغرض أو المشروع الذي تأسست الشّركة لانجازه، فبمجرد التحقق الكامل للغاية التي تأسست الشّركة من أجلها أو استحال تنفيذها لأي سبب كان تنقضي الشّركة تبعاً لذلك [1].

3- اتفاق الشّركاء على حلّ الشّركة قبل انتهاء مدتها شريطة أن تكون الشّركة موسرة قادرة على الوفاء بالتزاماتها وذلك حتى لا يكون الاتفاق على الحلّ سبيلاً للإفلات من الإفلاس وهذا ماتفق عليه الفقه والقضاء[2]. وهذا الأمر يستوجب إجماع الشّركاء على الحل، مالم يكن الشّركاء متفقين على نسبة محدّدة للموافقة على الحلّ والقانون يجيز ذلك[3].

---

[1] أحمد عبد اللطيف غطاشة، مرجع سابق، ص 62.

[2] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص70.

[3] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 392.

4- الاندماج بين شركتين أو أكثر ذات غرض ونشاط متشابه أو متكامل سواء تمّ بطريقة الضم أو بطريقة المزج[1] يعد حلّ للشركة قبل انتهاء مدتها أو غرضها التي تأسست لإنجازه[2].

ثانياً- الأسباب اللإرادية لانقضاء الشّركات الفعليّة:

قد تنقضي الشّركة الفعليّة بموجب أسباب لا إرادية تتجلّى في:

1- هلاك أموال الشّركة جميعها أو جزء مهم منها، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها، أي تصبح غير قادرة على القيام بأعمالها، والهلاك قد يكون مادياً وقد يكون معنويّاً كما لو سحب الامتياز الممنوح للشركة[3].

2- حلّ الشّركة بحكم قضائيّ: إن القانون أجاز لكل شريك أن يتقدم بطلب حلّ الشّركة إلى المحكمة، شريطة أن يكون مستنداً في طلبه إلى

---

[1] (الاندماج بطريقة الضم) يعني: ضم شركتين أو أكثر من واحدة في شركة قائمة وموجودة من قبل ونقل ذمتها إلى الشّركة الدّامجة، فتزول الشخصيّة المعنويّة للشركة الأولى وتنتقل التزاماتها إلى الشّركة الثّانيّة التي تظلّمحتفظة بشخصيتها المعنويّة.أما (الاندماج بطريقة المزج أو الاتحاد) فيعني: حلّ شركتين أو أكثر وتأسيس شركة جديدة تنتقل إليها الذمم الماليّة للشركات المندمجة، فتزول الشخصيّة المعنويّة للشركات المندمجة وتنتقل جميع التزاماتها إلى الشّركة الجديدة.

أحمد الدّجاني، الآثار الناشئة عن دمج الشّركات المساهمة، بحث أعد لنيل درجة الماجستير، كلية الحقّوق، جامعة دمشق/ قسم القانون التجاري، عامّ 2013-2014، ص21، 22. وكذلك د. حسني المصري، إنّماج الشّركات وانقسامها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، لايوجد مكان، دار الكتب القانونيّة، عامّ 2007، ص 47، 48.

[2] محمد حسين اسماعيل، الاندماج في مشروع قانون الشّركات الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد الأوّل، 1986، ص 111 وكذلك د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، 101 وما بعدها.

[3] د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 331.

أسباب مشروعة تبرر الحل، أو وفق ما يسمها البعض (الأسباب العادلة) [1]، وللمحكمة السلطة التقديرية في تقدير سبب الحلّ [2] ومثال ذلك عدم تنفيذ أحد الشّركاء أو كلهم التزاماتهم وتعهداتهم اتجاه الشّركة[3]، أو وجود خلاف هامّ وجسيم بين الشّركاء يتعذر معه استمرار الشّركة في عملها أو يترتّب عليه خسائر فادحة للشركة[4]، أو وجود تعسف في استعمال السلطات الممنوحة لمديري الشّركة... الخ، وهذا الحقّ المعطى لكل شريك متعلّق بالنظام العامّ والاتفاق على استبعاده باطل[5].

3- شهر إفلاس الشّركة يؤدي إلى انقضاء الشّركة التجارية بحكم القانون بمجرد صدور حكم المحكمة المختصة القاضي بإفلاسها[6]، إلا أن هناك رأي يقول بأنّ إفلاس الشّركة ذاتها لا يعد سبباً لانقضاء الشّركة، لأن الإفلاس قد ينتهي بالصلح الواقي مع الدّائنين، ممّا يستتبع عودة الشّركة لنشاطها، وإن انتهى الافلاس بالاتحاد وبيع ما للشركة يحصل هنا انقضائها وذلك لهلاك مالها [7].

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 196.

[2] أحمد عبد اللطيف غطاشة، مرجع سابق، ص 67.

[3] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 98 ومابعدها.

[4] إيناس أحمد بندقدار، مرجع سابق، ص 30، 31.

[5] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 389.

[6] د. لطيف جبر كوماني، مرجع سابق، ص 219. وكذلك د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 97.

[7] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج3، مرجع سابق، ص 73.

4- تأميم الشّركة: وهو نقل ملكية الشّركة من الملكية الخاصّة إلى الملكية العامة؛ أي: نقل جميع الحصص إلى شريك واحد وهو الدّولة[1]، بما يفيد المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصّة [2].

إنّ أثر التأميم في انقضاء الشّركة هو أمر مختلف فيه[3] فهناك جانب الحقّ التأميم بأسباب انقضاء الشّركات كونه يؤدي إلى نشوء شخص قانونيّ جديد لا علاقة له بالشخص الذي كان قائماً قبل التأميم، بينما ذهب جانب آخر إلى أن التأميم لا يترتّب عليه انقضاء الشّركة المؤممة وزوال شخصيتها المعنويّة وإنّما تظلّ هذه الشخصيّة الاعتبارية التي كانت قبل التأميم والذمة الماليّة المستقلة وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية [4].

---

[1] د. هشام زوين، الموسوعة العلمية في تأسيس الشّركات التجارية والمدنيّة، ج1، ط2، القاهرة، مركز محمود للإصدارات القانونيّة، عامّ 2008، ص171

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 115.

[3] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق ذكره، ص 116 ومابعدها.

[4] ((مؤدى نصوص القانون رقم 117 لسنة 1961 بتأميم بعض الشّركات والمنشآت ومذكرته الايضاحية أن الشّارع لم يشأ انقضاء المشروع المؤمم بمقتضى هذا القانون بل رأى الابقاء على شكله القانونيّ واستمرار ممارسته لنشاطه مع إخضاعه لإشراف الجهة الإدارية التي يرى إلحاقه بها وهذا الإشراف لايعني زوال شخصيّة المشروع المؤمم بل تظلّله هذه الشخصيّة الاعتبارية التي كانت له قبل التأميم وذمته الماليّة المستقلة بما عساه يكون عالقاً بها من التزامات))، نقض جزائي 24 حزيران 1963 مجموعة أحكام النقض س 14 ص 565، نقض مدنيّ، 30 كانون الأوّل 1974، المجموعة س25 ص 1506 ونقض مدنيّ 27 كانون الثّاني 1975، المجموعة س 26 ص 257.أشار لهم د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 117.

5- زوال أحد أركان الشّركة بعد أن تأسست بشكل قانونيّ سواء كانت أركان موضوعيّة أو شكلية[1]، كتركيز جميع الحصص في يد شريك واحد في غير حالة شركة الشّخص الواحد[2]، وانتفاء المحلّ في الشّركة ونقص عدد الشّركاء عن الحد الأدنى المقرّر قانوناً دون تصحيح وضع الشّركة تنحلّ به الشّركة... الخ يؤدي إلى انحلال الشّركة وتفقد شخصيتها المعنويّة[3].

أمّا أسباب الانقضاء الخاصّة التي تتعلّق بشركات الأشخاص هي أسباب تتصل بالشريك، كون شركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشّخصي للشركاء وعلى الثّقة المتبادلة بينهم، لذا تنقضي الشّركة إذا انهار هذا الاعتبار ويكون عادةً بسبب انسحاب الشّريك من الشّركة أو إفلاسه أو فقد أهليته والحجر عليه [4] أو وفاته، مالم يتفق باقي الشّركاء على استمرار الشّركة فيما بينهم بمعزل عن الشّريك الذي أصابه أحد الأسباب سابقة الذكر[5].

إن تحقق أحد أسباب الانقضاء السابقة الذكر من المفترض أن يؤدي إلى حلّ الشّركة الفعليّة (فسخها) بشكل تلقائي، إلا أن هناك حالات يحصل فيها منازعات فيما بين الشّركاء نتيجة لعدم رضاهم بالوضع الجديد الذي آلت إليه الشّركة، فيعود أمر البت في حلّ وانقضاء الشّركة للمحكمة ويتم ذلك عن طريق

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 199 ومابعدها.

[2] إيناس أحمد بندقدار، مرجع سابق، ص 40.

[3] د. هشام زوين، مرجع سابق، ص172

[4] د. هشام زوين، مرجع سابق، ص 174.

[5] د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 336 وما بعدها.

دعوى يرفعها صاحب المصلحة سواء كان من الشّركاء أو الغير طالباً فيها حلّ الشّركة الفعليّة ومن ثم تصفيتها[1]، ويحوز الحكم الصادر في هذا الشّأن على الحجية المطلقة، وأما فيما يتعلّق بآثار الحلّ فهي واحدة سواء في الشّركة السليمة أو الفعليّة، تشمل مستقبل الشّركة فقط أمّا حياة الشّركة وأعمالها في الماضي فلا تتأثّر بالحلّ (الفسخ)[2]، وبهذا الحكم تنتهي حياة الشّركة في مواجهة الشّركاء والغير وتدخل الشّركة في دور التصفية وتخضع لأحكامها. ولا بدّ من الإشارة إلى أن دعوى الحلّ لم تنظّم إجراءاتها وفق النصوص القانونيّة كما هو الحال في دعوى بطلان الشّركة، ممّا يستدعي اقتباس بعض الأحكام الواردة بخصوص دعوى البطلان وجعلها تنطبق على دعوى الانحلال بقوة القانون إذا كان ذلك ممكناً [3].

---

[1] على خلاف بعض التشريعات كالتشريع الانجليزي فالتصفية فيه تسبق قرار فسخ الشّركة وانحلالها، د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 391.

[2] محمد محمود المصري، ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثّالثة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1997، ص42.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 386 ومابعدها.

المطلب الثّاني
تصفية الشّركة الفعليّة

إن انتهاء حياة الشّركة الفعليّة التي مارست نشاطها وزاولت أعمالها لمدّة زمنيّة كفيلة بتملكها للأموال وبتعدد روابطها القانونيّة مع الغير، سواء كان هذا الانتهاء بمقتضى دعوى البطلان أو وفق أحد الأسباب القانونيّة لانحلال الشّركات، يترتّب عليه انتهاء لجميع أعمال الشّركة ونشاطاتها، إلا أنه لا يعد انتهاءً كاملاً لحياتها؛ وذلك لأن انتهاء الشّركة الفعليّة بحاجة لدخول هذه الشّركة إلى مرحلة هامّة ملازمة لانقضاء الشّركة لا يمكن الاستغناء عنها تتجلّى بعملية تصفية الشّركة عقب انقضائها والتصفية لا تقتصر فقط على حالة انحلال الشّركة، إنّما يجب اجراؤها أيضاً في حالة الحكم ببطلان الشّركة سواء تخلّف عن ذلك شركة فعليّة أم لم يتخلّف[1]، إذ تعتبر هذه المرحلة الشّرارة التي ساهمت في خلق وولادة نظريّة الشّركة الفعليّة، حيث وجد فيها القضاء[2]

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 212. وكذلك – إيناس أحمد بندقدار، مرجع سابق، ص 59.

[2] أشارت لذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها: ((إذ كان مؤدى نصّ المادّة 54 من قانون التجارة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المُشَرِّع أعتبر الشّركة الباطلة لعدم شهر ونشرعقدها قائمة فعلاً بين الشّركاء فى الفترة من تكوينها إلى طلب البطلان قد إشترط أن تكون هذه الشّركة قد باشرت بعض أعمالها عملاً بان إكتسبت حقوقاً وإلتزمت بتعهّدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع ليصل الشّركاء من ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقين، وهو ما أريد تفاديه بالإلتجاء إلى فكرة الشّركة الفعليّة)). محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 1198، لسنة 52 قضائيّة، بتاريخ =

الملاذ لحلّ المشكلات التي كانت تواجههم عند تصفية الشّركات التي افتقدت للعنصر القانونيّ أمّا عند تأسيسها أو أثناء حياتها.

إن نظريّة الشّركة الفعليّة التي تبناها الفقه والقضاء لا يقتصر مجال تطبيقها على علاقات الشّركة بالغير وإنّما تشمل العلاقة فيما بين الشّركاء أنفسهم فتظهر ضرورة التصفية لتسوية معاملات الشّركة الفعليّة مع الغير وأيضاً لتصفية العلاقات فيما بين الشّركاء، حتى لا يستفيدوا في علاقاتهم اتجاه بعضهم البعض بالأوضاع الغير مشروعة التي تسببوا بحدوثها، لاسيما أن الشّركة الفعليّة قد مارست نشاطاً في الفترة ما بين تأسيسها والحكم ببطلانها وتولد عن هذا النشاط ربح أو خسارة وذلك تمهيداً لقسمة موجودات الشّركة بين الشّركاء بعد استيفاء دائني الشّركة لجميع حقوقهم. فعملية التصفيه هذه تشكل طوراً هامّاً من أطوار حياة الشّركة الفعليّة تشرف من خلاله على الزوال من الوجود الفعليّ.

= 1988/6/2. المدنيّ وكذلك الطعن رقم 798، لسنة 68 قضائيّة، تاريخ 28/ 10 / 2003. والطعن رقم 1326، لسنة 55 قضائيّة، بتاريخ 14/6/ 1993.

ويقابل هذا الحكم حكم لمحكمة التمييزفي دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 395، لسنة 2002 قضائيّة، بتاريخ 23 / 3 / 2003.

وكذلك حكم المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 779، لسنة 22 قضائيّة، بتاريخ 21/ 5 /2003.

موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/6. الساعة 6:00 مساءً.

وكذلك نقض مصري طعن رقم 329 س 20 ق جلسة 1952/12/18، طعن رقم 269 س 56 ق جلسة 1993/4/12، نقض جلسة 1961/11/10، مجموعة أحكام النقض س 17 ص 1655. أشار لهم د.فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 79.

وعليه فإنّ تصفية الشّركة يتطلب معرفة قواعد وعملية التصفية التي تباشر على الشّركة الفعليّة وكذلك الوقوف على علاقة الشّركاء القانونيّة فيما بينهم وبالغير خلال فترة التصفية والنتائج التي تترتّب على ذلك، وهذا من خلال دراسة:

الفرع الأوّل: قواعد وإجراءات تصفية وقسمة الشّركة الفعليّة.

الفرع الثّاني: الآثار المترتّبة على علاقات الأطراف في الشّركة الفعليّة أثناء التصفية.

الفرع الأوّل: قواعد وإجراءات تصفية وقسمة الشّركة الفعليّة

تُعرف عملية التصفية بأنها: ((مجموع الأعمال والإجراءات التي تتخذ لاستيفاء حقوق الشّركة وسداد ديونها وحصر موجوداتها بقصد تحديد صافي أموال الشّركة التي توزع بين الشّركاء بطريق القسمة))[1].

إن تصفية الشّركات الفعليّة يكون عن طريق إجراء المحاسبة بين الطرفين[2]؛ أي: تتمثّل بإنهاء الأعمال الجارية واستيفاء ما للشركة الفعليّة من حقوق سواء من الشّركاء أو من الغير، والوفاء بديون الشّركة وبيع موجوداتها، وبإختصار إن التصفية تعني تسوية كلّ العمليات التي تمت خلال الوجود الماضي للشركة الفعليّة.

هذا وإن التعرف على دور التصفية في الشّركة الفعليّة ومعرفة أحكامها وما يطرأ على الشّركة خلالها يستلزم البحث في عملية التصفية (أوّلاً)، ثم بحث إفلاس الشّركة الفعليّة إذا ما كانت معسرة خلال مرحلة التصفية (ثانياً) وأخيراً الوقوف على قسمة الشّركة الفعليّة (ثالثاً).

أوّلاً: عملية التصفية

إن عملية التصفية هي أمر واجب مراعاته وتطبيقه على جميع الشّركات بما فيها الشّركات الباطلة التي مارست نشاطها وأياً كان سبب بطلانها لمجرد

---

[1] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 108.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /320، أساس /1030، 25 /9/2000، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1521.

صدرو الحكم بالبطلان[1]، حتى ولو لم ينتج عن هذا البطلان وجود شركة فعليّة وتتمّ التصفية وفق اتفاق الشّركاء[2] معنى ذلك الاعتراف بصحّة جميع الأعمال التي قامت بها الشّركة قبل الحكم ببطلانها، وهذا الأمر هو ما استقر عليه الفقه والقضاء كون هذا الحلّ ينسجم مع قواعد العدالة [3].

1-أحكام وقواعد تصفية الشّركة الفعليّة:

تسري على الشّركة الفعليّة جميع الأحكام وقواعد التصفية التي تطبق على الشّركات القانونيّة وسنذكر منها القدر المتعلّق بالشَّركة الفعليّة:

أ- احتفاظ الشّركة الفعليّة بشخصيتها الاعتبارية خلال فترة التصفية:

تدخل الشّركة بمجرد حلها في طور التصفية وإن الشخصيّة الاعتبارية للشركة لا تزول بمجرد انقضائها وإنّما تبقى قائمة طوال مدّة التصفية وفي حدود الأعمال اللازمة لتصفية الشّركة هذا الأمر ينطبق على الشّركة الصحيحة والشَّركة الفعليّة على حد سواء[4] وتتجلّى الحكمة من احتفاظ الشّركة السليمة وحتى الفعليّة بشخصيتها الاعتبارية خلال فترة التصفية هو المحافظة على حقوق الأفراد المتعاملين؛ وذلك لأن القول بفقد شخصيتها الاعتبارية يؤدي إلى

---

[1] سليمان بو ذياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، عامّ 2003، ص233.

[2] نقض مدنيّ فرنسيّ 1862/3/19، دالوز -62-407، 1886/1/5، دالوز 122/1/86. أشار له د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 443.

[3] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 442.

[4] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 200، وكذلك د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 73.

اعتبار أموال الشّركة مملوكة للشركاء ولأمكن لدائني الشّركاء الشّخصين مزاحمة دائني الشّركة في التنفيذ على أموالها[1].

والقول بهذا المبدأ يستتبع استمرار النتائج المترتّبة على اكتساب الشّركة للشخصيّة الاعتبارية نذكر منها احتفاظ الشّركة الفعليّة باسمها مع إضافة عبارة تحت التصفية، والاحتفاظ بذمتها الماليّة المستقلة عن ذمم الشّركاء وموطنها وجنسيتها[2] وشكلها الذي اتّخذته منذ تأسيسها[3]، وليس هناك ما يمنع من وجود شهرة تجارية للشركة الفعليّة[4]، كما يحق لها التقاضي أثناء التصفية سواء بوصفها مُدَّعية أو مدعى عليها[5].

ب-تستمر التزامات الشّركاء اتجاه الشّركة الفعليّة صحيحة ومنتجة لأثارها وفقاً للأحكام المتفق عليها في عقد الشّركة[6].

ج- تعتبر جميع التصرفات والقرارات الصادرة عن الشّركة الفعليّة والعمليات التي قامت بها خلال وجودها الفعليّ صحيحة وملزمة للشركاء مالم

---

[1] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 400.

[2] د. عبد المنعم موسى ابراهيم، الاعتبار الشّخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2008، ص 91.

[3] نقض مصري 1865/11/9 مجموعة أحكام النقض س16 ص957، نقض مصري 1971/1/19 مجموعة أحكام النقض س22ص62 رقم 11.، أشار لهم د. فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص82.

[4] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار/320، أساس/1030، تاريخ 2000/9/25، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص1521.

[5] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 128 ومابعدها.

[6] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 74.

تكن مشوبة بالبطلان بذاتها[1]، كما وتخضع الشّركة الفعليّة والشركاء فيها لضريبة الأرباح التجارية والصناعية كونه يكفي لسريانها الوجود الفعليّ للشركة[2] ويستتبع ذلك على الشّركاء الالتزام بكلّ ما يتقرّر من أحكام عند تصفية هذه الشّركة، وهذا ما أكّده القضاء إذ قضت محكمة النقض المصرية بحكم لها على أنه: ((ليس لمصلحة الضرائب الحقّ في التمسك ببطلان الشّركة لعدم الشّهر ولا يشترط لكي يتمتع الشّركاء المتضامنون في شركات التضامن والتوصية بالإعفاء من الضريبة على الأرباح التجارية المقرّرة بمقتضى المادّة 41 من قانون الضرائب رقم 14 لسنة 1939، أن تكون الشّركة قد استوفت إجراءات الشّهر، بل يكفي لذلك أن تكون موجودة فعلاً دون أن تشهر)) [3].

د- جميع المقدمات التي قدمها الشّركاء للشركة الفعليّة تصبح ملكاً لهذه الشّركة وليس لهم استردادها عند صدور الحكم القاضي ببطلان الشّركة حيث تضاف إلى أصول الشّركة وذلك من أجل توزيعها وفقاً للأسس

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 113.

[2] د. فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 82. وكذلك د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص65.

[3] محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنيّة، 1950/6/8، أشار له د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، المرجع سابق، ص 93.

ويقابل هذا الحكم ما قضت به محكمة التمييز الأردنيّة: ((إذا اقتنعت محكمة الموضوع من البينات أن هنالك شركة قائمة بين المكلف والأشخاص الآخرين الذين ذكرتهم في الحكم، فإن الحكم بأن تلك الشّركة هي شركة فعليّة وليست وهمية لغايات قانون ضريبة الدّخل يكون متفقا وأحكام القانون)). محكمة التمييزالأردنيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 299، لسنة 1984 قضائيّة. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/7. الساعة 1:30 مساءً.

المحدّدة في عقد الشّركة، وللشركاء استرداد المقدمات العينة إذا تبيّن من ظروف القضية أن النيّة المشتركة لهم انصرفت للانتفاع بالحصص العينة دون ملكيتها[1].

هـ- لا يجوز المطالبة بالفوائد القانونيّة على المبالغ التي قدمها الشّركاء للشركة من اليوم الذي دخلت فيه أصول الشّركة [2].

2-آلية تصفية الشّركة الفعليّة:

تتم عملية التصفية في الشّركة الفعليّة من خلال شخص يسمى المصفي[3] ويعود تعيّن المصفي وعزله في الأصل إلى الشّركاء، فإما أن يتم ذلك في عقد الشّركة أو يتم الاتفاق عليه وفق نسبة معينة بالأغلبية أو بالإجماع، ولهم أن يأجلوا تعيّن المصفي إلى حين انحلال الشّركة الفعليّة، وفي هذه الحالة يتعيّن احترام رغبة الشّركاء، فيعمل بنصّ العقد القاضي بتعيّن المصفين مادامت تصفيتها تتم وفقاً لاتفاق الشّركاء[4] أمّا في الحالات التي لا

---

[1] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 436.

[2] ((بالاستناد لتطبيق المبدأ الوارد في المادّة 1846 من القانون المدنيّ الفرنسيّ، لايجوز المطالبة بالفوائد القانونيّة على المبالغ التي قدمها الشّركاء، أو السلف التي حصل عليها الشّركاء والشَّركة لحساب تلك الشّركة، اعتباراً من اليوم الي دخلت فيه هذه المبالغ أصول الشّركة، وهذه القاعدة يجب أن تطبق عند تصفية الشّركات الفعليّة...)) قرار لمحكمة النقض الفرنسيّة صادر في 7/6/ 1932، أشار له د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 443.

[3] المصفي: ((هو من يتولى اتفاقاً أو قضاءاً كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموال الشّركة تمهيداً لتوزيعها على الشّركاء بطريق القسمة لتوزيعها على الشّركاء بعد بيع جميع أموال الشّركة من منقولات وعقارات))، د. هشام زوين، مرجع سابق، ص 187.

[4] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 218.

يتفق فيها الشّركاء على تعيّن مصفي والحالات التي تقضي فيها المحكمة ببطلان الشّركة أو حلها فإنّه يتمّ تعيّنه من قبل المحكمة التي قضت بحلّ الشّركة[1]و هذا ما استقر عليه القضاء الفرنسيّ[2]، وأخذت به العديد من القوانين[3] إذ في الحالات التي تكون فيها الشّركة باطلة تعيّن المحكمة المصفي وتحدّد طريقة التصفية بناء على طلب كلّ من له مصلحة حتى ولو تضمن عقد الشّركة نصاً على طريقة تعيينه وذلك على اعتبار أن الشّركة قامت فعلاً في الفترة الواقعة ما بين الانعقاد وطلب البطلان[4]، وفي جميع الأحوال يتعيّن شهر قرار تعيّن المصفي بالإضافة لشهر قرار تصفية الشّركة [5].

و يتمتع المصفي في الشّركة الفعليّة بذات الواجبات والصلاحيات التي يتمتع بها المصفي في الشّركات القانونيّة التي يتم تصفيتها، إذ يعتبر ممثلاً ووكيلاً عن الشّركة [6] وليس للشركاء [7]، وعلى المصفي الالتزام بالوظائف والاختصاصات التي حدّدها له الشّركاء في عقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ أو التي تحدّدها المحكمة القاضية بالحلّ أو البطلان وفي حال لم يتحدّد له شيئ

---

[1] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج3، مرجع سابق، ص 83.

[2] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 447.

[3] كقانون الشّركات السوري (1/20)، م (534) القانون المدنيّ المصري، م (139) قانون الشّركات المصري 159 سنة 1981، م (2/205) الشّركات السعودي.

[4] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 130 ومابعدها

[5] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري ج3، مرجع سابق، ص 84.

[6] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار/248، أساس / 283، 28 /5 /1998، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1527.

[7] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص402.

عليه القيام بجميع الأعمال اللازمة لتصفية الشّركة الفعليّة والمحافظة على أموال الشّركة وموجوداتها التي تسلمها بما يحقق الهدف من التصفية وبما يحقق المصلحة للشركة وأطرافها، وإذا تجاوز حدود سلطاته وقام بأعمال لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال، وعند الانتهاء من التصفية وجب شهر ذلك بطرق شهر تعديل عقد الشّركة أو نظامها الأساسيّ[1].

هذا وقد يتبيّن بعد الانتهاء من عملية التصفية وتحويل موجودات الشّركة الفعليّة إلى أموال نقدية أن هذه الأموال لا تكفي للوفاء بديون الشّركة، فهل تخضع الشّركة الفعليّة لشهر إفلاسها؟

ثانياً: إفلاس الشّركة الفعليّة

يُعرف الإفلاس وفق الرأي الراجح لفقهاء القانون بأنه: ((نظام خاصّ بالتجار يهدف إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيدها)) [2].

ولشهر الإفلاس بشكل عامّ يتعيّن توافر شروط موضوعيّة تتمثّل في [3]:

1- أن تكون الشّركة تجارية، أي يشترط فيمن يشهر إفلاسه أن يكون تاجراً وهذا ينطبق على الأفراد وعلى الشّركات التجارية التي يكون موضوعها

---

[1] د. هشام زوين، مرجع سابق، ص 187-188.

[2] د. سعيد يوسف البستاني، أحكام الافلاس والصلح الواقي في التشريعات العربيّة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2007، ص19.

[3] د. مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية- الافلاس، لايوجد رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عامّ 1999، ص 512 وما بعدها.

والغرض منها القيام بالأعمال التجارية وكذلك الحال إذا اتخذت شكل شركة مساهمة مغفلة أومحدودة المسؤولية [1].

2- توقف الشّركة التجارية عن دفع ديونها المستحقة الأداء [2].

3- أن تتمتع الشّركة بالشخصيّة الاعتبارية المستقلة عن شخصيّة الشّركاء، وذلك لأن الافلاس يهدف إلى تصفية ذمة المفلس كونها تشكل الضمان العامّ لدائني المفلس – فرداً كان أم شركة- وإلا اقتصر الأمر على شهر إفلاس الشّركاء فيها إذا توافرت شروط شهر الإفلاس بالنسبة لهم[3].

وعليه إن الشّركة الفعليّة التجارية وفق الرأي الراجح [4] يجوز شهر إفلاسها كما لو كانت شركة عاديّة متى توقفت عن سداد ديونها سواء نشأت هذه الدّيون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء فترة التصفية [5] كونها تتمتع

---

[1] د. محمد فاروق أبو الشّامات ود. جمال الدّين مكناس، مرجع سابق، 182.

[2] ((إن ما بني على المادّة (9/1) من قانون التجارة التي اعتبرت الشّركات التجارية من التجار أن حكم المادّة 316 من ذات القانون ينطبق على الشّركات التجارية بحيث يجوز إشهار إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها التجارية شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعين الذين يمتهنون التجارة)). تمييز حقوق رقم 86/431، مجلة المحاماة الأردنيّة، العدد العاشر، لسنة 37، 1989، ص 1963، أشار له د. عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، دون رقم طبعة، عمان، دار الثّقافة، 1997، ص45 وما بعدها.

[3] عبد الحميد الشّواربي، الشّركات التجارية، ط2، الاسكندرية، منشأة المعارف، عامّ 1988، ص64.

[4] د.علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 305. ود.سميحة القليوبي، مرجع سابق، 109-110.د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 203.

[5] بحث بعنوان: الشّركة الفعليّة، بقلم أمّا لمبروكي، موجود على الموقع الإلكتروني:

بالشخصيّة الاعتبارية سواء بسبب قيدها في السجل التجاري أو بسبب اعتراف الفقه [1] والقضاء[2] لها بهذه الشخصيّة وبذمة ماليّة مستقلة عن ذمم شركائها [3] وفق ما سبق بحثه، وذلك لأن البطلان لا يجيز للشركاء الاحتجاج به اتجاه الغير وتعامل الشّركة الفعليّة وفقاً للشكل الخاصّ الذي اتّخذته [4]، ولقد أكّدت محكمة النقض المصرية على جواز شهر إفلاس الشّركة الفعليّة بحكمها: ((إذا كانت المحكمة قد أثبتت أن شركة الطاعن الأوّل وولديه هي شركة تضامن واقعية لها عنوان ظاهر تعاملت به مع المطعون عليها، كما اشترك كلّ من شركائها في نشاطها التجاري فإنه يكون صحيحاً ما قرّرته المحكمة من أنه لهذه

---

http://www.droit-dz.com/forum/threads/2116/

تاريخ الزيارة: 2016/7/12. الساعة 11:45 صباحاً.

[1] مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، مرجع سابق، ص 451.

[2] محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 311، لسنة 34 قضائيّة، بتاريخ 23/ 1 / 1968.

وكذلك محكمة التمييز لإمارة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 636، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 30/ 5/ 2004. وكذلك الطعن رقم 41، لسنة 2001 قضائيّة، بتاريخ 2001/9/30. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 2:30 صباحاً.

[3] ((إن وجود مثل هذه الشّركات الفعليّة يستتبع أن يترتّب لها أو عليها حقوقا ماليّة ممّا اقتضى أن تكون لها ذمة ماليّة مستقلة عن ذمة الشّركات أو الافراد المكونين لها، وإن وجود هذه الذمة الماليّة لا يلغي استقلالية ذمة الشّركاء...)). محكمة التمييز الأردنيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 331، لسنة 1996. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 5:30 مساءً.

[4] د. مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الافلاس، مرجع سابق، ص 518.

الشّركة الواقعية التضامنيّة شخصيّة معنويّة تبرر الحكم بإشهار إفلاسها بناء على طلب من المطعون عليها التي هي دائنة لهذه الشّركة..)) [1].

هذا ويستتبع الحكم على الشّركة الفعليّة بالإفلاس إفلاس جميع الشّركاء إذا كانت شركة تضامن، والشركاء المتضامنين إذا كانت شركة توصية [2]. وفي حال تمسك دائني الشّركاء الشّخصين ببطلان الشّركة، أو تمسك الشّركاء (ناقصي الأهليّة أو متعيبي الارادة) أو ممثليهم القانونيّن ببطلان الشّركة في مواجهة دائني الشّركة والمطالبة باسترداد حصتهم من الشّركة، هنا يرفض طلب الدّائنين في إفلاس الشّركة الفعليّة، ما خلا حالة صدور حكم الإفلاس وصيرورته مبرماً قبل تمسك دائني الشّركاء الشّخصين ببطلان الشّركة [3].

وتخضع بذلك الشّركة الفعليّة لنفس الإجراءات التي تطبق على الشّركات القانونيّة سواء من حيث شروط الافلاس، آثاره أو أشخاص التفليسة...الخ [4].

---

[1] محكمة النقض المصرية، المدنيّ، الطعن رقم 329، لسنة 20 قضائيّة، تاريخ 1952/12/18 ويقابله حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنيّة والتجارية، الطعن رقم 85، لسنة 1989 قضائيّة، بتاريخ 25 / 6 / 1989. والطعن رقم 667، لسنة 1997 قضائيّة، بتاريخ 22 / 6 / 1998 موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 2:30 صباحاً.

[2] عبد الحميد الشّواربي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص67.

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 203، وكذلك عبد الحميد الشّواربي، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص66.

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 458.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن الشّركة الفعليّة على الرغم من إمكانيّة شهر إفلاسها إلا أنه لا يمكنها عقد صلح يقيها من الإفلاس[1]، لعدم تمكنها من الوفاء بشروط الصلح وذلك لانتفاء وجودها في المستقبل [2].

أما مسؤولية الشّركاء الفعليّن في حال لم تكف موجودات الشّركة تحت التصفية للوفاء بديونها تختلف تبعاً لاختلاف نوع الشّركة الفعليّة، إذ يتحدّد هذا النوع اتجاه الغير تبعاً للشكل الذي ظهرت به نحوه[3]، إذ نميز بين ما إذا كانت الشّركة الفعليّة شركة أشخاص أو أموال، فإذا كانت الشّركة الفعليّة من شركات الأشخاص فإما أن تكون تجارية كشركة تضامن فعليّة أو توصية فعليّة، عندها يطبّق النظام الذي تتبعه الشّركة السليمة، حيث يكون الشّركاء المتضامنين فيها مسؤولين بالتضامن عن ديون الشّركة، على خلاف الشّركات التي لا تضامن فيها، حيث يكون التزام الشّركاء فيها بقدر نصيب كلّ منهم في الشّركة فإذا لم تف أموال الشّركة بديونها، يكون الشّركاء مسؤولين عن هذه الدّيون في أموالهم

---

[1] ((إن الصلح الواقي من الإفلاس يرمي إلى تفادي شهر الإفلاس وانقاذ المدين من آثاره، ولا يمنح هذا الصلح إلا للتاجر حسن النيّة سيء الحظ الذي يكون توقفه عن الدّفع وليد ظروف لا دخل لإرادته فيها، لأنه وحده الجدير بالرعاية والعناية، دون التاجر المهمل سيء النيّة الذي تنكب سبيل الأمانة والنزاهة)). د. مصطفى كمال طه، أساسيّات القانون التجاري والقانون البحري، دون طبعة الدّار الجامعية، بيروت، عامّ 1992، ص 471 وما بعدها.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 113. وكذلك نورا صالح البيطار، مرجع سابق، ص57، 46.

[3] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 230.

الخاصّة كلّ منهم حسب نصيبه في خسائر الشّركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى[1].

أما فيما يتعلّق بشركات الأموال الفعليّة كمساهمة ومحدودة المسؤولية فإنه يتعيّن على الشّركة الفعليّة أثناء فترة التصفية المحافظة على الشّكل الذي اتّخذته في الماضي ومارست نشاطها به قبل الحكم ببطلانها[2]، حتى يتم تطبيق قواعد المسؤولية المحدودة المقرّرة لهذه الشّركات، شريطة علم الغير بوجود الشّركة وفق الشّكل الذي ظهرت به استناداً لنظريّة المظهر وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسيّة ((... إن بطلان الشّركة ذات المسؤولية المحدودة وتحويلها إلى شركة فعليّة لا ينبني عليه القول بمسؤولية الشّركاء غير المحدودة والتضامنيّة عن ديون تلك الشّركة، إلا في حالة عدم علم الغير بتحديد مسؤولية الشّركاء....)) [3]، وبخلاف ذلك يتعيّن إعمال القواعد العامة فيصبح الشّركاء مسؤولين مسؤولية شخصيّة عن ديون الشّركة [4]، وهذا الأمر ينطبق على الشّركاء الموصين في شركات التوصية.

ثالثاً: قسمة الشّركة الفعليّة

بعد الانتهاء من عملية التصفية وتمامها تأتي مرحلة القسمة والتي يقصد بها توزيع فائض التصفية على الشّركاء[5]، وتتم بداية برد ما قدمه الشّركاء من

---

[1] م (491) مدنيّ سوري، (523، 524) مدنيّ مصري، (599) مدنيّ أردني.

[2] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص113.

[3] 1969/5/18.أشار لها د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 461.

[4] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 460 ومابعدها.

[5] د. هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 407.

حصص للشركة ومن ثمّ توزيع الأموال الفائضة من التصفية بعد استرداد قيمة الحصص؛ أي: إنّ الانتهاء من عملية التصفية وتحويل موجودات الشّركة الفعليّة إلى أموال نقدية يعقبه قسمة هذه الأموال على الشّركاء الفعليّين، ويجب أن يراعى في هذه القسمة جملة من القواعد سواءً كانت الشّركة مدنيّة أو تجارية، منها أن تتم قسمة هذه الأموال بين الشّركاء بعد استيفاء الدائنين حقوقهم[1]، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحلّ أو الديون المتنازع عليها، وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشّركاء قد باشرها في مصلحة الشّركة[2]، وإذا كان صافي أموال الشّركة يساوي رأس مالها فإن كل شريك يختص بمبلغ من هذه الأموال يعادل قيمة الحصّة التي قدمها في رأس المال كما هي مبينة في العقد متى كانت حصّة الشّريك عينيّة، وإذا كانت حصّة الشّريك مجرد عمله أو منفعة فإنه لا يشترك في قسمة صافي أموال الشركة وإنّما ينتهي التزامه بتقديم عمله أو يسترد الانتفاع بالمال الذي قدمه للشركة، و إذا تبقى شيء من أموال الشركة بعد رد قيمة الحصص النقدية أو العينيّة المقدمة على سبيل التمليك فإن هذا الفائض هو أرباح التصفية ويجب قسمته بين جميع الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح، وفي حال عدم كفاية صافي أموال الشركة للوفاء بحصص الشركاء فإن الخسارة توزع

---

[1] ((إن اتفاق الشّركاء في الشّركة الفعليّة على توزيع أموالها والتزاماتها في غيبة دائني الشّركة، لا يؤثر على حقوق الدّائنين ومركزهم القانونيّ ويبقى الالتزام على عاتق الشّركة الفعليّة)). محكمة التمييزالأردنيّة، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 280، لسنة 1987 قضائيّة. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/7. الساعة 1:00 مساءً.

[2] م (1/504) مدنيّ سوري.

عليهم جميعاً بحسب النسب المتفق في توزيع الخسائر[1]، و عند حصول الفائض و قسمته بين الشركاء كأرباح للشركة عليها فإنه يجب أن يشترك فيها الشريك بحصّة عمل في الشركة شأنه في ذلك شأن باقي الشركاء[2]،إذ إنّ هذا الفائض يمثل ربحاً يحق لجميع الشركاء الاشتراك فيه حسبما اتفقوا عليه أو حسب نسبة الحصص المقدمة لكل واحد منهم، و عند حصول خسارة في الشركة بأن لم يكف ما تبقى من أموال التصفية لسداد حصص الشركاء بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم، فإن هذه الخسائر تقسم حسب النسب المتفق عليها في توزيع الخسائر، وإذا لم يحدّد عقد الشركة توزيع الخسائر وجب تحميل كل شريك من الخسارة بقدر ما حدد له من نسبة في الربح، فإن لم يحدّد ذلك أيضاً كان عليه أن يتحمّل من الخسارة ما يعادل نسبة حصته في رأس المال، و في حال لم تكفِ الأصول بكامل ديون الشركة بأن لم تكفي أموال الشركة لإعادة حصص الشركاء إليهم ولا لسداد الديون التي عليها كان على جميع الشركاء بما فيهم الشريك بحصّة عمل سواء تقاضى أجراً على عمله أو لم يتقاضى أن يتحمّلون الخسائر في ذمتهم الماليّة في حال كون الشركة شركة تضامن، أو في حال كونهم الشركاء المتضامنين في شركات التوصية، ويستثنى من ذلك الشريك بالعمل من غير أن يتقاضى أجراً على عمله، فإنه إذا تمّ الاتفاق صراحة في عقد الشركة على إعفائه من الخسارة كان ذلك الاتفاق سائغاً ولم يتحمّل الخسارة في ذمته كباقي الشركاء المتضامنين، و إن حصل اتفاق بين الشركاء فيما بينهم بعد إعلان التصفية على قواعد معينة لتوزيع الربح أو

---

[1] د. هشام زوين، مرجع سابق، ص 19.

[2] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص 90.

الخسارة في موجودات الشركة فإن هذا الاتفاق لا يعتبر باطلاً حتى لو تضمن شروطاً يترتّب عليها حرمان أحد الشركاء من نصيبه في فائض الموجودات أو عدم تناسب نصيبه في هذا الفائض مع الخسائر، لأن هذا العقد يسمى باتفاق التصفية و القسمة وليس عقد شركة حتى نطبق عليه الأحكام المعروفة له[1].

وتجري عمليات القسمة في الشّركة الفعليّة بنفس الطريقة التي تتم فيها القسمة في الشّركات القانونيّة، أي تتم بين الشّركاء على أساس ما تضمنه العقد من شروط وهذا ما أخذ به العديد من الفقهاء[2]، وأقرته أغلب الأحكام القضائيّة[3]، وفي هذا احترام لرغبة وإرادة الشّركاء.إلا أن هذا المبدأ ورد عليه استثناء يتعلّق حول إذا ما تضمن العقد شروط باطلة أو غير مشروعة مخالفة للقانون والنظام العامّ أو عند عدم وجود اتفاق بين الشّركاء، عندها تجري القسمة وفقاً للقواعد العامة لتصفية الشّركات[4].

---

[1] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 249، 252.

[2] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 61. وكذلك د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 95 هامش.

[3] كالقضاء المصري إذ ورد: ((رغم عدم اتخاذ إجراءات الشّهر، فإن البطلان لايؤثر على أن الشّركة قامت في الماضي فعلاً بين الشّركاء، ولذلك فيما يختص بعلاقة الشّركاء يكون لهذا البطلان أثر الفسخ.... وينبني عليه أن تصفية الشّركة وتقسيم أرباحها وخسائرها يجب أن يحصل على أساس عقد الشّركة))، محكمة استئناف القاهرة الدّائرة التجارية والضرائب، 1952/4/17، قضية رقم 313، سنة68ق، موسوعة القضاء التجارية، ص529، اشار لها د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 465.

[4] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص 374.

الفرع الثّاني: الآثار المترتّبة على علاقات الأطرف في الشّركة الفعليّة أثناء التصفية

إن النظام القانونيّ للشركة الفعليّة في الفترة ما بين حياتها السابقة على الحكم بالبطلان وحتى انتهاء تصفيتها يتلخص بالنظر اليها وكأنها شركة صحيحة، إذ يترتّب على الحكم ببطلانها اعتبارها قائمة فعلاً في هذه الفترة، حتى إن تصفيتها تختلف باختلاف العلاقات المترتّبة في الشّركة فيما بين الشّركاء أنفسهم (أولاً)، أو بينهم وبين الشّركة، أو بينهم وبين الغير (ثانياً).

أوّلاً: العلاقة بين الشّركاء

يجوز للشركاء أن يحتجوا ببطلان الشّركة اتجاه بعضهم البعض[1]، إلا أن هذا البطلان لا يكون له أثر بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطلب فيه الشّريك الحكم بالبطلان وهذا ما أكّده القضاء ومثاله ما استقرت عليه محكمة النقض السورية: ((استقر الاجتهاد القضائيّ على أن بطلان الشّركة بسبب عدم إيداع صورة عن عقد الشّركة في ديوان محكمة البداية وعدم إشهاره لا يكون له أثر بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطلب فيه الشّريك الحكم بالبطلان...))[2]،

---

[1] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية مرجع سابق، ص 92.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار/123، أساس/320، 28 /1999/2، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1520.

ويقابل هذا الحكم ما نصت عليه محكمة التمييز لإمارة دبي: ((فإذا ما قضى بهذا البطلان بناء على طلب أحد الشّركاء فإنه لا ينتج أثره فيما بين الشّركاء أنفسهم إلا من وقت الحكم به...)). محكمة التمييز لحكومة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 636، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 2004/5/30. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 3:00 صباحاً.

وبالتالي إن الشّركة الفعليّة تعتبر اتجاه الشّركاء شركة صحيحة وقائمة فعلاً كما لو قضى حكم البطلان بانحلالها[1]، ولا مجال أبداً لإعمال القاعدة العامة للبطلان، باستثناء الشّركاء الذين صدر حكم البطلان لصالحهم أي الشّركاء ناقصي الأهليّة أو المتعيبة إرادتهم بأحد عيوب الرضا، وبالتالي ليس لهم استرداد الحصص سالمة من الخسارة، وليس لأي أحد حرمانهم ممّا حصلت عليه الشّركة من أرباح، كما أن جميع المعاملات والعقود التي أجراها الشّركاء فيما بينهم بصورة تبعية تكون صحيحة كما لو تنازل أحد الشّركاء عن حصته للغير مقابل مبلغ من المال[2].

هذا ويترتّب على اعتبار الشّركة قائمة قبل الحكم بالبطلان تصفية العلاقة بين الشّركاء ويحق لأحد الشّركاء طلب تصفيتها بسبب عدم قانونيّتها ويجوز لهم في سبيل ذلك إثبات الشّركة الواقعية بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة الشخصيّة[3] وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائيّ، إذ نصت محكمة النقض السورية على أن: ((الشركات الفعليّة التي يتوفر فيها الشّروط اللازمة لتكوينها، يجوز إثباتها بالبينة الشخصيّة من أجل تصفيتها لا من أجل إقرار بقائها)) [4].

---

[1] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 112 ومابعدها.

[2] د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج2، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات عويدات، عامّ 1982، ص 43.

[3] تميز لبناني، قرار رقم 79 ت، 22 /6 /1960، باز 1960، ص87، أشار له د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 204.

[4] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /737، أساس /861، 15 /12 / 1996، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج 2، ص 1522.

هذا وأن الأساس في تصفية الشّركة الفعليّة أمر مختلف فيه:

1- ذهب الرأي الأوّل إلى اعتماد شروط العقد كأساس للتصفية باستثناء البطلان بسبب عدم مشروعية السبب أو الموضوع وكذلك حالة الشّريك ناقص الأهليّة أو المتعيبة إرادته[1]، أي يتم توزيع الأرباح والخسائر بين الشّركاء في الشّركة الفعليّة وفق شروط عقدها وليس طبقاً للقانون كما هو الحال في بطلان عقد الشّركة، مع استبعاد ما هو مخالف للقانون أو النظام العام، وفي حال نصّ العقد على حق الشّريك في اقتسام الأرباح التي تحققت فعلاً قبل الادعاء بالبطلان دون الخسائر فإن له ذلك[2]، وأصحاب هذا الرأي هم من يلحقون بطلان الشّركة الفعليّة بفكرة الانحلال[3]، وهذا الرأي هو ما قال به أغلب الفقة[4]، وأخذ به القانون الفرنسيّ [5] وأقرته أغلبية الأحكام

وهذا ما اعتمدته المحكمة الاتحادية العليا لدولة الامارات العربيّة في أحكامها: ((ويجوز في هذه الحالة إثبات قيام تلك الشّركة الفعليّة بجميع طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية...)). المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنيّة والتجار، الطعن رقم 162 لسنة 20 قضائيّة، بتاريخ 7/12 / 1999. موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/6/5. الساعة 5:00 مساءً.

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 237. وكذلك د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، ج1، مرجع سابق، ص223.

[2] محكمة النقض السورية، الدّائرة المدنيّة والتجارية، رقم 638، تاريخ 1970/12/28، مجلة المحامون 1971، ص 93، ف 122.

[3] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 64. وكذلك سمير فرنان بالي، مرجع سابق، ص 55.

[4] وممن قال بهذا الرأي د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص374. ود. جاك يوسف الحكيم، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 115. وكذلك د.سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص110.

[5] م (235/ 10) من القانون التجاري.

القضـائيّة[1] ومـن أبرزهـا مـا قضـت بـه محكمـة الـنقض السـورية: ((استقر الاجتهاد القضائيّ على أن بطلان الشّركة بسبب عدم إيداع صورة عن عقد الشّركة في ديوان محكمة البداية وعدم إشهاره لا يكون له أثر بين الشّركاء إلا من الوقت الذي يطلب فيه الشّريك الحكم بالبطلان، ممّا يوجب تصفية حقوق الشّركاء عن المعاملات التي تمت قبل البطلان وفقاً لبنود العقد)) [2].

و تؤكد محكمة التمييز البحرينيّة على ذلك في حكم لها: ((و يعد العقد صحيحاً وقائماً طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان، ويكون – بحسب الأصل – هو الأساس في تسوية حقوق الشّركاء والتزاماتهم..)) [3]

---

[1] محكمة الاستئناف بيروت، الغرفة المدنيّة الأولى، القرار رقم 28، 48/10/25 مجموعة حاتم، ج 2 ص51 رقم 4. أشار له د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 64. وكذلك حكم عن تميز لبناني رقم 56، 1958/10/24، باز، ج 6، ص 94، أشار له د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 224. ونقض مصري طعن رقم 354، 1965/11/9 لسنة 30 ق.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /123، أساس /320، 1999/2/28، سجلات محمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1520.

[3] محكمة التمييز لمملكة البحرين، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 80، س 2003 ق، بتاريخ 2004/3/8.

ويقابل هذه الأحكام ما قضت به محكمة النقض المصرية، مدنيّ، الطعن رقم 1595، س 54 ق، بتاريخ 1993/2/1. وكذلك حكم محكمة التمييزفي دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 395، س 2002 ق، بتاريخ 23 / 3 / 2003. موجودين على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/8/1. الساعة 2:30 صباحاً.

وهذا ما أقره القضاء الكويتي أيضاً: ((...الشّركة التي قضي ببطلانها تعتبر في المدّة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقع تنتج الآثار التي تنتجها الشّركة الصحيحة ويجني الشّركاء الربح ويتحمّلون الخسارة ويقتسمون مال الشّركة طبقاً للشروط التي اتفق عليها في العقد الباطل)).

2- ويأخذ رأي آخر بضرورة إعمال نصوص القانون الخاصّة بتوزيع الأرباح والخسائر عند عدم وجود اتفاق بين الشّركاء على ذلك [1]. ويؤخذ على هذين الرأين أن الحلّ الأوّل يهدر البطلان، كونه يُجري حكم العقد الباطل كما لو كان عقداً صحيحاً، أمّا الحلّ الثّاني يؤخذ عليه أنه وضع للشركات الصحيحة وليس الباطلة [2].

3- بينما ذهب رأي آخر [3] إلى أن المحكمة تعتمد في تصفية الشّركة الفعليّة وتوزيع الأرباح والخسائر بين الشّركاء على أساس العدالة، أي يترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية وله الإستئناس بأحكام العقد ونصوص القانون إذا وجد فيهما ما هو عادل، أمّا إذا كان سبب البطلان ناتج عن عدم إتمام إجراءات النشر فإن المحكمة تطبق بنود العقد، ذلك لأن البطلان أمر لاحق لإبرام العقد، وأصحاب هذا الرأي يرون أن نظريّة الشّركة الفعليّة ما هي إلا تخفيف لأحكام البطلان [4].

محكمة التميز الكويتية، طعن رقم 1976/56 تجاري، 11/1، 1978، مجموعة القواعد القانونيّة، 1972، 1979، وزارة العدل الكويتية، المكتب الفني، أشار له د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 225.

[1] د. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 110.

[2] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 64.

[3] رابح عليوة، مرجع سابق، ص 100.

وكذلك د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، مرجع سابق، ص 44.

[4] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 64 ومابعدها.

ونحن نؤيّد الرأي القائل بإعمال التصفية وفق أحكام العقد كون هذا العقد هو أوّل عمل يبعث بالشَّركة إلى الوجود ويحدّد العلاقة بين الشّركاء ويوزع الأنصبة فيما بينهم سواء في رأس المال أو في الأرباح وتحمل الخسائر وكون رغبة الشّركاء هي الأدعى للاحترام مادام قد تمّ الاعتراف بالشَّركة الفعليّة وبعقدها في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان، وفي حال غيابها يعُمل بأحكام القانون شأنها شأن الشّركة الصحيحة.

ثانياً: علاقة الشّركة أو الشّركاء مع الغير

الغير هو كلّ من تتأثر حقوقه بصحّة أو بطلان عقد لم يكن طرفاً فيه[1]، ويعتبر من الغير كلّ من له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الشّركة[2]، كدائني الشّركة وخلفائها الخاصّين ودائني الشّركاء الشّخصيين وخلفائهم الخاصّين[3]، أي كلّ من تلقى حقوقاً أو ارتبط بالتزامات مع الشّركة أو الشّركاء.

بدايةً إن تعامل شخص مع أحد الشّركاء في عمل من أعمال التجارة يلزم الشّركة التي ظهرت أمامه بمظهر فعليّ[4]، لذا لا يجوز للشركاء الاحتجاج

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 362.

[2] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 232.

[3] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 113.

[4] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الثّانيّة، قرار/ 610، أساس /1135، تاريخ، 26 /4 /1998، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1519.

ببطلان الشّركة اتجاه الغير[1]، وإنّما لهم ذلك اتجاه بعضهم البعض من تاريخ المطالبة بالحكم بالبطلان[2] باستثناء الشّريك ناقص الأهليّة أو المتعيب رضاه.

هذا وينبني على اختلاف النظرة إلى الوجود الفعليّ للشركة الباطلة مبادئ هامّة حول العلاقة مع الغير فلقد اختلف الفقه في مدى تحلل الغير من الالتزامات الناشئة عن تصرفات الشّركة في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها، فالفقهاء الذين يرون أن البطلان هو من قبيل الانحلال، يقرون للشركة بالوجود الكامل والفعليّ خلال الفترة ما بين تأسيسها والحكم ببطلانها، وبطلان مفاعيلها بالنسبة للمستقبل، مع ما يستتبع ذلك صحّة جميع العمليات والعقود والالتزامات الماضية بين الشّركة والغير، بحيث لا يجوز للغير التحلل من الالتزامات الناشئة عنها، وهذا الرأي هو الذي ساد في العلاقة بين الشّركاء ولم تعتمده غالبيه الفقه والقضاء في علاقة الشّركة مع الغير[3]. أمّا بالنسبة للرأي الذي يقوم على تطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من آثارها (وهو الرأي المعمول به فيما يخص روابط الغير بالشَّركة) [4] فإنه يعطي للغير على أساس نظريّة المظهر واستناداً إلى فكرة استقرار الأوضاع المكتسبة [5]الحقّ في الخيار

---

[1] د. عزيز العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 74. ود. هاني دويدار، مرجع سابق، ص365.

[2] محكمة النقض السورية، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار /570، أساس /705، 29 /10 /1998، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ، ج2، ص 1524

[3] د. إلياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها. د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 65.

[4] د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 66.

[5] نورا صالح البيطار، مرجع سابق، ص 57.

بين التمسك بقيام الشّركة الفعليّة في الماضي أو التمسك ببطلانها مع إعمال الأثر الرجعيّ وفق ما تقتضيه مصلحته[1]، وحق الخيار هذا اعتمده القضاء في أحكامه لدى العديد من الدّول العربيّة ومثاله ما قضت به محكمة النقض السورية: ((استقر الاجتهاد القضائيّ على أن الشّركة الفعليّة تعتبر باطلة لعدم ربطها بسند ولعدم إشهارها، غير أن هذا البطلان نسبي مقرّر لمصلحة ذوي الشّأن الذين يملكون الاحتجاج به أو التمسك بقيام الشّركة الفعليّة...)) [2]. في

---

[1] د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 111. ود. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الشّركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، مرجع سابق، ص 316. وكذلك رابح عليوة، مرجع سابق، ص 101.

[2] نقض سوري، الغرفة المدنيّة الأولى، قرار / 570، أساس /705، 10/29 /1998، سجلات محكمة النقض، موسوعة القضاء المدنيّ ج2، ص 1524.

ويقابل هذا الحكم اجتهاد قضائيّ لمحكمة النقض المصرية والذي ينصّ على: ((للغير أن يحتج على الشّركاء ببطلان الشّركة لعدم استيفائها الشّكل المطلوب ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشّركة وأن يتمسك بوجودها وفي هذه الحالة تعتبر الشّركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها)). محكمة النقض المصرية، نقض مدنيّ، رقم 182 لسنة 41 ق، جلسة 1981/11/16، س32، ص2037. انظر أحمد محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 325.

ونصت عليه أيضاً محكمة التمييز لإمارة دبي: ((البطلان الذي رتبته المادّة السادسة من القانون المشار إليه كجزاء على عدم اتخاذ الشّركة أحد الأشكال الواردة في المادّة الخامسة من ذات القانون فهو بطلان من نوع خاصّ يجوز للشركاء التمسك به في مواجهة بعضهم بعضاً ولكن لا يجوز لهم ولا لكفيل الشّركة الاحتجاج به في مواجهة دائني الشّركة الذي يجوز له بحسب مصلحته أن يتخير بين الاحتجاج بالبطلان في مواجهتهم أو التمسك باعتبار الشّركة قائمة كشركة فعليّة واقعية)).

محكمة التمييز لحكومة دبي، الأحكام المدنيّة، الطعن رقم 636، لسنة 2003 قضائيّة، بتاريخ 30/ 5 / 2004 موجود على الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الزيارة: 2016/5/31. الساعة 3:00 صباحاً.

حين اشترط القضاء الفرنسيّ[1] لإعطاء الغير حق الخيار ببطلان الشّركة، أن تتوافر لهم المصلحة الماليّة المشروعة ولا يشترط أن يكون قد لحقهم ضرر ما، وهذه المصلحة قد تختلف لدى كلّ من دائني الشّركة ودائني الشّركاء الشّخصين:

1- دائني الشّركة:

قد تظهر مصلحة دائني الشّركة عند التمسك ببطلان الشّركة سواء كان ذلك بدعوى أصلية أو بطريق المقابلة (الدفع) ضمن دعوى أصلية، كما لو رتب مدير الشّركة رهناً على أحد عقاراتها، إذ إنّ الحكم ببطلان الشّركة يؤدي إلى إبطال التأمينات أو الرهون... الخ ممّا يؤدي إلى زيادة ضمانهم، أو قد تتجلّى مصلحتهم عند التمسك بصحّة الشّركة وهو الغالب عملياً كونه يرتب لهم حق الافضلية على ذمتها الماليّة ويبقون بمنأى عن مزاحمة الدّائنين الشّخصين للشركاء عند الحكم بالبطلان، أو من أجل الزام الشّركاء بالوفاء بالتزاماتهم اتجاه الشّركة، أو من أجل الحكم بإفلاسها...الخ [2]. وهذا المبدأ الذي يعطي الغير حق الاختيار بين طالب البطلان أو الصحة يؤدي من الناحية العملية والواقعية إلـــى عدم التمسك ببطلان الشركة إلا حال وجود مصلحة للدائنين في ذلك[3]، وهذا الحقّ بالخيار غير قابل للتجزئة بعد ممارسته ولا حتى فيما بينهم، أي

---

[1] د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 416.

[2] سليم عبد الله الجبوري، مرجع سابق، ص 239. وكذلك د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 91.

[3] د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقّوقية، بيروت، 2002، ص 300.

ليس لهم التمسك بصحّة الشّركة وطلب إبطالها في الوقت نفسه لكي يحققوا مصلحتهم في نتائج كلّ منهما[1].

2- دائني الشّركاء الشّخصين:

قد يكون من مصلحة دائني الشّركاء الشّخصين التمسك بصحّة الشّركة الفعليّة وذلك رغبةً منهم في زيادة حقوق مدينهم الشّريك عند التصفية عن حصته المقدمة للشركة[2]، أو قد تظهر مصلحتهم في التمسك ببطلان الشّركة اتجاه الشّركاء ودائني الشّركة حتى يتمكنوا من التنفيذ على حصص مدينهم الشّريك في الشّركة[3]. ولدائني الشّركاء الشّخصيين المطالبة بالبطلان أمّا بموجب الدّعوى غير المباشرة، أي استعمال حق مدينهم الشّريك في المطالبة ببطلان الشّركة، أو بإستعمال الدّعوى المباشرة[4] وبصفتهم الشخصيّة باعتبارهم

---

[1] د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 235.

[2] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 232.

[3] ((لما كان الثّابت أن المطعون ضده الأوّل قد اشترى من المطعون ضده الثّاني بصفته الشخصيّة محلاً تجارياً يدعى الطاعن ملكيته لشركة التضامن القائمة بينه وبين المطعون ضده الثّاني، فإن المطعون ضده الأوّل يصبح دائناً شخصياً لأحد الشّركاء في شركة التضامن، ومن ثم يعتبر من الغير ويكون له حق خاصّ مباشر في التمسك ببطلان الشّركة وعدم قيامها في مواجهته بسبب إغفال إجراءات شهرها ونشرها، ولايجوز للشركاء في هذه الشّركة الاحتجاج قبله بقيام الشّركة))، محكمة النقض المصرية، الدّائرة المدنيّة، 1979/1/8، مجموعة أحكام النقض، س 30 ص 127.أشارله د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 92.

[4] تُعرف الدّعوى المباشرة بأنها: وسيلة قانونيّة تمنح الدّائن الحقّ في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير، أي تخول لصاحبها حقاً مباشراً أو شخصياً على مدين مدينه، ويقوم الدّائن بالدعوى ضد مدين مدينه باسمه الخاصّ وبالأصالة عن نفسه ولحسابه الخاصّ دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدّعوى غير المباشر.
علي فيلالي، مرجع سابق، ص453.

من الغير، ويقر لهم القضاء هذا الحقّ مادام أنه نشأ صحيحاً قبل تقرير البطلان[1].

3- مدينو الشّركة والشركاء:

إن لمدينو الشّركة ولمدينو الشّريك الحقّ بأن يحتجوا ببطلان الشّركة إذا أرادوا أن يتمسكوا بالمقاصة ولا يتحقق لهم ذلك إلا إذا زالت الشخصيّة المعنويّة للشركة بالبطلان [2].

فإذا اختار الغير بقاء الشّركة، وتمسك بوجودها اعتبرت أنها شركة صحيحة قائمة ومنتجة لآثارها[3] فيما مضى ويترتّب عليها ما يترتّب على الشّركة السليمة وفق ما سبق بحثه بالعلاقة بين الشّركاء.

أمّا إذا اختار الغير بطلان الشّركة فإنه يقع بأثر رجعيّ وتصبح ذمة الشّركة ملكاً شائعاً بين الشّركاء، ويصبح دائنو الشّركة دائنين لكل من الشّركاء بدون أي أفضلية على دائني الشّركاء الشّخصين وللدائنين طلب التعويض من الشّركاء الذين تسببوا بالبطلان بخطئهم أو بالاستناد إلى أحكام الإثراء بلاسبب، كما ولهم مطالبتهم بنسبة حصتهم من الموجودات مع اعتبارهم متضامنين إذا كان الالتزام تجارياً [4]، وبالتالي لا يمكن إعلان إفلاس الشّركة

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوع الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 232. وكذلك رابح عليوة، مرجع سابق، ص102.و د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 413

[2] د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 93. ود هاني دويدار، مرجع سابق، ص366.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج5، مرجع سابق، ص 187.

[4] د. جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 114.

وإنّما إعلان إفلاس الشّركاء فيها كلّ منهم بصورة فردية إذا ما تحققت شروط الإفلاس فيهم وبالتضامن عند الاقتضاء[1]. هذا وتجدر الإشارة إلى أن الحكم ببطلان الشّركة لا يغير من شكلها ونوعها، إنّما تبقى محتفظة بشكلها ونوعها التي اتّخذته عند التأسيس كما لو كانت شركة صحيحة وقائمة[2].

هذا وقد تتعارض مصالح دائني الشّركة مع مصالح دائني الشّركاء الشّخصين كما لو تمسك دائنو الشّركة بصحتها وتمسك الدّائنون الشّخصيون للشركاء ببطلانها، وفي هنا يوجد للفقه القانونيّ رأيان:

1- ذهب الرأي الأوّل وهو الراجح في الفقه والقضاء[3] إلى القول بتغليب مصلحة من يتمسك بالبطلان على مصلحة من يقول بصحّة الشّركة كونه الأصل.

2- وذهب الرأي الثّاني[4] إلى ترجيح دائني الشّركة إذا تمسكوا ببقاء الشّركة منتقدين الرأي السابق من باب أن نظريّة الشّركة الفعليّة إنّما وجدت لحماية مصالح دائني الشّركة، إذ يجب ترجيح مصلحتهم على مصلحة الدّائنين الشّخصين للشركاء.

---

[1] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 235.

[2] رابح عليوة، مرجع سابق، ص 104.

[3] د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 235. د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 111. د.جاك يوسف الحكيم، مرجع سابق، ص 114. ود. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 93. د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص66.

[4] د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، مرجع سابق، ص 234.

ونحن نميل إلى اعتماد حق الخيار ليس في الشّركات الباطلة فحسب كما سبق الذكر بل وفي الشّركات الموجودة فعليّاً بطريقة غير منتظمة، وفي حال وقع تعارض في المصالح بين دائني الشّركة والدائنين الشّخصين للشركاء نميل إلى ترجيح مصلحة دائني الشّركة على مصلحة الدّائنين الشّخصين للشركاء لأنهم هم الذين تعاملوا مع الشركة فيجب جعل الأولوية لهم في حفظ حقوقهم، ولا يصح أن تنقلب عليهم القواعد التي قرّرت لمصلحتهم وهذا هو الهدف من نظريّة الشّركة الفعليّة التي وجدت لمنع زعزعة المراكز القانونيّة للأفراد المتعاملين معها، على خلاف الدّائنين الشّخصين للشركاء الذين يرجع ارتباطهم مع الشّركاء وليس مع الشّركة، أمّا لو حصل التعارض في الخيارات ما بين دائني الشّركة أنفسهم أو بين الدّائنين الشّخصين للشركاء بين متمسك بالبطلان وآخر بصحّة الشّركة وبقائها، فهنا يرجح الجانب الذي ينادي بالبطلان باعتباره الأصل؛ لأنه هو القاعدة في حالة عدم استيفاء الأوضاع القانونيّة.

الخاتمة

تبيّن لنا – من خلال هذه الدّراسة – مدى ما تتمتَّع به الشّركة الفعليّة من أهميّة بالغةٍ إذ استطاعت أن تُثبِت قوتها وفاعليَّتها في حماية الحقّوق والمصالح المشروعة، والمحافظة على استقرار المراكز القانونيّة المكتسبة من خلال دورها الأساسيّ في تفادي الآثار السَّلبيَّة النَّاجمة عن تطبيق القاعدة العامة للبطلان، وما يستتبعه هذا التَّطبيق من أضرار بالغة، فأثبتت بذلك أنَّها حاجةٌ ملحَّةٌ لِما يطرأ على الشّركات من مشكلات في حياتها العمليَّة، وفي سبيل ذلك قدمنا دراسةٍ مفصَّلةٍ عن الشّركة الفعليّة بغية الإلمام بجميع جوانبها وجميع ما يتعلّق بها من حيث وجودها ابتداءً وانتهاء حياتها وانقضائها نهايةً وما بينهما من أمورٍ هامّةٍ تطرأ عليها خلال هذا الوجود، فبيَّنا بتفصيلٍ ماهيَّة الشّركة الفعليّة وذلك من خلال الوقوف على مفهومها وتاريخ نشأتها والأركان الأساسيّة التي تقوم عليها، إلَّا أنَّ هذا التَّعريف لا يكتمل إلا بتمييزها عن النَّظم والأوضاع القانونيّة المشابه لها، ثمَّ انتقلنا إلى دراسة الحالات التي يتحقَّق معها وجود الشّركة الفعليّة، والتي منها ما هو مرتبط بالبطلان، ومنها ما هو قائمٌ على أسباب خلاف البطلان، ثم خَلُصنا إلى توضيح الطُّرق التي تنتهي بها حياة الشّركة الفعليّة والتي تتجلّى أمّا بتصحيح الشّركة الفعليّة، وتحويلها إلى شركة قانونيّة سليمة بفعل الإرادة أو بفعل عامل الزَّمن (التَّقادم)، في حين تتجلّى الطريقة الأخرى بانحلال الشّركة الفعليّة بموجب دعوى البطلان أو وفق أسباب الانقضاء العامة التي تخضع لها الشّركات القانونيّة مع ما يرافق هذا الانقضاء من ضرورة دخول الشّركة الفعليّة في مرحلة التَّصفية وقسمة أموالها،

والتَّعرض للآثار المترتّبة على علاقات الأطراف في الشّركة الفعليّة أثناء التَّصفية.

وقد حاولنا بكلِّ ما أوتينا من جهد الإلمام بالموضوع من جميع جوانبه القانونيّة والفقهيّة والاجتهادات القضائيّة مع بيان الرَّأي الشّخصيّ في معظم مفاصل البحث.

وبعد أن فرغنا من دراسة البحث واستعراض أفكاره يجدر بنا إيجاز النَّتائج المهمة التي توصَّلت إليها الدّراسة وتقديم بعض التَّوصيات التي يمكن لها أن تساهم بشكلٍ إيجابيٍّ في تلافي القصور والنقص التشريعي والوصول بالشَّركة الفعليّة إلى ممارسةٍ سليمةٍ:

أوّلاً: نتائج الدّراسة

1- قصور التَّشريعات العربيّة على وجه العموم والتَّشريع السّوريّ على وجه الخصوص في العناية بالشَّركة الفعليّة وفي إفراد نصوص قانونيّة تنظِّم أحكامها على غرار ما فعل المُشَرِّع الفرنسيّ.

2- إنَّ الشّركة الفعليّة تقوم على فكرة مؤدَّاها استبعاد النَّتائج المترتّبة على الأثر الرجعيّ للبطلان وتعدّ من أهمِّ تطبيقات نظريّة الوضع الظاهر كونها نظريّة تحقِّق الاستقرار والثَّبات في المعاملات التي تمَّت قبل الحكم ببطلان الشّركة.

3- إنَّ فكرة الشّركة الفعليّة واردة التَّحقُّق على جميع أشكال الشّركات المدنيّة والتجاريَّة سواء كانت شركات أشخاص أو أموال متى توافرت فيها شروط قيام الشّركة الفعليّة، إلَّا أنَّ تحقّقها في شركة المحاصة كان محلّ خلافٍ فقهيّ.

4- تلتقي الشّركة الفعليّة بمختلف صورها مع الشّركة الصحيحة بضرورة توافر الأركان الموضوعيّة بشقيها العامة والخاصّة؛ لتحقُّق وجودها، وتفترق عنها فيما يتعلّق بالأركان الشّكلية، حيث إنَّ تخلّف أحد أو كلا الأركان الشّكليَّة يشكِّل سبباً لوجود شركة فعليّة، بينما اجتماع الأركان الموضوعيّة والشَّكليَّة هو الأساس لشركةٍ قانونيّة سليمةٍ.

5- ليس للشركة أيُّ كيانٍ في الواقع في الفترة السَّابقة على طلب البطلان، ولا يمكن عدّها شركة فعليّة في حال انتفاء الممارسة الفعليّة والجدِّيَّة لنشاط الشّركة المشروع.

6- تتمتَّع الشّركة الفعليّة بالشخصيّة الاعتباريّة بمجرد تكوينها، ولا يمكن الاحتجاج بها اتّجاه الغير إلَّا بعد استيفاء إجراءات الشّهر، وللغير التَّمسك بهذه الشخصيّة، ولو لم تتم إجراءات الشّهر، وتستمر محتفظة بشخصيَّتها الاعتباريّة خلال فترة التَّصفية في حدود الأعمال اللازمة لها.

7- استقرَّ الاجتهاد القضائيّ على أنّه يجوز إثبات الشّركة الفعليّة بجميع طرق الإثبات بما فيها البيّنة الشخصيّة كاستثناءٍ من مبدأ الإثبات بالكتابة.

8- الشَّركة الفعليّة هي من الآثار الأصليَّة التي تترتّب استثناءً على العقد الباطل، وكأنَّه عقدٌ صحيحٌ خلافاً للقاعدة العامة التي تعتبر العقد الباطل معدومٌ ليس له أثر.

9- استقرَّ الرَّأي الرَّاجح بأنَّه ليس كلّ بطلانٍ من شأنه أن يؤدِّي إلى وجود شركةٍ فعليّةٍ، وذلك تبعاً لاختلاف أسباب البطلان وشكل الشّركة، بينما أقرَّ الفقه والتَّشريع الفرنسيّ وجود الشّركة الفعليّة في جميع حالات البطلان،

وعلى نهجهم سار العلامة السَّنهوري إذ قال بأنَّ نظريّة الشّركة الواقعيَّة هي الأساس في كلّ شركةٍ باطلةٍ.

10- بالرَّغم من عدِّ البطلان هو القاعدة العامة التي ظهرت من خلاله الشّركة الفعليّة إلا أنَّه ليس كلّ شركةٍ فعليّةٍ باطلةٍ، إذ إنّ واقع الحياة العمليّة، وما تقتضيه الضروارت كشفت عن حالات أخرى من الممكن أن يتحقَّق معها الوجود الفعليّ للشَّركة من دون أن تكون الشّركة باطلة.

11- تخضع الشّركة الفعليّة والشركاء فيها لضريبة الأرباح التَّجاريّة والصّناعية إذ يكفي لسريانها الوجود الفعليّ للشركة.

12- استقر الرأي الرّاجح أنّه يجوز شهر إفلاس الشّركة الفعليّة التِّجاريّة متى توقَّفت عن دفع ديونها خلال فترة التَّصفية، ويستتبع الحكم عليها بالإفلاس إفلاس جميع الشّركاء بالتبعيَّة إذا كانت شركة تضامن، والشركاء المتضامنين إذا كانت شركة توصية؛ أي: تعامل الشّركة الفعليّة وفقاً للشَّكل الخاصّ الذي اتّخذته، إلَّا أنَّه لا يمكنها عقد صلحٍ يقيها من الإفلاس؛ لعدم تمكُّنها من الوفاء بشروط الصُّلح نظراً لانتفاء وجودها في المستقبل.

13- في حال تمسك دائني الشّركاء الشّخصين أو الشّركاء (ناقصي الأهليّة أو المتعيبة إرادتهم) أو ممثليهم القانونيّن ببطلان الشّركة بينما تمسك دائني الشّركة بإفلاسها، يرفض طلب الدّائنين في إفلاس الشّركة، إلا إذا صدر حكم الإفلاس وصار مبرماً قبل تمسك دائني الشّركاء الشّخصين ببطلان الشّركة.

14- يلعب التقادم دوراً هامّاً في تصحيح الشّركة الفعليّة وتحويلها إلى شركة صحيحة وذلك بأنه يُسقط حق الادعاء ببطلان الشّركة الفعليّة دون أن يُزيل

سبب البطلان، وهذا بدوره يحمل معنى أن مرور الزمن دون إقدام المتعاقد على رفع دعوى البطلان يُفيد أنه قَبِل ضمناً تصحيح العقد.

15- لقد كان المُشَرِّع السوري موفقاً باعتماده أسلوب الرقابة السابقة على التأسيس فيما يخص شركات الأموال، الأمر الذي من شأنه حماية الغير والحد ما أمكن من إبطال الشّركة بعد تأسيسها.

16- يتم تصفية الشّركة الفعليّة وتسوية كلّ العمليات التي تمت خلال وجودها في الماضي وفقاً لأحكام وقواعد التصفية العامة، وتتم القسمة وفق بنود العقد، وفي حال عدم وجود اتفاق أو كانت بنود العقد غير مشروعة أو باطلة تجري القسمة وفقاً للقواعد العامة وهذا ما استقر عليه الرأي الراجح فقهاً واعتمدته أغلب الأحكام القضائيّة.

17- لا يجوز للغير الذي أصبح مديناً للشركة أونشأ حقه بعد تصحيح بطلانها أن يتمسك بالبطلان، على خلاف الحال إذا ما نشأ حقه قبل التصحيح فإنه يستطيع التمسك ببطلان الشّركة رغم تصحيحه.

18- استقر الرأي الراجح فقهاً وقضاءً بأن للغير حق الخيار بين التمسك بصحّة الشّركة الفعليّة في الماضي أو التمسك ببطلانها وفق ما تقتضيه مصلحته، وهذا الحقّ كلّ لا يتجزأ، وعند حدوث تعارض بين مؤيّد للبطلان وآخر متمسك بصحّة الشّركة تُرجح مصلحة من يتمسك بالبطلان كونه الأصل.

19- إن الحكم ببطلان الشّركة لا يغير من شكلها ونوعها، إنّما تبقى محتفظة بشكلها ونوعها التي اتّخذته عند التأسيس كما لو كانت شركة صحيحة وقائمة.

ثانياً: التوصيات

1- نلتمس من المُشَرِّع السوري أن يُعنى بتنظيم الشّركة الفعليّة ضمن نصوصه القانونيّة مع ما يستتبع ذلك من تناول أحكامها وبيان مفهومها وأهم شروطها وحدود تطبيقها وأبرز آثارها... مستفيداً في ذلك من التجربة الرائدة للمُشَرِّع الفرنسيّ بدلاً من ترك أمرها للاجتهادات القضائيّة والآراء الفقهيّة.

2- نلتمس من المُشَرِّع السوري وضع نصوص قانونيّة تُنظم حالة البطلان الذي يلحق بالشَّركة بما فيها دعوى البطلان على غرار ما فعل المُشَرِّع الفرنسيّ بدلاً من العودة في ذلك إلى نصوص القانونيّ المدنيّ.

3- نلتمس من المُشَرِّع السوري أن يحذو حذو التشريعات التي تضمنت نصوصها إمكانيّة تلافي بطلان الشّركة وإزالة العيب الذي انتاب تأسيسها قبل الحكم بالبطلان، وذلك بتهيئة السُبل لتصحيح وضع الشّركة الفعليّة وتحويلها من شركة مهددة بالبطلان إلى شركة قانونيّة صحيحة.

4- نلتمس من الجهات المعنيّة إتاحة المجال أمام الباحث للحصول على الأحكام القضائيّة الغير منشورة بشكل ميسر كاعتماد نظام الأتمتة، الأمر الذي من شأنه إغناء البحث العلمي وإثرائه، بدلاً من البحث في سجلات المحاكم الغير المنتظمة والتي من شأنها إضاعة الكثير من الوقت والجهد.

5- نلتمس من الأفراد أن تكون على قدر عالي من التوعية، بحيث لا تقدم على التعامل مع أي شركة إلا بعد التأكّد من مدى قانونيّتها وعدم مخالفتها لأحكام القانون.

وبهذا القدر أكون قد وصلت إلى ختام الحديث عن النظام القانونيّ للشركة الفعليّة وأسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في تحقيق الغاية المرجوة، وأن أكون قد قدمتُ عملاً نافعاً وجهداً متواضعاً إلى جهود من سبقوني بهذا المجال.

ولا أزعم أني قد وفيت الموضوع حقه كاملاً وإنّما حاولت أن أسدد وأقارب ولم أدخر في ذلك جهداً، فحسبي أني سخرت قلمي وبذلت جهدي، فإن وفقت وأحسنت فذلك بفضل الله يؤتيه من يشاء، وإن أخطأت فحسبي أني أخلصت النيّة وبذلت قصارى جهدي ولا يُكلف الله نفساً إلا وسعها، مستشهدةً بما قاله العماد الأصفهاني:

((إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه، إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد في كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا المكان لكان أفضل، ولو ترك هذا المكان كان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر)).

والحمدلله رب العالمين....

قائمة المراجع

أوّلاً: المؤلّفات العربيّة:

أ- المؤلّفات العامة:

1- أحمد عبد اللطيف غطاشة، الشّركات التجارية، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار صفاء للنشر، عامّ 1999 م.

2- أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائيّ في شرح أحكام القانون المدنيّ، ج2، الطبعة الأولى، مصر، دار أبو المجد، عامّ 2010-2011 م.

3- د. ادوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدّفع، ج2، بدون طبعة، دون مكان، دون دار للنشر، عامّ 1973 م.

4- د. ادوار عيد، الشّركات التجارية، مبادئ عامّة، شركات الأشخاص مع ملحق للشركة المحدودة المسئوولية، بدون طبعة، بيروت، مطبعة النجوى، عامّ 1969 م.

5- د. أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني، الشّركات التجارية، ج2، بدون طبعة، بدون مكان، دار النهضة العربيّة، عامّ 1968 م.

6- د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج2، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات عويدات، عامّ 1982م.

7- د. الياس ناصيف، موسوعة الشّركات التجارية، الجزء الأوّل، بدون طبعة، بدون مكان، بدون دار للنشر، عامّ 1994 م.

8- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدنيّ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة السادسة، عمان، دار الثّقافة، عامّ 2012 م.

9- د. بهاء الدّين العلايلي، النظريّة العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الأوّل، الرياض، دار الشّوف، عامّ 2008 م.

10- د. ثروت حبيب، المصادر الارادية للالتزام في القانون المدنيّ الليبي، بدون طبعة، ليبيا، منشورات الجامعة الليبية، عامّ 1972 م.

11- د. جاك يوسف الحكيم، الشّركات التجارية، الطبعة الرابعة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عامّ 2005-2006 م.

12- د. جلال وفاء البدري محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، بدون طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عامّ 1995 م.

13- د. جميل الشّرقاوي، النظريّة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربيّة، عامّ 1984.

14- د. حسني المصري، القانون التجاري، شركات القطاع الخاصّ، الطبعة الأولى، الكويت، دار الكتاب الحديث، عامّ 1986 م.

15- د. حسني المصري، اندماج الشّركات وانقسامها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون بلد، دار الكتب القانونيّة، عامّ 2007 م.

16- د. حسني محمود عبد الدّايم، التقادم وإسقاطه للحقوق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2009 م.

17- د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقّوق التجارية، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، عامّ 1952 م.

18- د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، الوجيز في الحقّوق التجارية البرية، الطبعة الثّالثة، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، عامّ 1956 م.

19- د. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، دون طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عامّ 2007م.

20- د. رمضان محمد أبو السعود ود.همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 2005 م.

21- د. سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربيّة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2007 م.

22- سليمان بو ذياب، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، عامّ 2003 م.

23- د. سميحة القليوبي، الشّركات التجارية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربيّة، عامّ 2011 م.

24- د. سمير عاليه، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، عامّ 1987 م.

25- سمير فرنان بالي، آبحاث وآراء قانونيّة، حلب، مطبعة شيك بلوك، عامّ 1986 م.

26- د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عامّ 1997 م.

27- د.عاطف محمد الفقي، الشّركات التجارية في القانون المصري، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربيّة، عامّ 2007 م.

28- د. عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدنيّ والقوانين الخاصّة، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1993 م.

29- عبد الحميد الشّواربي، الشّركات التجارية، الطبعة الثّانيّة، الاسكندرية، منشأة المعارف، عامّ 1988م.

30- عبد الحميد الشّواربي، موسوعة الشّركات التجارية، شركات الأشخاص والأموال والاستثمار، ج1، الطبعة الرابعة، بدون مكان، دون دار للنشر، دون تاريخ.

31- د. عبد الحي الحجازي، النظريّة العامة للالتزام، ج2، بدون طبعة، مصر، مطبعة نهضة مصر، عامّ 1954م.

32- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج3، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشّروق، عامّ 2010 م.

33- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، ج5، العقود التي تقع على الملكية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشّروق، عامّ 2010 م.

34- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، مصادر الالتزام، ج1، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشّروق، عامّ2010م.

35- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدنيّ المصري، نظريّة العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، الكويت، دار الكتاب الحديث، عامّ 1984م.

36- عبد الفضيل محمد أحمد، الشّركات، بدون طبعة، المنصورة، مصر، دار الفكر والقانون، عامّ 2009م.

37- د. عبد المنعم موسى ابراهيم، الاعتبار الشّخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2008م.

38- عزت عبد القادر، الشّركات التجارية، بدون طبعة، عابدين، مصر، النسر الذّهبي للطباعة، عامّ 1999 م.

39- د. عزيز العكيلي، أحكام الافلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، عمان، مكتبة دار الثّقافة، عامّ 1997م.

40- د. عزيز عبد الأمير العكيلي، الشّركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، بدون طبعة، عمان، دار الثّقافة للنشر، عامّ 1995م.

41- د. علي أحمد حسن، التقادم في المواد المدنيّة والتجارية فقهاً وقضاءً، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، عامّ 1985 م.

42- د. علي البارودي ود. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1999 م.

43- د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، القانون التجاري، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1987 م.

44- د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج1، بدون طبعة، بدون مكان، بدون دارللنشر، عامّ 1972م.

45- د. علي حسن يونس، الشّركات التجارية، مصر، دار الفكر العربيّ، عامّ 1957 م.

46- علي فيلالي، الالتزامات، النظريّة العامة للعقد، الطبعة الثّالثة، الجزائر، موفم للنشر، عامّ 2013 م.

47- د. فايز نعيم رضوان، الوجيز في الشّركات التجارية، الطبعة الأولى، عمان، الآفاق المشرقة ناشرون، عامّ 2014 م.

48- د. فتحي والي، نظريّة البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، الاسكندرية، منشأة المعارف، بدون تاريخ.

49- د. فتحية قرة، أحكام الوضع الظاهر، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، بدون تاريخ.

50- د. فوزي محمد سامي، الشّركات التجارية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثّقافة للنشر، عامّ1999 م.

51- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج3، بدون طبعة، عمان، الأردن، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عامّ 1997 م.

52- د. فيروز سامي عمرو الريماوي، شركة الشّخص الواحد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار البشير، عامّ 1997 م.

53- د. لطيف جبر كوماني، القانون التجاري، دون طبعة، طرابلس، ليبيا، منشورات الجامعة المفتوحة، عامّ 1993 م.

54- محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، دون طبعة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2002 م.

55- محمد أحمد عابدين، زوال العقد، دون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، عامّ 2013 م.

56- محمد سعيد عبد الرحمن، نظريّة الوضع الظاهر في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، عامّ 2008 م.

57- د. محمد فاروق أبو الشّامات ود. جمال الدّين مكناس، الحقّوق التجارية، بدون طبعة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عامّ 2008-2009 م.

58- د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال، دراسة في النشاط التجاري وآلياته، بدون طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، عامّ 1996 م.

59- د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2002م.

60- د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1995 م.

61- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثّالثة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1997 م.

62- د. محمد واصل، المدخل إلى علم القانون، دون طبعة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عامّ 2011-2012 م.

63- محمود زكي شمس، شرح القانون الخاصّ بالشركات الصادر بالقانون رقم3 لعام 2008، الطبعة الأولى، دمشق، مطبعة الدّاودي، عامّ 2008.

64- محمود سمير الشّرقاوي، الشّركات التجارية في القانون المصري، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربيّة مطبعة جامعة القاهرة، عامّ 1986م.

65- د. مصطفى الجمال وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2006 م.

66- د. مصطفى كمال طه، أساسيّات القانون التجاري والقانون البحري، بدون طبعة، بيروت، الدّار الجامعية، عامّ 1992م.

67- د. مصطفى كمال طه، الشّركات التجارية، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 2000 م.

68- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس..، بدون طبعة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عامّ 1999 م.

69- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية..، بدون طبعة، الدّار الجامعية، بدون بلد، بدون تاريخ.

70- د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار الكتب القانونيّة، عامّ 2010 م.

71- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدنيّ، دراسة مقارنة، ج3، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2001 م.

72- د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة، مطبوعات المنظمة العربيّة للتربية والثقافة والعلوم، عامّ1977 م.

73- د. هاني دويدار، القانون التجاري اللبناني، ج1، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربيّة، عامّ 1995 م.

74- د. هشام زوين، الموسوعة العلمية في تأسيس الشّركات التجارية والمدنيّة، ج1، الطبعة الثّانيّة، القاهرة، مركز محمود للاصدارات القانونيّة، عامّ 2008م.

75- د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، ج1، دون طبعة، حلب، منشورات جامعة حلب، بدون تاريخ.

76- د. هيوا إبراهيم الحيدري، شركة الشّخص الواحد ذات المسئوولية المحدودة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقّوقية، 2010م.

ب-المؤلّفات المتخصصة:

1- بلال عطيه حسين فرج الله، بطلان الشّركات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الجيزة، مصر، مركز الدّراسات العربيّة للنشر والتوزيع، 2016م.

2- بيار اميل طوبيا، الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، 2009 م.

3- سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشّركة الفعليّة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقّوقية، عامّ 2011 م.

4- مساعد بن حمد بن عبد الله الشّريدي، الشّركة الفعليّة –دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية/ قسم السياسة الشّرعية، الرياض، المملكة العربيّة السعودية، عامّ 1433 هـ/ 2012م.

5- مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانونيّ للشركة الفعليّة في القانون المقارن، بدون طبعة، عمان، مكتبة دار الثّقافة للنشر والتوزيع، بدون تاريخ.

ت-الأبحاث العلمية:

1- أحمد الدّجاني، الآثار الناشئة عن دمج الشّركات المساهمة، بحث أعد لنيل درجة الماجستير، كلية الحقّوق، جامعة دمشق/ قسم القانون التجاري، عامّ 2013-2014 م.

2- إيناس أحمد بندقدار، انقضاء الشّركات التجارية، بحث علمي قانونيّ لنيل لقب أستاذة في المحاماة، نقابة المحامين، دمشق، عامّ 2016 م.

3- علي هرموش، الشّركة المنشأة بصورة فعليّة، بحث علمي قانونيّ بإشراف الدّكتورة سهير الجندي، دمشق، كلية الحقّوق، عامّ 2014 م.

4- مؤيّد الدّين سبيني، شركة الشّخص الواحد، المحدودة المسؤولية، بحث قانونيّ لنيل لقب أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين، فرع دمشق، بدون تاريخ.

5- نورا صالح البيطار، الشّركة الفعليّة، بحث علمي قانونيّ لنيل لقب أستاذة في المحاماة، نقابة المحامين، دمشق، عامّ 2015م.

ث-المجلات:

1- رابح عليوة، مجال تطبيق نظريّة الشّركة الفعليّة في القانون الجزائري، **مجلة التواصل في العلوم الإنسانيّة والاجتماعية**، كلية الحقّوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد 28، عامّ 2011 م.

2- عبد الله حميد الغويري، تأسيس شركة الشّخص الواحد في القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2015، **مجلة جامعة الشّارقة للعلوم الشّرعية والقانونيّة**، المجلد 13، العدد 2، ديسمبر، 2016.

3- د.عزيز عبد الأمير العكيلي، الصعوبات القانونيّة الناشئة عن إفلاس الشّركات، **مجلة الحقّوق**، تصدرها كلية الحقّوق بجامعة الكويت، الكويت، العدد الأوّل، السنة الحادية عشرة، مارس، 1987.

4- د. ماجد راغب الحو، نظريّة الظاهر في القانون الإداري، **مجلة الحقّوق والشريعة**، الكويت، المجلد 4، العدد 1، عامّ 1980.

5- **مجلة المحامون**، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربيّة السورية، العددين 1-2، عامّ 2006.

6- **مجلة المحامون**، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربيّة السورية، العددين 11-12، عامّ 2011.

7- محمد حسين اسماعيل، الاندماج في مشروع قانون الشّركات الأردني، **مجلة مؤتة للبحوث والدراسات**، العدد الأوّل، 1986.

8- د. محمد فتاحي، الشّركة التجارية الفعليّة في التشريع الجزائري، **مجلة العلوم القانونيّة والسياسية**، كلية الحقّوق، الجزائر، العدد 13، جوان/حزيران، 2016.

ج- المعاجم اللغوية:

1- إبراهيم مدكور، المعجم الوجيز، ط2، منشورات مجمع اللغة العربيّة، مصر، دار التحرير، عامّ 1973م.

2- أبي الفضل جمال الدّين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط 1، بيروت، دار صادر، عامّ 2010م.

3- زين الدّين ابن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق ج5، ضبط وتخريج الشّيخ زكريا عميرات، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، عامّ 1997 م.

4- محمد بن عبد الواحد السيواسي الكسندري كمال الدّين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج 6، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، عامّ 2003 م.

ح- القوانين والمراسيم:

1- قانون الشّركات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 29 لعام 2011م.

2- القانون المدنيّ السوري الصادر بتاريخ 18 أيار عامّ 1949م وتعديلاته.

3- المرسوم التشريعي 12 تاريخ 1970/1/7 م المنظم لمزاولة المهن الطبية في سورية.

4- القانون رقم 30 لعام 2010 م المنظم لمهنة المحاماة في سورية.

5- القانون رقم 50 لعام 2004 م، نظام العاملين الأساسيّ في الدّولة السورية.

6- قانون التجارة السوري المرسوم 1949/149م.

7- قانون الجمعيات السوري رقم 93 الصادر في 8/7/ 1958م.

8- قانون الشّركات الفرنسيّ رقم 537 الصادر في 24 تموز 1966.

9- القانون التجاري الفرنسيّ المعدل بتاريخ 5 آب لسنة 2017.

10- القانون المدنيّ الفرنسيّ الصادر في 4 كانون الثّاني 1978م.

11- قانون الشّركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016م.

12- قانون الشّركات القطري رقم 11 لسنة 2015م.

13- نظام الشّركات السعودي 1437هـ/ 2015 م.

14- قانون الشّركات الاتحادي الإماراتي رقم 2 لسنة 2015 م.

15- قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987م.

16- القانون التجاري الليبي رقم 23لعام 2010م.

17- قانون الشّركات البحريني رقم 21 لسنة 2001 م.

18- مجلة الشّركات التجارية التونسية قانون عدد 89 لسنة 2000م.

19- قانون الشّركات اليمني رقم 22 لسنة 1997م.

20- قانون الشّركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 م.

21- قانون الشّركات الأردني المؤقت رقم 1 لسنة 1989م.

22- القانون المدنيّ الأردني رقم 43 سنة 1976 م.

23- القانون المصري رقم 159 لعام 1981 م وتعديلاته.

24- القانون المدنيّ المصري رقم 131 لسنة 1948م.

25- قانون التجارة اللبناني لسنة 1942 م الذي صدر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304.

26- موجبات وعقود لبناني سنة 1932م وتعديلاته لغاية القانون رقم 483 سنة 1995.

27- قانون الشّركات العراقي رقم 36 لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم 2 لعام 1988

خ- أحكام القضاء:

1- أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائيّ في شرح أحكام القانون المدنيّ، ج2، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، مصر، عامّ2010-2011.

2- محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدنيّ الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، ج2، مكتبة دار اليقظة العربيّة، دمشق، عامّ 2004.

ثانياً: المؤلّفات الأجنبية

1- Carmela Géraldine: Approche comparative de la collaboration du couple dans l'entreprise en droit français et Italien, Doctorat en droit prive, université Nancy 2, le 18 février 2011.
2- Céline LASSALLE: L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du le chef d'entreprise, Doctorat De l'université de Toulouse, 6 octobre 2016.
3- Emmanuelle vierling-kovar: Le contrat de société en participation, Docteur de l' université de Strasbourg, université de Strasbourg, 25 avril 2013.
4- Sabine vacrate: La société Créée de fait, Essai d'une Théorisation, Thése LGDJ, 2003.

ثالثاً: المواقع الالكترونيّة

1- www.eastlaws.com
2- www.etd2.uofk.edu
3- www.amawi.info
4- www.safinow.com
5- http: //www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=303344
6- http: //sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t643-topic
7- http: //www.law.uokufa.edu.iq/staff/nabel/alather.pdf
8- www.droit-dz.com/forum/threads/2116
9- https://www.légavox.fr/blog/laurent-latapie-avocat/société-créée-fait-liquidation-interets-15209.htm
10- www.légifrance.gouv.fr
11- www.companyadress.co.uk/blog/starting-business/types-of-company
12- www.companieshouse-gov.uk

فهرس المحتويات

المقدّمة..... 1
أوّلاً – التّعريف بموضوع البحث:..... 1
ثانياً – أهميّة البحث: 3
ثالثاً – إشكاليَّة البحث:..... 3
رابعاً – هدف البحث: 5
خامساً – الصّعوبات التي واجهت البحث: 6
سادساً – المنهج العلميّ المُتَّبع في البحث:..... 7
سابعاً – خطَّة البحث: 7
الفصل الأوّل وجود الشّركة الفعليّة 9
المبحث الأوّل التعريف بالشّركة الفعليّة..... 11
المطلب الأوّل ماهية الشَّركة الفعليّة..... 13
الفرع الأوّل: مفهوم الشّركة الفعليّة: 14
أوّلاً: تعريف الشّركة الفعليّة ونشأتها:..... 14
ثانياً: مضمون الشّركة الفعليّة والأساس القانونيّ لتبرير وجودها:
..... 32
الفرع الثّاني: أركان الشّركة الفعليّة 49
أوّلاً: الأركان الموضوعيّة العامة..... 49

ثانياً – الأركان الموضوعيّة الخاصّة:..... 55

ثالثاً – الممارسة الفعليّة لنشاط الشّركة الفعليّة:..... 72

المطلب الثّاني تمييز الشّركة الفعليّة عمّا يُشابهها 79

الفرع الأوّل: الشّركة الفعليّة والشَّركة المنشأة بصورة فعليّة:..... 80

أوّلاً– ماهية الشّركة المنشأة بصورة فعليّة:..... 80

ثانياً– أهميّة التميز بين الشّركة المنشأة بصورة فعليّة والشَّركة الفعليّة: 87

الفرع الثّاني: الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة 92

أوّلاً–التعريف بشركة المحاصة:..... 93

ثانياً–فائدة التمييز بين الشّركة الفعليّة وشركة المحاصة:..... 95

الفرع الثّالث: الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد..... 104

أوّلاً: ماهية تحول العقد..... 104

ثانياً: التميز بين الشّركة الفعليّة ونظريّة تحول العقد 105

المبحث الثّاني حالات قيام الشّركة الفعليّة 109

المطلب الأوّل حالات الشّركة الفعليّة المرتبطة بالبطلان 111

الفرع الأوّل: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الموضوعيّة. 112

أوّلاً: البطلان الناتج عن الإخلال بالأركان الموضوعيّة العامة112

ثانياً: البطلان الناتج عن الإخلال بالأركان الموضوعيّة الخاصّة 129

الفرع الثّاني: أسباب البطلان نتيجة الإخلال بالأركان الشّكلية.. 135

أوّلاً: الكتابة 136

ثانياً: الإشهار 142

المطلب الثّاني حالات الشّركة الفعليّة القائمة على أسباب خلاف البطلان 151

الفرع الأوّل: الوجود الفعليّ للشركة قيد التأسيس 152

أوّلاً- موقف الفقه من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس: 154

ثانياً- موقف القضاء من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس:..... 155

ثالثاً- موقف القانون من الوجود الفعليّ للشركة في مرحلة التأسيس:..... 157

الفرع الثّاني: الوجود الفعليّ للشركة بعد حلها وانقضائها..... 159

الفصل الثّاني انتهاءالشَّركة الفعليّة 165

المبحث الأوّل انتهاء الشّركة الفعليّة بتصحيح وضعها وتحويلها إلى شركة قانونيّة..... 167

المطلب الأوّل تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل الإرادة 169

الفرع الأوّل: تسوية الشّركة الفعليّة بفعل إرادة الشّركاء 170

أوّلاً- العيب المتعلّق بكيان الشّركة:..... 170
ثانياً- العيب المتعلّق بأحد عناصر تكوين الشّركة:..... 175
الفرع الثّاني: تسوية الشّركة الفعليّة بناءً على طلب ذو المصلحة 179
المطلب الثّاني تصحيح الشّركة الفعليّة بفعل التقادم 187
الفرع الأوّل: ماهية التقادم في الشّركة الفعليّة..... 188
الفرع الثّاني: أثر التقادم في تصحيح الشّركة الفعليّة 191
المبحث الثّاني انقضاء الشّركة الفعليّة..... 201
المطلب الأوّل انحلال الشّركة الفعليّة 203
الفرع الأوّل: انحلال الشّركة الفعليّة بدعوى البطلان 205
أوّلاً: أطراف دعوى البطلان 207
ثانياً: الجهة المختصّة بنظر دعوى بطلان الشّركة الفعليّة: . 211
ثالثاً: حجية وأثر الحكم الصادر في دعوى البطلان 212
الفرع الثّاني: انحلال الشّركة الفعليّة بالأسباب القانونيّة..... 216
أوّلاً- الأسباب الإرادية لانقضاء الشّركات الفعليّة: 218
ثانياً- الأسباب اللاإرادية لانقضاء الشّركات الفعليّة: 219
المطلب الثّاني تصفية الشّركة الفعليّة 225
الفرع الأوّل: قواعد وإجراءات تصفية وقسمة الشّركة الفعليّة 228
أوّلاً: عملية التصفية 228

ثانياً: إفلاس الشّركة الفعليّة 234

ثالثاً: قسمة الشّركة الفعليّة 239

الفرع الثّاني: الآثار المترتّبة على علاقات الأطرف في الشّركة الفعليّة أثناء التصفية 243

أوّلاً: العلاقة بين الشّركاء..... 243

ثانياً: علاقة الشّركة أو الشّركاء مع الغير 248

الخاتمة..... 257

أوّلاً: نتائج الدّراسة..... 258

ثانياً: التوصيات..... 262

قائمة المراجع..... 265

أوّلاً: المؤلّفات العربيّة:..... 265

ثانياً: المؤلّفات الأجنبية 279

ثالثاً: المواقع الالكترونيّة..... 279

فهرس المحتويات..... 281