الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم: .....

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

الشكلية في عقود الشركات التجارية

إعداد الطالبتين:

-أمينة زواوي

- صبرينة جعلاب

إشراف:

د/ والي عبد اللطيف

لجنة المناقشة:

- الاستاذ(ة) برابح السعيد	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	رئيسا
- الأستاذ(ة) عبد اللطيف والي	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مشرفا ومقررا
- الاستاذ (ة) مهدي رضا	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: آمنة اللقب: زواوي

اسم الأب: محمود اسم ولقب الأم: عتيقة زواوي

تاريخ الازدياد: 1988-03-20 مكان الازدياد: بريكة / باتنة

رقم الهاتف: 06-58-13-42-38

البريد الالكتروني: /

العنوان الشخصي: حي هواري بومدين - برهوم -

الباكالوريا:

المعدل: 11.83 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/ سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: هبرينة اللقب: جيلاني

اسم الأب: ابراهيم اسم ولقب الأم: الكاهلة بشير

تاريخ الازدياد: 30-09-1995 مكان الازدياد: مغرة

رقم الهاتف: 0668.10.35.57

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي: مشتة الرحالية، بلدية بلعائية، دائرة مغرة

الباكالوريا:

المعدل: 15,90 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2015

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/ سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

DJALAR

*ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 17

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): أ. منية زواوي الصفة: طالب. أستاذ. باحث

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 200363651 والصادرة بتاريخ 2016-04-25

المسجل(ة) بكلية / معهد المقوم قسم تجارة وتسيير أعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة ليسانس. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).

عنوانها: التكليف في عقود الشركات التجارية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/05/30

توقيع المعني(ة)

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
ملحق رئيس مصلحة الشؤون العامة
بلحاج صليحة

2022 ماي 30

* ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في ..... 2020 ماي 27 .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): جملان صبرينة الصفة: طالب، أستاذ، باحث

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 648324 والصادرة بتاريخ 2014/09/15

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم قانون اعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: الشكلية في عقود الشركات التجارية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/05/31

توقيع المعني (ة)

رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه
ملحق رئيس للإدارة الإقليمية
بلحاجي صليحة

شكر وتقدير

"كن عالما فإن لم تستطع فكن متعلما فإن لم تستطع فأحب العلماء فإن لم تستطع فلا تبغضهم..."

ويقول صلى الله عليه وسلم (ٔن الحوت في البحر والطير في السماء يصلون على معلم الناس)

إلى من قبل الإشراف على مذكرتي وشجعني وقدم لي النصائح وأفادني في إتمام عملي: أ د/ والي عبد اللطيف

كما نخص بالذكر أعضاء اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا البحث.

كما نتقدم بخالص عبارات الاحترام والعرفان بالفضل الجميل لأساتذتنا على مستوى جميع أطوار التدرج العلمي.

إهداء

قال تعالى: ((وَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً...))

صدق الله العظيم

أهدي ثمرة جهدي وعملي المتواضع إلى توأم روحي أطال الله

في عمرها "" أبي الغالي وأمي الغالية ""

إلى أخواتي الثلاث ((حفيظة وزوجها وبناتها:

رنيم، مروة، مرام.. سميرة وزوجها وأولادها

عاشور، ورونق.. نسيمة))

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

أمينة زواوي

إهداء

قد أنسى من التعب ... قد تغفل ذاكرتي في لحظة ما

عانيت... ولكن لن أنسى شقائهم في

سبيل أن أكون دائما الأفضل... أهدي ثمرة

هذا العمل

إلى أمي ثم أمي ثم أمي... ينبوع الحنان الصافي

إلى أبي ثم أبي ... صفة الأمان

ورمز النيل والخلاق والجود والكرم

أطل الله في عمرهما وحفظهما من كل سوء

إلى أختي الحبيبة سميرة... عطر الريحان

إلى إخوتي (نصر الدين، فارس، رضا، هارون، حمزة، بلال)... سندي في هذا الزمان

إلى من تركت في نفسي ذكريات طيبة إليك جدي وجدتي

إلى روحهما الزكية الطاهرة

إلى من قضيت معهم أجمل اللحظات

وأحلى الذكريات... صديقاتي

إلى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل

خصوصا السيد محمد.

صبرينة جعلاب

قائمة المختصرات:

ص: صفحة

ط: الطبعة

د ط: دون طبعة

د ت: دون سنة نشر

ج: الجزء

ج ر: الجريدة الرسمية

ع: العدد

مج: المجلد

مقدمة:

تلعب الشركات التجارية دورا هاما في التنمية الاقتصادية، حيث تفوق حاجيات الاقتصاد حاليا الإمكانيات المادية والمالية التي يمثلها التاجر كفرد، فالفرد الواحد لا يقوى على النهوض بالمشاريع التجارية والصناعية لما تتطلبه من مجهودات كبيرة وأموال ضخمة أدى إلى تضافر الأفراد وقاموا بتوحيد جهودهم وأموالهم ليتسنى لهم القيام بالمشاريع الكبيرة التي يعجز الفرد على القيام بها وحده، وعليه فإن مزاولة التجارة لا تقتصر على الأفراد بل تزاولها أيضا جماعات من الأشخاص في شكل قانوني هو الشركة التجارية، وهي مهنية أحسن من الفرد لممارسة التجارة إذ تستطيع جمع الأموال اللازمة لممارسة كل أنواع النشاطات التجارية والصناعية، فنشاط الشركة يجهل العوائق العاطفية أو العائلية التي تتأثر بأسباب اجتماعية مثل الشخص الطبيعي، لكن العجز الذي قد تتعرض له الشركة يكون ناتجا عادة عن عدم كفاءة أو إهمال المسيرين والشركاء (أي أشخاص طبيعية).

الشركة نظام قديم جدا عرفه البابليون ونظمه قانون حمورابي، وقد كانت الشركة في القانون الروماني عقد رضائي لا ينشأ عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء. وفي القرن الثامن عشر مع نهوض الحياة التجارية في إيطاليا، بدأت تظهر خصائص الشركة.

المشرع الجزائري بدوره اهتم بالشركات ونظم أحكامها أساسا ضمن القانون المدني (المواد من 16 إلى 449) والقانون التجاري (المواد من 544 إلى 842) بالإضافة إلى نصوص تشريعية أخرى تطبق على الشركات كالنصوص الجبائية، قانون السجل التجاري.

وقد فرق الشركة عبر المادة 416 ق.م.ج بقوله: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم قصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنتج عن ذلك.

وتعد الشكلية في القانون موضوع في غاية الدقة، وقد وجدت في العهد القديم (بلاد وادي الرافدين) ومع بداية التعاملات بين البشر، حيث كان الأصل في التعامل أن لا يتم في قالب معين وبصورة معينة ومحددة، ويتطلب هذا التصرف لتمامه إجراءات قاسية حددت بموجب أحكام القانون أو النظام السائد والمزامن في ذلك الوقت.

ولاختلاط الناس ببعضهم البعض ولحاجتهم الماسة للتعامل مع بعضهم البعض وخاصة مع ازدهار التجارة واشتراك المصالح، كان لابد أن يتخذ التصرف صورة معينة وأن يتم بأسرع وقت، وعليه بدأت تتطور الشكلية وتخف تلقائيا أي شيئا فشيئا إلى أن أصبحت تقتصر على بعض التصرفات دون غيرها، ومن ثم تحولت بدلا من أن تكون الأصل في التصرف الاستثناء، والأصل أن يتم التصرف والتعاقد بالإيجاب والقبول (التراضي) ولا حاجة لإفراغه بالصورة التي كانت تطبق سابقا.

تتجلى أسباب اختيارنا للموضوع في عدة أسباب منها ما هو موضوعي ومنها ما هو ذاتي، وتعود الأسباب الذاتية لاختيار الموضوع إلى ميلنا له بغية التوصل والمناقشة عن قرب، والميول للقانون الخاص والرغبة للبحث في التخصص من جهة، ومن جهة ثانية هناك أسباب موضوعية تتمثل في تكريس المؤسس الدستوري لمبدأ حرية الاستثمار والتجارة وما يترتب عنه من أعمال دور أشخاص القانون الخاص وخاصة الشركة التجارية، وذلك لتفعيل الاقتصاد وتطويره باعتبار الشركات ركيزة اقتصادية هامة ومعيار تقييم لمدى قوة الدولة وتقدمها.

وتجد الإشارة إلى أهمية هذه الدراسة التي تتجسد من الناحية العلمية في جمع شتات الأفكار المتعلقة بالشكلية القانونية الواردة على عقود الشركات التجاري والموزعة نصوصها بين كل من القانون المدني الجزائري والقانون التجاري، وكذلك التنظيم وكثرة التعديلات الطارئة على هذه النصوص ومع مراعاة التحيين في ظل استحداث المشروع الجزائري لنصوص قانونية ضابطة على مستوى التنظيم، كما تتجلى الأهمية من الناحية العملية في

أهمية إجراء تأسيس الشركة التجارية في حد ذاتها كشخص قانوني بأبعادها الاجتماعية والاقتصادية، ومكانتها بحيث تعد الشركة من أهم الأشخاص الفاعلين في مجال التجارة والاستثمار عموما.

والهدف من هذه الدراسة الموسومة بالشكلية في عقود الشركات التجارية، في الوقوف على قصد المشرع الجزائري وغايته من الحد من مبدأ الإرادة بفرض قيد الشكلية على العقود التأسيسية للشركات التجارية وكل تعديل لها، وكذلك في دقة النصوص القانونية المرصودة من قبله، وتعتبر في الحقيقة الشكلية المفروضة على عقود الشركات التجارية فكرة من جملة الأفكار المتعلقة بالشركات التجارية.

ومنه تبنى إشكالية الدراسة على النحو التالي:

-هل الشكلية ركن لانعقاد العقد أم أنها وسيلة للإثبات فقط؟

وللإجابة على هذه الإشكالية كان ولابد من تبني منهج دراسة، والمنهج الوصفي في هذه الدراسة كان لتفسير الظاهرة المدروسة، والمنهج التحليلي بهدف تحليل مضمون النصوص المرصودة من قبل المشرع والضابطة الشكلية عقود الشركات التجارية والوقوف على الأحكام المتعلقة بها، ورصد النقائص وإعطاء الحلول.

ومسايرة لمقتضيات البحث العلمي ومتطلباته كان لابد من التطرق إلى الدراسات السابقة لتجنب الوقوع في التكرار العديم الفائدة وكذلك لمقتضيات الأمانة العلمية، فوقع سعينا على مذكرة ماستر للطالب سامي كباهم بعنوان الشكلية في عقود الشركات التجارية لدى جامعة محمد بوضياف بالمسيلة في السنة الجامعية: .....، بحيث تتقاطع هذه الدراسة السابقة مع هذا البحث في الفكرة المدروسة من جهة وكذلك في مبحث تطرق فيه الطالب إلى عناصر الشكلية على أنها الكتابة والشهر والنشر وكذلك البطلان المترتب لعدم توافر هذه الأركان وتجدر الإشارة إلى أن الطالب انطلق من إشكالية هي ما هي أوجه

الشكلية في عقود الشركات التجارية؟ وما الآثار المترتبة في حالة تخلفها؟ ومن أهم نتائج هذه الدراسة السابقة نجد يأخذ التسجيل الرقمي "الإدارة الرقمية" نفس حكم التسجيل التقليدي لدى المركز الوطني للسجل التجاري وملحقاته مع مراعاة المقتضيات التقنية للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

أما بخصوص صعوبات الدراسة والتي تختلف من موضوع لآخر فلم تصادفنا صعوبات تذكر في موضوع الشكلية في عقود الشركات التجارية في ظل وجود عدد من المراجع، والإشكال فقط يكمن في القيد المفروض من قبل الإدارة وذلك بفرض حجم مذكرة مسبق والأصل في الفكر الإطلاق.

ومن أجل الإحاطة بأفكار الموضوع من جوانبه المختلفة تم الاعتماد على خطة دراسة ثنائية الطرح من بدايتها إلى نهايتها، وذلك بتقسيمها إلى فصلين مسبوقين بمقدمة.

الفصل الأول تطرقنا فيه إلى توافر ..... وذلك في مبحثين الأول بعنوان الكتابة والثاني بالشهر، أما الفصل الثاني فيتطرق فيه إلى جزاء تخلف الشكلية وذلك في مبحثين الأول بعنوان بطلان الشركة والمبحث الثاني بعنوان جملة النتائج المتحصل عليها وكذلك التوصيات المتوصل إليها وكل ذلك وفق التفصيل الموالي.

الفصل الأول

توافر الشكلية

تمهيد:

تعد الشكلية من أهم المواضيع في التشريعات الحديثة حيث يهدف المشرع من ورائها تحقيق الحماية للمتعاقدين وتنبيههم من خطورة التصرف الذي يقدمان عليه وإذا كانت العقود تنشأ بتوافق إرادة المتعاقدين فإنها تقف قيدا أمام هذه الإرادة وفق ما يقررها القانون، فإذا كانت الرضائية تهدف إلى التثبيط والسرعة والاقتصاد –وبذلك تسهل التبادل والنشاط التجاري– فإن الشكلية تستخدم من أجل التوفيق بين التثبيط والسرعة الضروريتين للمعاملات التجارية، أصبحت دعامة أساسية للرضا، وإن اعتبرت قيدا فهي قيد إيجابي وليس عقابيا حيث وجد لحماية الإرادة.

المبحث الأول: الكتابة

تعتبر الكتابة أسلوبا للتعبير عن ما يدور في الذهن من أفكار عن طريق جميع الأحرف والكلمات والأرقام وكذا الإشارات هذه الأخيرة تعبر عن التسجيل المرئي لجميع اللغات عما يدور في الذهن من أفكار ومعلومات وحقائق تقوم بإرسال وحفظ المعلومات عبر مسافة طويلة[1].

المطلب الأول: الكتابة الرسمية ركن للانعقاد في عقد الشركة التجارية

تنص المادة 418 قانون مدني على ما يلي: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل يكتبه ذلك العقد"[2].

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أوجب إخضاع عقد الشركة للكتابة في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وذلك بتحرير العقد لدى الموظف العام أو الموثق.

فالكتابة استنادا للنص السابق ذكره ق.ت.ج[3] تعد ركنا للانعقاد (الفرع الأول) وشرطا للإثبات (الفرع الثاني) باستثناء شركة لها طابع خاص بناء على نص المادة 795 مكرر 2 ق.ت.ج، وهذا ما أخذ به القانون المدني الجزائري حيث عرف العقد في المادة.

وهنا بين القانون بأن العقد يتم بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين دون أن يكون هناك حاجة لإفراغ ذلك التراضي بصورة معينة أو بشكل خارجي (المادة 70 من أحكام القانون المدني).

---

[1] – سامر محمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المعرفية، دار المسيرة للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 69.

[2] – أمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 48 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[3] – المادة 545، أمر رقم 75–59، المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

إلا أن هذا لم يكن بكافي، بل بدأت المشاكل تظهر من جديد وبدأت الحياة تتعقد والمصالح تتزايد، ولوجود وانتشار بعض العقود التي تحمل خصوصية معينة، كما أن لابد وأن تتم بصورة معينة كعقود الزواج مثلا، وكذلك فرضت الشكلية في العقود التي تتطلب حقوق الغير الذين لا يعلمون عن مدى صحة هذا العقد أو طبيعته كعقد الشركة.

هنا اختلفت وظيفة الشكلية من هذا المنطلق فالشكل قد يكون للإثبات أو للانعقاد أو الإشهار، ومن هنا أثرت الكتابة والبحث في هذا الموضوع وفي نوع معين من العقود لما يترتب عليه من إشكاليات ولما يتعلق به من حقوق سواء حقوق للشركاء أو للغير وهو عقد الشركة التجارية.

كما أن هناك أركان عامة يجب أن تتوفر فيه إضافة لأمور أخرى تطلبها القانون لانعقاد أو إتمام عقد الشركة كورود شكلية معينة. وإذا تطلب قانون شكلية معينة فما وظيفتها؟

استنادا لأحكام م.ق.م.ج فإن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا، يتم عقد الشركة التجارية –مثل سائر العقود– قائما على الرضائية وهو بطبيعته من العقود اللازمة، أي أنه لا يجوز لأي من الشركة فسخ العقد بإرادته المنفردة وفي أي وقت يشاء (المادة 01 من أحكام القانون المدني الأردني).

المادة 505 من أحكام القانون المدني المصري والمادة 473 من أحكام ق.م السوري والمادة 626 مدني عراقي وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية.

كل هذا أدى إلى طرح الإشكالية التالية: هل الشكلية ركن للانعقاد العقد أم أنها وسيلة للإثبات فقط؟.

المشرع الجزائري اعتبر أن عقد الشركة التجارية عقد وجب كتابته كتابة رسمية (أولا)[1]، وهي ركن لانعقاد عقد الشركة (ثانيا) وذلك لخطورته وإلا كان باطلا[2].

الفرع الأول: الكتابة الرسمية لعقد الشركة.

المشرع الجزائري على أنه: ((تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة))[3]، ونص كذلك على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي كتبه ذلك العقد..."[4].

فالكتابة الرسمية في عقد الشركة تكون في الشكل الرسمي –تحرر عند موثق– حتى يعتد به ويصبح صحيحا بنظر القانون وإلا كان باطلا[5]، كما يقتضي كل تعديل يرد على العقد ضرورته كتابته بذات الشكل الذي تم كتابة العقد الأصلي به[6].

المشرع الجزائري نص على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

---

[1] – حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطات الإرادة في العقود المدنية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – دار الفكر، الجامعة الإسكندرية، 2006، ص 45.

[2] – أمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ج.ر.ع 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[3] – المادة 545، أمر رقم 75–59، المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

[4] – المادة 418، أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5] – نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 103.

[6] – هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 569.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الأردني يلاحظ أن المشرع لم يتطلب صورة معينة للكتابة وهذا ما يتضح أيضا من أحكام قانون الشركات[1].

ومن هنا يتضح بأن الكتابة قد تكون عرفية وهي في الغالب وقد تكون رسمية، والكتابة العرفية تعني أن تكون طريقة الكتابة متروكة لحرية الأطراف أي الشركاء وأصحاب الشأن، وهذا سواء من حيث اختيار نوع الكتابة أو البيانات مع مراعاة أن يكون على العقد توقيعات الشركاء كافة، يستفاد ذلك وبصورة غير مباشرة بالنسبة للشركات التجارية من نصوص المواد 11، 57، 92، من أحكام قانون الشركات الأردني، فالمادة (11) تشترط أن تسجل شركة التضامن بتقديم طلب التسجيل ألي المراقب، وترفق به النسخة الأصلية من عقد الشركة موقعا من الشركاء جميعا، مع بيان يوقعه كل منهم أمام المراقب أو أمام من يفوضه خطيا بذلك، ويجوز توقيع هذا البيان أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين[2].

أما المادتين 57، 92 فتشترطان أن تسجل الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة العامة بتقديم طلب إلى المراقب مرفقا به عقد التأسيس ونظامها على النماذج بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة من قبل الشركاء أمام المراقب أو ومن يعوضه خطيا بذلك، أو أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين[3].

وأيد هذا العديد من المشرعين حيث أنه يجب أن يكون العقد الابتدائي للشركة ونظامها أو عقد تأسيسها رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه[4]. إلا أن هناك بعض التشريعات التي استلزمت في الكتابة لعقد الشركة بصفة عامة الكتابة الرسمية[5].

[1] – إبراهيم العموش، شرح قانون الشركات الأردني، ج1، المبادئ العامة وشركة التضامن، عمان، 1994، ص 31.

[2] – يسري هذا الحكم على شركات التوصية، بسيطة عملا بنص العمادة 41 من قانون الشركات.

[3] – يسري هذا الحكم على شركات التوصية، بالأسهم عملا بنص العمادة 49 من قانون الشركات.

[4] – المادة 15 من قانون الشركات التجارية رقم 159 لسنة 1981 والمادة 41 من القانون التجاري المصري.

[5] – المادة 1 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 1984 بدولة الإمارات العربية المتحدة.

ولكن ما الحكمة من كتابة عقد الشركة حسب هذا الرأي؟ هذا الرأي يعود لعدة أمور أهمها ما يلي:

1. أن الشركة عادة تؤسس لمدة طويلة وغير محدودة.
2. عقد الشركة عادة يكون طويلا ويتضمن تفصيلات كثيرة ومعقدة.
3. خطورة عقد الشركة وما يترتب عليه من ظهور شخصية معنوية متنقلة عن شخصية الشركاء.
4. كتابة العقد تجعل من اليسير على الغير أن يتعامل مع الشركة بعد الاطلاع على شروطها.
5. كما أن المشرع يشترط شهر العقد عن طريق القيد في سجل مراقب الشركات، وهذا الشهر لا يكون إلا إذا كان العقد مكتوبا.

ومن خلال ما سبق فإن أغلب القائلين بهذا الرأي بأن هذه التبريرات تكون مبررا لجعل الكتابة شرطا للانعقاد، وليس لأمر آخر وبالتالي الكتابة ركن وهي من أركان العقد بحيث يترتب على عدم الكتابة البطلان ما دامت الكتابة عقد الشركة ركن انعقاد لذا يعد عقد الشركة من العقود الشكلية[1].

ولكن لو رجعنا للأحكام العامة وللقول بأن الكتابة ركن من العقد يترتب على هذا النتائج التالية:

1. تعريف الركن وهو ما يلزم من لزومه اللزوم ومن عدمه العدم.
2. يجب أن يترتب البطلان يترتب على تخلف الركن.
3. البطلان يعتبر العقد كأن لم يكن ولا يرتب آثارا عليه بشكل مطلق.
4. الجزاء على تخلف ركن الكتابة يكون صريحا.

[1] – الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، عام 1952، ص 492.

ومن هنا هل يترتب على تخلف الكتابة البطلان بشكل مطلق؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التعرض لنص الفقرة الثانية من المادة 514 من القانون المدني الأردني، إذا لم يكن العقد مكتوبا فلا يؤثر ذلك على حق الغير وأما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحا إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح فيسري على العقد من تاريخ إقامة الدعوى.

ومن هنا لا يمكن القول بأن الجزاء المترتب على تخلف الكتابة هو البطلان. والتالي الكتابة ليست ركنا للانعقاد، فهي ليست عنصرا جوهريا في الإرادة وإنما عنصر في العقد، وذلك لأن عدم كتابة عقد الشركة وإشهاره عن طريق القيد في سجل مراقب الشركات لا يحول دون أن يحدث عقد الشركة آثاره بين الشركاء أنفسهم ولا يؤثر ذلك على حق الغير.

وأيضا يفهم من هذا النص أن الشركة تعد بالرغم من عدم كتابة عقد ما قائمة بين الشركاء وتحدث آثارها القانونية، ولا يكون لبطلان الشركة أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان عن طريق إقامة الدعوى. وفي كل الأحوال لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بوجود الشركة تجاه الغير وإن كان للغير حماية لمصالحهم أن يثبتوا في مواجهة الشركاء وجود الشركة بطرق الإثبات كافة[1]. وينبني على ذلك أن آثار تخلف الكتابة في عقد الشركة لا تتفق مع آثار تخلف أحد أركان العقد.

الفرع الثاني: الكتابة ركن للانعقاد

العقود ذات الشكل الرسمي –عقد الشركات التجاري– يتطلب إنشاؤها تدخل ضابط عمومي تكون مهمته تنظيم تلك العقود وكتابتها وتسجيلها خاص[2]. والكتابة في عقد الشركة

[1] – الصنهوري، المرجع السابق، ص 492.

[2] – هاني دويدار، القانون التجاري –التنظيم القانوني للتجارة– الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، ط أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 509.

ركن[1] للانعقاد العقد استثناء من قاعدة الرضائية في العقود وذلك أن الكتابة في هذا الخصوص ليست مطلوبة فقط للإثبات إنما للانعقاد، بمعنى أنه إذا تخلفت الكتابة بطلت الشركة[2] فهي ضرورية لانعقاد عقد الشركة وصحتها وليست مجرد وسيلة وإثبات، وهنا يتضح من النص الفرنسي للمادة 418 ق.م.ج[3].

وسمة التصرفات الشكلية أن الشكل القانوني ركن لازم لانعقادها، بمعنى إذا لم تأخذ ذلك الشكل القانوني وقعت باطلة، والقاعدة العامة أن توافر الرضا يكفي التصرفات أيا ما كانت طريقته والاستثناء هو وجود شكل محدد يرسمه القانون[4].

والحكمة من اشتراط المشرع الجزائري كتابة عقد الشركة أن يحث الشركاء على التفكير مليا قبل إنشاء شركة وما قد يترتب عليه من خطر على ثرواتهم وسمعتهم، كما أن وجود هذا السند الكتابي المحدد للشروط من شأنه تقليل عدد المنازعات التي يمكن أن تحدث في حالة تخلفه[5].

المطلب الثاني: الكتابة شرط للإثبات في عقد الشركة التجارية

ذكرنا فيما سبق أن القاعدة العامة في العقود هي الرضائية وهذا ما نصت عليه المادة من القانون المدني الجزائري، إلا أن هناك بعض العقود يشترط فيها أن تكون لعقودها شكل معين وهذا الشكل قد يكون إما للانعقاد كما ذكرنا سابقا، لكي يعتبر العقد منتجا لآثاره

[1] – المادة 324، أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – مدحي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2012، ص 42.

[3] – المشرع الجزائري وتحسين نية في القانون المدني وهو بصدد ذكر أركان العقد، أطلق مصطلح شروط العقد وذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني في الباب الأول من الكتاب الثاني.

[4] – حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 45.

[5] – مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، أنواع خاصة من الشركات، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 44–45.

وهناك من قال أن الكتابة المطلوبة في عقد الشركة التجارية كتابة رسمية تجعل منه وسيلة إثبات قوية فيما بين الشركاء (أولا)، وبين الغير والشركاء في الشركة التجارية (ثانيا).

الفرع الأول: الإثبات بين الشركاء.

المشرع الجزائري نص في المادة 545 ق.ت.ج على أنه "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة"، من نص المشرع لا يجوز للشركاء في الشركة التجارية إثبات فيما بينهم ما يخالف مضمون عقد رسمي إلا بموجب عقد رسمي، ويكون مشرع بذلك قد حقق استثناء عن القاعدة العامة المتبناة بالمادة 30 ق.ت.ج، والتي مضمونها حرية الإثبات في المواد التجارية.

وهناك بعض القوانين يفهم فيها صراحة من المادة 43 من القانون التجاري اللبناني التي نصت على أن: جميع الشركاء عدا شركة المحاصة يجب إثباتها بعقد مكتوب ويجوز للغير عند الاقتضاء أن يثبت بجميع الوسائل وجود الشركة أو وجود أي نص يختص بها.

القانون الأردني يقرر مبدأ ثبوت الكتابة في عقد الشركة إلا أنه يجيز للغير إثبات وجود الشركة دون الاستناد إلى الدليل الكتابي، وإنما له اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات.

كما أن العقد بين الشركاء يعتبر صحيحا بغير الكتابة، إلا إذا طلب أحد الشركاء اعتباره غير صحيح فعندئذ يسري ذلك من تاريخ إقامة الدعوى.

الفرع الثاني: الإثبات بين الغير والشركاء

لا يجوز للشركاء في الشركة التجارية إثبات الشركة اتجاه الغير إلا بالكتابة[1]، بينما يجوز للغير أن يقيم الدليل على وجود الشركة أو على وجود أي شرط من شروطها في

[1] – مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 46.

عقدها الأساسي بكافة طرق الإثبات، إذ يعتبر الشركة بالنسبة لهم بمثابة واقعة مادية[1] وذلك على أساس نص المشرع بالمادة 545 ق.ت.ج فقرة أخيرة على أنه: "... يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء...".

الملاحظ أن المشرع الجزائري أوجب كتابة عقد الشركة كتابة رسمية على اعتبار الكتابة شرط شكلي وجب توفره في عقد الشركة التجارية وعلى النحو نفسه تلتزم الشركة المدنية التي أخذت شكلا تجاريا وفق نص المادة 544 ق.ت.ج بما يلتزم به التاجر وتتقيد بالنصوص القانونية الخاصة.

يقتصد بالاختصاص أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أهلا لكتابة المحرر، والاختصاص نوعان: الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي[2].

1- تحرير الورقة طبقا للأشكال المقررة قانونيا:

يجب أن يتبع الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة الأشكال المحددة في كيفية تحرير الوثائق الرسمية عملا بنص المادة 324 من القانون المدني.

تحديد المادة 26 من القانون المدني التوثيق الشروط الواجب توفرها المحرر الرسمي، أي كيف يتم إفراغه في شكل قانوني وذلك بنصها على الآتي: تحرير العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.

وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام.

[1] – رضوان قرواش، عقد الشركة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2001، ص 89.

[2] – تنص المادة 12 من القانون 06-02" يجب على الموثق أن يتأكد من صحة الموثقة، وان يقدم نصائح إلى الأطراف قصد انسجامهم.

ويصادق على الإحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم: يتضح من خلال هذه المادة أنه يجب تحرير العقود كالتالي:

- إخضاع المحرر لشكل رسمي.

- توقيع المحرر الرسمي من قبل الأطراف.

-حضور الشهود وفي بعض العقود التي تتطلب ذلك.

أما الشخص المكلف بخدمة عامة، فهو يقوم لحساب وتحت إشراف السلطة العامة التي تزودها بتفويض في تحرير المحررات الرسمية[1].

يتولى الموثق تحرير العقود بين الأطراف، حسب المشرع الجزائري وهذا طبقا لنص المادة 3 من القانون المنظم لمهنة الموثق التي ورد فيها الآتي: الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعفاءها هذا الصيغة[2].

2-تحرير الورقة في حدود سلطة واختصاص الموظف العام المكلف بخدمة عامة:

يشترط حسب نص المادة 324 من المدني سالفة الذكر اختصاص الموظف العمومي، بمعنى أنه لكي يكتب المحرر الرسمي صفة الرسمية، فإنه ينبغي أن تكون محررة في حدود سلطة واختصاص الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة.

يقصد بالسلطة أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة له ولاية أثناء تحرير الورقة، كما لا يجب أن تكون له مصلحة شخصية أثناء تحرير الورقة كأن يتلقى العقد من

[1] – عصام سليم منصور، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي للحقوق، لبنان، 2010، ص142.

[2] – قانون رقم 06-02 مؤرخ في م 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق ج.رع 14.

أحد أقاربه مثلا، حيث نص المادة 19 من قانون التوثيق على ما يلي: لا يجوز للموثق أن يلغي العقد الذي:

– يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت.

– أو يتضمن تدابير لفائدته.

يعين أو يكون فيه وكيلا أو متصرفا، أو أي صفة كانت:

أ– أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب، حتى الدرجة الرابعة.

ب– أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي، ويدخل في ذلك العام أو ابن الأخ وابن الأخت.

اتفاقا تهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها[1]، وكذلك مراعاة بعض البيانات كالبيانات التي نصت عليها م 324 مكرر 4 ق.م. والمادة 324 مكرر 2 من القانون المدني التي نصت على " توقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع، يبين فيه الضابط العمومي في آخر العقد تعريفاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم، ما لم يكن هناك مانع قاهر، وفضلا عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل اسم وحالة وسكن والأهلية المدنية للأطراف يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما[2].

[1] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 52.

[2] – قانون رقم 06–02 المتعلق بمهنة التوثيق السالف الذكر.

المبحث الثاني: الشهر

بالإضافة إلى الكتابة الرسمية في عقد الشركة التجارية المشرع الجزائري شرط شكل آخر لا يقل أهمية على الكتابة[1]، وهو خضوع عقد الشركة لإجراء الشهر القانوني بالطرق والوسائل القانونية المحددة بموجب القانون وهو إجباري من أجل إعلام الغير بمحتوى العقود المؤسسة للشركات والمعدلة، وذلك بالقيد في السجل التجاري (مطلب أول) وكذا النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (مطلب ثاني).

والشهر هو إعلان عن مولد الشخص المعنوي ويتم القيام بهذا الإجراء بوسيلتين هما:

1-الإيداع: هو إعلان ويتم ذلك في المركز الوطني للسجل التجاري وهذا ما تناولته المادة 458 من القانون التجاري يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركة التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري...".

2-النشر والقيد في السجل التجاري:

وهذا ما يستخلص من نص المادتين 548 و549 من القانون التجاري، حيث تنص الأولى على: "... وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة"، كما اشترطت المادة 549 من القانون التجاري على أنه: "... لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".

ويترتب على القيام بالإجراءات النشر والقيد في السجل التجاري ومن أهداف الإشهار القانوني الإجباري إطلاع الغير على محتوى العقود التأسيسية للشركات، والتعديلات والعمليات التي تشمل رأسها ورهون الحيازة، وتأخير التسيير وبيع المحل التجاري والحسابات

[1] – المادة 20 من قانون السجل التجاري 90-22 السالف الذكر، كما نصت المادة 01/12 من قانون 08/04 الصادر في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط الممارسات التجارية، على ما يلي: "يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتبارية اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات..."، ص 34، 35، 36، 37.

والسندات[1]، وهكذا فإن عقد الشركة الذي تكتمل له كل الأركان السابقة من عامة وخاصة وشكلية فإنه يختلف عن العقود بصفة عامة في أنه يترتب عنه ميلاد شخص معني.

المطلب الأول: القيد في السجل التجاري

من بين التزامات التاجر المفروضة من قبل المشرع التجاري الجزائري القيد في السجل التجاري لكل شخص تاجر بحسب الشكل أو بحسب الموضوع[2]، ودون شركة المحاصة ذات الطبيعة المستترة تخضع قانونيا والمقصود بالشهر إعلام الغير بتكوين ونشاط الشركة[3].

هو كل قيد يتعلق بنشاط ممتد للنشاط الرئيسي أو ممارسة أنشطة تجارية أخرى ممارسة بولاية المؤسسة الرئيسية أو ولايات أخرى[4]، بحيث يتم قيد الشركة التجارية على أساس طلب ممضي ومحرر على استمارة مسلمة من مركز السجل التجاري مرفقة بالوثائق التالية[5]:

- نسخة من القانون الأساسي أو نسخة من النص التأسيسي للشركة إذا كانت مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري.

- نسخة من إعلان نشر القانون الأساسي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

- إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري.

---

[1] – سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ج1، ط3، القاهرة، 1992، ص 93.

[2] – لطفي دحماني، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2003/2002، ص 106.

[3] – المادة 19 أمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

[4] – المادة 6 مرسوم تنفيذي رقم 15-111، مرجع سابق.

[5] – المادة 9، المرجع نفسه.

– أما بالنسبة لكل تابع لشركة تجارية مقرها بالخارج يتم القيد على أساس طلب ممضي ومحرر على استمارة يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري مرفوقة بالوثائق التالية[1]:

– إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري.

نسخة من القانون الأساسي للشركة الأم مصادق عليه من القنصلية الجزائرية ومترجما عند الاقتضاء إلى العربية.

– نسخة من محضر مداولات للمقرر الذي ينص على فتح مؤسسة بالجزائر مصادق عليه من القنصلية الأجنبية المتواجدة بالجزائر مترجما عند الاقتضاء.

كما يتم قيد الأنشطة القانونية على أساس طلب ممضي ومحرر على استمارة مسلمة من المركز الوطني للسجل التجاري[2]، ويراعى في القيد المصاريف المنصوص عليها قانونا.[3]

ويتم تعديل السجل حسب الحالة بإضافة أو تصحيحات أو حذف بيانات أو تجديد مدة الصلاحية[4]، وتعديل سجل الشخص المعنوي يتم على أساس طلب ممضي ومحرر على استمارات يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري مرفق بالوثائق التالية[5]:

– أصل مستخرج السجل التجاري.

– نسخة من القانون الأساسي المعدل.

– نسخة من إعلان نشر البيانات المعدلة للقانون الأساسي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

---

[1] – المادة 10، مرسوم تنفيذي رقم 15–111، المرجع السابق.

[2] – المادة 12، المرجع نفسه.

[3] – قرار وزارة التجارة مؤرخ في 31 أكتوبر 2016 يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات التلفزيونية، ج ر ج ع 1، بتاريخ 04 يناير 2017.

[4] – المادة 14، مرسوم تنفيذي رقم 15–111، مرجع سابق.

[5] – المادة 16، المرجع نفسه.

– إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري.

الفرع الأول: آثار القيد في السجل التجاري:

يترتب على القيد في السجل التجاري مجموعة من الآثار منها:

– اكتساب صفة التاجر وهي قرينة[1]، "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة[2].

– اكتساب الشخصية الاعتبارية والتي تعرف على أنها: مجموعة أشخاص أو أموال تهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة، واستنادا للمادة 549 ق.ت.ج "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري"، فعقد الشركة يتولد عنه ميلاد شخص قانوني بمعنى أن لها أهلية أن تكون محلا للحقوق والالتزامات.

الاحتجاج على الغير بحيث يلعب السجل التجاري دورا هاما كأداة للشهر القانوني في الأمور التجارية بحيث يمكن الغير من التعرف على البيانات المدونة ومن ثم الاحتجاج بها على الغير متى كانت صحيحة، ونص المشرع الجزائري في المادة 24 قانون تجاري جزائري على أنه: "لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري أن يحتجوا اتجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم التجاري أو لدى الإدارات العامة بالوقائع موضوع الإشارة المشار إليها في المادة 25 وما يليها إلا إذا كانت هذه الوقائع قد أصبحت علنية قبل تاريخ العقد بموجب إشارة مدرجة في السجل".

[1] – عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية (الشركات التجارية)، د ط، دار المعرفة الجزائر، د.س.ن، ص 117.

[2] – المادة 21، أمر رقم 75–59، المتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

المطلب الثاني: النشر في السجل التجاري

يؤدي السجل التجاري خدمة لدى المتعاملين من الشركة التجارية لطابع العلانية الذي يميزه ذلك أن ما يقيد في السجل التجاري من بيانات متعلقة بالشخص المعنوي – الشركة التجارية – لا يحاط بالسرية، بل يتم إعلانه لجمهور العامة والنشر يدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بموجب النص المستحدث، والمتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 16 – 136، ومنه نتطرق إلى (أولا) كيفيات النشر، (ثانيا) استثناءات النشر.

الفرع الأول: كيفيات النشر

الإشهارات القانونية تدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بصفة منظمة ما دام ذلك ضروريا، وتتضمن النشرة العمليات المستخلصة من الوثائق والمستندات الرسمية المبينة في المادة 2 من المرسوم التنفيذي المستحدث[1]، بحيث تضمنت بالنص المادة 2 من المرسوم في الفقرات م.ب.ج. ما يلي:

أ– الفقرة التي تضمنت أو تناولت القانون الأساسي للتجارة والمحال التجارية، ويدرج فيها:

– بالنسبة للأشخاص المعنويين:

– كل العقود التأسيسية للشركات التجارية والتحويلات والتعديلات المتعلقة برأسمال الشركة ورهون الحيازة وتأجير التسيير وبيوع المحال التجارية.

– كل الأحكام القضائية المتعلقة بتصفيات التراضي أو الإفلاس، وكذا جميع التدابير القضائية التي تقرر منع أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة...

ب– الفقرة التي تتناول صلاحية أجهزة التسيير وتشمل سلطة أجهزة الإدارة أو التسيير الحر وحدودها ومدتها وكذا جميع الاعتراضات المرتبطة بها.

[1] – المادة 2، المرسوم التنفيذي رقم 16–136، المرجع السابق.

ج- الفقرة التي تتناول الإعلانات المالية وتشمل على الخصوص الحصائل والحسابات أو حسابات الشركة وكذا عمليات اللجوء للادخار العمومي.

وزيادة على ذلك يمكن أن تنشر في النشرة كل معلومة أخرى جديرة بالاهتمام ويمكن أن تكون ذات فائدة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين "ويراعى في النشر المصاريف".

الفرع الثاني: استثناءات من النشر.

إجراءات النشر كأصل ملزم بها جميع الشركات التجارية ويرد استثناءات تطرق لها المشرع الجزائري بالقانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية وذلك وفق الآتي[1]:

كل شركة تجارية أو مؤسسة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري وجب عليها القيام بالإشهارات القانونية، ويستثنى من الإيداع القانوني للحسابات الشركات الحديثة التسجيل بالسجل التجاري بالنسبة لسنتها الأولى[2].

كذلك الشركات المنشأة في إطار أجهزة دعم تشغيل الشباب لا تخضع إلى دفع الحقوق المتعلقة بإجراءات الإيداع القانوني لحسابات الشركة خلال ثلاث سنوات الموالية لقيدها في السجل[3].

ونفس الأمر بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تخضع للإشهارات القانونية المنصوص عليها في هذا القانون[4].

---

[1] – قرار وزارة التجارة مؤرخ في 31 أكتوبر 2001.

[2] – المادة 11 قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشرط ممارسة الأنشطة التجارية ج.ر.ج.ع 52، بتاريخ 18 أوت 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-06 مؤرخ في 23 يوليو 2013، ج.ر.ج.ع بتاريخ 31 يوليو 2013.

[3] – المادة 11، المرجع نفسه.

[4] – المادة 17، المرجع نفسه.

يتضح أن شرط الشهر يتكون من إجراءان هما القيد والنشر وشروط الشكلية العامة والتي تشترك فيها الشركات وفق التحليل السابق.

كما نصت المادة 44 من قانون التجارة اللبناني على أنه: "الصكوك التأسيسية لجميع الشركات التجارية، ماعدا شركة المحاصة، يجب نشرها بإجراءات المعاملات المبينة فيما يلي، وإلا كانت باطلة[1].

تشير هذه المادة إلى أن قانون التجارة، أوجب نشر العقد التأسيسي لكل شركة تجارية ورتب على الإخلال بهذا الواجب بطلان الشركة. ولم يثبت من ذلك إلا شركات المحاصة التي تنحصر العلاقة فيها بين الشركاء، وتظل بالتالي مستترة عن الغير.

يكسب نشر عقد الشركة أهمية خاصة لسببين:

السبب الأول: لأنه يشكل وسيلة لاطلاع الغير عليه، وفي ذلك تطبيق لمبدأ أساسي في التعامل التجاري.

السبب الثاني: لاعتبار الشركة غير متمتعة بالشخصية المعنوية إلا ابتداءا من تاريخ تسجيلها، وهذا ما نصت عليه راحة المادة 5 من قانون الشركات الفرنسي[2].

[1] – تقابل هذه المادة الفصل 17 من المجلة التجارية التونسية، وينص على ما يأتي: "أن الأعمال التأسيسية المكونة لجميع الشركات التجارية، ما عدا المحاصة، يجب إشهارها حسب الأوضاع الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات، وغلا كانت باطلة".

والمادة 11 من قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، والتي نصت على أنه فيما عدا شركات المحاصة يجب شهر عقد الشركة وكل تعديل يطرأ عليه بالقيد في السجل التجاري.

[2] - Art. 5: «Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation. Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société».

الفصل الثاني:

جزاء خلف الشكلية

تمهيد:

بعد التطرق في الفصل الأول في هذه الدراسة إلى توافر الشروط الشكلية في عقود الشركات التجارية سواء كانت شروط الشكلية العامة المتعقلة بالعقود التأسيسية أو التعديلات الطارئة عليها. وكذلك شروط الشكلية الخاصة بشركة المساهمة والتي تعتقد في تكوينها على الاعتبار المالي.

أما الفصل الثاني في هذه الدراسة تطرقنا إلى جزاء تخلف الشكلية في عقود الشركات التجارية، الذي اعتمدنا على مبحثين: المبحث الأول حول بطلان الشركة، أما المبحث الثاني الشركة الفعلية.

المبحث الأول: بطلان الشركة.

لقد أخضع المشرع الجزائري في تأسيس الشركة لقواعد قانونية أحيانا تكون آمرة، ولا يكون سبب بطلان الشركة نتيجة حال لحق أحد أركانها الموضوعية العامة فقط، بل قد تكون أسباب أخرى تبطل الشركة مردها خلل في الأركان الموضوعية الخاصة لقيام الشركة، انتهج فيها المشرع الجزائري سياسة التضييق من نطاق البطلان عند تأسيس الشركة.

ومن جهة أخرى ثانية حدد المشرع الجزائري من حالات البطلان وخفف من آثاره بالتمكين من إعادة تصحيح العيوب، فقد ذكر هذا الخير مجموعة من الوسائل القانونية لتصحيح البطلان الذي يحدث في عقد تأسيس الشركة، ومن خلال هذا البحث يتطرق إلى تخلف الشكلية في عقد (المطلب الأول)، بالإضافة إلى الإمكانية المكفولة من قبل المشرع الجزائري الذي جاء بوسائل قانونية لتصحيح البطلان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تخلف شروط الشكلية في عقد الشركة.

إن الشروط الشكلية المقررة قانونا قد يحدث لها خلل مما يؤدي للبطلان والأصل تزول جميع آثار العقد، ويختلف هذا البطلان بحسب الأحوال فقد يكون نسبيا أو مطلقا، وأيضا يكون من نوع خاص لا هو مطلق نهائيا ولا نسبي نهائيا، الذي لا يتناسب عمليا على عقد الشركة التجارية لأنها مدنية ودائبة بناء على ارتباطاتها مع الغير بعقود فضلا عن الأثر المترتب على الكم ببطلان الشركة وعليه نتطرق إلى تحديد طبيعة البطلان لعقد الشركة (لفرع الأول)، كما تحديد الأثر المترتب عن ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة البطلان لعقد الشركة.

يؤدي الإخلال بأحد الأركان الموضوعية أو الشروط الشكلية اللازمة لصحة عقد الشركة إلى بطلان هذا العقد، طبقا لما تقضي به القواعد العامة التي ترتبت نوعان من البطلان النسبي والمطلق (أولا) ولكن خصوصية الشركة التجارية يترتب عنه بطلان خاص (ثانيا).

أولا: البطلان المترتب عن الإخلال بالشروط الموضوعية:

إن البطلان هو جزاء لعدم احترام شروط تكوين عقد قانوني في الشريعة العامة بالالتزامات[1] ويظهر للبطلان طابع ردعي في منع التصرف الذي لا يوافق ضوابط القانون من إنتاج أي أثر[2]، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 103 على أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.."[3] ومن خلال نص المادة وطبقا لما ذكره الفقه القانوني، فالبطلان الذي يعلق العقود نوعان، الأول يعلق العقد عند إبرامه فيحول دون انعقاده –العقد باطل– والثاني بطلان يلحق العقد بعد إبرامه مما يعدده بالزوال عقد قابل بلا بطلان لمصلحة من قرر القانون ذلك، وكلاهما سواء العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال بعد تقرير بطلانه يترتب عنهما أثر وهو زوال العقد بأثر رجعي.[4]

وإذا كان البطلان من شأنه أن يزيل وجود العقد بأثر رجعي، فإنه يزيل أيضا وجود الشخص المعنوي، ولكن للمستقبل فقط دون الماضي، إذ لا يمكن إبقاء وجود هذا الشخص، مليا طول الفترة السابقة للحكم بالبطلان.[5]

[1] - (la nullute, sanction normale du nom- respect des conditions de formation d'un actejuridique en droit common des obligations). Wolters luwer. Droit de l'entreprise, sans maison d'edition. france. 2011. p 265.

[2]– د/ محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 3، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 38، ص 39.

[3]– المادة 103– أمر رقم 75–58– مؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني. ج.ر.ج.ع 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المصدر والمتمم.

[4]– د/ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني –النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام العقد والإدارة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، 2007، ص 258، 259.

[5]– د/ الياسمين ناصف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، د 1، ط 3، سنة 2008، ص 185.

1- البطلان النسبي:

وهو البطلان الذي يلحق العقد بسبب عيب من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس أو بسبب نقص الأهلية والخداع والغبن، وينطبق على هذا البطلان القواعد العامة القاضية بأنه لا يجوز التمسك به إلا من قبل الشريط الناقص الأهلية، أو المعيوب بالرضا، دون الشركاء المتعاقدين معه.

إن الشركة صحيحة بالنسبة للشركاء الآخرين إذا كان البطلان نسبي يقتصر أثره على الشريك الذي تقرر البطلان لمصلحته ومع ذلك فإن خروج هذا الشريك من الشركة لا يكون في كل الأحوال مجردا من الأثر بالنسبة للشركة أو الشركاء فإذا كان من طالب البطلان شريكا في شركة أشخاص فإن خروجه من الشركة يترتب عليه حلها وانقضاؤها لأن الاعتبار الشخصي ملحوظ بين الشركاء في هذه الشركات وعلى العكس لا تأثير من خروج الشريك على قيام الشركة في شركات الأموال وعلى وجه الخصوص ف الشركات المساهمة.[1]

تبعا للصفة النسبية للبطلان فإن أثره ينحصر مبدئي بالشريك الذي طلب البطلان وحده، دون سائر الشركاء الذين قد يستقر عقد الشركة قائما بينهم وتبعا للمفعول الرجعي للبطلان، ويمكن للشريك الذي حكم البطلان لصالحه أن يسند حصته التي قدمها للشركة، أو بدلا عنها، إذا لم تعد موجودة عينا.

2- البطلان المطلق:

إذا كان موضوع الشركة غير مشروع أو سببها غير مباح، أي مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، أو للأحكام القانونية الإلزامية، كما إذا تكونت شركة الاتجار في المواد

[1]- د عباس حلمي المترلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة عنابة، الجزائر، 1988، ص 20.

المخدرة أو القيام بعمليات التهريب أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة فإنه عقد الشركة يكون باطلا بطلانا مطلقا.

إن البطلان من النوع المطلق أجاز لكل ذي مصلحة التمسك به سواء كان من الشركاء أو من الغير كما يجوز للمكن أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة (المادة 102، مدني) ولا تسقط الدعوى به إلا بمضي 15 سنة من وقت العقد.[1] ويترب على البطلان زوال العقد بأثر رجعي. فينشأ عن ذلك أنه إذا كان الشركاء أو بعضهم لم يقدموا حصصهم إلى رأس مال الشركة، فلا يلزمون بتقديمها بعد الحكم بالبطلان. ولكن إذا كانوا قد قدموها، فهل يجوز لهم استردادها أم لا فقد قال البعض وتطبيقا للقاعدة الرومانية التي أكدت أن الشخص لا يكون له أن يطالب بحق استنادا إلى فعله غير المشروع ولما كان عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية الفرض فلا يجوز مطالبة باسترداد حصته وتبقى جميع الحصص في يد المدير الذي يكون له دفع مطالبه الشركاء التمسك بالبطلان.

اختلف بطلان الشركة لعدم مشروعية غرضها عن الحالة التي ينتهي فيها وجود الشركة لعدم الالتزام بتقديم حصص أو لعدم وجود نية الاشتراك ففي هذه الحالة لا توجد شركة بالنسبة للشخص أو الأشخاص الذين لا تتوافر لديهم نية الدخول في الشركة وانقسام الأرباح والخسائر، وبالرجوع للأحكام الواردة في المواد من 92 إلى 98 والمادة 418 من القانون المدني الجزائري أن البطلان المطلق يلحق العقد الذي يتخلف ركن من أركانه، وعليه فيكون العقد باطلا بطلانا مطلق في الحالات الآتية:[2]

- انعدام الإدارة المدركة المميزة سواء للسن أو لعارض الأهلية.

[1]- د/ عباس حلمي المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 22.

[2]- بن ملوكة لينة منال، نظرية البطلان في عقد الشركة، مذكرة نيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة زيان عاشور، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019، ص 10.

– تخلف الأرادة العازمة، كما هو الشأن في تصرفات المجاملة الهازل في استبيان هزلة من عبارة التعاقد أو يمكن العلم به من ظروف المعاملة.

– انعدام التراضي لعدم تطابق الإرادتين، أو لعدم استيفاء الإرادة للعناصر الجوهرية (إرادة غير كاملة).

– انعدام أهلية وجوب اكتساب الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد.

– تخلق ما التزمه القانون في شأن محل وسبب الالتزام.

– تخلق ركن الشكلية إذا التزمه القانون.

وذلك بمعنى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد لا اعتبار له في نظر القانون ومن ثم لا يقبل الإسناد إليه للمطالبة بترتيب آثاره ولا تصححه الإجازة، ولقد خص المشرع اصطلاح "العقد الباطل" للتعبير عن البطلان المطلق.[1]

ثانيا: بطلان الخاص بعقد الشركة.

يكون عقد الشركة باطلا بطلانا خاصا إذا اختلفت قواعد الشكل كما في الكتابة بالنسبة للشركات المدنية أو التجارية أو الشهر بالنسبة للشركات التجارية وسنقتصر هنا مع الكلام عن البطلان الناشئ عن عدم كتابة العقد أما البطلان المترتب عن إهمال الشهر فتتكلم عنه عقد دراسة الشركات التجارية.

وقد نصت المادة 418 من القانون المدني على أنه (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد).[2]

[1]– محمد محمود الزهوان الهمام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطة، 2004، ص 184.

[2]– المادة 418 من القانون المدني، مرجع سابق.

ومن خلال الفقرة الثانية من نفس المادة يتضح لنا خصائص هذا البطلان أنه يجوز التمسك به فيما بين الشركاء من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان وأيضا يجوز للغير أن يتمسك به في مواجهة الشركاء ولكن لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير.

وإن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام لأن المقصود منه إبطال الشركة التي لا تفرغ في الشكل الذي رسمه القانون ولذلك لا يتقادم طلب البطلان في هذه الحلة بمضي المدة.[1]

وأيضا بينت المادة نفسها أن حكم الحالة التي يحصل فيها البطلان بناء على طلب الشريك فنصت على أن البطلان لا يكون له أثر فيما بعد الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان وتطبيقا على ذلك إذا طلب أحد الشركاء لعدم الكتابة فإن أثره لا يشمل إلا مستقبل العقد ويعتبر انقضاء له.

وعليه نستخلص أن الشركة تقوم على فكرتي العقد والشص المعنوي بحيث يترتب على بطلانها اعتبار أن العقد كان لم يكن فيسترد كل شريك الحصة التي قدمها غير أن البطلان وأن آلفي كل أثر قانوني للعقد لا يستطيع أن الشخص المعنوي في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان ويقتصر أثره على إلغاء وجوده في المستقبل. ومنه فإن البطلان الخاص لعقد الشركة التجارية يجمع بين البطلان النسبي من جهة والبطلان المطلق من جهة ثانية[2]. مستندا إلى المظهر القائم ضمانا لاستمرار المعاملات وحماية حسنى النية الذين تعاملوا مع هذا المظهر شرط أن تمارس الشركة نشاطا فعليا.

الفرع الثاني: أثر البطلان الخاص على أطراف العلاقة.

لقد اشترط المشرع في المادة 418 من القانون المدني، والمادتين 545 و548 من القانون التجاري، أن يكون عقد الشركة مكتوبا بصفة عامة سواء كانت الشركة مدنية أو

[1]– د/ عباس حلمي المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 25.

[2]– حمر العين عبد القادر، تأسيس شركة المساهمة، مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، قسم الحقوق، 2006/2005، ص 87.

تجارية، بالإضافة إلى ذلك استلزم اتخاذ إجراءات الشهر بالنسبة للشركات التجارية، كما نص في المادة 734 من القانون التجاري بطلان شركة التضامن في حالة إهمال الشهر، لكن دون احتجاج الشركاء اتجاه الغير.[1]

ومن خلال المادتين يتضح أن البطلان في هذه الحالة من نوع خاص، ويتضح ذلك في الأحكام التالية:

أولا: في علاقة الشركاء فيما بينهم:

يحق لكل شريك التمسك بالبطلان، ويحدث ذلك مثلا إذا ما طالبه بقية الشركاء بتقديم حصته، فيمتنع عن تقديمها مستندا إلى بطلان الشركة.

غير أن هذا البطلان لا يسري على الماضي ولا يكون له أثر رجعي، بمعنى أنه ينتج أثره من وقت طلبه فحسب، وهذا طبيعي لأن الشركاء قد تعلموا حتى ذلك الوقت على أساس أن الشركة صحيحة وقائمة.[2]

ونج المشرع الجزائري نص على أنه: "... غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".[3]

ثانيا: في علاقة الشركاء بالغير:

لا يمكن للشركاء أن يتمسكوا بالبطلان قبل الغير لأنهم قد أخطئوا في عدم إتباع الشكل القانوني، ولا يجوز لهم أن يستفيدوا من هذا الخطأ. أما الغير فله الخيار في التمسك

[1]– د/ فتيحة يوسف المولود عماري، أحكام الشركات التجارية، ط 2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 74.

[2]– انظر القرار الصادر من المجلس الأعلى بتاريخ 20-12-1990 رقم 63999، المجلة القضائية رقم 4-1999 حيث قبل الطعن على أساس أن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون، بإعلامهم بطلان الشركة لعدم تسجيلها، دون مراعاة لحكم المادة 2/418 من القانون المدني.

[3]– المادة 418– أمر رقم 75-58. المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

بقيام الشركة. وما أدخل عليها من تعديلات غير المكتوبة، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.[1]

إن البطلان لا يتجه للعقد ولكن إلى الشخص المعنوي فيهدم وجوده من وقت البطلان دون أن يؤثر على وجوده في الماضي[2]، كما للغير التمسك بوجود الشركة الفعلية إذا كان في مصلحته وإذا اجتمع التعارض بين التمسك بالشكة أو بطلانها رجح القاضي فكرة البطلان لأنه هو الأصلي لعدم تحقق الشروط وإن الشركة الفعلية مجرد استثناء.

المطلب الثاني: الوسائل القانونية لتصحيح البطلان.

يعد تصحيح البطلان من أهم الأمور التي عالجها المشرع في لشركات التجارية حيث أعطى للمحكمة الحق في إعطاء مهلة التصحيح وإمكانية التصحيح (الفرع الأول). بالإضافة إلى الاحتجاج بالبطلان وإقامة تقادم (الفرع الثاني). وذلك الأثر الرجعي للبطلان (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعطاء المحكمة مهلة التصحيح وإمكانية التصحيح.

أولا: إعطاء الحكمة مهلة التصحيح:

يجب التنبيه إلى أن دعوى البطلان تنقضي إذا زال سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الموضوع ابتدائيا، باتخاذ البطلان المؤسس على عدم مشروعية موضوع الشركة.[3]

[1]– تنص المادة 2/545 من القانون التجاري على ما يلي: "يجوز أن يقبل من الغير إثبات الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء.

[2]– فتيحة يوسف، المولودة عماري، مرجع سابق، ص 80.

[3]– تنص المادة 735 من ق.ت على ما يلي: "تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان سبب البطلان مبينا على عدم قانونية موضوع الشركة".

كما أن للقاضي حق إعطاء مهلة للمتعاقدين تمكنهم من تصحيح عقد الشركة، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ افتتاح الدعوى.[1]

وإذا حصل أن لم يتخذ أي قرار تسوية خلال الأجل المنصوص عليه في المادة المتقدمة، فإن الطرف الذي يهمه الأمر أن يطلب من القاضي استعجال تعيين وكيل يكلف بنشر قرار البطلان وفي هذه الحالة لا يكون البطلان إلا كحل استثنائي.

ثانيا: إمكانية التصحيح:

أجاز المشرع التصحيح في عدة حالات، تتمثل في الآتي:

1- حالة نقص أهلية الشريك أو عيب أصاب رضاه:

أجاز المشرع الجزائري التصحيح في حالة نقص أهلية الشريك أو عيب أصاب رضاه، وذلك بإتاحة الفرصة لكل من يهمه الأمر أن يبذر الشخص المعني للقيام بإجراء التصحيح، وذلك بإجازة العقد في خلال ستة أشهر، أو برفع دعوى البطلان في نفس الأجل، وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 738 الفقرة 1 من القانون الجزائري التجاري.

2- حالة عدم احترام الشهر:

أجاز المشرع لكل من يهمه الأمر إنذار الشركة بالتصحيح خلال 30 يوما وإلا كان له أن يطلب من المحكمة تعيين وكيل للقيام بالتصحيح، وهذا تطبيقا لنص المادة 739 من القانون التجاري، التي تقضي بما يلي: "إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر لكل شخص يهمه أمر التصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل 30 يوما، إذا وقع التصحيح في هذا الأجل فيجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء".

[1]- تنص المادة 736 من ق.ت على ما يلي: "يجوز للمحكمة أن تتولى النظر في دعوى البطلان إن لم يحدد أجلا، ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان...".

الفرع الثاني: الاحتجاج بالبطلان وإقامة تقادم دعوى البطلان:

التطرق هنا إلى الاحتجاج بالبطلان (أولا) وإلى إقامة تقادم دعوى البطلان (ثانيا).

أولا: الاحتجاج بالبطلان:

تطبيقا لنص المادة 742 من القانون التجاري، فإن أي تمسك الشركة، غير جائر إذا تعارض مع حسنى النية. ولا يستثنى من ذلك إلا حالة البطلان لعدم الأهلية وانعدام الرضا، فيكمن الاحتجاج به حتى في مواجهة الغير حسن النية من طرف عديم الأهلية أو ممثليه الشرعيين، ومن طرف الشريك الذي انتزع رضاه، وهنا يبدو أن المشرع أراد حماية عدم الأهلية وهو الذي لم يبلغ سن 13 وذلك لأن غير آهل لمباشرة أي تصرف.[1]

ثانيا: إقامة دعوى قصير لدعوى البطلان:

تنقضي الدعوى البطلان بثلاث سنوات (3) مع مراعاة مدة الستة أشهر المتعلقة بفترة الإنذار، إذ تنص المادة 740 من ق.ت بتقادم دعوى بطلان الشركة أو الأعمال أو المداولات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون الإخلال بانقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 738 من القانون التجاري.

الفرع الثالث: الأثر الرجعي للبطلان:

خلافا للقواعد العامة، ليس للبطلان أثر رجعي، وهي قاعدة جوهرية تنطبق على جميع الشركات بصفة عامة[2]، وهذا ما يعرف بنظرية الشركة الفعلية ويتم ذلك وفقا لحل

[1] – وهذا تطبيقا لنص المادة 42 من القانون المني المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 إذ أن المشرع الجزائري بعدما كان يرى أن من عدم التمييز تتمثل في 16 سنة، فإنه خفضها إلى 13 سنة، حيث أصبح النص كالآتي "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[2]– تنص المادة 2/418 من القانون المدني على ما يلي: "غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

الشركات، إذ متى قضى ببطلان الشركة يشرع في تصفيتها وفقا لأحكام القانون الأساسي، وأحكام تصفية الشركات التجارية المنصوص عليها في القسم الخامس من القانون التجاري.[1]

ومن خلال ذلك يظهر أن قواعد البطلان التي تنطبق على الشركات هي مميزة، إذ في حين أن البطلان في القواعد العامة له أثر رجعي، فإن القواعد المطبقة على الشركات تكرس نظرية الشركة الفعلية والتي تنتج نفس الآثار التي يرتبها انقضاء الشركة.

[1]– تنص المادة 741 من القانون التجاري: "يشرع في تصفية الشركة متى قضى ببطلانها طبقا لأحكام القانون الأساسي والقسم الخامس في هذا الفصل.

المبحث الثاني: الشركة الفعلية:

إن مسألة تكييف العقد على أنه عقد شركة يرجع اختصاصه ومهمته منوطة بالقاضي، وهو الذي يملك الحق في إعطاء وصف قانوني للوقائع المعروضة عليه دون التقيد بالوصف المضفى عليها مسبقا، ومنه إذا اجتمعت شروط قيام عقد الشركة مع تخلف شرط الشكلية حكم القاضي ببطلان عقد الشركة استثناء للنصوص القانونية.

وعليه سنتطرق في هذا البحث إلى أثر البطلان الخاص –الشركة الفعلية– (المطلب الأول)، بالإضافة إلى آثار نظرية الشركة الفعلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار البطلان –الشركة الفعلية–:

تتعدد أثر البطلان في عقد الشركة التجارية بتعدد الأطراف سواء بالنسبة للشركاء، أو بالنسبة للغير المتعامل في الشركة من جهة أخرى، أو بالنسبة للشركة أو الشركة الفعلية التي قد تنشأ من تطبيق القواعد العامة التي تحكم بطلان العقود على عقد الشركة، إذا ما قضى ببطلانها لتخلف ركن من أركانها فيترتب عليه بطلان العقد (مطلق أو نسبي)، لذلك نتساءل عن شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية (الفرع الأول)، حدود ونطاق تطبيقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية:

نستنتج أن ما تقدم في بطلان الشركات ينفرد بأحكام خاصة في نطاق هذا البطلان. وأن القاعدة في الشركات التجارية أنها تكسب الشخصية المعنوية من تاريخ قيدها في السجل التجاري، أما قبل ذلك فهي إجراءات تأسيس يتعامل من خلالها الشركاء مع الغير باسم الشركة وأنها مؤسسة قانونا، وحتى خلال ذلك التجأنا إلى شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية (أولا)، بالإضافة للأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية (ثانيا)، وكذلك موقف المشرع الجزائري (ثالثا).

أولا: شرط تطبيق نظرية الشركة الفعلية:

لا تطبق أحكام الشركة الفعلية إلا إذا تكونت الشركة فعلا ودخلت في معاملات مع الغير، ولأنه لا تظهر أي صعوبة في تطبيق القواعد العامة للبطلان قبل دخول الشركة في المعاملات مع الغير.

كما يجب توافر جميع العناصر اللازمة مع موضوعيه خاصة، أما إذا انتفى عنصر نية الاشتراك وتقسيم الأرباح والخسائر، أو لم تكن هناك حصص أصلا.

أو طبق الأثر الرجعي للبطلان أدى ذلك إلى تجاهل أوضاع ووقائع على الحكم ببطلان وأهمها وجود شخص معنوي ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائنا أو مدينا وحصل على أرباح ومني بخسائر، لذا استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أثره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي.[1]

ولذلك أقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أثره على المستقبل فحسب دون أن يرجع إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم ببطلان.

وفي الواقع أن المجال الحقيقي الذي تطبق فيه الشركة الفعلية يتمثل أساسا في حالة البطلان لتخلف الشروط الشكلية وذلك حسب نص المادة 02/418 من القانون المدني، أيضا يمكن إدخال حالات أخرى وهي البطلان النسبي في شركات الأشخاص وذلك بالنسبة لبقية الشركاء الذين لم يقم بالنسبة إليهم بسبب البطلان، ويعد الحكم إذا تخلفت بعض الشروط الخاصة التي يتطلبها القانون في بعض الشركات المتعلقة بعدد الشركات ومقدار رأس المال في شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة، وكذا فقد أجاز المشرع الجزائري

[1]– بوعمرية فاطنة، بن دحة صونيا، بطلان الشركات التجارية، مذكرة نسل شهادة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2017/2016، ص 69.

التصحيح في هذه الحالات من جهة، كما رتب في حالة عدم القيام بذلك الانحلال وليس البطلان.

ومن خلال ذلك وما تم ذكره نستخلص أن الشركة الفعلية تتركز على ثلاث شروط لتطبيقها وهي الاعتراف بها وهي كالتالي:

1- أنه لا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية إلا إذا تكونت الشركة فعلا ودخلت في معاملات مع الغير بعد تكوينها وممارستها لأعمالها التجارية.

2- أن لا يكون مجال تطبيق النظرية عند عدم توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة بعقد الشركة.

3- يجب التفرقة بين الشركة الفعلية التي وجدت بالفعل وتعاملت مع الغير بوصفها شخصا معنويا وبين الشركة التي تكونت بحكم الواقع وهي الشركة التي يتوافر لدى مؤسسيها النية التكوين بالمعنى القانوني الفني فهي شركة تنشأ بطريقة تلقائية ونتيجة إرادتهم التعاون بقصد استغلال مشروع معين وتقسيم الأرباح وغالبا ما تكون هذه الشركات أشخاصا كشركات التضامن بينما تأخذ الشركات الفعلية جميع أشكال الشركات.

ثانيا: الأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية:

إن المادة 02/418 من القانون المدني الجزائري التي تقضي "بعدم جواز احتجاج الشركاء قبل الغير ببطلان الشركة ولا يكون هذا البطلان أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان" ومنه فإن النص يهدف إلى المحافظة على حقوق الغير والرغبة في عدم زعزعة المراكز القانونية التي استقرت لأنه يحقق مبدأين أساسيين:

- حماية الغير الذي اطمئن إلى قيام الشركة كشخص معنوي.

- اعتبار الشركة موجودة في الماضي، مما لا يترتب على البطلان أثر رجعي فيما بين الشركاء.

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

ثالثا: موقف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية:

لقد اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية، ويتضح ذلك من خلال النصوص القانونية المرصودة بالقانون المدني ومن جهة ونصوص القانون التجاري من جهة ثانية، حيث جاء نص المادة 418 ق.م.ج: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد. غير أنه لا يجوز أن يحتج هذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليم الذي يقوم فيه أدهم بطلب البطلان".

أما المادة 545 ق.ت.ج نص على أنه: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة، يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

يتضح من النصين أن المشرع بالرغم من اشتراطه الكتابة الرسمية لقيام عقود الشركات التجارية إلا أنه لم يجعل للبطلان أثر رجعي، وفكرة الشركة الفعلية مبينة على ما يكون من أعمال ظاهرة توهم الغير أنه يتعامل معها كما يتعامل مع شركة صحيحة.[1]

[1]– سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية –دراسة مقارنة–، ط1، منشورات الجلى الحقوقية، بيروت، 2011، ص119.

الفرع الثاني: حدود ونطاق تحديد وآثار الشركة الفعلية:

نتطرق إلى حدود ونطاق تطبيق الشركة الفعلية (أولا)، بالإضافة إلى آثار نظرية الشركة الفعلية (ثانيا).

أولا: حدود نظرية الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها:

لم يعترف القضاء في جميع حالات البطلان بوجود شركة فعلية، بل رأى أن هناك أسبابا للبطلان لا يجوز معها الاعتراف بوجود الشركة، لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع، وعندئذ تطبيق القاعدة العامة في البطلان على إطلاقها، وتعتبر الشركة كأنها لم تكن فيفضى إلى التمييز بين حالات البطلان التي يمن معها قيام الشركة الفعلية.

نجد أن أحكام القضاء الجزائري تحصر نطاق نظرية الشركة الفعلية في الحدود التي لا تتعارض مع تطبيق القانون ومدى الجزاء المترتب عليه، ومن خلال ذلك فإن حالات البطلان الأخرى والمتعلقة بالمصلحة الخاصة فإنه يترتب عليه الحكم بالإبطال بالنسبة للمستقبل لا الماضي، وهذا هو المجال لوجود الشركة الفعلية، فهناك حالات يعترف معها بقيام الشكة الفعلية، إلا أنه يوجد حالات لا يعترف معها بقيام الشركة الفعلية.

1- الحالات التي يعترف معها بقيام الشركة الفعلية:

تقوم الشركة الفعلية نتيجة لبطلان الشركة إذا كان متعلقا بالمصلحة الخاصة بحيث يمكننا القول بأن الشركة هي غير قانونية ولكنها ليست منعدمة، وسوف نتطرق هنا إلى حالات البطلان وهي كالتالي:

- البطلان بسبب الإخلال بركن الشكلية:

إذا كان بطلان الشركة الفعلية مؤسسا على عدم إدراج عقدها في مستند خطي، فإذا كان عدم وجود هذا المستند يؤدي فهذه الشركة في هذه الحالة تعتبر شركة فعلية، يوسع الشركاء لأجل تصفيتها فيما بينهم، اللجوء إلى كافة طرق الإثبات إثباتا لوجودها الواقعي.

ذلك أن هذا البطلان إنما جاء لمصلحة الغير، لا فهو يتميز عن البطلان المطلق بالإضافة إلى تمييزه بخصائص مميزة يمكن معرفتها من خلال الفقرة الثانية للمادة 418 ق.م.ج.

كما ينبغي الإشارة إلى حالة البطلان لتخلف الكتابة في جميع الافتراضات المتوقفة، بل لابد من النظر إلى من تمسك بالبطلان أما عن تخلف إجراء الشهر فهو مشابها في كثير من حالاته للأثر المترتب عن تخلف الكتابة إذ يترتب على تخلف الإشهار والإعلان بطلان بخصائص ومميزات يمكن ذكرها في ما يلي:

– إذا كان البطلان هو الذي يلحق الشركة لعدم شهرها إلا أن البطلان لا يعتبر بطلانا مطلقا بحث يمكن أن يتمسك به جميع ذوي المصلحة ولا يسقط بالتقادم، كما أنه لا يعتبر بطلانا نسبيا، وإنما هو بطلان من نوع خاص.[1]

– لا يجوز الاحتجاج بالبطلان لعدم الشهر في العلاقة بين الشركاء.

– إذا تعرضت الاحتجاجات بين الغير في حالة بطلان الشركة لعدم الشهر فتمسك البعض منهم بعدم وجود الشركة والبعض الآخر تمسك بوجودها، فإنه يتعين ترجيح الجانب الذي يتمسك بعدم وجود الشركة، لأنه هو الجزاء الذي قصده المشرع أساسا من وراء عدم الشهر، ولا ضرر في ذلك، لأن الشركة تعتبر في مثل هذه الحالة شركة فعلية وتكون تصرفاتها صحيحة وملزمة للشركاء وللغير.[2]

[1]– زكري ويس ماية الوهاب، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص 30.

[2]– سليم عبد الله أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص. ص 171. 172.

- البطلان بسبب نقص الأهلية:

عندما يكون البطلان مؤسسا على نقص أهلية أحد الشركاء، أو على عيب من عيوب الرضى، وكان من شأن هذا البطلان انهيار عقد الشركة بمجمله، كما هو الأمر في عقود شركات الأشخاص، ففي هذه الحالة تعتبر الشركة كأنها لم تكن بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو الشريك الذي شاب العيب رضاه.

أما بالنسبة لباقي الشركاء فتعتبر الشركة قائمة فعلا في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها، وتصفى فيها العلاقات على هذا الأساس.

تظهر في الواقع فكرة الشركة الفعلية بوجه خاص بمعنى العلاقة بين الشركاء، إذ أن هذا الحكم لا يعمل به بالنسبة للشركاء الذين لا يحميهم القانون بصفة فردية، وذلك لأن استرداد الشركاء لحصصهم منوط بتصفية الشركة ابتداء وتحديد نصيب كل منهم في الأرباح والخسائر[1].

أجمع الفقه والقضاء على أن بطلان شركة من شركات الأشخاص بسبب نقص الأهلية لأحد الشركاء أو عيب في رضاه، يتتبع رد مقدماته وقيام شركة فعلية بين سائر الشركاء إذا كان قد قضي بالبطلان النسبي بعد انطلاق الشركة وممارستها بعض الأعمال.

- البطلان بسبب الإخلال بالمحل والسبب:

لصحة قيام الشركة يلزم أن يكون محلها ممكن في الواقع المادي وجائز في الواقع القانوني، ويجب أن لا يتنافى بسبب وجودها مع النظام العام والآداب العامة، ويترتب على عدم مشروعية محل الشركة وسببها في الشركات التجارية بطلان عقدها، فيتعين مع ذلك تقدير البطلان بموجب حكم قضائي.

[1]- مصطفى كمال طه، القانون التجاري رقم 250، ص 263.

وعلى خلاف البطلان المترتب على عيب في الرضا أو لنقص في الأهلية، يكون بطلانا مطلقا ويكن لكل ذي شأن طلب تقريره، ويجوز للشركاء التمسك بهذا البطلان في مواجهة الغير، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، لقد جمع العديد من الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بالمعنى الواسع للشركة الفعلية، فلم يسلموا بأن الشركة التي يكون موضوعها أو سببها مخالفا للنظام العامة لا تعتبر شركة فعلية، بل أكدوا أنها تكون شركة فعلية مهما كان سبب بطلانها إذا كانت قد مارست فعلا نشاطات معينة قبل الحكم ببطلانها.

وهذا ما يؤكد أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة فعلية، سواء كان البطلان نسبيا أو مطلقا والواقع هو القول بأن البطلان المطلق خلافا للبطلان النسبي، يتعلق سببه بالنظام العام، ومن ثم يؤدي إلى انعدام الشركة في الماضي والمستقبل الأمر الذي دفع المشرع إلى مخالفة أحكام القواعد العامة في البطلان والاعتراف بوجود فعلي للشركة في الماضي، هو رغبته في لمحافظة على استمرار العلاقات أو المراكز القانونية التي نشأ بحسن نية قبل الحكم ببطلان الشركة.[1]

- البطلان بسبب الإخلال بالأركان الخاصة:

الشركة الباطلة يعقد بها كشركة فعلية عند مخالفة الشروط الخاصة التي يفرضها القانون لتأسيس بعض الشركات، الشوط المتعلقة بعدد الشركاء، وبمقدار رأس المال، والاكتتاب به كاملا، وبتقدير الحصص العينية تقديرا صحيحا وباشتراك مقدمي الحصص العينية في التصويت على تقدير هذه الحصص وتعين مفوضي المراقبة، وبتوكيل محام، وما نحو ذلك.

[1]– بوعمرية فاطنة، بن دحة صونيا، بطلان الشركات التجارية، مذكرة نسل شهادة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2017/2016، ص 77.

يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان إلا بعد إنذار الشركة بوجوب إتمام الإجراءات الناقصة وعدم قيامها بالتصحيح خلال شهر من الإنذار ومتى قضي بالبطلان تصفى الشركة باعتبارها شركة فعلية.

أجمع بعض الفقهاء أن أصحاب المصلحة إذا ما تقدموا بطلب بطلان الشركة لعدم مراعاة أحكام وإجراءات التأسيس قبل شهر عقد الشركة ونظامها بالقيد في السجل التجاري فإن البطلان يتم بأثر رجعي وفقا للقواعد العامة في البطلان دون تطبيق أحكام الشركة الفعلية، لأن الشركة قبل قيدها في السجل التجاري لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها.

لكن جاء رأي مخالف من الفقهاء أن بطلان الشركة الناتج من مخافة إجراءات التأسيس هو من نوع خاص وهو كفيل بنشأة الشركة الفعلية، إذ يستطيع الغير التمسك بهذا البطلان في مواجهة الشركاء لأنهم هم الذين تسببوا في بطلان الشركة لمخالفتهم أحكام القانون تعمدا أو تقصيرا، أو تمسك الشركاء أو الغير ببطلان الشركة لا يعفي الشركاء من التزامهم في مواجهة بعضهم البعض، لأن الشركة تتحول إلى شركة فعلية من ثم تكون وجودها حجة في مواجهة الشركاء والغير على حد السواء.[1]

2- الحالات التي لا يعترف معها لقيام الشركة الفعلية:

عدم اعتراف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، لأن هناك أسباب للبطلان لا يمكن الاعتراف بوجود الشركة في نطاق القانون أو الواقع، ويتعين معها تطبيق القاعدة العامة في البطلان على إطلاقاتها واعتبار الشركة كأن لم تكن، وهنا سف نذكر الحالتين التي لا يعترف معها لقيام الشركة الفعلية:

[1]- د/ طمعة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، ط 2، مطابع الكوبتاينز التجارية، بدون ذكر بلد النشر، 1987، ص 302.

- إذا كان البطلان بسبب تخلف الأركان الموضوعية الخاصة:

إذا نعدم وجود عنصر من العناصر الموضوعية المكونة للشركة، كعنصر تقديم الحصص، أو نية الاشتراك، أو تعدد الشركاء، أو غيرها من الشروط الموضوعية اللازمة لتأسيس الشركة، تكون الشركة غير موجودة أصلا لأن عدم توافر الشروط المذكورة ينفي فكرة الشركة ذاتها فلا تقوم قانونا ولا فعلا، ولذلك لا تعتبر الشركة الصورية شركة فعلية لانتفاء نية الاشتراك في تكوين رأسمالها، أما في توزيع الأرباح والخسائر الناتجة عنها، لابد لقيام الشركة الفعلية من توافر الشرط الثلاثة الآتية مجتمعة:

- توافر الأركان الموضوعية الخاصة اللازمة لإنشاء الشركة.
- الحكم ببطلان الشركة.
- قيام الشركة الباطلة فعلا ببعض الأعمال قبل الحكم ببطلانها.[1]

غير أن نظرية الشركة الفعلية لا تطبق على الشركات المحاصة بالنسبة إلى الغير، لأنه لا ينظم عقد خطي بها، وعدم خضعها لإجراءات النشر، وإذا حصل إعلانها للغير تتحول مبدئيا لشركة تضامن، ويصبح الشركاء مسؤولين عن ديون الشركة بالتضامن وعلى أموالهم الخاصة تجاه الغير.

وعلى من يرى عدم الاعتراف بوجود فعلي للشركة الباطلة لتخلف الشروط الموضوعية الخاصة، بحجة أن الشركة في هذه الحالة غير موجودة لا في القانون ولا في الواقع، ومنه لا يجوز للغير أن يزعم أنه تعامل معها حسن نية، فإن الشركة في هذا الفرض تكون شركة وهمية، والتي تهدف إلى الاحتيال والنصب لسلب أموال الغير، وذلك بطرق مختلفة منها: الإعلان عن وجودها في وسائل الإعلام كالصحف والنشرات وغيرها، وكذلك يقتضي الاعتراف للشكة الوهمية بالوجود الفعلي، حماية للغير الحسنى النية الذي ظلته الدعاية الكاذبة التي استخدمها الشركاء للإيقاع به وسلب أمواله.

[1]- بوعمرية فاطنة، بن دحية صونيا، مرجع سابق، ص 79.

- القضاء ببطلان الشركة قبل مباشرة نشاطها:

إذ تحقق سبب بطلان الشركة وقضى ببطلانها قبل أن تباشر أي نشاط لها، فلا محل للكلام عن شركة فعلية لانتفاء الحاجة إلى التذرع بمفهوم هذه الشركة، بل يكتفي عندئذ بمجرد إعادة الحصص إلى مقدميها وتوزيع نفقات التأسيس بين الشركاء بنسبة حصصهم.[1]

ولكن الشركة اعتبرت فعلية، حتى قبل انتهاء جميع إجراءات تأسيسها بسبب عدم انعقاد جمعية المساهمين التأسيسية للمصادقة على الحصص العينية، لأنها أظهرت نفسها للغير الذي تعامل معها بحسن نية على أساس هذا الظاهر، ولم تف بالتزاماتها أمام الغير، مما دفعه إلى طلب إعلان إفلاسها، لاسيما إذا كان المساهمون المكتتبون حسنى النية، تعد الشركة في المرحلة المذكورة كأنها معيبة بعيب في تكوينها يؤدي إلى بطلانها واعتبارها شركة فعلية.[2]

- قيام البطلان على سبب يتعلق بالنظام العام أو يخالف أحكام القانون:

إذا كان سبب البطلان متعلقا بالنظام العام، كعدم مشروعية السبب أو الموضوع كالاتجار المخدرات، أو أعمال التهريب، أو إدارة منازل دعارة، أو غيرها أن الشركة باطلة بطلانا مطلقا ولا يعتد الفرض الذي هدف إليه القانون من وجوب بطلانها.

كما قضى أن كل شركة يكون غرضها مخالفا للقانون أو للنظام العام فقط باطلة، ذهب العديد من الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بالمعنى الواسع للشركة الفعلية، فلم يسلموا بأن الشركة التي يكون موضوعها أو سببها مخالفا للنظام العام لا تعتبر شركة فعلية، بل رأوا أنها تكون شركة فعلية مما كان سب بطلانها، إذا كانت قد قامت فعلا بنشاطات معينة، قبل

[1]- د/ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج 1، ط 3، 2008، ص 216.

[2]- د/ علي البارودي، القانون التجاري (الأعمال التجارية والأموال التجارية، الشركات لتجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية)، دار المطبوعات التجارية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 304.

الحكم ببطلانها وهذا ما يعني أن الشركة باطلة تتحول دائما إلى شركة فعلية، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا.

المطلب الثاني: آثار نظرية الشركة الفعلية:

عند الحكم ببطلان الشركة يؤدي حتما إلى تصفيتها، وبما أنه يترتب على اعتبار الشركة قائمة فعلا في الفترة ما بين تكوينها والحم ببطلانها فإنه يترتب على ذلك تصفية الشركة الفعلية، على أن التصفية تختلف باختلاف العلاقات المترتبة في الشركة والتي يمكن إما بين الشركاء أنفسهم وإما بينهم وبين الشركة من جهة.

ويترتب على هذا الوجود صحة التصرفات والعقود التي قام بها، على أن ينحصر هذا الأثر في الحالات التي يترتب عليها الشركة الفعلية، ويقوم بالإضرار بمصالح الغير، وبصفة خاصة دائني الشركاء الشخصيين الذين أراد القانون حمايتهم. إذ أن البطلان يزيل الشخصية المعنوية للشركة إذ أنها لا تعود إلا للشركة المكونة وفقا للشروط المحددة في القانون، ولكنه لا يمس العقد لأن اتفاق الأطراف لا يتأثر مبدئيا لمخالفة الأركان المتعلقة بتأسيس الشركة، وبناء على الاعتبارات يجدر البحث عن أثر البطلان بالنسبة للشركة كشص معنوي (الفرع الأول)، ثم أثر البطلان بالنسبة للشركاء (الفرع الثاني)، وآثار الشركة الفعلية بالنسبة للغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أثر البطلان بالنسبة للشركة كشخص معنوي:

إن الشركة ليست مجرد عقد بل شخصا اعتباريا أيضا، وبعد ممارستها نشاطا أصبحت بموجبه دائنة ومدينة مع الغير وتطبيق القاعدة العامة للبطلان من شأن إهدار حقوق الغير. ذلك تبنى القضاء نظرية الشركة الفعلية وتجعل هذه الأخيرة من تصرفات

الشركة السابقة للحكم ببطلانها صحيحة وإضفاء صفة شخص معنوي عليها.[1] ومن خلال ذلك نستخلص النتائج التي تترتب عليها الشركة الفعلية فيما يلي:

– تحتفظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية المعنوية، وذمتها المالية المستقلة، تبقى كافة تصرفاتها صحيحة منتجة لآثارها فيما بين الشركاء بالنسبة للغير الذي تعامل مع الشركة.

– تخضع الشركة الفعلية للإفلاس عند توقفها عن دفع ديونها التجارية ومتى أشهر إفلاسها، فإنه يترتب على شهر إفلاس كافة الشركاء، سواء بالنسبة للديون التي نشأت قبل حكم البطلان، أو تترتب بعد الحكم بالبطلان باعتبار المسؤولية تضامنية بينهم.

– تستفيد الشركة من الإعفاءات الضريبية، كما يخضع الشركاء والشركة للضرائب المقررة قانونا.

– تبقى الشركة محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته عند التأسيس كما لو كانت شركة صحيحة قائمة وبالتالي فإن البطلان لا يغير من شكلها أو نوعها رغم أن المسؤولية بين الشركاء تضامنية.[2]

الفرع الثاني: في العلاقة بين الشركاء:

هنا نجد أن العلاقة على أساس شروط عقد الشركة الباطل ومن خلال هذا الأساس وجد رأيان حول هذه المسألة، الرأي الأول: الذي اعتبر العلاقة بين الشركاء تصفى على أساس شروط العقد بالنسبة إلى توزيع الأرباح والخسائر، وذلك بعد استرداد كل شريك الحصة المقدمة منه، على ألا يطبق هذا المبدأ في حالات البطلان المستندة إلى انعدام

[1]– د/ فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة ، ط 1، الإصدر الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 34.

[2]– د/ نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون الجزائري (شركات الأشخاص)، 76، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 54.

مشروعية السبب أو الموضوع.[1] بل يقتصر على حالات البطلان الأخرى بمعنى أن الشروط الواردة في عقد الشركة تطبق إذا أبطلت بسبب عدم نظاميتها وليس بسبب عدم مشروعيتها، وقد أخذ قانون الشركات الفرنسي بهذا الرأي وأقره بنص صريح في المادة 368 منه التي اعتبرت أنه عندما يحكم بطلان الشركة تجري تصفيتها وفقا لشروط العقد وللشروط الأخرى الوارد في الفصل الخامس في هذا القانون.[2] أما الرأي الثاني: فذهب إلى استبعاد أحكام العقد أو القانون على تصفية الشركات الباطلة، حيث عند تقرير التصفية لا تتقيد بأحكام العقد ولا بنصوص القانون المتعلقة ببطلان الشركة، بل تستلهم مبادئ العدالة أساسا للتصفية.

وهذا الرأي يكون واجب التطبيق على الأخص في حالة بطلان الشركة لعدم مشروعية سببها أو موضوعها، لأن البطلان في هذه الحالة هو بطلان المطلق ، يزيل أثر العقد للمستقبل والماضي.

الفرع الثالث: في علاقة الشركة أو الشركاء مع الغير:

سوف نتعرض فيما يأتي إلى العلاقة بين دائنو الشركة أو الشركاء، ومن ثم إلى العلاقة بينهم.

أولا: علاقة دائني الشركة مع الشركة أو الشركاء:

تعتبر صحيحة ونافذة جميع التصرفات والعقود التي تكون الشركة قد أبرمتها مع الغير في الفترة الواقعة بين تأسيس الشركة والحكم ببطلانها، ولا يكون للبطلان بالتالي أي أثر رجعي، فتبقى حقوقها والتزاماتها التي تترتب في هذه الفترة صحيحة وقائمة، أي نافذة بن

[1]– د/ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج 1، ط 3، 2008، ص 223.

[2] -Art 368: "lorsque la nullite de la societe est prononcee, il est procede a sa liquidation conformement aux dispositions de statuts et de la section V. du present chapitre.

الطرفين أما بعد النطق بالبطلان فإن الشركة تدخل في حالة التصفية، وتبقى محتفظة بشخصيتها القانونية، بقدر ما تحتاج إليها التصفية.[1]

أما الرأي الثاني الذي اعتمد على تطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من آثارها فإنه لا يقر بهذه النتائج، بل يذهب إلى أن يكون للغير الحق في أن يختار بين التمسك ببقاء الشركة في الماضي والتمسك ببطلانها بأثر رجعي.

رغم أن التصور الأول للشركة الفعلية هو الذي ساد في نطاق الروابط بين الشركاء، إلا أن القانون أخذ بالرأي الثاني فيما يخص برواب الشركة مع الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 418 ق.م.ج.

أما الشركة أو الشركاء فلم يعطهم القانون هذا الحق في الخيار بين طلب البطلان وعدمه لأن البطلان قد وقع بخطأ إهمال منهم وبالتالي لا يحق لهم الاستفادة من نتائجه إلا في حالة نقص في أهلية أحد الشركاء، حيث يكون للشريك الحق في التمسك بالبطلان دون غيره من الشركاء ودون الغير أيضا.

أما من الناحية العلمية لا يتمسك دائنو الشكة ببطلانها في مواجهة الشركاء إلا إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، ولا يجوز لدائني الشركة في نفس الوقت أن يطالبوا بإبطال الشركة للتخلي عن الالتزامات المترتبة عليهم، والتمسك بصحتها لتنفيذ حق لهم في مواجهتها، حيث لا يمكن مثلا التمسك بصحة الشركة لأجل أجبار أحد الشركاء بتقديم حصته أو لأجل الحكم بإفلاس الشركة وأن يطالبوا بتعهدات أبرموها معها.[2]

[1]– د/ نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون الجزائري (شركات الأشخاص)، 76، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 55.

[2]– د/ فتيحة يوسف عماري، أحكام الشركات التجارية، بدون ذكر الطبعة، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، 2015/2014، ص 38.

ثانيا: العلاقة بين دائني الشركاء الشخصيين مع الشركة:

في هذه الحالة يمتنع على هذا الدائن أن يجمع بين الأمرين معا وبالتالي لا يجوز له أن يختار قيام الشركة فيما ينفعه ويختار بطلانها فيما لا يفيده، بل عليه أن يتخذ موقفا واحدا لأنه إذا مسك بصحة الشركة بعد اعتراف منه بها، والتزامها نحوه لا يقع صحيحا إلا إذا كانت شركة صحيحة وبالتالي فإنه لا يستطيع بعد ذلك الاحتجاج بأن الشركة هي باطلة ولم تتمكن من عقد التزام صحيح اتجاه بقية الدائنين.[1]

إن أكثرية الآراء في الفقه والاجتهاد ترفض هذا الحق لشركاء الشريك المدين وتعتبر أن بطلان الشركة يؤدي إلى اعتبار أموال المدين العقارية كأنها لم تخرج من ذمته، وأنها طلت موضع ارتهان دائنيه الشخصيين الذين يمكنهم بالتالي التنفيذ عليها ولكن فقهاء آخرون ومنهم هيمار يقرون هذا الحق.

ثالثا: حق الغير في الاعتراض على تخفيض رأس المال:

بناء على نص المادة 712 ق.ت.ج عندما تقرر الشركة شراء أسهمها قصد إبطالها وتخفيض رأس مالها يجب أن يقدم طلب الشراء لجميع المساهمين، فإذا صادقت الجمعية العامة غير العادية على مشروع تخفيض رأس مال الشركة دون وجود مبرر للخسائر.

كما أن البدء في تخفيض رأس مال الشركة لا يمكن المعارضة لازال قائما، ولا قبل فصل القاضي فيها في هذه المعارضة، أو عند دفع الديون أو إنشاء ضمانات وإذا تم تعديل النظام الأساسي للشركة التجارية فلابد من نشره في النشرة الرسمية.

[1]– د/ محمد سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1986، ص. ص 167. 168.

ملخص الفصل:

من خلال التفصيل السابق في هذا الفصل الثاني من هذه الدراسة نرى أن المشرع الجزائري رتب البطلان الخاص على عقود الشركات التجارية شرطها الشكلي من كتابة وشهر مع ذكر إمكانية تصحيح ذلك التخلف من قبل من له مصلحة، ونجد أن البطلان الخاص يختلف عن البطلان المطلق والبطلان النسبي في القانون المدني الجزائري.

كما نظم المشرع تكوين الشركات التجارية بناء على أسس وأركان صحيحة حتى لا يتم الإخلال بها والطعن فيها بالبطلان، بل أكثر من ذلك ذهب لعدم ترتيب البطلان لآثاره بالنسبة للماضي بغية المحافظة على المراكز القانونية للشركاء وحماية للغير في الفقرة من تكوين الشركة إلى الحكم ببطلانها. تجسيدا لمبدأ حماية الغير الظاهرة في الشركة مما يسمح بوجود شركة فعلية لا قانونية.

وأخيرا تناولت الدراسة مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية بينت النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة وكيفية انقضائها وتصفيتها.

خـــاتمة

خـاتمة:

بعد دراستنا للموضوع الممثل في "الشكلية في عقود الشركات التجارية" وبعد دراسة كل جوانبه ابتداء من الشروط الشكلية وصولا إلى بطلان الشركات التجارية لتخلف أحد الأركان سواء ما كان موضوعيا أو شكليا فقد خرجنا بعض النتائج سنتطرق إليها على شكل نقاط:

– الالتزام بالشكلية القانونية لعقد الشركة التجارية ينبثق عنه شخص معنوي مستقل عن الأشخاص المؤسسين.

– اعتبار الشركة عقد بين الشركاء يلزم لانعقاده توافر الأركان الموضوعية العامة والأركان الموضوعية الخاصة، إضافة إلى الأركان الشكلية ولا تقوم الشركة إلا باجتماعها، وعند تخلف أي ركن من هذه الأركان تبطل الشركة ويكون بطلان مطلق أو بطلان نسبي وفقا للقواعد العامة التي تحكم قواعد البطلان، أو بطلان من نوع خاص يخضع لقواعد خاصة.

– عند تخلف الشكلية في عقد الشركة يترتب بطلان خاص، فلا يسري التقادم على هذا البطلان، حيث يقوم القاضي بإصدار الحكم، تحل الشركة مباشرة بعد صدور الحكم.

– هدف المشرع الجزائري من فرض الشكلية في عقود الشركات التجارية تتمثل في الحفاظ على استقرار المعاملان كون عقد الشركة من العقود الرسمية، وكذلك حماية المراكز القانونية المكتسبة المتمثلة في الشركاء والغير وحسن نية المتعامل مع الشركة.

– رصد المشرع الجزائري العديد من النصوص القانونية التي تكفل على تصحيح تخف الشكلية في عقود الشركات التجارية لكل من له مصلحة في ذلك، كما أعطى للقاضي الحق في إصدار حكم البطلان عند تخلف الشكلية.

– قيام المشرع بوضع إجراءات مطولة في الشركة المساهمة من أجل حماية المدخرين والمكتتبين.

– الشركة الفعلية هي التي باشرت عملها فعلا فاكتسبت حقوقا، تحملت التزامات، ثم حكم ببطلانها عند تخلف أحد أركانها الشكلية فتعتبر التصرفات التي قامت بها مع الغير صحيحة نافذة.

– تطبيق القاعدة العامة في البطلان والقول بزوال العقد بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد سيؤدي إلى إهدار حقوق الغير.

– من خلال المادة 418 من القانون المدني والمادة 545 من القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري اعترف بالشركة الفعلية رغم أن القضاء اختلف في شأن ذلك، ومنه يجب على المشرع الجزائري أن يقر صراحة الشركة الفعلية وينظم أحكامها، ومن غير المعقول إنكارها بعد أن اطمأن الغير إلى هذا الوجود وتعامل معها.

هذه هي النتائج التي تم الوقوف بها من التحليل السابق لهذه الدراسة البسيطة للموضوع. كما لا يمكن أن ننسى ذكر بعض التوصيات التي كانت متن هذا البحث وذكر منها الآتي:

– إن الأخطاء المادية في النصوص القانونية وخصوصا الفرق الحاصل بين الصياغتين الفرنسية والعربية لنص المادة 418 ق.م.ج يجب على المشرع الجزائري الحد من هذه الأخطاء.

– يجب إعادة صياغة المادة 734 ق.ت.ج وذلك بما يلائم ويتناسب في دقة معنى النصوص التنظيمية المستحدثة بحيث لا تسمح بوجود ميداني لشركة التضامن تخلف نشرها في الجريدة الرسمية.

– يجب على المشرع الجزائري اعتراف بوجود الشركة الفعلية وتنظيم أحكامها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

القوانين:

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، ع 48، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
2. القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 1984 بدولة الإمارات العربية المتحدة.
3. قانون الشركات التجارية رقم 159 لسنة 1981 والمادة 41 من القانون التجاري المصري.
4. القرار الصادر من المجلس الأعلى بتاريخ 20-12-1990 رقم 63999، المجلة القضائية رقم 4-1999 حيث قبل الطعن على أساس أن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون، بإعلامهم بطلان الشركة لعدم تسجيلها، دون مراعاة لحكم المادة 2/418 من القانون المدني.
5. قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشرط ممارسة الأنشطة التجارية ج.ر.ج.ع 52، بتاريخ 18 أوت 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-06 مؤرخ في 23 يوليو 2013، ج.ر.ج.ع بتاريخ 31 يوليو 2013.
6. قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق ج.ر، ع 14.
7. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 3، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
8. قرار وزارة التجارة مؤرخ في 31 أكتوبر 2016 يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات التلفزيونية، ج ر ج، ع 1، بتاريخ 04 يناير 2017.

الكتب:

9. إبراهيم العموش، شرح قانون الشركات الأردني، ج1، المبادئ العامة وشركة التضامن، عمان، 1994.

10. إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج 1، ط 3، 2008.

11. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطات الإرادة في العقود المدنية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر، الجامعة الإسكندرية، 2006.

12. سامر محمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المعرفية، دار المسيرة للنشر، عمان، الأردن، 2010.

13. سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية –دراسة مقارنة–، ط1، منشورات الجلى الحقوقية، بيروت، 2011.

14. سميحة لقليوبي، الشركات التجارية، ج1، ط3، القاهرة، 1992.

15. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، عام 1952.

16. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

17. طمعة الثمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، ط 2، مطابع الكوبتاينز التجارية، بدون ذكر بلد النشر، 1987.

18. عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة عنابة، الجزائر، 1988.

19. عصام سليم منصور، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي للحقوق، لبنان، 2010.

20. علي البارودي، القانون التجاري (الأعمال التجارية والأموال التجارية، الشركات لتجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية)، دار المطبوعات التجارية، الإسكندرية، مصر، 1999.

21. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية (الشركات التجارية)، د ط، دار المعرفة الجزائر، د.س.ن.

22. فتيحة يوسف عماري، أحكام الشركات التجارية، بدون ذكر الطبعة، دار الغرب للنشر والتوزيع، تلمسان، 2015/2014.

23. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة ، ط 1، الإصدر الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

24. محمد سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1986.

25. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني –النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام العقد والإدارة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، 2007.

26. محمد محمود الزهوان الهمام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطة، 2004.

27. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، أنواع خاصة من الشركات، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

28. نادية فوضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008.

29. هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

30. الياسمين ناصف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، د 1، ط 3، 2008.

الرسائل الجامعية:

31.لطفي دحماني، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2003/2002.

32.زكري ويس ماية الوهاب، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2005/2004.

33.حمر العين عبد القادر، تأسيس شركة المساهمة، مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، قسم الحقوق، 2006/2005.

34.مدحي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2012.

35.بوعمرية فاطنة، بن دحة صونيا، بطلان الشركات التجارية، مذكرة نسل شهادة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2017/2016.

36.بن ملوكة لينة منال، نظرية البطلان في عقد الشركة، مذكرة نيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة زيان عاشور، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019.

37.رضوان قرواش، عقد الشركة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس –سطيف، 2001.

المراجع الأجنبية:

38. Wolters luwer. Droit de l'entreprise, sans maison d'édition, France, 2011.

الفهرس

المحتويات

شكر وتقدير
إهداء
مقدمة:.....أ
الفصل الأول: توافر الشكلية.....5
تمهيد:.....6
المبحث الأول: الكتابة.....7
المطلب الأول: الكتابة الرسمية ركن للانعقاد في عقد الشركة التجارية.....7
الفرع الأول: الكتابة الرسمية لعقد الشركة.....9
الفرع الثاني: الكتابة ركن للانعقاد.....12
المطلب الثاني: الكتابة شرط للإثبات في عقد الشركة التجارية.....13
الفرع الأول: الإثبات بين الشركاء.....14
الفرع الثاني: الإثبات بين الغير والشركاء.....14
المبحث الثاني: الشهر.....18
المطلب الأول: القيد في السجل التجاري.....19
الفرع الأول: آثار القيد في السجل التجاري:.....21
المطلب الثاني: النشر في السجل التجاري.....22
الفرع الأول: كيفيات النشر.....22
الفرع الثاني: استثناءات من النشر.....23
الفصل الثاني: جزاء خلف الشكلية.....25
تمهيد:.....26
المبحث الأول: بطلان الشركة......27
المطلب الأول: تخلف شروط الشكلية في عقد الشركة.....27

الفرع الأول: طبيعة البطلان لعقد الشركة..... 27
الفرع الثاني: أثر البطلان الخاص على أطراف العلاقة. 32
المطلب الثاني: الوسائل القانونية لتصحيح البطلان..... 34
الفرع الأول: إعطاء المحكمة مهلة التصحيح وإمكانية التصحيح..... 34
الفرع الثاني: الاحتجاج بالبطلان وإقامة تقادم دعوى البطلان:..... 36
الفرع الثالث: الأثر الرجعي للبطلان: 36
المبحث الثاني: الشركة الفعلية:..... 38
المطلب الأول: آثار البطلان –الشركة الفعلية–: 38
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية: 38
الفرع الثاني: حدود ونطاق تحديد وآثار الشركة الفعلية: 42
المطلب الثاني: آثار نظرية الشركة الفعلية: 49
الفرع الأول: أثر البطلان بالنسبة للشركة كشخص معنوي:..... 49
الفرع الثاني: في العلاقة بين الشركاء: 50
الفرع الثالث: في علاقة الشركة أو الشركاء مع الغير: 51
ملخص الفصل: 54
خـاتمة: 56
قائمة المراجع:..... 59

الملخص:

إن عقود الشركات التجارية هي عقود أخضعها المشرع الجزائري للشكلية القانونية المتمثلة في الكتابة الرسمية والشهر تحت طائلة البطلان، ويسعى المشرع من ورائها إلى تقوية الائتمان التجاري وتحقيق الاستقرار في المعاملات.

عندما كانت الشركة التجارية من عناصر الثروة وتجميع رؤوس الأموال، وجب على المشرع أن يتدخل بنصوص قانونية بهدف تحقيق الحماية لها ومن بين أهم الوسائل التي رصدها في سبيل ذلك نجد الشكلية.

الكلمات المفتاحية: الشكلية، الشركة التجارية، البطلان، العقود

Résumé:

Les contrats de société commerciale sont des contrats que le législateur algérien a soumis à la formalité légale de l'écrit officiel et de la publicité sous peine de nullité, et le législateur cherche derrière eux à renforcer le crédit commercial et à stabiliser les transactions.

Lorsque la société commerciale était l'un des éléments de la richesse et de l'accumulation de capital, le législateur devait intervenir par des textes légaux pour en obtenir la protection, parmi les moyens les plus importants surveillés à cet effet, la formalité.

Mots clés : formalité, société commerciale, invalidité, contrats