مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية
MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

نظرية الشركة الفعلية: تطبيقها على ماضي الشركة ومستقبلها

أسامة إبراهيم السالمي، عبد الرزاق عمر جاجان

طالب ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز.

Email: osama.salmi.edu@gmail.com. ORCID: 0009-0006-1174-3725

أستاذ القانون التجاري المشارك، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز

Email: ajajan@kau.edu.sa

استلام البحث: 2024 /05/22	مراجعة البحث: 10/07/2024	قبول البحث: 06/08/2024

الملخص:

بطلان الشركة، حالة واقعية قد تصيب الشركة منذ نشأتها أو بعد ذلك، بطبيعة الحال لا يُعقل تطبيق حكم البطلان العام الممتد إلى الماضي، خاصة إذا استمرت الشركة لسنوات، وتعاملت مع الغير حسن النية، لذلك ظهرت نظرية الشركة الفعلية لتحدّ من آثار البطلان فتقصره على المستقبل –دون أثر رجعي– فتعدّ جميع الأعمال التي قامت بها الشركة صحيحة حتى تاريخ الحكم بالبطلان أو طلبه (حسب التشريع). ولكن يكمن الإشكال في مطالبة الغير بإبطال الشركة بدلاً من تطبيق النظرية، ولا نرى في ذلك –مخالفين للقول الشائع– سوى تعسفاً مخالفاً لحسن النية الذي أُسِّس هذا الاستثناء عليه، وقد حاول نظام الشركات السعودي التخلص من هذا الإشكال بتطهير الشركة من عيوب التأسيس بمجرد قيدها، ثم نصّ على أساسٍ لنظرية الشركة الفعلية في نظام المعاملات المدنية، وهذا حسن، لكنه غير كافٍ، فيجب معالجة هذه الحالة المهمة من جميع الجوانب، لتشمل جميع أسباب البطلان، والحكم الواجب بخصوص ماضي الشركة ومستقبلها، وأن يؤسس كل ذلك على حسن النية بالدرجة الأولى. ورغم تركيزنا على النظام السعودي، إلا أن هذا البحث ليس حكراً له، فتجدنا نعود إلى عموم القوانين المقارنة، وبخاصة أحكام القانون الفرنسي باعتباره مصدراً تاريخياً. ولتشابه حالة الشركة الفعلية مع غيرها وجب تمييزها، وخلصنا إلى طريقة (حالة التسجيل)، فتمتاز الحالات المشابهة بحسب: الرغبة، والعلم، وتحقق الفشل، ومحاولة الوصول.

الكلمات المفتاحية: بطلان الشركة – حسن النية – تصحيح الشركة – الأولى بالحق – القانون التجاري – الشركة المنشأة من الواقع.

Abstract

"Actual company" is a status where the company is invalid, either from its formation or after. It is obvious that a company shouldn't vanish to nothing. Therefore, we consider it a "fact" that exceeds the law. All for good faith. Only to be surprised later that many jurists allow the request of invalidate the company instead of considering it "actual". Moreover, they rule in its favor based on it being the origin. In our opinion, this is nothing but nonsense. There is no significance to the origin in a theory whose essence is to oppose it. In fact, it is pure arbitrariness, violation of good faith, and contrary to the apparent theory. The Saudi companies' law has tried to solve this by protecting the company from formal defects once it is registered. This is good, but it is not sufficient. An important case such as this must be addressed from all aspects, and all of it must be based on good faith in the first place. Although we focus on Saudi law, this research is not limited to it. Finally, for its importance, we distinguished the actual company from the other similar forms.*We didn't use "nullity" nor "irregularity" since they don't include all cases.

Keywords: Actual company - Invalidity - Good Faith - regularization - Commercial law.

CC BY

المقدمة:

الشركات كيانات معنوية، تمتلك شخصية قانونية تمكنها من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، تحوز أموال الشركاء وتوحد إرادتهم للتصرف بهذه الكمية الكبيرة من الأموال كشخص منفرد، تمتلك رفاهية تعيين عمال متخصصين للإدارة والمحاسبة والشؤون القانونية.بالثروات المجموعة على صورة حصص، تمتلك الشركة فرصة لتجربة المنافسة عالية الخطورة دون قلق، يمكنها تحمل خسائر طائلة دون أن ترهق الشركاء، بل ويمكن أن تحد من مسؤوليتهم ليمنحوها المزيد من الأموال وهم يعرفون حد الخسارة الممكنة بالضبط، بينما يتطلعون إلى ربح ليس له حد. ومع ذلك فلاكتساب هذه الشخصية القانونية يجب تسجيل الشركة وفق أسس وشروط محددة، إذا ماذا يحدث عندما نكتشف أن هذه الشخصية القانونية كانت باطلة طوال الوقت؟ هل يمكن أن يستغل شخص ما هذا البطلان، ويطالب بإبطال الشركة بأثر رجعي لمصلحته؟ من وجهة نظر العدالة وحسن النية فالعقد شريعة المتعاقدين، ومحاولة إبطال الشركة لا يعدو كونه تعسف محض، خاصة عند وضع الغير حسن النية في الاعتبار، ومع ذلك فالواقع مختلف، فالشكلية التي وجدت لخدمة الموضوع باتت تهلكه، دون أي اعتبار لحُسن نية الشركاء.

ولسبب ما يبدو أن القوانين لا تعطي لهذه الحالة الواقعية قدرها، وإن فعلت فهي عادة ما تنص عليها بطريقة مبهمة يختلف شراح القانون في تفسيرها، ومع ذلك لا يزال من الجيد أن المنظم السعودي نص أخيرا على مستند للنظرية، ليس في نظام الشركات، ولا في مشروع نظام المعاملات التجارية، ولكن في نظام المعاملات المدنية، وهو وإن كان –كحال كثير من الأنظمة المقارنة– نصا مبهما، إلا أنه أساس للنظرية، يشاد به في ظل هذا التجاهل لحالة هي في غاية الأهمية.وهنا يثور التساؤل: ماهي الأحكام الناظمة لماضي الشركات الفعلية ومستقبلها؟

سنوجز في هذا البحث الإجابة على هذا السؤال من خلال شرح نظرية الشركة الفعلية، ونبدأ بتعريفها بطريقة تختلف جوهريا عن التعريف المشهور، ثم نذكر حكمها ونضيف إليه بتعديل قوي الأساس، ونختتم هذا الجزء باقتراح في مسألة أثر البطلان على مستقبل الشركة، ثم نبين حدود تطبيق نظرية الشركة الفعلية وفق حالات البطلان، وأخيرا نميز النظرية عن غيرها من الحالات المشابهة. وكما جرت العادة، فإننا لم نعطِ هذه النظرية حقها، ولكننا نرى هذا البحث كمدخل للتوسع في هذه الحالة الواقعية يعطي فهما أوليا لها، ولعله يكون سببا لتطويرها، أو استبدالها بالكلية بحكم أفضل.

أهمية البحث:

يستمد هذا البحث أهميته من أهمية دراسة وتنظيم حالة الشركة الفعلية، وتتجلى أهميته في حقيقة ندرة الأبحاث المختصة بدارسة هذه الحالة، خاصة على المستوى المحلي، كذلك من ناحية ضعف واقتضاب المواد القانونية المتصدية لها عادة.

مشكلة البحث:

ضعف اهتمام الفقه والقانون بحالة الشركة الفعلية، خاصة في شأن مستقبل الشركة، إذ يردونها عادة إلى البطلان، دون اعتبار لمدى حسن نية الشركاء.

أهداف البحث:

1. توضيح حالة الشركة الفعلية.
2. تعديل جوهري في حكم ما مضى منها.
3. اقتراح بشأن حكم مستقبلها.

منهجية البحث:

المنهج التحليلي، والمنهج المقارن.

هيكلة البحث:

تقسم موضوعات البحث على الشكل الآتي:

المبحث الأول: ماهية الشركة الفعلية.

CC BY

المطلب الأول: تعريف الشركة الفعلية.
المطلب الثاني: حكم الشركة الفعلية.
المطلب الثالث: النص على الشركة الفعلية في النظام السعودي.

المبحث الثاني: مدى إمكانية تطبيق نظرية الشركة الفعلية وفق حالات البطلان.
المطلب الأول: الحكم في حالة البطلان الشكلي.
المطلب الثاني: الحكم في حالة البطلان الموضوعي:
المطلب الثالث: الحكم في حالة البطلان لاختلال أحد عناصر الشركة.

المبحث الثالث: التمييز بين الشركة الفعلية والحالات المشابهة:
المطلب الأول: التمييز بين الشركة الفعلية والشركة المنشأة من الواقع.
المطلب الثاني: التمييز بين الشركة الفعلية وشركة المحاصة.
المطلب الثالث: التمييز بين الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس.

المبحث الأول
ماهية الشركة الفعلية

للتعرف على ماهية الشركة الفعلية علينا تعريفها (مطلب أول)، ومن ثم بيان حكمها في الماضي والمستقبل (مطلب ثان)، ونختم بنص النظام السعودي عليها (مطلب ثالث).

المطلب الأول
تعريف الشركة الفعلية[1]

الشركة الفعلية هي الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع مع تخلف أحد أركانها، سواء تخلف الركن منذ نشأتها، أو نشأت صحيحة ثم اختل أحد أركانها. ويتميز هذا التعريف بعدم الحاجة إلى الحكم القضائي لاعتبار الشركة فعلية (فرع أول)، كذلك فهو لا يحصر البطلان على النشأة (فرع ثان).

الفرع الأول
عدم اشتراط الحكم القضائي

وهذا يخالف الرأي الشائع، فيعرف الأستاذ حمد الله الشركة الفعلية بأنها "تلك التي باشرت نشاطها في الواقع ثم قضي ببطلانها لتخلف أحد أركانها"[2]، فيجعل الحكم القضائي بالبطلان شرطاً لتحولها فعلية، ويوافقه الأستاذ (Serge Braudo) في معجمه القانوني، إذ يشترط أن يتم الحكم على الشركة قضائياً بالبطلان، ويستثني من ذلك حالة الشركة المنشأة بحكم الأمر الواقع [3]

ولكننا نرى أنه من غير الصائب اشتراط الحكم بالبطلان لمنح صفة الشركة الفعلية، لأن هذا نقيض الترتيب المنطقي للوقائع، فالشركة الفعلية تصفى لأنها فعلية (لا تمتلك الصفة القانونية)، وليست فعلية لأنها صُفِّيت. أضف إلى ذلك أن الشركة المختل أحد أركانها لا يصح أن توصف بكونها قانونية، إذن هل هي باطلة؟ بالطبع ليست كذلك! هذا مخالف لجوهر نظرية الشركة الفعلية. الصواب أنها شركة فعلية، والطلب القضائي يقتصر على طلب الإبطال، أما في حالة نقص الأهلية أو عيب الإرادة فهي شركة قانونية إلى أن يعترض صاحب المصلحة، فتصير شركة فعلية، فهي أقرب ما تكون إلى عقد معلق على شرط

1. الشركة الفعلية تاجر واقعي، فليس المقصود التاجر الفرد، وإنما المقصود اسم جنس التاجر، كما في قوله تعالى: ﴿...أو الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ...﴾ سورة النور (31). انظر: محمد بن صالح العثيمين. (1436هـ). **تفسير القرآن الكريم** – سورة النور (ص. 182). مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية.
2. حمد الله محمد. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3، ص. 215). خوارزم العلمية.
3. Braudo, S. (s. d.). *Définition de Société de fait*. Dictionnaire Juridique. Consulté le 27 avril 2024, sur: https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/societe-de-fait.php

CC BY

فاسخ، متى تحقق هذا الشرط بطل العقد بأثر رجعي[1]، وبتطبيق النظرية تكون الشركة فعلية بأثر رجعي. ختاما نستشهد بأحد أنصار تعريفنا المقتصر على الحالة الموضوعية، فيعرِّف الفقيه (Escarra) الشركة الفعلية بأنها: "الشركة التي يتم تأسيسها على وجه فيه خرق للمقتضيات القانونية"[2].

الفرع الثاني

عدم اشتراط حدوث سبب البطلان أثناء نشأة الشركة

كما في حال استمرت الشركة في العمل بعد شطب سجلها التجاري، أو إذا انضم إلى الشركة شريك قاصر .ذلك أن عقد الشركة ذو طبيعة خاصة، فلا يُستَنكر تكرار تعديله مثلاً، كذلك فهو عقد زمني يمكن أن يتغير أطرافه باستمرار، لذلك لا يشترط في بطلان الشركة أن يكون في مرحلة التأسيس. ومع ذلك فهذا لا يعني أن كل بطلان يجب أن ينتج عنه شركة فعلية، لاحظ مثلا أن استمرار الشركة في العمل بعد الحكم ببطلانها لا يُنشئ شركة فعلية، ولكن يمكن أن يَنشأ عنه شركة ظاهرة.

كذلك فحالة التصفية الاختيارية لا تنشئ شركة فعلية، وإنما يكون أعضاء مجلس الإدارة ومن في حكمهم مسؤولون بالتضامن عن أي دين متبق في ذمة الشركة، وذلك وفقا للمادة (7) من نظام الإفلاس (1439 هـ)، ووفقا للفقرة (4) من المادة (244) من نظام الشركات الحالي، وبالتوافق مع المادة (155) من نظام الشركات السابق (1437 هـ)، وخلافا للحكم القضائي الذي جاء فيه: "ولما كانت الدائرة قد استعلمت عن السجل التجاري للمدعى عليها واتضح بأنها منقضية (Expired) إلا أن الوكيل الحاضر قد قرر بأنها لم تصف بالطريقة النظامية، ولما كان انقضاء الشركة هو انقضاء نظامي دون تصفية نظامية فإن الشركة تتحول إلى شركة فعلية حتى يتم تصفيتها"[3].

المطلب الثاني

حكم الشركة الفعلية

عادة ما تقصر التشريعات وشرحاها نظرية الشركة الفعلية على ماضي الشركة (فرع أول)، ولكننا نرى في ذلك تجاهلا لمصالحٍ هي أَولى بالحماية، لذلك نقترح حكماً خاصاً بشأن مستقبل الشركة (فرع ثان).

الفرع الأول

الحكم على ماضي الشركة

الأصل في البطلان إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد[4]، فيسترد الشريك حصته، وبالمقابل ليس له الحق في المطالبة بالأرباح[5].إلا أن هذا يتنافى مع الطبيعة المستمرة لعقد الشركة[6] فهو أشبه للإيجار منه إلى البيع، أضف إلى ذلك أن هذا الحكم سيشمل المتعاملين مع الشركة بحسن نية[7]، ولا يعقل إبطال جميع هذه العقود، خاصة إذا استمرت الشركة لسنوات، وأخيراً فهذا الحكم يؤدي إلى احتفاظ مدير الشركة بجميع الأرباح، أو إلى تحمله جميع الخسائر دون مبرر[8].

أولا: الحكم المترتب على تطبيق نظرية الشركة الفعلية على ماضي الشركة:

1. انظر في الشرط الفاسخ: بلحاج العربي. (1439 هـ – 2018 م). أحكام الالتزام (ط. 3، ص. 251). دار الثقافة.
2. Escarra, J., et al. (1950) *Traité de Droit commercial* - avec la collaboration de Jean Rault et Edouard Escarra (n° 102 et s). Librairie du recueil Sirey. نقلا (عن):

عبد الرزاق جاجان. (1999). **العمل التجاري: تجارية العمل** (ص. 334). [أطروحة دكتوراه، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف].

3. حكم قضائي سعودي: (ابتدائية تجاري، 26 رجب 1442، رقم: 6433) | https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/35303
4. وذلك وفقا لمبدأ "ما بني على باطل فهو باطل".
5. انظر: ثروت علي عبد الرحيم. (1395 هـ – 1975 م). **شرح القانون التجاري الكويتي** (ص ص. 241، 242). دار البحوث العلمية.
6. يرى بعض الشراح أن عقد الشركة ليس مستمرا في حد ذاته، ولكن المستمر هو الشخصية المعنوية للشركة التي ينشئها. انظر: علي البارودي. (1968). **دروس في القانون التجاري** (ص. 174). المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر. | وهذا رأي غريب، فعقد الإيجار في حدّ ذاته ليس مستمراً، ولكنه ينشئ الحق المستمر في استغلال المنفعة، وهذا الحق المستمر هو من منح عقد الإيجار صفة الاستمرارية.
7. انظر: عباس مصطفى المصري. (2002). **تنظيم الشركات التجارية** (ص. 43). دار الجامعة الجديدة.
8. انظر: حمد الله محمد. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3، ص. 214). خوارزم العلمية. **(ينقله عن غيره)**.

CC BY

بناء على ما سبق كان الواجب منح الشركات الباطلة حكماً خاصاً، بأن يتم اعتبار جميع الأعمال التي تمت في الفترة بين إنشائها والحكم ببطلانها أو طلبه (حسب التشريع) أعمالا صحيحة منتجة لآثارها[1]، وتبقى الشخصية المعنوية للشركة[2]، فإما أن يتم تصحيح الشركة الفعلية، أو يتم تصفيتها وفق عقدها. لاحظ أن عقد الشركة لا يزال صحيحا، ويجب اتباعه في التصفية، وفي توزيع الأرباح والخسائر، فهو وإن لم يصح الاحتجاج به تجاه الغير فلا يزال ملزما بين الشركاء. وذلك ما لم يكن سبب البطلان راجعاً لسبب في ذات العقد كعدم مشروعية محله، أو لاحتوائه على شرط أسَد[3].

وقد نشأت فكرة الشركة الفعلية على يد القضاء الفرنسي، حين قررت محكمة النقض الفرنسية سنة (1971م) أن: "الشركة التي لا تقيّد في السجل التجاري تعدّ باطلة، ولكن البطلان لا يمكن الاحتجاج به على الغير لعدم تسببه في البطلان، ولأن البطلان يؤدي إلى الإضرار بهم" [4].

ثانيا: حالة طلب الغير إبطال الشركة بدلا من تطبيق النظرية:

عادة ما ينص شراح نظرية الشركة الفعلية على عبارة مثل "قد يتمسك بعض الأغيار ببقاء الشركة ويتمسك البعض الآخر ببطلان الشركة[5]، فالقاضي يستجيب لطلب البطلان لأنه هو الأصل" [6]، ونفضل أن تكون شيئاً مثل: "لأي شخص من الغير طلب الحكم ببطلان الشركة ولا عبرة لمعارضة غيره"[7] ذلك أننا لسنا في مواجهة دراسة مدى أحقية أحد الأطراف، وإنما هو –حسب رأي الشراح– حقٌ واحد متاح لكل واحد منهم.

مع مخالفتنا للرأي السابق بالكلّية، ذلك أنه لا عبرة بالأصل، في نظرية جوهرها مخالفته، **ونرى أن الصواب هو اعتبار الشركة فعلية متى تحققت عناصر الشركة العامة**، تأسيساً على أن المطالبة بإبطالها هي تعسف، ولا تخرج عادة عن إطار سوء النية والاستغلال، أضف إلى ذلك أن في الأخذ بهذا الرأي إضرارا بالغير حسن النية، ومخالفة لنظرية الوضع الظاهر دون مبرر، وعليه نرى أن وجوب اعتبار الشركة فعلية دائما، ولو لم يطالب أحد بذلك.

لاحظ أن الحكم ببطلان الشركة لا يحلل الغير المدين للشركة من ديونه، بل يصبح مدينا للشركاء[8]، ويمكن قبول هذا الحكم مباشرة في حالة شركة التضامن الفعلية، أما في حالة شركات الأموال الفعلية، فالشركاء لا يلتزمون للغير سوى بحدود حصصهم من رأس المال، وعليه فالمدين يصبح مدينا لدائني الشركة حتى استيفاء جميع ديونها، وما زاد عن ذلك كان للشركاء، ذلك أن الشركة هي ذات المسؤولية المحدودة، أما مدينوها فلا يوجد ما يحد من مسؤوليتهم.

الفرع الثاني

الحكم على مستقبل الشركة

هل يجب فعلاً تصفية الشركة الفعلية؟ (حماية استقرار المعاملات، والغير حسن النية، وأهمية التسجيل)

ونبرر لرأينا قبل طرحه بعدة نقاط:

1. انظر: سامي محمد الخرابشة. (1436 هـ – 2015 م). **الشركات التجارية** (ص. 48). دار الثقافة.

2. انظر: عبد الحكم محمد عثمان. (1416 هـ – 1996 م). **الشركات التجارية** (ص. 122). مطابع البيان.

3. انظر: علي جمال الدين عوض. (بدون تاريخ). **دروس في القانون التجاري** (ص. 185). دار النهضة العربية.

4. نقلا عن: فتاحي محمد، درماش بن عزوز. (2016). الشركة الفعلية في التشريع الجزائري. **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، المجلد (9)، العدد (2)، (ص. 93). **(ينقله عن غيره)**. | * "لا" الموجودة في الاقتباس أعلاه غير موجودة في نص المصدر.

5 - تمسك الغير بالبطلان لا يعني البطلان الكلي الذي يؤدي إلى تحمل المدير كافة التزامات الشركة برد جميع حصص الشركاء، ذلك أن البطلان لا يسري على الشركاء، ولكن بدلا من ذلك تعود كل حصة –محملة بديون الشركة– إلى الضمان العام للشريك الذي قدمها.

- الأمر الذي قد يدفع دائني الشريك الشخصيين إلى محاولة إبطال الشركة عن طريق الدعوى غير المباشرة، لكي يزاحموا دائني الشركة في حصة الشريك. انظر: إيمان زكري. (2016). **حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية** (ص. 124). [رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان].

6. فتاحي محمد، درماش بن عزوز. (2016). الشركة الفعلية في التشريع الجزائري. **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، المجلد (9)، العدد (2)، (ص. 99).

7. أما تمسك الشريك بالبطلان فالأصل ألا يكون سوى في مواجهة باقي الشركاء.

8. حمد الله محمد حمد الله. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3، ص ص. 217، 218). خوارزم العلمية.

CC BY

1. إن استغلال الغير لعيب في الشركة ومحاولة إبطالها هو أمر بعيد كل البعد عن حسن النية[1].
2. إن استمرار الشركة الفعلية بعد تصحيح وضعها، فيه تقوية للائتمان[2].
3. إن الحكم بالتصفية قد يعارض الفكرة التي نشأت النظرية لمؤازرتها[3].
4. بمراجعة نظام الإفلاس الجديد تظهر جليا رغبة المنظم في الابتعاد عن الحكم بالإفلاس[4].
5. بالمقابل فالتهاون مع الشركات الفعلية يمكن أن يؤدي إلى انتشارها[5].

وعليه نرى أن يتم النص على منح القاضي الحق بتصحيح وضع الشركة الفعلية بدلا من تصفيتها[6]، وذلك بعد تحقق شرطين:

1. أن تكون الشركة مسجلة ولو بصورة غير صحيحة[7].
2. أن يوافق شخص واحد من الغير على الأقل على تصحيح وضع الشركة بدلا من تصفيتها[8].

ويمكن بعد ذلك استخدام القرارات القضائية لاستخراج شروط أكثر، ومن ثم إلزام القاضي بهذا الحكم.

المطلب الثالث

النص على الشركة الفعلية في النظام السعودي

على الرغم من أن النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية 1350 هـ) لم يتطرّق إلى الشركة الفعلية، إلا أنها حازت إعجاب الفقهاء [9]، واستقرت أحكام القضاء على الأخذ بها [10]. ولكن يجب التنويه إلى أن المنظّم قد تنبه للمعضلة الناتجة عن بطلان الشركات شكلياً، لذلك نص في المادة (65) من نظام الشركات على أن قيد الشركة في السجل التجاري يطهرها من عيوب التأسيس، وحينها لا يبقى للغير أو الشركاء سوى طلب تصحيح الشركة [11].ومن عيوب التأسيس:

1) اختلال أحد شروط "الاسم التجاري" كأن يكون مشابها لاسم موجود حاليا [12].

2) نقص أحد البيانات الإلزامية في عقد التأسيس.

وبالرغم من حسن ظاهر هذا الحكم إلا أنه لا يزال قاصرا، فهو لا يشمل مثلا حالة استمرار الشركة بعد انقضائها وشطبها، أو حالة انضمام شريك قاصر، أو حالة وفاة أحد شريكين، ونحو ذلك من أسباب الانقضاء أو البطلان اللاحق للتأسيس .ذلك أن عقد الشركة ذو طابع زمني خاص، يتجدد المتعاقدون فيه ويتغيرون، فلا يشترط أن يكون البطلان في مرحلة التأسيس، فانضمام شريك

---

1 - فإن تعامل مع الشركة مع علمه بعيبها ثم انقلب عليها عد محتالا سيئ النية، وإن علم لاحقا فانقلب عليها لمصلحته عد مستغلا إن كان ساعيا إلى الربح، أو اتكاليا يرمي بأخطائه على الآخرين إن كان داريًا للخسارة، وذلك ما لم يكن سبب البطلان هو ما أدى إلى خسارته.

- كذلك إذا كان الغير من دائني الشريك الشخصيين، فيرفع دعوى غير مباشرة مطالبا بالإبطال، ليزاحم دائني الشركة في حصة الشريك منتهزا لهذه الفرصة، دون اعتبار لحسن النية أو الوضع الظاهر، فيبطل كيانا، ويضيع حقوق دائنيه، ليداري خطأ تقديره.

2. ففي تصفيتها ضياع لحقوق الغير المعلقة على شرط واقف، كضمان ما بعد البيع، كذلك فتصفيها قد تؤدي إلى تأخر إتمام المشاريع التي كانت طرفا فيها، وبالتالي إضعاف ائتمان باقي الشركاء في المشروع.

3. فنظرية الشركة الفعلية تخالف الأصل لحماية الغير حسن النية، وعليه فالغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية مطالبا بالأخذ بالظاهر وبإبقاء الشركة أولى بالحماية من الغير سيئ النية الذي يحاول استغلال خطأ الشركاء لمصلحته.

4. حيث نصت المادة (5) من نظام الإفلاس على أن إجراءات الإفلاس تهدف إلى: " أ. تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية من ... تنظيم أوضاعه المالية ولمعاودة نشاطه والإسهام في دعم الاقتصاد وتنميته".

5. وانتشارها غير مرغوب، حيث نصت الفقرة (ك) من المادة (262) من نظام الشركات على غرامة لعدم قيد الشركة في السجل التجاري.

6 - وجدت لاحقا أن هذا الحكم يتماشى مع المادة (L210-7) من القانون التجاري الفرنسي، والتي تقضي بجواز الإلزام قضائيا بالتصحيح.

- كذلك فالقانون الفرنسي مثلا لا يلزم القاضي بالحكم ببطلان شركة التضامن بسبب اختلال بعض إجراءات الشهر، انظر: نادر محمد إبراهيم. (2022). وقاية الشخصية الاعتبارية للشركة التجارية من البطلان. **المجلة الدولية للقانون**، المجلد (11)، العدد (1)، (ص. 91). *DOI.

7. ويمكن أن يُكتفى بمحاولة التسجيل الجدّية، ولا يختل هذا الشرط لتخلف أي من شروط التسجيل مثل عدم نشر العقد، المهم هنا هو القيد، وهذا الرأي يتقارب مع نظام الشركات، حيث نصت المادة (65) على أن "تعد الشركة مؤسسة تأسيساً صحيحاً بعد قيدها لدى السجل التجاري ..."، إلا أن رأينا المطروح يمتد ليشمل جميع العيوب ولا يقتصر على شروط التأسيس، ولكن بالمقابل يضيف شرط طلب الغير حسن النية.

8. ولا مانع من إزالة هذا الشرط، فالفكرة من وجوده هي جعل تأسيس المسألة على مدى أحقية الأغيار بتنفيذ طلباتهم، وبطبيعة الحال فالغير الذي يأخذ بالظاهر يصدق عليه وصف حسن النية أكثر من غيره، حتى وإن كان في واقع الحال يختار الأنسب له ولتجارته، ذلك أن الغاية من التجارة الربح لا التبرع، أما من يستغل عيبا في الشركة فيطلب ابطالها لمصلحته فهو أقرب إلى كونه محتالاً، يحمّل الآخرين خسارته.

9. انظر مثلا: عبد الهادي الغامدي. (1444 هـ – 2022 م). **القانون التجاري السعودي** (ط. 6، ص. 167). دار كلد.

10. انظر: سعيد يحيى. (1405 هـ – 1985 م). **الوجيز في النظام التجاري السعودي** (ط. 5، ص. 136) مكتبات عكاظ.

11. انظر: نايف الشريف. (1443 هـ – 2021 م). **القانون التجاري السعودي** (ط. 2، ص. 196).

12. المادة (5) من نظام الشركات، والمادة (6) من نظام الأسماء التجارية.

CC BY

قاصر مثلا إلى شركة ما بعد تأسيسها يجعل العقد باطلا نسبيا.ومن الجيد أن المنظم تنبه إلى هذا الخلل، وحذا حذو كثير من القوانين المقارنة حين نص على أساسٍ لنظرية الشركة الفعلية في نظام المعاملات المدنية[1]، وإن كان الأولى أن ينص عليها بوضوح في نظام الشركات. ختاما، وجب أن نشيد بابتعاد أحكام نظام الشركات عن بطلان الشركة، فتارة تقصر البطلان على ذات البند، وتارة تضع له حكما أو عقوبة خاصة.

المبحث الثاني

مدى إمكانية تطبيق نظرية الشركة الفعلية وفق حالات البطلان

ليست كل شركة باطلة يمكن أن تصبح شركة فعلية، فالشراكة التي تنعدم فيها مشاركة الأرباح والخسائر ليست شراكة، وإنما – على الأغلب – عقد عمل، فلا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية عليها كونها لا تعدّ شركة لا في الواقع ولا في القانون، لذلك سندرس حالات البطلان بانفراد لبيان مدى إمكانية تطبيق النظرية على كلٍ من تلك الحالات. ونبدأ بحالة البطلان الشكلي (مطلب أول)، يليه البطلان الموضوعي (مطلب ثان)، ثم البطلان لاختلال أحد عناصر الشركة أو شروطها (مطلب ثالث).

المطلب الأول

الحكم في حالة البطلان الشكلي

ذكرنا سابقا أن المنظم السعودي أوجد حلا مختلفا لعيوب التأسيس كتخلف أحد البنود الإلزامية في عقد التأسيس[2]، ولكن هذه ليست الحالات الوحيدة، فتوجد مثلا حالة تخلف القيد في السجل[3]، أو اختلاف النشاط جذريا، ونحو ذلك مما لا ينطبق عليه نص التطهير، وحينها تعود نظرية الشركة الفعلية لتفصل في المسألة. فعلى الرغم من أن البطلان الشكلي هو أصل نظرية الشركة الفعلية، إلا أن النظام السعودي لم يترك للنظرية في هذا المجال سوى حالة تخلف القيد في السجل التجاري بالكلية وما يقاس عليها.وفي حين لم ينص مشروع نظام المعاملات التجارية على حكم للشركة الفعلية، فقد نصّ نظام المعاملات المدنية على أساس لنظرية الشركة الفعلية، حيث نصّت المادة (528) على أنه:

يجب أن تكون عقود المشاركة الواردة في هذا الباب مكتوبة، وإلا كانت باطلة، ولا يجوز أن يحتج المتعاقد بالبطلان تجاه الغير، ولا يكون للبطلان أثر فيما بين المتعاقدين أنفسهم إلا إذا طلب أحدهم الحكم به، فيسري ذلك من تاريخ قيد الدعوى.

يسري حكم الفقرة (1) ... على أي تعديل ...

الفرع الأول

تحليل النص القانوني

1)"يجب أن تكون عقود المشاركة ... مكتوبة، وإلا كانت باطلة":

شرط شكلي.

2)"لا يجوز أن يحتج المتعاقد بالبطلان تجاه الغير، ولا يكون للبطلان أثر فيما بين المتعاقدين": خروجاً عن الأصل.

"إلا إذا طلب أحدهم الحكم به، فيسري ذلك من تاريخ قيد الدعوى":

فلا يكون البطلان بأثر رجعي.

لاحظ أن الحكم بالبطلان في هذه الحالة لا يكون إلا بطلب يقدّم إلى المحكمة، فليس للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها[4].

1. انظر الصفحة (9) من هذا البحث.
2. راجع الصفحة (8) من هذا البحث.
3. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (8) من نظام الشركات نصت على المسؤولية التضامنية على من تسبب في عدم قيد الوثائق لدى السجل التجاري، سواء أدى إلى بطلان الشركة أو لا، إلا أن هذا الحكم مبالغ فيه، فالضرر أكبر من أن يتحمله فرد أو مجموعة صغيرة، خاصة إذا كانوا موظفين.
4. انظر: حمد الله محمد حمد الله. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3، ص. 213). خوارزم العلمية.

CC BY

وهذا النص المبهم يشابه نص المادة (418) من القانون المدني الجزائري: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، ... 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".

الفرع الثاني
نقد النص القانوني

وكان الأولى أن يكون أكثر وضوحاً، من ناحيتين:

من ناحية من يحق له المطالبة بوجود الشركة، فيكون على غرار القانون المدني الأردني، حيث نصت المادة (583) منه على أنه: "1. تعتبر الشركة شخصاً حكمياً بمجرد تكوينها. | 2. ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات التسجيل والنشر التي يقررها القانون. | 3. ولكن للغير ان يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الاجراءات المشار اليها." من ناحية الأثر الرجعي، فيكون على غرار المادة (15-1844) من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن: "الحكم ببطلان الشركة لا يكون بأثر رجعي ..."، مع مراعاة أن الحكم في المملكة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى.

المطلب الثاني
الحكم في حالة البطلان الموضوعي

الأركان الموضوعية العامة أربعة: السبب والمحل، ويمثلان المشروعية (فرع أول)، والرضا والأهلية، ويمثلان صحة الموافقة (فرع ثان).

الفرع الأول
الحكم في حالة البطلان لاختلال ركن السبب أو المحل

يتجه الرأي الشائع إلى أن البطلان الناتج عن عدم المشروعية يجعل الشركة منعدمة الوجود في الماضي والمستقبل، بحجة أن منحها صفة الشركة الفعلية فيه إقرار لها، إلا أن هذا القول لم يتنبه إلى جوهر نظرية التاجر الواقعي، والتي تمنح الصفة كعقوبة إضافية، فمعاقبة المجرم لا يمكن أن تعد إقراراً لفعلته[1].

وعليه نرى أن لا مبرر لنزع حق المطالبة بالشركة الفعلية من الغير حسن النية في حالة عدم المشروعية، فالمقاول الذي أنشأ المشروع للشركة دون علمه بعدم مشروعية محلها يجب أن يعامل وفق حسن نيته، فيُخير بين المطالبة باعتبارها شركة فعلية واستيفاء حقه من رأس مال الشركة، أو بين اعتبارها باطلة لأن رأس مالها غير كافٍ مثلاً.

الفرع الثاني
الحكم في حالة البطلان لاختلال ركن الرضا أو الأهلية

كأن يكون الشريك ناقص الأهلية، أو واقعاً في الغلط، أو حتى أن يكون عديم الأهلية أو منتفي الرضا بإكراه ملجئ، أو جهل تام ونحو ذلك.

بالنسبة للشريك الذي اختل عنده أحد الركنين: يسترد حصته كاملة دون أي حق في الأرباح[2].

بالنسبة للشركة وباقي الشركاء:

إذا كانت شركة أموال: تستمر مع باقي الشركاء ولا يتأثرون بهذا الحكم[3].

إذا كانت شركة أشخاص: أصبح الأصل أن تستمر الشركة مع باقي الشركاء[4].

وفي حالة امتداد البطلان إلى الشركة فلا يكون لهذا الحكم أثر رجعي، بل تعدّ شركة فعلية[1].

---

1. للمزيد انظر: أسامة السالمي. (1445 هـ - 2024 م). **التاجر الواقعي** (ص. 14). [رسالة ماجستير في طور النشر، جامعة الملك عبد العزيز].
انظر: بلال الأنصاري. (2019). **القانون التجاري** (ص. 122-123). المركز القومي للإصدارات القانونية. 2.
3. انظر: نايف الشريف. (1443 هـ - 2021 م). **القانون التجاري السعودي** (ط. 2، ص. 199).
4. وهذا ما يفهم من المادة (50) من نظام الشركات الجديد (1443 هـ) فلا وجود للاعتبار الشخصي للشريك، ما لم ينص عقد التأسيس عليه.

CC BY

المطلب الثالث

الحكم في حالة البطلان لاختلال أحد عناصر الشركة أو شروطها

للشركة عناصر عامة لا يستقيم مفهوم الشركة بدونها (فرع أول)، وبما أن الشركات –وبخاصة شركات الأموال– كيانات ذات أهمية مالية وقانونية كبيرة، وجب أن يتم النص على شروط خاصة ببعض أنواعها حماية للمستثمرين فيها والمتعاملين معها (فرع ثان).

الفرع الأول

الحكم في حالة البطلان لتخلف أحد عناصر الشركة العامة

عناصر الشركة العامة هي تلك الأوصاف التي تكوِّن مفهوم الشركة، وهي[2]:

1)تعدد الشركاء[3]. | 2. تقديم الحصص. | 3. اقتسام الأرباح والخسائر. | 4. نية المشاركة[4].

وبتخلف أي من هذه العناصر ينتفي مفهوم الشركة سواء في الواقع أو القانون، فلا مجال حينها ولا عبرة من تطبيق نظرية الشركة الفعلية، فالعقد الذي لا يتضمن تقديم الحصص سيُكَيف عادة كعقد تبرع، هبة مثلاً، كذلك فالعقد الذي ينتفي فيه اقتسام الأرباح والخسائر سيكيف عادة كعقد عمل، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[5].

كذلك يجب مراعاة نظرية الوضع الظاهر، فتخلف أي من هذه العناصر –وإن كان يمنع تطبيق نظرية الشركة الفعلية– إلا أنه لا يعني بطلان أعمال هذه "الشركة الظاهر" في مواجهة الغير، بل تبقى جميع أعمالها مع الغير حسن النية صحيحة، ولا يكون للبطلان أثر سوى بين "المتعاقدين بمظهر الشركاء". ويبدو أن هذا الرأي متوافق مع ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي لعام (2017) حيث عدَّدَ في المادة (11) أسباب بطلان الشركة على وجه الحصر، ثم نص على عدم جواز إبطال الشركة بسبب "عدم الوجود"[6].

الفرع الثاني

الحكم في حالة البطلان لتخلف أحد الشروط الخاصة بنوع من الشركات

لطبيعة الشركات القائمة على الائتمان، وبخاصة شركات الأموال والتي يتم فيها تقديم الأموال من المستثمرين غير محترفي التجارة في كثير من الأحيان، وجب أن يتم النص على شروط خاصة لحماية هؤلاء المستثمرين. من ناحية أخرى، فالشركات قادرة على الحد من مسؤولية الشركاء، مما قد يعني ضياع حقوق الدائنين، لذلك كان لزاما على المشرع عندما منح الشركة هذه القدرة أن يحددها بشروط لحماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة. وعلى كل حال، إذا حكم ببطلان الشركة بسبب تخلف أحد هذه الشروط عدَّت شركة فعلية، باعتبار أن الأصل في بطلان الشركات إعمال نظرية الشركة الفعلية.

أولا: من أمثلة الشروط الخاصة في حالة شركة المساهمة:

يجب أن تصدر الأسهم بقيمتها الاسمية[7].

---

1. ولا يخضع صاحب المصلحة لأحكام الشركة الفعلية لأنه خرج من الشركة مسبقا انظر: ثروت علي عبد الرحيم. (1395 هـ – 1975 م). **شرح القانون التجاري الكويتي** (ص. 242). دار البحوث العلمية.

2. انظر في تعداد العناصر: مساعد سعود الجبيري. (1435 هـ – 2014 م). **شرح النظام التجاري السعودي** (ص ص. 164 – 170).

3. يجب أن تؤخذ الشركات القانونية ذات الطبيعة الخاصة في الاعتبار، فشركة الشخص الواحد يمكن أن تصبح شركة فعلية رغم تخلف عنصر تعدد الشركاء مثلا. انظر: إيمان زكري. (2016). **حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية** (ص. 107). [رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان].

4. اتجاه الإرادة إلى المشاركة، وليس المقصود الرغبة في إنشاء شركة قانونية. فالغاية من هذا العنصر هو تمييز الشركة عن الحالات المشابهة، كالشيوع الإجباري بين الورثة. انظر: علي حسن يونس. (بدون تاريخ). **الشركات التجارية** (ص. 47). دار الفكر العربي.

ومع ذلك إذا اتجهت إرادة الورثة إلى استمرار الشيوع وسعوا إلى تنميته في صورة شركة غير مسجلة عد شركة منشأة بحكم الواقع. انظر: عبد الرزاق جاجان. (1999). **العمل التجاري: تجارية العمل** (ص. 336). [أطروحة دكتوراه، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف].

5 - "المباني: هي الجمل التامة التي تفيد معنى": محمد بكر إسماعيل. (1997). **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه** (ص. 39). دار المنار.

- القاعدة الثانية المنصوص عليها في المادة (720) من نظام المعاملات المدنية.

6. توجيه رقم: (2017/1132)، وتم النص على ذات الحكم مسبقا في التوجيه الأوروبي لعام (1968) برقم: (68/151/EEC).

7. فلا يجوز أن تصدر بأقل من قيمتها الاسمية، ولكن استثناءً يمكن أن تصدر بقيمة أعلى بشروط. انظر: المادة (106) من نظام الشركات.

CC BY

يجب ألا يقلّ المدفوع من قيمة "الأسهم النقدية" عن (ربع) قيمتها الاسمية[1].

ثانيا: من الشروط الخاصة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

يجب أن يقسم مقدار رأس مال الشركة إلى حصص متساوية القيمة[2].

لا يجوز تجزئة الحصة الواحدة أو تداولها[3].

يجب على مدير الشركة –إذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس مالها– أن يدعو الجمعية العامة للشركاء إلى الاجتماع ... لمعالجة تلك الخسائر، أو تصفية الشركة [4].

ثالثا: يمكن أن تكون الشروط الخاصة مشتركة بين عدة أنواع من الشركات، مثل:

وجوب أن يكون عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس باللغة العربية[5].

جدول (1) لتوضيح مدى إمكانية تطبيق نظرية الشركة الفعلية لكل حالة من حالات البطلان

	حالة البطلان	هل يمكن تطبيق نظرية الشركة الفعلية؟
أ.	الحكم في حالة البطلان الشكلي.	يمكن تطبيق النظرية.
ب.	الحكم في حالة البطلان لاختلال ركن السبب أو المحل.	نرى خلافاً للمتعارف عليه أنه يمكن تطبيق النظرية.
ج.	الحكم في حالة البطلان لاختلال ركن الرضا أو الأهلية.	يمكن تطبيق النظرية.
د.	الحكم في حالة البطلان لتخلف أحد عناصر الشركة العامة.	لا يمكن تطبيق النظرية، مع مراعاة أنواع الشركات الخاصة، كشركة الشخص الواحد، إذ تنطبق عليها النظرية ولو تخلف شرط تعدد الشركاء. ومع ذلك لا تبطل أعمالها مع الغير بأثر رجعي، وذلك وفقا لنظرية الوضع الظاهر.
هـ.	الحكم في حالة البطلان لتخلف أحد الشروط الخاصة بنوع من الشركات.	يمكن تطبيق النظرية.

المبحث الثالث

التمييز بين الشركة الفعلية والحالات المشابهة

لا فائدة من معرفة أحكام الشركة الفعلية إذا لم نعرف ماهيتها ونحسن تكييفها، لذلك نميز بينها وبين الحالات المشابهة، كالشركة المنشأة من الواقع (مطلب أول)، والشركة قيد التأسيس (مطلب ثان)، وشركة المحاصة (مطلب ثالث).

المطلب الأول

التمييز بين الشركة الفعلية والشركة المنشأة من الواقع

الشركة المنشأة من الواقع هي حالة واقعية (تاجر واقعي)[6] يشترك فها شخصان أو أكثر في تقديم الحصص، واقتسام الأرباح والخسائر دون اتجاه إرادتهم إلى إنشاء شركة قانونية[7].

1. المادة (105) من نظام الشركات.
2. المادة (174) من نظام الشركات.
3. وإذا آلت الحصة إلى أكثر من شخص، جاز للشركة أن تحدد لهم ميعاداً لاختيار مالك واحد، وإلا كان لها بعد انقضاء الميعاد بيع الحصة لحساب مالكيها. انظر: المادة (174) من نظام الشركات.
4. المادة (182) من نظام الشركات.
5. الفقرة (3) من المادة (7) من نظام الشركات.
6. يرى بعض الشراح أن الشركة المنشأة من الواقع هي إحدى صور الشركة الفعلية. انظر:
Braudo, S. (s. d.). *Définition de Société de fait*. Dictionnaire Juridique. Consulté le 27 avril 2024, sur: https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/societe-de-fait.php
7. جامعة تونسDAE3رسالة ([- بينما يرى آخرون الفصل التام بينهما، ويعيبون الخلط بينهما. انظر: عبد الرزاق جاجان. (1995). **قيام صفة التاجر في التشريع التونسي** (ص. 154-155).
"الشركة الفعلية (تفشل في اكتساب الصفة القانونية)، أما الشركة المنشأة من الواقع (تجهل كونها شركة أساسا)":7.

وتنتشر حالة الشركة المنشأة من الواقع بين الأزواج[1]، كأن يُنشئا متجرا ويديرانه معا، أو يُنشئه أحدهما بماله، والآخر يديره ويعمل فيه، ثم يقتسمان الأرباح والخسائر، فهذه شركة وإن لم تسمَّ كذلك. عادة يطالب أحد الزوجين بإثبات هذه الشراكة عند وفاة الشريك الآخر أو عند انفصالهما، ولكن هذا لا يمنع مطالبة الغير بإثبات وجود هذه الشراكة متى كان ذلك في مصلحته[2]، كأن يثبت أن مدير المتجر ليس المالك الوحيد له، وبهذا تمتد دائرة ضمان الدين لتشمل جميع الشركاء.

المطلب الثاني
التمييز بين الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس

يمنح نظام الشركات "الشركة قيد التأسيس" شخصية معنوية بقدر تأسيسها، وتكتمل هذه الشخصية المعنوية بالقيد في السجل التجاري[3]، والذي بدوره يطهر الشركة من عيوب التأسيس[4]. ولكن إذا لم تتمكن الشركة من القيد في السجل التجاري –فعلى النقيض من الشركة الفعلية– تعد جميع الأعمال والعقود المبرمة باسم الشركة باطلة بأثر رجعي[5]، بما في ذلك على وجه الخصوص الحصص المقدمة من المساهمين[6]، ويتحمل المؤسسون تبعات هذا البطلان بالتضامن[7].

ويمكن تأسيس الحكم القاضي بتحميل المؤسسين لتبعات البطلان على نظرية الوضع الظاهر، فبما أن شخصية الشركة محدودة بالقدر اللازم لتأسيسها يجب عليها ألا تشرع في مباشرة النشاط، بالتعاقد مع الغير باسمها وحو ذلك، ولكن ظهورها أمام الغير كشركة يجعل منها شركة ظاهرة، لذلك يتحمل المؤسسون تبعات هذا البطلان.

المطلب الثالث
التمييز بين الشركة الفعلية وشركة المحاصة

شركة المحاصة هي شركة مستترة قانونا، تقوم على فكرة اقتصار المشاركة بين الشركاء، فكل شريك يتعاقد مع الغير باسمه ولحسابه وعلى ضمانته المقتصرة عليه، وشركة المحاصة هي الأكثر وجودا وتنوعا في الواقع العملي[8]، وعادة ما يتم إنشاء شركة المحاصة بهدف انشاء مشروع معين لتنتهي الشركة بإنجازه، أو بهدف قياس مدى نجاح مشروع ما قبل تسجيله ومنحه الشخصية الاعتبارية[9].

أبرز الاختلافات بين شركة المحاصة والشركة الفعلية:

1. **شركة المحاصة يجب أن تكون مستترة:** والمقصود هنا هو الاستتار القانوني وليس الواقعي[10]، فلا عبرة بمعرفة شخص ما بوجود هذه الشركة (مع مراعاة نظرية الشركة الظاهرة)، إنما العبرة بإظهار الشركاء لهذه الشركة ككيان ذي شخصية معنوية.

Gibirila, D. (2020). *Droit des sociétés* (P. 247). Ellipses.

1. انظر: فؤاد شياب. (2022). تطبيقات النظرية الحديثة للالتزام الطبيعي في الشركات التجارية. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**، المجلد (19)، العدد (1)، (ص. 512). DOI*.

2. وفي حين يجب على الشريك إثبات جميع عناصر الشركة العامة، يكفي للغير أن يعتمد على نظرية الوضع الظاهر لإثبات الشركة. انظر: Gibirila, D. (2020). *Droit des sociétés* (P. 249). Ellipses.

3 - نصت المادة (9) من نظام الشركات على أن: "تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بعد قيدها لدى السجل التجاري، ومع ذلك تكون للشركة خلال مدة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، بشرط إتمام عملية التأسيس".

- وذلك بخلاف كثير من التشريعات التي لا تمنح الشركة شخصيتها المعنوية إلا بعد اكتمال تأسيسها باستيفاء اجراءات التسجيل والنشر. انظر: نسيمة سمسوم، حياة مقراني. (2017). **نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري** [رسالة ماستر، جامعة مولود معمري] (ص. 28).

4. نصت المادة (65) من نظام الشركات على أن "تعدّ الشركة مؤسسة تأسيسًا صحيحًا بعد قيدها لدى السجل التجاري ...".

5. ومع ذلك إذا بالغت الشركة في هذه الأعمال، وامتدت لفترة من الزمن، فيمكن أن تكتسب صفة الشركة الفعلية.

6. المادة (64) من نظام الشركات.

7. الفقرة (3) من المادة (9)، والفقرة (2) من المادة (64) من نظام الشركات، بالإضافة إلى المادة (8) التي تنص على المسؤولية التضامنية على المؤسسين أو الشركاء أو مديري الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها متى تسببوا في عدم قيد الوثائق لدى السجل التجاري.

8 - انظر: حمد الله محمد حمد الله. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3، ص. 293). خوارزم العلمية.

- Voir: Gibirila, D. (2020). *Droit des sociétés* (P. 235). Ellipses.

9. Voir: Marié, P. (2024, Mars 12). *La société en participation (SEP)*. L-Expert-Comptable. Consulté le 7 Mai 2024, sur: https://www.l-expert-comptable.com/a/529832-la-societe-en-participation.html

10. انظر: عبدالرحمن لخذاري. (2017). **النظام القانوني لشركة المحاصة** (ص. 12). [رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر].

CC BY

2. **شركة المحاصة لا تملك شخصية معنوية:** فكل شريك يتعاقد باسمه الشخصي وهو المسؤول الوحيد تجاه الغير[1].
3. **شركة المحاصة لا تحد من المسؤولية:** فإذا تعاملت مع الغير باسمها عدت شركة تضامن[2].
4. **شركة المحاصة شركة صحيحة**[3]، أما الشركة الفعلية فتكون مهددة بالزوال في أي وقت.
5. **شركة المحاصة لا تخضع للضريبة بذاتها**[4]، أما الشركة الفعلية فتخضع للضريبة.

وخلاصة التمييز بين الشركة الفعلية والحالات المشابهة هي:

الشركة الفعلية: تفشل في اكتساب الصفة القانونية **| الشركة المنشأة من الواقع:** تجهل كونها شركة.

الشركة قيد التأسيس: تسعى إلى اكتساب الصفة القانونية **| شركة المحاصة:** لا ترغب بالصفة أساسا.

الخاتمة:

إن نظرية الشركة الفعلية هي جزء من محاولة تنظيم مسألة بطلان الشركة، فتحد آثار البطلان على المستقبل دون أثر رجعي، ومسألة البطلان تستحق المزيد من الاهتمام وذلك عن طريق النص على أحكام خاصة بها، أو –على الأقل– النص على عدم إلزامية أحكام البطلان إذا وجد حسن النية، قياسا على حالة الزواج غير المكتملة أركانه، فهو باطل، قابل للتصحيح، فلا يُجَرم الزوجان، ولا تجتث الأسرة من جذورها، ومع ذلك يتعذر التصحيح في حالة عدم المشروعية المطلقة من اختلاف دين، أو كونهم ذوي حرمة، ونحو ذلك.

ختاما، نوجز هذا البحث في صورة نتائج وتوصيات:

النتائج:

1. الشركة الفعلية حالة موضوعية لا تتطلب الحكم بالبطلان لتحققها.
2. لا يشترط في بطلان الشركة أن يكون في مرحلة التأسيس، ذلك أن عقد الشركة ذو طابع زمني خاص، يتجدد المتعاقدون فيه ويتغيرون، ويتم تعديله باستمرار.
3. لا عبرة بالأصل في نظرية جوهرها مخالفته، فنرى أن الصواب هو اعتبار الشركة فعلية متى تحققت عناصر الشركة العامة، تأسيسا على أن المطالبة بإبطالها هو تعسف، لا يخرج عادة عن إطار سوء النية والاستغلال.
4. خلافا للرأي الشائع، نرى أن منح صفة الشركة الفعلية في البطلان الناتج عن عدم مشروعية المحل هو بمثابة عقوبة لا إقرار، ولا مبرر لنزع حق المطالبة بالشركة الفعلية من الغير حسن النية.
5. بعد أن تخلى نظام الشركات السعودي عن الاعتبار الشخصي لشركات الأشخاص، أصبح الأصل أن تستمر شركة الأشخاص مع باقي الشركاء في حالة اختلال ركن الرضا أو الأهلية عند أحدهم، وذلك ما لم يتفقوا في عقد التأسيس على الاعتبار الشخصي.
6. حالة البطلان الوحيدة –من وجهة نظرنا– التي لا يمكن أن ينتج عنها شركة فعلية هي الحكم بالبطلان لتخلف أحد عناصر الشركة العامة، فلا وجود للشركة حينها لا في الواقع ولا في القانون.

---

1. انظر: مصطفى زمولي. (2018). **شركة المحاصة** (ص ص. 13-14). [رسالة ماستر، جامعة العربي التبسي].

2. وفي حال كان بعض الشركاء قصرا تتحول إلى شركة ذات مسؤولية محدودة. انظر: عبد الرؤوف مختار قصاب، لطفي عيس. (2023). **شركة المحاصة** (ص ص. 10، 49). [رسالة ماستر، جامعة ابن خلدون].

3 - نص نظام الشركات السابق (1437 هـ) على شركة المحاصة، أما نظام الشركات الحالي فلم يتطرق لها، لكن عدم التنظيم لا يعني المنع، ففي النهاية شركة المحاصة لا تعدو كونها عقدا بين الشركاء، فهي لا تحتاج إلى شخصية معنوية، ولا ترغب بالتعامل مع الغير، ولا تحمل أحكاما خاصة كالحد من المسؤولية، وعليه فتأسيسها يكون على صورة اتفاق، ويمكن أن تكون متوافقة مع "عقود المشاركة" المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية، وعلى وجه الخصوص، المادة (528): "لا يكون للبطلان **(لتخلف الكتابة)** أثر فيما بين المتعاقدين أنفسهم إلا إذا طلب أحدهم الحكم به"، والمادة (543): "2. لا يقتضي عقد الشركة تضامن الشركاء ما لم يتفقوا على ذلك"، أما الفقرة (1) من هذه المادة فهي معلقة على علم الغير بالشراكة، وذلك بنصها على مراعاة المادة (91).

- شركة المحاصة ليست شيئا نادر الوجود أو شيئا قليل الفائدة، وكان الأولى النص على أحكامها صراحة، وعلى أي حال يمكن في أغلب أشكال شركات المحاصة تجاهل هذه المسألة بالكلية، كونها شركة خفية لا تطلب شيئا من القانون.

4. هذا هو الأصل، فهي لا تمتلك شخصية معنوية، ولكن تستوفى الضرائب من كل شريك على حده، ووفق تنظيم الضرائب الذي يحكمه.

CC BY

7. تجاهل نظام الشركات الحالي شركة المحاصة، لكن عدم التنظيم لا يعني المنع، فشركة المحاصة لا تحتاج إلى شخصية معنوية، ولا ترغب بالتعامل مع الغير، ولا تحمل أحكاما خاصة، وعليه فتأسيسها يكون على صورة اتفاق، ويمكن أن تكون متوافقة مع "عقود المشاركة" المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية، وعلى أي حال يمكن في أغلب أشكال شركات المحاصة تجاهل هذه المسألة بالكلية، كونها شركة خفية لا تطلب شيئا من القانون.

التوصيات:

1. تنظيم مسألة بطلان الشركات بنصوص قانونية مختصة، واضحة وشاملة، ويجب أن تكون مؤسسة على حسن النية، وأن تضع له اعتباره.
2. النص على منح القاضي الحق بتصحيح وضع الشركة الفعلية بدلا من تصفيتها بعد التحقق من حسن نية الشركاء ورغبة أحد الأغيار على الأقل.
3. إلغاء النص القاضي بمسؤولية من تسبب في عدم قيد الوثائق لدى السجل التجاري في التعويض، ذلك أن الضرر أكبر من أن يتحمله فرد أو مجموعة صغيرة، ولا يقبل أن يؤدي خطأ غير مقصود في وظيفة إدارية ما إلى إفقار الموظف بتحميله عشرات أضعاف مرتبه.
4. تعديل نص المادة (528) من نظام المعاملات المدنية ليكون أكثر وضوحا من ناحية من يحق له المطالبة بوجود الشركة، ومن ناحية عدم امتداد البطلان بأثر رجعي.
5. النص على أحكام شركة المحاصة صراحة لأهميتها في الواقع العملي.

قائمة المراجع

المصادر والمراجع العربية:

أولا: المصادر العربية:

- **القرآن الكريم.**
- **القوانين العربية:**
  - القانون المدني الأردني (رقم 43 لسنة 1976).
  - القانون المدني الجزائري (رقم 75–58 لعام 1395 هـ – 1975 م).
  - نظام الأسماء التجارية السعودي (رقم م/15 لعام 1420 هـ)
  - نظام الإفلاس السعودي (رقم م/50 لعام 1439 هـ).
  - نظام الشركات السعودي الحالي (رقم م/132 لعام 1443 هـ).
  - نظام الشركات السعودي السابق (رقم م/3 لعام 1437 هـ).
  - نظام المعاملات المدنية السعودي (رقم م/191 لعام 1444 هـ).

ثانيا: المراجع العربية:

- **المراجع العامة:**
  - محمد بكر إسماعيل. (1997). القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه. دار المنار.
  - محمد بن صالح العثيمين. (1436هـ). تفسير القرآن الكريم – سورة النور. مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية.

- **المراجع القانونية العامة:**
  - بلال الأنصاري. (2019). **القانون التجاري**. المركز القومي للإصدارات القانونية.
  - بلحاج العربي. (1439 هـ – 2018 م). **أحكام الالتزام** (ط. 3). دار الثقافة.
  - ثروت علي عبد الرحيم. (1395 هـ – 1975 م). **شرح القانون التجاري الكويتي**. دار البحوث العلمية.

- حمد الله محمد. (1437 هـ – 2016 م). **النظام التجاري السعودي** (ط. 3). خوارزم العلمية.
- سامي محمد الخرابشة. (1436 هـ – 2015 م). **الشركات التجارية**. دار الثقافة.
- سعيد يحيى. (1405 هـ – 1985 م). **الوجيز في النظام التجاري السعودي** (ط. 5) مكتبات عكاظ.
- عباس مصطفى المصري. (2002). **تنظيم الشركات التجارية**. دار الجامعة الجديدة.
- عبد الحكم محمد عثمان. (1416 هـ – 1996 م). **الشركات التجارية**. مطابع البيان.
- عبد الرحمن لخذاري. (2017). **النظام القانوني لشركة المحاصة** [رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر].
- عبد الرزاق جاجان. (1995). **قيام صفة التاجر في التشريع التونسي** (ص. 154–155). [رسالة (DAE)، جامعة تونس3].
- عبد الرزاق جاجان. (1999). **العمل التجاري: تجارية العمل** [أطروحة دكتوراه، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف].
- عبد الرؤوف قصاب، لطفي عيس. (2023). **شركة المحاصة** [رسالة ماستر، جامعة ابن خلدون].
- عبد الهادي الغامدي. (1444 هـ – 2022 م). **القانون التجاري السعودي** (ط. 6). دار كلد.
- علي البارودي. (1968). **دروس في القانون التجاري**. المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر.
- علي حسن يونس. (بدون تاريخ). **الشركات التجارية**. دار الفكر العربي.
- فؤاد شياب. (2022). تطبيقات النظرية الحديثة للالتزام الطبيعي في الشركات التجارية. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**، المجلد (19)، العدد (1)، (ص ص. 496–521).
https://doi.org/10.36394/jls.v19.i1.17
- مساعد سعود الجبيري. (1435 هـ – 2014 م). **شرح النظام التجاري السعودي**.
- مصطفى زمولي. (2018). **شركة المحاصة** [رسالة ماستر، جامعة العربي التبسي].
- نادر محمد إبراهيم. (2022). وقاية الشخصية الاعتبارية للشركة التجارية من البطلان. **المجلة الدولية للقانون**، المجلد (11)، العدد (1)، (ص ص. 65–102).
http://doi.org/10.29117/irl.2022.0206
- نايف الشريف. (1443 هـ – 2021 م). **القانون التجاري السعودي** (ط. 2).

- **المراجع القانونية المتخصصة:**

- أسامة السالمي. (1445 هـ – 2024 م). **التاجر الواقعي** [رسالة ماجستير في طور النشر، جامعة الملك عبد العزيز].
إيمان زكري. (2016). **حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية** [رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان].
- فتاحي محمد، درماش بن عزوز. (2016). الشركة الفعلية في التشريع الجزائري. **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، المجلد (9)، العدد (2)، (ص ص. 90–104).
- نسيمة سمسوم، حياة مقراني. (2017). **نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري** [رسالة ماستر، جامعة مولود معمري].

- **الأحكام القضائية:**

حكم قضائي سعودي: (ابتدائية تجاري، 26 رجب 1442، رقم: 6433)، على الرابط:
https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/35303

المصادر والمراجع الأجنبية:

أولا: المصادر الأجنبية:

Code civil des Français (1804).

Code de commerce des Français (n° 2000-912 du 2000).

Directive 2017/1132 of the European Parliament and of the Council (2017).

Directive 68/151/EEC of the Council of the European Union (1968).

ثانيا: المراجع الأجنبية:

Gibirila, D. (2020). *Droit des sociétés.* Ellipses.

Braudo, S. (s. d.). *Définition de Société de fait.* Dictionnaire Juridique. Consulté le 27 avril 2024, sur:

https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/societe-de-fait.php

Escarra, J., et al. (1950) *Traité de Droit commercial* - avec la collaboration de Jean Rault et Edouard Escarra. Librairie du recueil Sirey.

Marié, P. (2024, Mars 12). *La société en participation (SEP).* L-Expert-Comptable. Consulté le 7 Mai 2024, sur: https://www.l-expert-comptable.com/a/529832-la-societe-en-participation.html