جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

نظرية الوضع الظاهر في الشركات

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب :
- بدرة إيمان غليسات
-

إشراف الأستاذ:
-د. داود منصور

لجنة المناقشة

-د/أ. بن داود ابراهيم	رئيسا
-د/أ. داود منصور	مقررا
-د/أ. زروق يوسف	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

إهداء:

إلى من علمني أبجدية الوجود ... إلى من احمل اسمه بكل فخر... إلى من علمني النجاح والصبر... إلى من استند عليه في مواجهة صعاب الحياة... أبي

إلى القلب النابض ... إلى رمز الحنان والحب والتضحية ... إلى من كانت دعواتها الصادقة سر نجاحي ... إلى قنديل ظلامي وكل شيء في حياتي ... أمي

إلى من هي أقرب إلي من روحي ... أختي

إلى من تطلعوا لنجاحي بنظرات الأمل ... إخوتي

إلى صديقات العمر اللواتي كن بلسم الروح ودواء الجروح

إلى طلبة سنة ثانية ماستر تخصص قانون أعمال

إلى أساتذتي في مختلف الأطوار جزاهم الله عني كل خير

إلى كل من لم يبخلوا علي بنصائحهم وتوجيهاتهم ودعواتهم ...

إلى هؤلاء ...جميعا أهدي هذا العمل العلمي المتواضع .

شكر وتقدير

الحمد لله والشكر لله أولا وأخرا.

الحمد لله والشكر لله على كل شيء .

وبعد :

وعملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم" من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن أسدى إليكم معروفا فكافئوه ،فإن لم تستطيعوا فادعوا له "

يشرفني أن أتقدم بشكري الجزيل وثنائي الخالص لأستاذي الفاضل "منصور داود" الذي قبل الإشراف على مذكرتي ومنحني ثقته ولم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته القيمة طيلة إعداد هذا البحث إلى آخر لحظة

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الكرام وأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة مذكرتي

وأخيرا أشكر كل من ساعدني من بعيد أو قريب في إنجاز هذا العمل.

الفهرس

إهداء
شكر وتقدير
الفهرس
مقدمة:.....أ
الفصل الأول: نظرية الوضع الظاهر كاستثناء على مبدأ نسبية عقد
تمهيد:.....2
المبحث الأول: نظام تكوين نظرية الوضع الظاهر.....4
المطلب الأول: تعريف الوضع الظاهر وطبيعته القانونية.....4
الفرع الأول: تعريف الوضع الظاهر 4
أولا: المدلول اللغوي للوضع الظاهر 4
ثانيا: المدلول الفقهي للوضع الظاهر.....5
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوضع الظاهر 9
أولا: الوضع الظاهر مبدأ قانوني.....9
ثانيا: الوضع الظاهر نظرية قانونية.....10
المطلب الثاني: أركان نظرية الوضع الظاهر 12
الفرع الأول: الركن المادي للوضع الظاهر.....12
أولا: تعريف العنصر المادي للوضع الظاهر.....12
ثانيا: صور العنصر المادي للوضع الظاهر 13
الفرع الثاني : الركن المعنوي للوضع الظاهر 14
أولا: التعريف بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر 14
ثانيا: حسن نية الغير والغلط الشائع 16
المبحث الثاني: الأساس القانون لنظرية الوضع الظاهر وتطبيقاته في القانون الجزائري 19
المطلب الأول: الأساس القانوني لنظرية الوضع الظاهر.....19
الفرع الأول: اختلاف الفقه في تأصيل إقرار تعرف صاحب المركز الظاهر 19
الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد الأساس القانوني 20
أولا: الإتجاهات اللاتقليدية.....21
ثانيا: المحاولات الحديثة لتأسيس النظرية.....25
ثالثا: النظرية المقترحة لتأصيل النظرية (الغلط المزدوج كأساس للظاهر) 29
المطلب الثاني: تطبيقات النظرية في التشريع الجزائري 30

الفرع الأول: الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة في القانون المدني.....30
الفرع الثاني: الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة في القانون التجاري 32
الفصل الثاني: تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في الشركات الجزائرية
تمهيد:.....34
المبحث الأول: ماهية الشركة الفعلية.....35
المطلب الأول: الأساس القانوني للشركة الفعلية وأسباب قيامها.....35
الفرع الأول: الأساس القانوني للشركة الفعلية.....35
أولا: نظرية العقد المستمر 36
ثانيا: نظرية الشخصية المعنوية.....37
ثالثا: حماية الوضع الظاهر 38
الفرع الثاني: أسباب قيام الشركة الفعلية.....43
أولا: شروط قيام الشركة الفعلية 44
ثانيا: حالات قيام الشركة الفعلية 46
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية و انتهاء الشركة 50
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية.....50
الفرع الأول: علاقة الشركاء فيما بينهم.....50
الفرع الثاني: عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية 51
أولا :بالنسبة للشركة التجارية.....52
ثانيا: بالنسبة للشركاء 53
ثالثا: بالنسبة للغير 53
الفرع الثالث: المسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين.....54
المطلب الثاني: انتهاء الشركة الفعلية 55
الفرع الأول: استبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني.....55
أولا:قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل اكتسابها الشخصية المعنوية 56
ثانيا: التسوية القانونية للشركة الفعلية.....57
الفرع الثاني: انحلال الشركة الفعلية وتصفيتها.....60
أولا: إنحلال الشركة الفعلية 60
ثانيا: إفلاس الشركة الفعلية 63
خاتمة:.....65
قائمة المصادر و المراجع

مقدمة

مقدمة:

إن القانون ضرورة اجتماعية لا غنى عنه لضبط وتنظيم سلوك وعلاقات ومعاملات الأفراد في المجتمع، فقواعد القانون تحدد ما لكل فرد من أفراد المجتمع من حقوق وما عليه من التزامات أي أنها تحدد المراكز القانونية التي يمكن أن يشغلها الأفراد في المجتمع ،وهي الأصل والأساس الذي يعتد به المشرع ويعول عليه في ضبط وتنظيم علاقات وتصرفات الأفراد في المجتمع، وإلى جانب هذه المراكز القانونية توجد مراكز أخرى يشغلها بعض الأفراد لا تستند في وجودها إلى القانون، فهي تنشأ وتتكون وتوجد في الواقع الاجتماعي على خلاف القانون ،وذلك لأنها تفتقد لأحد أو بعض العناصر اللازمة لاتفاقها في قواعد القانون وأحكامه ويطلق عليها (المراكز الفعلية) ،وهي تستند إلى الواقع وليس القانون ،ومن أمثلتها التاجر الظاهر والشركة الظاهرة والمدير المفوض الفعلي ... ، وقد تم الاعتراف بالمراكز الفعلية واعتمادها والتعويل عليها وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية.

وعليه فإن نظرية الوضع الظاهر يلزم لقيامها توافر المظاهر المادية لخارجية التي تتكون من الوجود الحقيقي للمركز الظاهر وممارسة اختصاصاته من قبل شخص يفتقر إلى الصفة القانونية اللازمة وهذا الأمر يؤدي إلى وقوع الغير حسن النية في غلط شائع حول توافر الصفة اللازمة بالنسبة لصاحب الوضع الظاهر ،ولأجل إثبات الكيفية التي طبق بها القانون التجاري تلك الأفكار وما أخذ به القضاء والفقه من أحكام النصوص القانونية باعتبارهما أصحاب الرأي في تلك النصوص للتثبت من سلامتها وكمالها أو نقصها وقصورها، ومن المعلوم أن القانون التجاري بصفة عامة والشركات التجارية بصفة خاصة تستمد من ذاتية النشاط التجارية الذي يحكمه والمعتمد على سرعة الحركة والقدرة على حسم الموقف واتخاذ القرار من غير تردد ثم تحمل مسؤولية القرار ضرراً أو نفعا، فهو نشاط لا يحبذ القيود أو الشكليات حتى ولو كانت تهدف إلى حماية إرادة المتصرف ،إذ أن حاجة التاجر إلى مرونة الحركة وبسهولة النشاط أهم بكثير من حاجته إلى حماية إرادته، لذا أخذ القانون التجاري والشركات التجارية بنظرية الوضع الظاهر

بسهولة ويسر عن طريق التطبيقات المتعلقة بتلك النظرية وذلك على خلاف القانون المدني الذي تشدد في قبولها ،ففي الوقت الذي يهتم فيه القانون المدني بتبرير الوضع الظاهر بالرجوع إلى الغلط الشائع يولد الحق وغيرها من الأفكار ،نجد أن القانون التجاري يتقبل السند لمجرد احتوائه على العناصر اللازمة لصحته بغض النظر عن سببه الحقيقي .

ونظرية الوضع الظاهر نظرية قديمة، عرفها الرومان في قضية ملخصها أن قاضي روما كان من العبيد ،في حين أنه لم يكن يسمح لهم باعتلاء منصة القضاء حسب القانون الروماني،،فأثيرت مسألة ما صدر عنه من أحكام ومدى صحتها بعدما كشف أمره، وعملا بمبدأ استقرار المعاملات، قضى بالاعتراف بصحة التصرفات التي قام بها على الرغم من أن هذه التصرفات يجب أن تكون باطلة ،لأن الحرية كانت شرطا من شروط تولي منصب القضاء ،وبالتالي لم يتم إبطال أحكامه السابقة[1].

أما في فرنسا فقد أخذ بهذه النظرية في القرار التفسيري الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي عام 1807 الذي اعترف بصحة الأوراق الرسمية التي صدرت من غير ذي صفة ،على اعتبار أن حسن النية والغلط الشائع كافيان لتغطية المخالفات التي تقع فيها التصرفات[2].

[1] نقلا عن سعودي حسن سرحان ، فكرة ممثل الشركة الظاهر بين المنطق المجرد وضرورات الحياة العملية ،ص2.

[2] محمود زواوي، نظرية الوضع الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون ،جامعة الجزائر ،1998.

وقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع لأنه أثار فضولنا كي نغوص في أعماق هذه النظرية ونتعرف على أسسها وأركانها نظرا لقلة الدراسات التي أولته الأهمية والإشكاليات العديدة المطروحة في الواقع المعيش بين المراكز القانونية والوضع الظاهر، مما أدى إلى تعطل الكثير من مصالح الناس، وإلحاق الضرر بها ،وكذا الحاجة الماسة لمعرفة أحكام وأسس الوضع الظاهر وشروط تطبيقها على التصرفات المختلفة ،وكذا نشر الوعي بأهمية دراستها والتعرف عليها من طرف طلبة القانون .

وتكمن أهمية الموضوع في كون نظرية الوضع الظاهر مصدرا لكسب الحق إذا توفرت شروطها ومساهمتها في استقرار المعاملات، إذ أنها تستجيب لضرورات الحياة مما يستوجب دراستها وتبيين أهم تطبيق لها في الشركات التجارية والمتمثل في الشركة الفعلية كما أن فهم احكام الوضع الظاهر ومعرفة أساسها والفروع التي تطبق عليها، يساهم في تحقيق الأمان للأفراد في تعاملاتهم حماية لاستقرار المجتمع.

وفي حدود علمنا، ومن خلال مطالعتنا لم نجد إلا دراسة واحدة في الموضوع على المستوى الوطني، تمثلت في أطروحة دكتوراه لصاحبها محمود الزواوي علي أما على مستوى الوطن العربي فهناك بعض الدراسات لكنها قليلة، لذا قد واجهتنا صعوبات في إنجاز هذا البحث، بخصوص الوصول حتى إلى هذه المراجع والدراسات القليلة التي تناولت الموضوع.

إن نظريات القانون لا تستحق وصفها العلمي ما لم تستمد تطبيقاتها من الحاجيات العملية لأفراد المجتمع والتطبيقات القضائية ويظل الواقع هم المحك الحقيقي الدائم لمصداقية أي نظرية قانونية.

وعليه نطرح الإشكالية الآتية:

ما هو الدور الذي تلعبه نظرية الوضع الظاهر في تحقيق العدالة والمحافظة على الثقة واستقرار المعاملات التجارية لا سيما الشركات التجارية؟ وإلى أي مدى يمكنها التوفيق بين القانون والواقع في الشركات التجارية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على هذا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك من خلال جمع آراء بعض فقهاء القانون، وأحكام القضاء حول مفهوم نظرية الوضع الظاهر، ثم إسقاطها على تطبيقات النظرية في الشركات التجارية والمتمثلة في الشركة الفعلية، مع الاستعانة بالمنهج المقارن.

وعليه يستلزم التعرف على مختلف جوانب هذه النظرية وفهمها ولبلوغ هذا الغرض اعتمدنا الخطة التالية.

قسمنا الموضوع إلى فصلين اثنين: حيث خصصنا الفصل منه لمفهوم نظرية الوضع الظاهر، وفيه تطرقنا إلى تعريف الوضع الظاهر وتحديد أركانه، وعالجنا أيضا فيه الأساس القانوني للنظرية ، في حين تناولنا في الفصل الثاني أهم تطبيقات هذه النظرية والمتمثلة في الشركة الفعلية ،شروط وحالات قيامها ثم إلى الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية يليه انتهاء وجود الشركة الفعلية.

الفصل الأول
نظرية الوضع الظاهر كاستثناء على مبدأ نسبية عقد

تمهيد:

يقوم مبدأ نسبية العقد على أساس أن العقد لا يلزم إلا أطرافه وخلفهم أحيانا، ولا يمكن أن يتعدى أثره إلى الغير[1]،بينما تقوم نظرية الوضع الظاهر على حماية الشخص الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر وتعامل على أساسه بحسن نية .

ففي الحياة القانونية قد يظهر شخص في نظر الجميع بأنه المالك الحقيقي، فإذا قام هذا الأخير بإبرام عقد مع الغير حسن النية، فهذا العقد يعتبر صحيحا ويلزم المالك الحقيقي الذي يعتبر أصلا من الغير، فتبدوا نظرية الوضع الظاهر استثناءا فعلي من مبدأ نسبية العقد.

وقد أخذ القانون الجزائري صراحة بنظرية الوضع الظاهر بخصوص الدائن الظاهر ،إذ تنص المادة 268من القانون المدني على ما يلي :**"الوفاء لشخص غير الدائن ،أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ،ويقدر هذه المنفعة ،أو تتم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حيازته ".**[2]

فبالرغم من أن الوفاء لغير الدائن يستلزم الوفاء للدائن الحقيقي ثانية ،إلا أن المشرع سعى إلى حماية الأوضاع الظاهرة ،والثقة المشروعة بين الناس ، فإذا قام المدين بالوفاء لشخص كان الدين في حوزته ،وهذا ما يحدث غالبا بالنسبة للسندات لحاملها حيث تختلط حيازة السند بحيازة الحق ،فإن هذا الوفاء يعتبر صحيحا ويبرئ المدين ويكون للدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الإثراء بلا سبب وبالتعويض إذا كان هذا الأخير سيئ النية[3].

ويلاحظ أن موقف المشرع الجزائري صريح بخصوص الدائن الظاهر، لإمكان تعميمه على جميع الأوضاع الظاهرة إذا توافرت فيها نفس الشروط، فأخذ المشرع بنظرية المظهر الظاهر أمر لا جدال فيه.

---

[1] بن شويخ الرشيد،دروس في النظرية العامة للالتزام،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2012،ص120

[2] ورد خطأ بنص المادة 268مدني جزائري بحيث يجب حذف حرف "ل" ليصبح "لشخص كان الدين.." وليس " للشخص " كما هو وارد بالنص

[3] عبد السيد سمير تناغو: نظرية الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص514 – أنظر أيضا:أنور سلطان:الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1963، ص354.

و عليه فإننا سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى تحديد نظام تكوين هذه النظرية (المبحث الأول)، ثم إلى الأسس القانونية التي استند عليها الفقه، وتطبيقاته في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نظام تكوين نظرية الوضع الظاهر

تعتبر نظرية الظاهر من أهم الأسس التي تقوم عليها فكرة حماية الغير حسن النية، فهي فكرة حديثة نسبيا رغم وجودها منذ ظهور القوانين التي اهتمت بحماية الغير، إلا أنها برزت كقاعدة قانونية بعد أن تطورت في التشريعات المعاصرة[1].

ولأن نظرية الأوضاع الظاهرة تتسم بغموضها نوعا ما، فإنه يتعين بداية تعريف النظرية وتحديد طبيعتها القانونية (المطلب الأول) ،لننتقل بعد ذلك إلى دراسة الأركان المادية والمعنوية التي تقوم عليها نظرية الوضع الظاهر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الوضع الظاهر وطبيعته القانونية

تعددت أراء الفقهاء في تحديد مفهوم للوضع الظاهر وهذا لاختلاف المنظور الذي ينظر إليه هؤلاء، فالوضع الظاهر مركب من كلمتين هما: **الوضع** والظاهر، وقبل التعريف بمفهوم الوضع الظاهر، يجب تعريف كل من كلمة الوضع وكلمة الظاهر لغة وفقها.

الفرع الأول: تعريف الوضع الظاهر

أولا: المدلول اللغوي للوضع الظاهر

1: الوضع من الفعل وضع، يضع، ضع، وضعا، واضع، موضوع، وهنا الوضع هو الحالة[2].

أ- الوضع بمعنى الموضوع

ب-الوضع بمعنى النقص، فيقال وضع عن مدينة كذا أي مما هو له عليه، ومنه أيضا وضع فلان من فلان أي حط من قدره [3].

والناظر للمثالين السابقين يجد أن الأول يعتبر هذا النقص مادي والثاني يعتبره نقصا معنويا وأدبيا.

ج- الوضع بمعنى الاختلاق ، فيقال وضع الكلام موضعا أي اختلقه من عند نفسه ومنه أيضا الواضعون للحديث وهم من اختلقوا من عند أنفسهم ونسبوه افتراءا[1].

---

[1]-سعودي حسن سرحان ،نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة،المتحدة للطباعة ،مصر،1999 ،ص58

[2] www.almany.com , 09/03/2015 , 15 :55

[3] المعجم الوسيط ،ص1082 ،مادة الوضع

2: الظاهر من الفعل ظهر ،يظهر ،ظهورا ،ظاهر ،مظهور .أي بدا واتضح وتبين وجوده[2].

قد يطلق لفظ الظاهر ويراد به عدة معان مختلفة ، ومن هذه المعاني مايلي :

أ–البيان بعد الخفاء ،فيقال ظهر الشيء ظهورا بمعنى تبين وبرز بعد خفائه ،ويقال أيضا ظهر الشئ على الحائط ،أي "علاه" [3].

ب–الغلبة ،فيقال ظهر على عدوه أي غلبه [4].

ج–الزوال: فيقال ظهر عنه العار، أي زال ولم يعلق به [5].

د– والظاهر بمعنى الحفظ عن ظهر قلب ،فيقال قرأه ظاهراً أي حفظاً بلا كتاب [6] ،

وقيل الظاهر ضد الباطن ،والظِّهارة بالكسرة ضد البطانة ، وقيل الظاهر في الفلسفة ما يبدو من الشيء في مقابل ما هو عليه في ذاته [7].

وفي الحقيقة فهذا التعريف هو أقرب ما يكون إلى المفهوم الحديث لفكرة الظاهر، حيث أن الظاهر هو الوهم الذي يشبه الحقيقة.

ثانيا: المدلول الفقهي للوضع الظاهر

يعرف الظاهر بأنه حيازة صفة بغير أساس من القانون[8]،كما يعرفه البعض بأنه حالة أو وضعية ظاهرة ،ولكنها مخالفة للحقيقة القانونية ،جعلت الغير حسن النية يعتقد بمطابقة الحالة الظاهرة للحالة القانونية ،مما يرتب آثاره القانونية لمصلحة هذا الغير ،كما يعرفه آخرون بأنه المحسوس المخالف للحقيقة ،والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون .[9]

---

[1] المعجم الوسيط ص1083 .

[2] www.almany.com , 09/03/2015 , 15 :55

[3] المعجم الوسيط ،ص599،مادة ظهر .

[4] المعجم الوسيط ،ص599 .

[5] المعجم الوسيط ،ص599 .

[6] المعجم الوسيط ،ص599 .

[7] المعجم الوسيط ،ص599 .

[8] فتيحة قرة،الأوضاع الظاهرة ،نظرية قضائية مستحدثة ،منشأة المعارف الإسكندرية ،2001،ص13 .

[9] نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2015،ص34 .

والأوضاع الظاهرة تؤدي إلى تنازع بين حكم القانون والواقع المستقر ،ولا يقصد بالتنازع الموجود المواجهة بين صاحب الظاهر وبين صاحب الحق ،بل يقصد به التنازع الذي يقوم بين صاحب الحق من جهة ،وبين الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر من جهة أخرى[1].

إن الوضع الظاهر هو حيازة الشخص لمركز ليس له ،بمعنى أنه غير ذي صفة في حيازة هذا المركز[2]،أي هو وجود مركز على الساحة القانونية بطريقة غير صحيحة ،تدعوا اعتبارات الأمن والاستقرار القانوني إلى ترتيب الآثار الصحيحة عليه [3] ،فيقوم تنازع بين مظهرين ،فهو تارة تنازع بين صاحب الحق المستند إلى المركز القانوني ،وحق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي كالحيازة بحسن نية ،وتارة أخرى تنازع بين مركز صاحب الحق القانوني، ومركز الغير حسن النية القانوني أيضا ،وفي كلتا الحالتين تنازع بين مركز قانوني ومركز فعلي (قد يكون قانوني أو واقعي)[4]،لأن للوضع الظاهر مصدرين ،إما أن يكون مصدره العمل القانوني الوهمي ،الذي يدفع الغير إلى الاعتماد بوجود ذلك التصرف، حقيقة كالعقد الصوري ،وإما مصدره الحالة الواقعية كالشركة الفعلية والوكالة الظاهرة .

وصاحب المركز الفعلي ليس حتما سيئ النية، ففي الكثير من الأحيان هو بالقطع حسن النية، أي يعتقد بأن الوضع الظاهر هو عين الحقيقة. هذه الحالة القانونية الظاهرة قد تدفعه إلى التعاقد ،مما يرتب أثارا لمصلحة هذا الغير حماية للثقة المشروعة ،وتوخيا لمبدأ استقرار المعاملات الذي يجب أن يسود ،ذلك أن الغير الذي تلقى حقا من صاحب الوضع الظاهر تكون إرادته مشروعة ،أي أن الظاهر يوحي بالثقة المشروعة أي المقبولة وضعيا ،التي ينخدع بها الرجل العادي[5].

فيؤدي تطبيق هذه النظرية عندئذ إلى سريان آثار التصرف ،الذي كان الغير حسن النية طرفا فيه في مواجهة صاحب الحق ،على الرغم من كونه أجنبيا عنه أو لم تتجه إليه إرادته الحقيقية

[1] شريزاد عزيز سليمان ،حسن النية في إبرام العقود ،دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية ،ط الأولى ،دار دجلة ،الأردن،2008،ص219.
[2] المرجع نفسه ،ص219 .
[3] نجوان عبد الستار علي مبارك ،المرجع السابق ،ص34
[4] المرجع نفسه،ص59 .
[5] نجوان عبد الستار علي مبارك ،المرجع السابق ،ص18 .

،لأن إقدام شخص على إبرام تصرف قانوني مع صاحب الوضع الظاهر ،رغم العلم بانعدام صفته يفيد أنه سيئ النية ،ويرتب الوضع الظاهر اكتساب الغير للحق ،الذي يكون إما ملكية أو إجازة أو براءة ذمة ،من دين معين أو غيره من الحقوق المكتسبة [1]، لأن الهدف من الوضع الظاهر هو حماية مركز الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر ،الذي تدعوا اعتبارات العدالة والاستقرار القانوني لحماية مركزه .

من ثم فإن الوضع الظاهر يولد لدى الغير اعتقادا شائعا بقانونية مركز صاحبه ،بسبب الظروف والمؤثرات الخارجية المحيطة به ، مما يجعل الغير حسن النية ومن ثم يستحق الحماية لانخداعه بالوضع الظاهر . فالوضع الظاهر يثمر علاقة ثلاثية الأشخاص بين صاحب الحق ،وهو صاحب المركز القانوني الذي يتفق مع حدود القانون ،وصاحب الظاهر وهو الشخص الذي تصرف في هذا الحق باعتباره صاحب المركز الفعلي ،والغير وهو المتعامل حسن النية مع صاحب الظاهر ،وكأن هذا الأخير هو صاحب حق بعد تيقّنه بقانونية مركزه [2].

بناءا على ذلك فإن نظرية الظاهر تقوم بتصحيح تصرفات كان يجب أن تبطل، فهي مقيّدة النطاق بقيود من شأنها تحقيق التوازن، بين مصلحة الغير حسن النية وبين مصلحة صاحب الحق الجدير بالحماية. وتتمثل تلك القيود في قيد موضوعي، يتعلق بطبيعة التصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر، حيث يجب أن يكون تصرف بعوض لكي يتمتع الغير بحماية القانون، وبشرط أن لا يكون الغير سيئ النية، أي يعلم بحقيقة الوضع [3] . وقيد تنسيقي يتعلق بانتفاء أي خطأ أو إهمال، أو عدم الاحتياط في جانب الغير، وهو ما ينطوي تحت معنى الغلط المشروع. إذ يجب أن يثبت الغير أنه بذل الحرص المطلوب، الذي يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروفه ومن نفس طائفته حتى يكون جديرا بالحماية [4] .

---

[1] المرجع نفسه،ص163 .

[2] المرجع نفسه ،ص12 .

[3] نجوان عبد الستار علي مبارك ،المرجع السابق ،ص52 . حيث تخرج التصرفات التبرعية من نطاق الحماية المقررة بموجب نظرية الظاهر، إذ لا محل لإضفاء الحماية على من يكسب حقا بغير مقابل . هذا وإن نظرية الظاهر لا تصحح سوى عيب انعدام صفة المتصرف ،حيث يعتبر الحائز بمثابة المالك والوكيل الظاهر ،وكيلا حقيقيا والوارث الظاهر بمثابة الوارث الحقيقي،أما العيوب الأخرى مثل انعدام الرضى وعيوب انعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعيتها ،فهي تخضع لقواعد العامة التي تقضي بالبطلان أو الإبطال بحسب الأحوال .

[4] نجوان عبد الستار علي مبارك ،المرجع السابق ،ص52 .

والغير المقصود بالحماية طبقا لنظرية الأوضاع الظاهرة ، هو الشخص الأجنبي عن الظاهر , أي الذي لم يقم ولم يساهم في وجوده واستقراره وليس خلفا عاما ،وهو في الوقت ذاته قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بصفته الظاهرة ،وبقصد الحصول على حق أو ميزة , أي هو كل من يتعامل معه ويكون أجنبيا عنه ،ولم يساهم في الوضع الظاهر ،وانتقل إليه الحق من صاحب الظاهر بناءا على اعتقاد مشروع منه بقانونية مركز صاحب الظاهر ،فيكون جديرا بالحماية بشرط حسن نيته في مواجهة صاحب الحق ،الذي يتمسك بعدم نفاذ التصرف المبرم بين هذا الغير حسن النية وصاحب الظاهر [1] .

على أن العلاقة بين صاحب الظاهر والغير لا يعد فيها هذا الأخير غيرا بل طرفا فيها ،من حيث التصرف المبرم بينهما ،فهي علاقة تعاقدية تخضع لنسبية العقود ،والنسبية تعني أن للعقد الصحيح قوة تلزم أطرافه فقط دون غيرهم ،حيث أن العقد يستمد قوته من إرادة أطرافه وليس من القانون، وبالتالي لا يستطيع المتصرف إليه المتعامل مع صاحب الظاهر ، أن يحتج بحسن نيته لتنفيذ العقد المبرم بينهما ،بالرغم من بطلانه أو قابليته للبطلان لأي سبب من أسباب ذلك ، فإذا شاب التصرف المبرم بينهما أي عيب من عيوب الأهلية أو الرضا أو غيره بصفة عامة ،فله أن يتمسك بإبطال التصرف لما شابه من عيب .

إذ لا يستطيع الغير أن يستند إلى الوضع الظاهر لتحصين هذا التصرف الباطل. حيث أنه يقتصر دور الظاهر على تحصين التصرف الصادر من صاحب الظاهر، ضد عيب انعدام صفته في التعامل، وليس ضد أي عيب أخر، وبالتالي إذا تمسك الغير بالوضع الظاهر، يسقط حقه في التمسك بإبطال التصرف لما شابه من عيب[2].

والأثر الوحيد للوضع الظاهر هو تصحيح تصرف غير صحيح، تصرف كان يجب أن يبطل لصدوره من غير ذي صفة في التعامل.

---

[1] المرجع نفسه ،ص 94 .

[2] نجوان عبد الستار علي مبارك ،المرجع السابق ، ص95

على أن للغير طريقين في حال إبرام عقد ظاهر، إما أن يتمسك بنفاذ العقد المبرم بينه وبين صاحب الوضع الظاهر ،في مواجهة صاحب الحق ،وذلك تطبيقا لنظرية الأوضاع الظاهرة ، وإما التمسك بإبطال العقد لغلط جوهري ،والذي دفع لاعتقاده بقانونية مركز المتصرف . نجوان عبدالستار علي مبارك ،المرجع نفسه ،ص163

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوضع الظاهر

إن الطبيعة القانونية للوضع الظاهر تستوجب توضيح وتحديد الغموض، وذلك لعدم وجود دراسة متكاملة في هذا الموضوع تجمع مفاهيمه وتكون ذات أثر في ميدان الدراسات القانونية، فنبحث عن الطبيعة القانونية للوضع الظاهر على أنه مبدأ نسبي(أولا) ،ثم إلى أنه نظرية قانونية (ثانيا).

أولا: الوضع الظاهر مبدأ قانوني

المبدأ القانوني يمثل الأساس لمجموعة من الحلول القانونية، ومثالها مبدأ الكفاية الذاتية في الورقة التجارية، والمبدأ القانوني إما أن يكون مكتوب منصوص عليه في القانون من قبل المشرع، أو غير مكتوب يستقر في ضمير الجماعة ولا يحتاج إلى نص يقرره، وهذا المبدأ يستند إلى العدالة، والكثير من المبادئ الغير مكتوبة قد تبناها المشرع من خلال النص عليها في القانون ،كما أن المبدأ القانوني يتصف بالعمومية لأنه يمكن انطباقه على القواعد القانونية [1]، ونظرية الوضع الظاهر من ناحية الطبيعة القانونية تؤدي إلى التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي ، وهذه الفلسفة تقتضي التمسك بالمبادئ القانونية على نحو قد يتعارض مع مقتضيات الحياة ومتطلبات التطور ،إذ لا يمكن للقانون الذي ينظم أمور المجتمع أن يعيش بمعزل عن المجتمع ،وإنما يجب أن يتماشى مع الواقع والفطرة الإنسانية لكل ما تحمله التناقضات ،وإلا لكان الواقع والمجتمع في جانب والقانون في جانب أخر [2]، وبهذا الصدد تغيرت الأنشطة التي أثرت بشكل أو بأخر على القانون التجاري ،فالوضع الظاهر يمثل حالة واقعية غير صحيحة ،وعدم صحتها راجع إلى اختفائها وراء مركز حقيقي وهذا ما يؤدي إلى إضفاء القوة القانونية على التصرفات الصادرة من صاحب الوضع الظاهر ،من خلال إبرامه للتصرفات مع الغير حسن النية على اعتبار أنه صاحب الحق ،لكنه في الحقيقة ليس كذلك كما في حالة مباشرة صاحب الوضع الظاهر من مزايا أو سلطات لا يجوز له مباشرتها ،ومثاله عندما تضيع الورقة التجارية المظهرة على بياض أو للحامل فيجدها شخص أخر ،ولنفترض أنه الغير حسن النية من أجل وفاء دين في ذمة صاحب

[1] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون ،المرجع السابق ،ص258 وما بعدها .

[2] علي حميد كاظم الشكري ،استقرار المعاملات المالية ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ،جامعة كربلاء ،2014 ص55 وما بعدها .

لوضع الظاهر إلى هذا الغير حسن النية الذي لا يعلم بظروف حصول صاحب الوضع الظاهر على الورقة التجارية ،ففي مثل هذه الحالة سيجد الغير حسن النية شخص منازعاً له يتمثل في شخص صاحب الحق (المالك الحقيقي للورقة التجارية) التي فقدت منه ،فنكون بصدد خصمين هما الحائز (الغير) حسن النية ومالك الورقة التجارية (صاحب الحق)، فأيهما يكون صاحب الحق في الورقة التجارية ؟

مما تقدم ووفقاً للمبدأ القانوني المتعارف عليه في الورقة التجارية هو مبدأ الكفاية الذاتية الذي على أساسه طرحت الورقة التجارية مما أدى إلى اعتبار الغير الذي انتقلت إليه الورقة التجارية بحسن النية حاملاً قانونياً لها وفقا لطبيعة الوضع الظاهر من حيث كونه مبدأ قانوني ،ونطاق المبدأ ينحصر في تنظيم حالة قانونية معينة لهذه ،فطبيعة الوضع الظاهر نظرية قانونية وهذا ما سنبحث عنه في الآتي .

ثانيا: الوضع الظاهر نظرية قانونية

يقصد بالنظرية قانونية مجموعة من النصوص القانونية التي تمثل قواعد قانونية تعني بالتنظيم وجه من أوجه معاملة أشخاص اليومية ،فالنظرية القانونية تعمل على توضيح العلاقة بين السبب والأثر وتفسير التغييرات ،كذلك تتعلق بتنظيم جزئية معينة من القانون الذي ينظم أوجه النشاط كلها وتنظم سير الحياة في المجتمع ،فعندما يفقد الوضع الظاهر العناصر اللازمة لاتفاقه مع أحكام القانون ،وفي أحيان أخرى قد يتوافر للوضع الظاهر بعض العناصر القانونية الخاصة بصاحب الحق كما في حالة بطلان حق الشركة الذي ينتج عنه مركز فعلي يتمثل بالشركة الفعلية ،فالحالة الواقعية هنا تنتج ذات الآثار التي تنتجها التصرفات القانونية الصحيحة [1]،ذلك أن الغير حسن النية المتعامل مع الشركة الذي وثق بالتصرفات الصادرة من ممثليها دون أي تقصير أو إهمال من جانبه ،ودون العلم بالعيوب التي تشوب تصرفات الشركة جدير بالحماية الاعتبارات تتعلق بالثقة المشروعة ،والواقع أن الثقة عنصر أساسي في المجاملات القانونية والاقتصادية والمالية ،وأيضا في مجال العلاقات العائلية والودية أو الفكرية التي يقيمها الإفراد فيما بينهم

[1] فتيحة قرة ،أحكام الوضع الظاهر، نظرية قضائية مستحدثة ،المرجع نفسه ،ص24 وما بعدها .

،وانعدام هذه الثقة أمر تستحيل معه الحياة بصورة عامة ،فحماية الغير حسن النية تقتضي نفاذ التصرف الذي قام به المدير المفوض الظاهر لمصلحة الشركة ،لأنه وثق بالوضع الظاهر . والواقع أن حماية الغير حسن النية لا تهدف لمجرد توفير الحماية لذاته ، لكنها تهدف أيضا لكفالة استقرار وأمن المعاملات ،لأن إهدار الآثار المتولدة عن التصرفات التي يبرمها المدير المفوض الظاهر في مواجهة الغير من شأنه التضحية بالاستقرار اللازم للمعاملات القانونية ،ولا يمكن لأي تنظيم قانوني الاستغناء عن مبدأ الاستقرار الذي يشكل أحد أهم دعائمه [1] ،وعليه فإن توفير الاستقرار يقتضي عدم خذلان من تعامل مع مدير الشركة الظاهرة الذي توافرت له مختلف المظاهر المادية لخارجية التي من شأنها الإيهام بأنه صاحب مركز قانوني صحيح في الواقع ،أي وكأنه يجسد إرادة الشخص المعنوي (الشركة) في الحقيقة والواقع ،فالاستقرار يقتضي أن يكون للتصرف الظاهر المبرر ذات الآثار التي ينتجها التصرف الصحيح ،وبدون الاستقرار لا يتصور قيام عدالة أو تحقيق تقدم [2]، وبالتالي فإن حماية الغير وهي دعامة هذا الاستقرار تمس أمرا حتميا تفرضه هذه الحماية عليه وذلك لضرورة وطبيعة المعاملات التجارية، وأيضا تقتضي العدالة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع ممثل الشركة الظاهر وهو يعتقد أنه يتعامل مع ذي صفة ،خاصة إذا كان هذا الاعتقاد مبررا ،أي لا يمكن أن ينسب لصاحبه أي تقصير أو إهمال في البحث عن الحقيقة وتحريها والاستعلام عنها [3]،فالعدالة تمثل أحد الأهداف السامية التي يسعى القانون إلى تحقيقها .

ولا بد من اعتبار الوضع الظاهر من حيث الطبيعة القانونية نظرية وليس مبدأ ،حيث أن القول بأن الوضع الظاهر مبدأ قانوني محل نظر ،إذ أن نطاق المبدأ يختلف عن نطاق النظرية ،والنظرية لا تساوي مبدأ ،فالنظرية تتضمن تطبيقات ،كنظرية العقد بوجه عام وتطبيقاتها من العقود الواردة على الملكية والانتفاع بالشيء والعمل ،في حين أن المبدأ يمثل فكرة عامة لا تحتوي على تطبيقات كمبدأ حسن النية في تكوين العقود ،فنطاق المبدأ ينحصر في تنظيم حالة قانونية

[1] ياسين محمد الطباخ ،الاستقرار كغاية من غايات القانون ،دراسة مقارنة،ط1،المكتب الجامعي الحديث،2012،ص47

[2] نعمان محمد خليل جمعة ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،المرجع نفسه ،ص59 .

[3] هذه الأفكار للأستاذ إيمانويل ليفي ،أشار لها عبد الباسط محمد جميعي ،نظرية الأوضاع الظاهرة ،المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من آثار،القاهرة،1955 ص108 وما بعدها .

معينة ،أما نطاق النظرية فإنه أوسع من نطاق المبدأ ولا يتناسب معه ،وبالتالي فنطاق النظرية يعمل على توضيح العلاقة بين السبب والأثر وتفسير المتغيرات ،وتتعلق في تنظيمها في جزئية محددة من القانون الذي ينظم أوجه النشاط كلها وينظم سير الحياة في المجتمع ، وبالتالي فطبيعة الوضع الظاهر هو نظرية وليس مبدأ لأنه الوضع الظاهر يشتمل على العديد من التطبيقات ولا يختص بحالة معينة كمبدأ قانوني ولهذا يصح القول أن نظرية الوضع الظاهر ليس مبدأ الوضع الظاهر

المطلب الثاني: أركان نظرية الوضع الظاهر

تتطلب دراسة عناصر الوضع الظاهر تقسيمها إلى عنصرين حسب ما اعتاد عليه الفقه ،وهي عنصر مادي يتعلق بصاحب الوضع الظاهر (الفرع الأول) ،وعنصر معنوي يتعلق بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر [1] (الفرع الثاني)، وهذا ما سنتناوله على النحو التالي :

الفرع الأول: الركن المادي للوضع الظاهر

أولا: تعريف العنصر المادي للوضع الظاهر

يراد بالعنصر المادي هو ذلك العنصر أو مجموعة العناصر التي تلزم لقيام المركز الواقعي أو تؤدي إلى الاستدلال عليه [2] ،أما المركز القانوني لصاحب الحق قد يستدل عليه بعقد صحيح ،وقد يستدل عليه بممارسة صاحب الحق لسلطات ومزايا ومكنات يخولها له هذا العقد ،فالمركز القانوني لممثل الشركة يمكن الاستدلال عليه عن طريق عقد الشركة الذي يحدد سلطاته وصلاحياته ،وأيضا يستدل عليه عن طريق مزاولة هذا الممثل لسلطاته التي يخولها له عقد الشركة ، وقد يظهر صاحب الوضع الظاهر كأنه صاحب الحق عندما يكون مركزه مدعوما بوقائع مادية تقع تحت سمع وبصر الآخرين ،بالإضافة إلى ارتداء المركز الظاهر ثوب المركز القانوني ،كما هو الحال عندما يتوافر للشريك الظاهر في الشركة التجارية ذات الحق في التصرف بحصته أو

[1] نعمان محمد خليل جمعة ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،المرجع السابق ،ص59 .

[2] نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع نفسه ،ص 59 ، أنظر أيضا فتيحة قرة ،أحكام الوضع الظاهر ،المرجع السابق ،ص31 .

أسهمه مقارنة بالشريك القانوني الذي يكون له حق التصرف فيها ،وذلك عندما يكون عقد الشريك الظاهر غير متنازع فيه وقت إبرامه لأي تصرف [1].

ثانيا: صور العنصر المادي للوضع الظاهر

والعنصر المادي للوضع الظاهر قد يتخذ صور متعددة منها :

1/ما يكون في صورة تصرف قانوني باطل أو منعدم :ومثاله صدور التصرف من شخص منعدم الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز ،أو قد تكون الإرادة غير جدية أو صورية ، وأيضا في حالة السند المزور كسند الشحن الذي يحرر على ورقة مطبوعة باسم الشاحن يحتوي على جميع البيانات المطلوبة ،وأيضا في حالة الصك المحرر على أوراق البنك المطبوع باسم العميل الذي زور توقيعه [2] .

2/وفي أحيان أخرى يتمثل العنصر المادي للوضع الظاهر في صورة خداع الغير في عنوان الشركة إذا كان ذلك العنوان يتضمن أشخاص لا ينتمون إلى الشركة، أو في حالة التعامل مع الشريك المتضامن الذي انسحب من الشركة دون أن يعلن انسحابه[3].

3/وقد يكون العنصر المادي للوضع الظاهر في صورة حكم قضائي يتبين بطلانه لخطأ في القانون أو لاستناده إلى واقعة غير صحيحة أو إلى سند ثبت فيما بعد أنه مزور[4].

4/وقد يتمثل العنصر المادي للوضع الظاهر في تسجيل تصرف معين ،كما في حالة الشخص المعنوي (الشركة) عندما يقوم بعض الأشخاص بتكوينها يخلقون غلطاً يخدع الغير حول وجود ومشروعية هذه الشركة ،وأيضا يتمثل العنصر المادي في صورة الإعلان عن نقل الملكية المحل

---

[1] سلامة عبدالفتاح حليبة ،أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،المرجع السابق ،ص169 .

[2] نعمان محمد خليل جمعة ،اركان الظاهر كمصدر للحق ،المرجع السابق ،ص60 وما بعدها .

[3] سعدون حسن سرحان ،نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق ،ص209 .

[4] مثال ذلك :قضية لابوسنير الشهيرة التي أثيرت أمام القضاء الفرنسي ،حيث أن القضاء قد حكم بأموال التركة لموصي له ثبت فيما بعد أنه قد زور الوصية ،حيث كان حكم القضاء الفرنسي انذاك هو اعتباره وارثا ظاهرا بالرغم من إلغاء وصيته ،وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس ذلك الحكم القضائي الذي اعترف بصفته كموصى له ، ، أشارت له فتيحة قرة ،أحكام الوضع الظاهر ، المرجع السابق ،ص 31 .

التجاري ،فإن ذلك يجعل من البائع مالكاً ظاهراً للمحل التجاري ويلتزم بما يلتزم به المشتري وكأنه وكيل عنه أو تابعاً له[1].

من كل ما تقدم نجد أن هنالك غلطاً قد وقع فيه الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر وهذا الغلط يعتبر من العناصر الجوهرية ذات الأثر المنشئ في نظرية الوضع الظاهر ،وأن الفكرة العامة ذات الأثر العام في إنشاء نظرية الوضع الظاهر هي فكرة الغلط الشائع[2]،وفيها يجب أن يكون من شأن المظاهر المادية الخارجية أن تولد الاعتقاد لدى الغير بقانونية مركز صاحب الوضع الظاهر ،ويراد بالغلط في مجال الوضع الظاهر هو الاعتقاد الواهم في مركز معين خلاف الحقيقة والواقع ،أو الجهل القانوني متى كان هذا الجهل مصحوبا بحسن النية ،وهذه القاعدة لم ترد بنص القانون فهي وليدة المبادئ العامة ، ويتوافر هذا الغلط من جانب الغير في كل حالة يتضح فيها أن الوضع الظاهر الذي استند إليه المتصرف ظاهر مستقر قوي ومعقول ،أي أنه يبدو وكأنه مركز قانوني وبذلك يكون الغير معذوراً في غلطه [3] .

الفرع الثاني : الركن المعنوي للوضع الظاهر

يتصل العنصر المعنوي بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر، وهذا الغير لا ينسب إليه غش أو سوء النية أو رغبة الإضرار بالآخرين، وهذا ما نحاول بحثه في نقطتين متتالين، التعريف بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر(أولا) ،ثم حسن النية والغلط الشائع (ثانيا).

أولا: التعريف بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر

لم يستطيع الفقه أن يضع تعريفا لمصطلح (الغير) يشمل كل تطبيقاته ،إلا أن هناك محاولات من قبل الفقه لتعريف الغير في عدة مفاهيم لتعدد أوضاعه ،من هذه المحاولات في الفقه محاولات الأستاذ (أوسيل) الذي يرى أن مصطلح الغير من المصطلحات الغير منضبطة ،إذ أنها من

---

[1] نجوان عبد الستار علي مبارك ،الوضع الظاهر في القانون المدني ،المرجع السابق ،ص59 وما بعدها .

[2] البعض من الفقه يرى أن الوضع الظاهر له ثلاثة أركان وهي :الركن الأول ،وجود أفعال وتصرفات محسوسة يطلق عليها بالشواهد المادية والخارجية ،والركن الثاني ،هو العوامل التي أحاطت بتلك الأفعال المحسوسة وبسببها ويطلق عليها الغلط الشائع ،والركن الثالث ،هو اعتقاد الغير بقانونية مركز صاحب الوضع الظاهر (المتصرف) ،هذا التقسيم أشارت له د.نجوان في مؤلفها ،الوضع الظاهر في القانون المدني ،فتقول أن الفقه اعتاد على تقسيم أركان الوضع الوضع الظاهر إلى ركنين :الأول ،الركن المادي ، والثاني ،الركن المعنوي ،وبالرغم من هذا التقسيم الثنائي لأركان الوضع الظاهر إلا أن الفقه إختلف حول تحديد مشتملات كلا الركنين ،فالبعض قد أدمج الغلط الشائع مع الشواهد المادية والخارجية كركن مادي ،والبعض الاخر قد أدمج الغلط الشائع مع حسن نية الغير (المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر) كركن معنوي ،وكلا الرأيين له أسبابه ومبرراته التي حملته ذلك التقسيم .

[3] نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع نفسه ،ص78 وما بعدها .

المصطلحات التي لها معاني متعددة ،فمن معانيها الغير في الصورية إلى الغير في ثبوت التاريخ ،ويستنتج من ذلك فكرة الغير هي فكرة مغلوطة ومستعصية تماماً على أي تعريف عام يحيط بكل جوانبها [1] ،ويرى الأستاذ السنهوري [2] ،أن مصطلح الغير يختلف تحديده تبعاً لأوضاعه المختلفة ،فالغير في حجية الورقة العرفية وفي ثبوت التاريخ في حجية الشيء المقضي فيه وفي الصورية ،وله تحديد خاص يختلف عما تقدم في أثر العقد أو سريانه وفي التسجيل ،وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع ،إلا أن الفكرة المشتركة بين جميع هذه الأوضاع أن أثراً قانونيا معينا قد يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر .

وفي مجال بحثنا، نجد أن هناك قدرا من الحماية من أجل حماية المصالح الخاصة للشخص من جهة وحماية الجماعة من جهة أخرى وتلك الحماية أملتها اعتبارات العدالة وتوفير الأمن والاستقرار في التعامل.

ويرى البعض من الفقه [3]،أن مصطلح (الغير) بوجه عام يعني كل شخص يتأثر بوضع قانوني معين ولا يكون طرفاً أو ممثلا فيه أو ساهم في قيامه ،وفي اعتقادنا أن هذا التعريف لمصطلح الغير هو أكثر وضوحا وعموما لبيان معناه في القانون،إلا أنع لا يسعفنا في تحديد معناه في نطاق بحثنا ، لذا وجدنا البعض من الفقه [4] عرفه وبالخصوص في نظرية الوضع الظاهر بأنه: "الأجنبي على الظاهر هو الشخص الذي لم يقم ولم يساهم في وجوده واستقراره وليس خلفا عاما أو ممثلا بواسطته صاحب الوضع الظاهر في خصوص هذا الوضع،وهو في ذات الوقت قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بقصد الحصول منه على حق أو ميزة ".

ويقصد بالغير في القانون التجاري ذلك الشخص الذي يتعامل مع التاجر الظاهر أو ممثل الشركة الظاهر أو المستفيد الظاهر من الورقة التجارية معتمدا على المظاهر الخارجية التي ولدت

[1] سعدون حسن سرحان،نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق ،ص186 .

[2] عبدالرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،نظرية الالتزام بوجد عام ،الاثبات –اثار الالتزام ،ج2 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،2015،ص1088 .

[3] عبد الباسط محمد جميعي ،نظرية الأوضاع الظاهرة ،المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من اثار ،القاهرة،1955 ،ص93 وما بعدها .

[4] نعمان محمد خليل جمعة ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،المرجع السابق، ص 128

لديه الاعتقاد بقانونية مركز صاحبة أو مطابقته للحقيقة ، فعلى سبيل المثال الشخص الذي يقوم بإبرام عقد تجاري معين مع تاجر ظاهر ينشأ له حق في مواجهة التاجر الحقيقي (المستتر) ، أي أنه يعتبر من (الغير) بالنسبة للوضع الظاهر ،في حين أنه المتصرف إليه من قبل التاجر الظاهر (الساتر) لذا فهو المتعاقد الأخر بالنسبة للتصرف الذي أجراه التاجر الظاهر ،وبهذا المفهوم نستبعد التاجر الظاهر من الحماية التي توافرها هذه الحماية فلا يمكن اعتبار التاجر الظاهر من الغير لأنه قد يساهم في خلق ونشأة الوضع الظاهر المخالف للحقيقة ،ولهذا لا يهم توافر حسن النية أو عدم توافرها ،وأيضا التاجر الحقيقي لا يمكن اعتباره من الغير ،فأما أن يكون قد علم بالوضع المخالف للحقيقة ،ولم يتخذ الوسائل التي من شأنها أن تزيل ذلك الوضع الظاهر الزائف ،وأما أنه لا يعلم بذلك الوضع ولا يخلو الأمر من إهمال من جانبه وتقاعس عن القيام بواجبه على الوجه المطلوب .

وفي كلتا الحالتين نجد أن هناك مساهمة ومشاركة من قبل التاجر الحقيقي في خلق الوضع الظاهر، وبالتالي لا يمكن اعتباره من الغير.

فالعبرة إذن بحسن نية الغير المتعامل مع التاجر الظاهر الذي يؤثر على فاعلية نظرية الوضع الظاهر بشكل جوهري من أجل حمايته ،لذا من الضروري بحث حسن النية في العنصر الثاني على النحو الأتي .

ثانيا: حسن نية الغير والغلط الشائع

إن حسن النية هو مبدأ أدبي أخلاقي يقوم عليه التعاقد القانوني والاجتماعي ،الغاية منه التخفيف من قساوة القواعد القانونية من خلال التطبيقات الملائمة والمناسبة للمبادئ الأخلاقية ،فمفهوم حسن النية يهدف إلى ربط المبادئ القانونية بمبادئ العدالة الأساسية ،وبالرغم من أهمية هذا المبدأ وتأثيره في القانون لم تعرفه القوانين الوضعية بشكل واضح ودقيق لصعوبة حصره وتحديده في بعض العبارات ،فهو مفهوم لصيق بالإنصاف ،فهو روح العمل القانوني وقوامه وهو الإرادة الأخلاقية التي تهدف إلى ربط المبادئ القانونية بالأفكار الجوهرية للعدالة ،فهو يمثل

الأمانة والأخلاق والاستقامة والصدق والعدالة والحرص على الالتزام بحدود القانون في التصرفات القانونية وبالذات العقد [1] .

وفي الوقع أن حسن النية لفظ شائع الاستعمال في النصوص التشريعية وليس له معنى عام يوجد في جميع الحالات، وإنما يختلف من حالة إلى أخرى.

إن حسن النية في تنفيذ العقد يقصد به الأمانة والاستقامة ،بينما في حالات كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة فهو عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف أو يجعل التصرف غير فعال [2]،أما حسن النية في مجال نظرية الوضع الظاهر لم يكن لها موقفا محددا لبيان مفهومها ،فبرزت وجهة نظر أولى تعتبر أن حسن النية هو الخطأ أو الغلط الشائع الذي يشوب تصرف صاحب الوضع الظاهر من عدم المشروعية بسبب تخلف الصفة اللازمة ،حيث يلجأ الغير إلى التعامل معه معتقدا أنه يتعامل مع صاحب الحق الذي يحميه القانون ،أما وجهة النظر الثانية ،ترى بأن حسن النية هو القصد الالتزام بحدود القانون ، فالنية هي قصد الشخص في اتخاذ قرار داخلي لمواجهة مشكلة معينة متأثرة بعوامل داخلية وخارجية كالرغبات والعواطف والشهوات وغيرها من العوامل ،وهي إرادة داخلية باطنة تبقى في نفس صاحبها طالما أنه لم يعبر عنها وإلا تحولت إلى تصرف قانوني منشأ للحقوق والالتزامات ، فالنية التي تبقى خفية ومستترة في نفس صاحبها من دون أن يرافقها تصرف خارجي معين لا يرتب عليها القانون أي أثر[3].

وحتى يكون الغير حسن النية يجب أن يقصد الالتزام بحدود القانون وقصد الالتزام يختلف عن الالتزام ذاته ،لأنه قد يقصد الشخص احترام القانون ومع ذلك تحصل منه المخالفة أما لعدم أدركه لكل حقائق الموضوع وأما لجهله القانون فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام [4].

[1] لوزان أمين الحاج سليمان ،الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ،ط1،منشورات الحلبي القانونية ،2017،ص100 .

[2] نعمان محمد خليل جمعة ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،المرجع السابق 130 بتصرف

[3] نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع نفسه ،ص 135 .

[4] محسن عبدا الحميد ابراهيم البيه ،نظرية الوارث الظاهر ،المرجع السابق ،ص 106 .

ومن الواضح أنه لا يوجد فارق جوهري من الوجهتين ،أي بين من يعتبر أن حسن النية هي غلط شائع وبين من يعتبرها قصد الالتزام بحدود القانون ،فحسن النية في نظرية الوضع الظاهر تقوم على المزج بين جهل الغير بصفة الشخص الذي تعامل معه وبين قصد هذا الغير الالتزام بحدود القانون ،فيكون الغير حسن النية عندما يبرم تصرفا يسعى من خلاله الحصول على حق وفق حكم القانون فيتعامل مع غير ذي صفة قانونية من دون علمه بذلك ، فتحميه نظرية الوضع الظاهر من بطلان التصرف عن طريق تصحيح هذا العيب .

وفي تصورنا أن حسن النية وإن كان ضروريا لتصحيح تصرف معين فإنه لا يكفي لوحده في تحقيق هذا الأثر فإذا كان تصحيح الوضع يتقرر للغير الذي يتعامل مع صاحب الوضع الظاهر سواء كان تاجر ظاهر أو مدير شركة الظاهر ،لأنه كان مخدوعا حيث يختلط حسن النية بالغلط المشروع ،فإن من الواجب أن يكون هذا الغلط الذي وقع فيه ذلك الشخص قد استمد مشروعيته من عنصر ظاهر ومحسوس مختلف عن الحقيقة المستترة ، وهذا هو العنصر المادي للنظرية والمتمثل بالمظاهر الخارجية والتي تبدوا وكأنها مظاهر قانونية ، ولهذا نجد أن حسن النية لكي يصبح فعالاً يلزم أن يعتمد على الظاهر المشروع أو المبرر والمقنع من أجل أن يعذر الغير بجهله في حقيقة الواقع [1].

[1]. فتيحة قرة ،أحكام الوضع الظاهر ،المرجع السابق ،ص34 .

المبحث الثاني: الأساس القانون لنظرية الوضع الظاهر وتطبيقاته في القانون الجزائري

وفي هذا المبحث سنتطرق إلى الأساس القانوني لهذه النظرية (المطلب الأول) ، ثم بعد ذلك إلى تطبيقاتها في القانون الجزائري (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأساس القانوني لنظرية الوضع الظاهر

كان ولابد من البحث عن أساس قانوني لفكرة الظاهر، لهذا الحكم الاستثنائي الخطير الذي يحمي الغير مع مساسه بحقوق صاحب مركز حقيقي يحميه القانون.

الفرع الأول: اختلاف الفقه في تأصيل إقرار تعرف صاحب المركز الظاهر

اختلف الفقه المصري والفرنسي في تأصيل إقرار تصرف صاحب المركز الظاهر لصعوبة تلك المهمة وذلك لسببين أساسين:

أولا: أن الظاهر هو حيازة صفة بغير أساس من القانون يمكن أن يقع مساسا بأي حق من الحقوق بغير تمييز بسبب نوع الحق أو طبيعته، والحق الذي يتلقاه الغير من صاحب الظاهر يماثل الحق المعتدى عليه في طبيعته ونوعه وبالتالي فإن المطلوب تأسيس حق الغير الذي يمتد إلى كل أنواع الحقوق ،ولا يخفى على أحد صعوبة العثور على أساس قانوني واحد يمكن أن يستند إليه كل الحقوق التي يمكن للغير أن يحصل عليها استنادا إلى الظاهر[1].

من هنا يتضح أن حيازة صفة بغير اعتبار من القانون هو أمر من الخطورة بمكان فضلا عن الحق الذي يتلقاه الغير من شخص غير مالك يشبه الحق المعتدى عليه في طبيعته ونوعه ،فلا بد من وجود أساس قانوني لهذه الفكرة الخطيرة التي من شأنها أن تنقل الملكية إلى الغير بدون وجه حق[2].

ثانيا: إن المطلوب تأسيسه عبارة عن نتيجتين متعارضتين وهما :

---

[1] فتيحة قرة ،أحكام الوضع الظاهر ،المرجع السابق ،ص13 ،نعمان خليل جمعة ،المصدر السابق،ص29

[2] سلامة عبدالفتاح حلبية ،أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،المرجع السابق ،ص137

1_فقد صاحب الحق لحقه . 2_اكتساب الغير لهذا الحق .

وهاتان النتيجتان المتعارضتان مترتبتان ترتيبا طبيعيا ،فقبل كسب الغير للحق لابد أن يخرج عن ذمة صاحب الحق، وفي الحقيقة لو كانت النتيجتان المتعارضتان معا أثرا لتصرف واحد لأمكن العثور على أساس مشترك ،ولكن الوضع هنا مختلف حتى يكتسب الغير الحق كأثر تم بينه وبين شخص اخر غير صاحب الحق لا يمكن أو على الأقل لا يكون دائما هو أساس فقد صاحب الحق لحقه[1].

ومن المعلوم أن الفقه عندما يكون بصدد حالات معينة تخالف القواعد العامة في القانون بحيث تكون استثناء مثلا أو نظريات مستقلة بذاتها على خلاف قواعد القانون ،فإن الفقهاء يلجئون إلى تبرير هذه الاستثناءات .

الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد الأساس القانوني

جاءت هذه النظرية لحماية الغير أساسا ولاستقرار المعاملات و بالتالي حاول الفقه إيجاد أساس قانوني يبرر التضحية بصاحب الحق أو صاحب المركز القانوني لصاحب المركز الفعلي.

و من هنا اختلف القضاء في إيجاد أساس و تأصيل لهذه النظرية، ولكن الفقه واجه صعوبة في إيجاد أساس مناسب، حيث أن النظرية فيها شقين:

فقدان صاحب الحق حقه

اكتساب الغير هذا الحق

والذين هما نتيجتان للوضع الظاهر، فقبل كسب الغير لهذا الحق لابد أن يخرج من ذمة صاحب الحق ، و من هنا لا يمكن لهما وضع أساس مشترك [2].

---

[1] فتيحة قرة ،النظرية القضائية المستحدثة لأوضاع الظاهرة للأوضاع الظاهرة،المرجع السابق ،ص15

[2] نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق، ص 29

وكعادته الفقه في مجال التأصيل ، اذا كان بصدد حالات تتطلب حكم يفتقد لأساس يدخله في مبدأ قانوني مستقر فظهرت وتعددت النظريات منها من نادى بها الفقه و منها ما جاءت من القضاء.

أولا: الإتجاهات اللاتقليدية

1/ فكرة النيابة

كان من الطبيعي أن يتجه الفقه في القرن التاسع عشر إلى فكرة النيابة لتبرير نفاذ تصرف الظاهر في مواجهة صاحب الحق ، و ولاية الشخص في التصرف تستند الى أمرين:

أولهما : صفة صاحب الحق

ثانيهما: صفة كنائب عن صاحب الحق

أن الظاهر ليس صاحب الحق فالنيابة هي الفرصة الوحيدة لتبرير تصرفه[1]

ولقد اختلف الفقه في هذا الأساس فهناك من رجعها إلى فكرة الوكالة الصريحة أو الوكالة الضمنية ، و هناك من يرى أنها نيابة قانونية و آخرون يرجعونها إلى فكرة النيابة المستمدة من الفضالة[2].

و لكن هذا الأساس انتقد كون أن النائب يتصرف باسم و لحساب الأصيل، و فكرة الظاهر تتضمن تصرف الظاهر باسمه و لحسابه بل هو ضد مصلحة صاحب لحق ، و بالتالي هذا الأساس يخالف هذه النظرية.

وانتقد أيضا كون أن النيابة لا تقوم إلا بإرادة صاحب الشأن إذا كانت اتفاقية؛ سواء تم التعبير عن الإرادة بشكل صريح أو ضمني. و لا وكالة بغير هذه الإرادة أو خارجة عن الحدود التي قررتها[3].

أما إذا اعتبرناها نيابة قانونية، فلا توجد إلا بنص من القانون كما هو الحال في النصوص التي تخص الولي، الوصي، القيم،... [1] وهذا أيضا لا يوافق الظاهر.

---

[1] نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق، ص 31

[2] فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة لأوضاع الظاهرة للأوضاع الظاهرة ،المرجع السابق،ص16

[3] نفس المرجع السابق،ص17 .

أما إذا تأسست على فكرة الفضالة، فهي تكون فقط إذا قام شخص فضولي بشأن عاجل لحساب و لمصلحة آخر بغير علمه و بالتالي الفضالة تقتضي حالة الضرورة ، و هذا غير موجود في تصرف الظاهر.

في حين أن القضاء الفرنسي ابتدع فكرة النيابة الظاهرة والتي هي تطلب عند انعدام النيابة أو تجاوز حدودها في بعض الحالات ، حيث فيها يعمل النائب باسم الأصيل ولكن دون إنابة سواء لانتفاء تلك الإنابة ، بطلانها أو لانقضائها أو لتجاوز حدودها ... عندئذ يترتب على تلك الإنابة ما يترتب على النيابة الحقيقية من آثار مع التفرقة في ما إذا كان النائب سيء النية فلا يرجع عليه بشيء[2] .

و قد اقر بها الفقه والقضاء من اجل استقرار المعاملات و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة

في 1962/12/13، وكذا المشرع المصري ف المادة 207 من القانون المدني المصري اخذ بأحكام النيابة الظاهرة[3].

ولكن قد لا تصلح لأن تكون أساس ؛ فنظرية الوضع الظاهر أوسع و اشمل مجالا، و كذلك يختلفان في النيابة الظاهرة يبرم النائب التصرف بصفته نائبا عن صاحب الحق و لحسابه أما في نظرية الأوضاع الظاهرة فيتم تصحيح التصرف وكأنه صدر من صاحب الحق[4].

وبالتالي فإننا نرى أن فكرة النيابة غير ناجعة و لا تصلح لأن تكون اساسا يبرر الظاهر.

2/ فكرة الصورية

نادى الاتجاه الآخر من الفقه بالصورية كأساس لفكرة الظاهر و الصورية هي الارادة المنفردة او العقد الذي اتجهت الارادة الى عدم ترتيب كل آثاره او بعضها.

فالصورية تتضمن ارادتين احدهما معلنة و الثانية مستترة و تقوم الاخيرة بتعطيل كل او بعض اثار الارادة المعلنة ، و ينبني على هذا ان تكون الصورية مطلقة ان كان التصرف الظاهر يخفي

---

[1] وهذا حسب ما نص عليه القانون في المواد التي تخص النيابة القانونية في المواد 81 وما يليها من القانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة .

[2] نعمان محمد خليل جمعة،المرجع السابق ،ص39_41

[3] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر ،2002 ،ص185

[4] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،ص195.

عدما أي تعطل كل آثار الارادة الظاهرة وتكون الصورية نسبية إذا كانت الارادة الباطنة تعطل بعض آثار الارادة الظاهرة أو تعدلها ، و للصورية النسبية عدة فروض جاء بها الفقه ؛ فهي صورية بالتستر إذا كان التصرف الحقيقي يختلف عن التصرف الظاهر في نوعه و طبيعته ، كأن يكون الظاهر هبة و المستتر هبة.

وصورية بالتسخير إذا كان التصرف الحقيقي شخص غير الذي ذكر في التصرف الظاهر.

ولقد نص المشرع الجزائري على صورية العقد في المادة 299 من القانون المدني ، و كذا اعطى حق التمسك بصورة عقدية وهذا حسب المادة 198من نفس القانون .

ويرى الفقه أن الصورية التي تنطبق على أحكام الظاهر هي الصورية بالتسخير ،حيث أن المتعاقد الظاهر ليس إلا مسخرا لاسمه في مواجهة الغير ،وبالتالي فهو يجوز مركز وصفة ليسا له [1]،ولكنهما يختلفان في كون أن أحكام الظاهر وفقا للقضاء الفرنسي هو محسوس استقر ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه أو رغم إرادته، بينما الصورية تعني اتفاق صاحب الحق وصاحب الظاهر على التصرف الصوري الذي يوهم الغير على خلاف الحقيقة ،أي أن صاحب الحق يعلم بالوضع الظاهر وراض عنه بل هو من ساهم في وجوده ،وكذلك فرق الفقه في كون أن الصورية تتضمن إخفاء للحقيقة ،أي أن صاحب الحق يعلم بالوضع الظاهر وراض عنه بل هو من ساهم في وجوده ،وكذلك فرق الفقه في كون أن الصورية تتضمن إخفاء للحقيقة ،أي أن المتعاقدين اتفقا على إبهام وخديعة الغير ،فهي إلى ما غش .

في حين أن الظاهر لا يتضمن حتما الإخفاء الإرادي للحقيقة[2] .

و بهذه الاختلافات فهل تصلح الصورية أساسا للظاهر؟

هنا يرى الدكتور نعمان محمد جمعة أن الصورية لا تصلح لأن تكون أساسا للظاهر ، فالظاهر مجاله أكثر اتساعا ، و فروضه أكثر تعددا ، فلا يدخل في فكرة الصورية حالات كثيرة أهمها

[1] نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع السابق،ص34

[2] فتيحة قرة ،المرجع السابق،ص19 .

المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، و لا يعقل تأسيس حكم على حكم قانوني آخر أضيق منه مجالا[1].

1/المسؤولية كأساس للظاهر

رأى جانب من الفقه المسؤولية التقصيرية أساس للظاهر فصاحب الحق له اثر بارز في إيجاد الوضع الظاهر ، و من هنا تتحقق مسؤوليته لأن الغير ما كان ليكتسب حقا لولا ان صاحب الحق فقده ، و من ثم يلتزم بتعويض الغير حسن النية الذي قد يتعامل مع الظاهر و خير تعويض هو تصحيح تصرف الظاهر و جعله نافذا لمصلحة الغير.

و من هنا انقسمت الآراء ، فذهب جانب من الفقه إلى ان المسؤولية المبنية على الخطأ هي الاساس القانوني للظاهر ؛ و تتمثل هذه الفكرة في كون ام صاحب الحق الحقيقي لم يقم بإتخاذ ما يلزم للحفاظ على حقه مما ادى إلى نشوء و استقرار وضع ظاهر ، ولكن هذا الرأي انتقد كون ان الأوضاع الظاهرة عديدة و لا تنطبق عليها هذا الاساس ، أي انه لا يوجد دائما خطأ ثابت ، و مثال على ذلك الوارث الحقيقي الذي جرد من نصيبه بموجب حكم نهائي ثبت فيما بعد انه غير صحيح لاستناده على وثائق مزورة .

وكذلك الأعمال بهذه المسؤولية يمكن صاحب الحق من الإعفاء بإثبات السبب الأجنبي، وهذا لا يتوافق مع الوضع الظاهر[2].

هناك جانب من الفقه و القضاء من يرى ان المسؤولية الموضوعية أساس للظاهر حيث ان الخطأ لا يصلح أساسا للنظرية ، و وفقا لهذه النظرية فإن صاحب الحق يعد مخطئا لأنه خدع و ضلل الغير منتهكا الثقة المشروعة الضرورية و المفترضة في العلاقات القانونية[3]. وكذلك هذه النظرية تم انتقادها لأن هذا يتطلب وجود علاقة سببية بين موقف صاحب الحق الايجابي أو السلبي والغلط الذي وقع ضحيته الغير ، و من هنا هذا أيضا لا يغطي حالات الظاهر، وغالبا ما يكون اغتصاب الحق تم دون علم صاحبه أو إرادته.

[1] نعمان محمد خليل جمعة،المرجع السابق،ص35 .

[2] نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع السابق ،ص39-41.

[3] نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع نفسه،ص39 .

أو تحمل التبعة ، ويقصد بها ان Théorie de risque واتجاه آخر رأى بنظرية المخاطر صاحب الحق عليه أن يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل ، و حسب هذه النظرية فالمخاطر لا تقتصر على الحوادث المفاجئة أو القوة القاهرة ، بل كذلك ما تحويه الحياة الاجتماعية من تعقد و تشابك المصالح ، وقد جاءت هذه النظرية من اجل استقرار المعاملات[1].ولكن هذه النظرية كذلك كانت محل انتقاد فهذه النظرية تعتبر مهجورة فقها، وكذا اعرض عنها الفقهاء في العديد من المناسبات ، و يتعارض هذا الاساس مع جواز رجوع صاحب الحق على الظاهر متى توافرت سوء النية.

والنقد الاخر الذي هو ان من يتحمل التبعة (صاحب الحق) يفترض انه يملك سلطة رقابة أو يستطيع ان يقيد من اعمال المخطئ وهذا لا يتوافر في علاقات الظاهر[2] .

وبصفة عامة المسؤولية المدنية تختلف في جوهرها عن الظاهر و بالتالي فلا تصلح أساسا له ، و هذا ما استقرت علية محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 1962/12/13 ، فنقطة البداية في المسؤولية المدنية تكمن في وقوع ضرر محقق تسعى لتعويضه و يكون التعويض مساو تماما لقدر الضرر. فلو انتهينا إلى ان المسؤولية المدنية هي أساس أحكام الظاهر فأين الضرر المحقق؟ وما هو التعويض و ما مقداره؟

فلو أجيز التصرف المبرم مع الغير لكان هذا تفاديا لضرر محتمل بالنسبة للغير و ليس تعويضا لضرر محقق أصابه[3] .

عليه فإن المسؤولية المدنية لا تصلح لأن تكون أساسا للضرر، فهدفها هو جبر الضرر في حين أن الهدف من الأخذ بأحكام الوضع الظاهر هو استقرار المعاملات.

ثانيا: المحاولات الحديثة لتأسيس النظرية

وبما أن النظريات السابقة التي طرحناها انتقدت، خرج الفقه عن نطاق النظريات القانونية المستقرة و جاء بأفكار أخرى من أهمها:

[1] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،المرجع السابق،ص185.

[2] شوقي محمد صلاح،المرجع نفسه ،ص195 .

[3] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،المرجع السابق،ص195 .

1/ استقرار المعاملات

الانتقادات التي وجهت إلى الأسس المستمدة من النظريات المستقرة في القانون أدت بالفقه إلى البحث عن أساس آخر مستوحى من فلسفة القانون.

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن الأمان الحركي ،هو من أهم الأهداف التي يرمي القانون إلى تحقيقها ، و ان الاستقرار و ان كان لازما للحقوق المكتسبة ، فهو أيضا ضروري للمعاملات ، و ان الحقوق عنده تخضع لقانون الحركة و السكون و يترتب على ذلك أن امان هذه الحقوق و استقرارها نوعان :

_الأول : أمان ثابت: و يقصد به استقرار الاوضاع التي تكفل لصاحب الحق الثقة في ثبات حقه ،و تؤمنه من اعتداء الغير عليه أو انتزاعه منه.

_الثاني: الامان المتحرك: و يقصد بها تحقيق الأمان الحركي في استقرار المعاملات ، حيث تتوافر الفعالية في التعاملات مع اطمئنان الافراد إلى عدم تعرضهم لمفاجآت عدم صحة هذه التعاملات .و بهذا إذا اعطى الظاهر القدر الكافي للاعتقاد الجدي انه صاحب الحق ؛ فالاستقرار الحركي يتطلب ان يكون للظاهر نفس الآثار التي يرتبها الحق نفسه في مجال التصرفات المبرمة مع الغير حسن النية .

ومن هنا يجب تحقيق توازن بين الاستقرار – الامان الثابت– (الحق القائم) و الحركة في التعامل – الامان المتحرك– .وذلك بحماية الحقوق المكتسبة للغير، هذا إذا اوهم الغير بأنه حقيقة حينئذ يكون من مصلحة المجتمع تفضيل مصلحة الحركة وبذل الاعتراف بأثار التصرفات التي بنيت على المركز الواقعي[1].

ولقد واجهت هذه النظرية عدة انتقادات اهمها:

_ان هذه الفكرة تقوم على امور اقتصادية تتعلق بفلسفة القانون ، و لا ترقى لأن تكون في مرتبة النظريات القانونية.

[1] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،المرجع السابق،ص193 .

_هذه النظرية أيضا لا تشمل كل حالات الظاهر كالوارث الظاهر فلا يمكن تفضيل مصلحة الغير على الوارث الحقيقي .

ويرون ان هذه النظرية مناسبة اكثر لعلاقات القانون التجاري من القانون المدني.

و ان كان القضاء الفرنسي قد اخذ بها ، وكذلك الفقه حاول تبرير الظاهر بمصطلحات مختلفة يجمعها مفهوم واحد وهو استقرار المعاملات ، المصلحة العامة ، المنفعة الاجتماعية ، الأمن الاجتماعي[1] .

2/ الكفاية الذاتية لنظرية الظاهر

حسب هذا الرأي فنظرية الظاهر مثلها مثل النظريات الاخرى في القانون كالعقد ، المسؤولية ، الإثراء بلا سبب فلا احد يتساءل لماذا يلتزم المتعاقد بالعقد الذي ابرمه و هكذا في باقي النظريات فلا نبحث لها عن أساس أو مبرر ، فهي تحمل في طياتها مبررات تطبيقها و بالتالي فإن الصفات التي يتميز بها الظاهر المخالف للحقيقة بجانب ظروف التصرف المبرم هي التي تتأسس عليها النظرية .

ولكن هذا الاتجاه أعيب عليه أن القائلين به لم يكلفوا نفسهم عناء البحث عن أساس لهذه النظرية ، سواء في النظريات القانونية التي استقر عليها الفقه أو من خلال مبررات اجتماعية وفلسفية.

يقول محمد صلاح شوقي في هذا الصدد :" قبل الاطلاع على هذا مضمون هذا الرأي توقعت ان اصحابه سيذهبون إلى اعتبار استقرار تطبيقات الظاهر في مختلف فروع قد اصبح من الرسوخ و القوة بما يكفي لحمله على تطبيقاته دون انة حاجة للتساؤل عن اساسه ، مثله مثل النظريات القانونية العتيقة . إلا انه باستقراء ما ورد بالرأي تبين استناده لعدة مبررات تشكل كل منها أساسا للظاهر نادى به جانب من الفقه ، فقد اشار الرأي إلى ان فكرة الظاهر تتفق مع مقتضيات العدالة و ترتبط باستقرار المعاملات ، وأنها تحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، وهي أيضا تراعي أثر حسن النية ، فتطبق عندما يقع الغير في غلط بشأن قانونية مركز صاحب الوضع الظاهر.

و بالتالي فإن هذا الاتجاه يستند لآراء شتى ، ومنه النظرية في ذاتها لا تصلح اساسا[1] .

[1] نعمان محمد خليل جمعة،المرجع السابق،ص47- فتيحة قرة،أحكام الوضع الظاهر،المرجع السابق،ص27 .

3/ الغلط الشائع

هذه الفكرة نادى بها جانب من الفقه الفرنسي ، وأرجعوا أصلها التاريخي إلى القانون الروماني ، وان كانت غير مكتوبة فيه إلا انه تم الاخذ بها و اعتبروا الغلط الشائع شرح و تبرير لقاعدة الظاهر.

وثم اكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي سنة 1807 بإصداره رأس تفسيري قال به أنه " في جميع الازمان ، وجميع التشريعات الغلط الشائع و حسن النية يكفيان لتصحيح التصرفات غير الصحيحة و الاحكام التي لم يستطع الاطراف دفعها او توقعها".

وبالتالي رأى الفقه انها تصلح لأن تكون اساس للوضع الظاهر . و منه فالظاهر لا يكون محميا ما لم يقم بخداع الغالبية ، فإذا وصل هذا الغلط لهذا الحد كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه ، وأن الغلط الشائع يعد معيارا لهذا الحد ، كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه ، وأن الغلط الشائع يعد معيارا موضوعيا و ليس شخصيا للاعتداد بالظاهر.

وكغيرها من النظريات تم توجيه لها مجموعة من الانتقادات:

_هذه الفكرة في حد ذاتها تفتقر إلى الأساس القانوني فكيف لها أن تِسس نظرية أخرى

_وأن نظرية الغلط الشائع من الصعب تطبيقها فلا توجد وسيلة لقياس الغلط الشائع

_وبما أن هذا المعيار يبرر الأثر المنشئ للحق أي اكتساب الغير لحق ، فهو لا يبرر الاثر المسقط للحق المتمثل في فقدان صاحب الحق لحقه .

_و من هنا يمكن اعتبار أن الغلط الشائع هو شرط أساسي لتطبيق النظرية و لكنه لا يرقى أن يكون أساسا[2].

[1] أنظر نعمان محمد خليل جمعة ،المرجع السابق،ص47 ،فتيحة قرة ،المرجع السابق،ص27 .

[2] شوقي محمد صلاح،نظرية الظاهر في القانون المدني،ص200 وما يليها . للتفصيل أكثر أنظر

ثالثا: النظرية المقترحة لتأصيل النظرية (الغلط المزدوج كأساس للظاهر)

حاول الفقه و القضاء مما سبق تقديم أساس قانوني لنظرية الوضع الظاهر، ولكن كل المحاولات أعيب عليها و انتقدت، وهذا يرجع كون أن هذه النظرية تشمل فروعا متعددة من الصعب تغطيتها.

وكذلك نجد في هذه النظرية البحث عن شيئين متناقضين **الأول:** تبرير فقدان صاحب الحق لحقه . و**الثاني:** هو اكتساب الغير حقا من الظاهر. و من الصعب جمعهما بأساس واحد .

ومن هنا فأن فكرة الغلط المزدوج هي أساس مقترح للظاهر و يقصد بها الجمع بين غلط الغير الشخصي في قانونية مركز الظاهر، وغلط شائع بجانبه .

وفي إطار هذه النظرية فإن الغير يقع في غلط في قانونية مركز صاحب الوضع الظاهر (فيعتبره صاحب مركز قانوني) ويترتب نظرا للغلط الشائع الذي يولده هذا الأخير نفاذ التصرف المبرم بين الغير و الظاهر في مواجهة صاحب الحق .

ويشترط هنا:

_أن يكون الغلط الذي وقع فيه الغير معبرا عن اعتقاد شخصي يصاحبه في نفس الوقت اعتقاد شائع بقانونية الظاهر.

_أن لا يقدم صاحب الحق بأي جهد لإجهاض هذا الوضع أو منع إنشائه.

_أن يقوم الغير بواجب الاستعلام و التحري اللازمين وفقا لمعيار الشخص العادي في البحث عن قانونية صاحب الوضع الظاهر(أي من يتعامل معه).

_و منه اذا تحققت هذه الشروط فأن العقد الذي ابرمه الظاهر مع الغير يصبح نافذا في مواجهة صاحب الحق.

_في هذه الحالة حسن نية الغير مقترحة ، و يقع على عاتقه إثبات الغلط المزدوج ، وذلك بكافة الشواهد المادية ، وإذا دفع صاحب الحق بأن الغير كان يعلم بحقيقة الظاهر ، فعلى الأول أن يثبت ذلك، اما اذا دفع بعدم القيام بواجبه في الاستعلام عن التصرف المقبل عليه فهنا على الغير اثبات عدم تقصيره ، والا فإن شرط من شروط تطبيق النظرية يسقط و لا يرتب اثره بنفاذ العقد.

المطلب الثاني: تطبيقات النظرية في التشريع الجزائري

لأن هذه النظرية تثير إشكالية التنازع بين القانون والواقع المستقر ،فهي لا تعد قاعدة عامة ،وإنما أدرجها المشرع في بعض الحالات على سبيل الإستثناء [1].

الفرع الأول: الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة في القانون المدني

نذكر منها :

_**في الصورية** :المادة 198ق م ج المقابلة للمادة 244ق م م لأي من دائني المتعاقدين أو كلاهما ،وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصوري متى كان هؤلاء حسني النية ،إذ للغير حسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر (الصوري) ،إذا كان يحقق لهم مصلحة في ذلك ، على أنه يشترط بأن يكونوا حسني النية ،لا يعلمون بأن هذا العقد الصوري ،فراعى المشرع مصلحة الطائفة التي تتمسك بالعقد الظاهر لضمان استقرار المعاملات ورعاية الغير حسن النية الذي اطمأن إلى العقد الظاهر.

الأصل أنه يتعين الاعتداد بالعقد الخفي بين المتعاقدين ،باعتبار أنه التصرف الذي انعقدت إرادتهما الحقيقية إلى ترتيب أثره القانوني ،إلا أن الإعتداد بالوضع الظاهر يجعل من حماية الغير حسن النية أمرا محتما ،فضلا على أن الصورية هي أحد صور الغش ، من ثم فأجازت القوانين المقارنة إثباتها بكافة طرق الإثبات ،لأن مقتضيات استقرار المعاملات وقواعد العدالة يتطلبان حماية الغير ،بشكل يكفل له حماية أوفر ،ذلك أن الغير غالبا ما يكون هو المستهدف من التصرف الصوري ،سواء بالإضرار به أو التملص من الوفاء بالالتزامات تجاهه[2].

لذلك نجد المشرع رتب له وضعا خاصا إذ جعله مخيرا في إثبات أي التصرفين وفق ما تقتضيه مصلحته ،فله أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر أو بالعقد الحقيقي المستتر ،متى كان ذلك يحقق له مصلحة وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، كل ذلك لأنه حسن النية .

---

[1] طبيعتها إستثنائية ،ترد على مبدأ الأثر الرجعي للبطلان والفسخ ،والعقد الموقوف الذي لم يقترن بالإجازة ممن يملكها ،فحماية الغير حسن النية تؤدي الى تقييد اللاأثر الرجعي ،لأن إعماله إضرار بحقوق هذا الغير ،كما أنها استثناءا على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية اثار العقد ومبدأ عدم سريان التصرف القانوني إذ تؤدي حماية الغير حسن النية الى الإعتداد بالإرادة الحقيقية لصاحب الحق ،فضلا عن إلزامها هذا الأخير باثار تصرف لم يكن طرفا فيه.

[2] ذلك أن الغير غالبا ما يكون هو المستهدف من التصرف الصوري ،سواء بالإضرار به أو بالتملص بالوفاء بالإلتزامات تجاهه ،لذلك نجد المشرع رتب له وضعا خاصا ،إذ جعله مخيرا في إثبات أي التصرفين وفق ما تقتضيه مصلحته فله أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر أو بالعقد الحقيقي المستتر متى كان ذلك يحقق له مصلحة وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

_**في الدعوى البوليصية:** أشارت المادة 192من ق م ج على حكم التصرف الذي يصدر عن المدين بعوض حيث يشترط غش المدين ويكون التصرف منطويا على غش بمجرد أن يكون عالما بإعساره ، وميزت بين كون الغير الذي تعاقد مع المدين حسن النية أو سيئ النية ،فإذا كان التصرف بعوض فإن الغير يكون سيئ النية إذا كان يعلم إعسار المدين ،أما إذا لم يكن عالما فتتقرر له الحماية بينما متى كان التصرف تبرعي فلا يحتج به في مواجهة الدائنين حتى ولو كان الغير حسن النية .

_القاعدة القائلة بأن الحيازة في المنقول سند الملكية: والتي تعتبر تطبيقا تشريعيا صريحا لنظرية الظاهر، حيث أشارت المادة 835ق م ج إلى أن الحيازة بسند صحيح لمنقول أو حق عيني على منقول، تجعل الحائز مالكا له من وقت الحيازة متى كان حسن النية.

وتضيف الفقرة الثالثة من ذات المادة، أن الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

وحسن النية في الحيازة تنتفي بالخطأ الجسيم الصادر عن المشتري المنقول ، فإذا لم تقدم له مستندات ملكية المبيع، يكون قد ارتكب خطأ جسيما ،فيعد عندئذ سيئ النية ،رغم اعتقاده أنه يتعامل مع المالك الحقيقي [1] ، أما في العقارات فإن نظرية الظاهر لابد من مرور فترة زمنية معينة ، أي مدة التقادم القصير فحسن النية ليس شرطا كافيا .

_في ميدان الوكالة :حيث أقر المشرع نظرية الوكالة الظاهرة ،في حالة إنهاء الموكل لوكالته مع جهل الوكيل والغير لواقعة الإنهاء ،حسب ما جاء في المادة 76 ق م ج ،والتي تحيل اليها المادة 585 ق م ج ،وتقابلها المادة 107ق م م [2].

[1] غير أنه في حال كونه سيئ النية فهذا لا يمنع من إمكانية تملك الشيئ بالتقادم الطويل .

[2] فتيحة قرة ،،أحكام الوضع الظاهر ،المرجع السابق ،ص87 .

_ما تقضي به المادة 885ق م ج المقابلة للمادة 1034 ق م م ، التي تواجه في حالة المرتهن حسن النية ، الذي قيد رهنه ثم يصدر بعد ذلك حكم بزوال ملكية الراهن بأثر رجعي ،فيبقى الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية ،وبالتالي ينتقل المال إلى مالكه محملا بالرهن ،ويمكن للمرتهن حسن النية أن يتتبع العقار لاستيفاء حقه .

_ما تقضي به المادة 409 ق م ج حيث أشارت إلى أن أحكام المادة 408 لا تسري على الغير حسن النية ،إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع .

الفرع الثاني: الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة في القانون التجاري

أما عن تطبيقات نظرية الظاهر في القانون التجاري فنجد القانون التجاري قد اهتم بها بهدف حماية الغير[1]، خاصة في العلاقات التي تربط الغير بمسير الشركة التجارية ،أين رجح المشرع مصلحة الغير على مصلحة كل من الشركة والشركاء [2].

ولعل أهم تطبيقات هذه النظرية يتمثل في الشركة الفعلية والتي تم بعد الاعتراف بها الإقرار بتصرفات الشركة التجارية غير المنتظمة قانونا ، وذلك في تعاملاتها مع الغير حسن النية [3]، إلى جانب اعتراف المشرع بنظرية التسيير الفعلي حماية للغير الذي تعامل مع مسير واقعي وظاهري .

كما يرجع الفضل لنظرية الظاهر في ظهور شركة الظاهر التي تظهر صحيحة وقانونية للغير لكنها غير ذلك[4]،أوجدها القضاء الفرنسي واعترف بها تجاه الغير فقط ،وفي كل حالات البطلان حيث يعتبر مجالها أوسع من مجال البطلان في الشركة الفعلية ،كما أن إشهارها ضروري فهو الذي يؤدي لنشوء مظهر مزيف غير قانوني ،فقد تظهر صحيحة إلا أنها باطلة ،وهي تختلف عن الشركة الفعلية [5].

---

[1] ومع ذلك لم نعثر على أحكام قضائية تتعلق بنظرية الظاهر في المسائل التجارية.

[2] المواد 555و577و623من القانون التجاري .

[3] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق ،ص39

[4] لا يوجد في القانون الجزائري نص يدل على الشركة الظاهرة.

[5] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،نقلا عن ،محمد بوراس ،النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2014،ص83 .

الفصل الثاني
تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في الشركات الجزائرية

تمهيد:

لا يمكن فصل نظرية الوضع الظاهر عن مبدأ حسن النية الذي يحدد لها شروطها ومجال تطبيقها ،ورغم أنها نظرية تؤدي للاعتراف بوضع ظاهر غير مطابق للحقيقة القانونية ،إلا أن استنادها على مبدأ حسن النية خفف فكرة استبعاد الحقيقة القانونية والأخذ بالمظهر الخارجي للتصرف ،ولأجل ذلك تعتبر أهم تطبيق قانوني لمبدأ حسن النية .

إلا أن من أهم تطبيقات هذه النظرية تتمثل في الشركة الفعلية ،والتي بعد الاعتراف بها الإقرار بتصرفات الشركة التجارية غير المنتظمة قانونا ، وذلك في تعاملاتها مع الغير حسن النية [1]، فظهرت لنا أهمية البحث عن مبرراتها والأساس الذي تم الاستناد عليه لإيجادها ،وإلى الأسباب التي تؤدي لقيام الشركة الفعلية ونطاق وجودها (المطلب الأول). كما سنتطرق من خلال هذا المبحث أيضا لتحديد الآثار الناشئة عن هذه النظرية خاصة أنها أنشأت حكم قانوني مختلف عن القواعد العامة للعقود ،والمتمثل في الأثر الفوري للبطلان إضافة للآثار المتعلقة بهذه النظرية بالنسبة للشركاء فيما بينهم ،وما يترتب عنه من استغلال من طرفهم لنظرية الشركة الفعلية مما قد يضر بالشركة والغير ،كما سنبين طرق انتهاء الشركة الفعلية والتي تختلف أثارها القانونية باختلاف طريقة الانتهاء (المطلب الثاني) .

[1] لا يوجد في القانون الجزائري نص يدل على الشركة الظاهرة .

المبحث الأول: ماهية الشركة الفعلية

يمكن تحديد ماهية الشركة الفعلية من خلال الأحكام المتعلقة بها رغم عدم ورود أي تعريف لها وذلك بالاستناد إلى الوجود الفعلي لهذه الشركة وهو الذي يختلف عن الوجود القانوني، حيث تكون الشركة التجارية شركة قائمة على أساس الواقع في حالة عدم مراعاة كل شروطها القانونية ،بحيث لا يمكن معاملة هذه الشركة على أنها لم توجد وفي نفس الوقت لا يمكن اعتبارها مكتملة من الناحية القانونية ،لذلك فإن التطرق لتحديد أساسها(المطلب الأول) قد يساعدنا أكثر عندما نبحث في مبررات القاضي في الاعتراف بها، وابتداعها لإيجاد الحلول لهذه الحالة ،والآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الأساس القانوني للشركة الفعلية وأسباب قيامها

لم يعرف المشرع هذه الشركة على غرار الكثير من التشريعات، لكن يتضح من خلال النصوص القانونية أنها تلك الشركة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية نظرا لوجود عيب في نشأتها ،أو تلك الشركة التي تحتوي على خلل في شروط صحتها ،ومع ذلك تضم مجموعة من الأشخاص يتصرفون بصفتهم شركاء فيما بينهم وتجاه الغير ،ويقومون بإبرام تصرفات مع الغير، إذ لا يمكن التحدث عن الوجود الفعلي للشركة إلا إذا قامت بتصرفات تجاه الغير.[1]

معظم المحاولات التي وجدت لتعريف الشركة الفعلية اقتصرت على أنها من صنع القضاء، وأيده الفقه الذي وضع أسسها وحدد لها الأثر القانوني لها بعدم رجعية بطلانها ،فأكد القضاء على وجودها الواقعي ،هذا ما استقرت عليه اغلب التشريعات ومعظم الفقه القانوني الذي لم يستقر في المقابل على وضع تسمية محددة لها ، ففي الفقه المقارن نجد لها تسميات مختلفة .

الفرع الأول: الأساس القانوني للشركة الفعلية

جاءت الشركة الفعلية لحماية مصالح مختلفة، واعتمادا على ما تقتضيه مبادئ العدالة لتجنب الكثير من النتائج السيئة لبطلان الشركة التجارية خاصة بالنسبة للغير لذلك فمن الضروري تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية لوضع المبدأ الذي ترتكز عليه صحة التصرفات القائمة

[1] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص83 .

بالنسبة لشركة غير موجودة قانونا ،ولكي يسهل على الغير المطالبة بحقوقه تجاه الشركة، لأنه يؤسس حينها تلك للمطالبة على أسس ومبادئ قانونية موجودة، والتي يتم عن طريقها تبرير ذلك الوجود الواقعي للشركة التجارية[1] .

من أهم الأسس القانونية التي تبرر الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية ما يلي:

أولا: نظرية العقد المستمر

تقوم هذه النظرية على أساس اعتبار عقد الشركة عقد مستمر في تنفيذه، على غرار العقود المستمرة التي يلعب فيها عنصر الزمن دوره في تحديد المقابل الذي يلتزم به المتعاقد، مثل عقد البيع وعقد الإيجار، ما يميز هذه العقود عند فسخها أن الأثر لا ينسحب للماضي ،حيث لا يمكن استرجاع ما تم تنفيذه نظرا لطبيعة العقد ،فإن هذا الأساس يبرر رفض تطبيق الأثر الرجعي على الشركة الفعلية ،وهذا يتوافق مع أثر البطلان في الشركة الفعلية خاصة وأن عقد الشركة التجارية يعتبر من العقود المستمرة التنفيذ ،هذا ما جعل بعض الفقه خاصة المصري يبرر الشركة الفعلية بهذا العقد الزمني .

لكن رأى بعض الفقه أنه تبرير لا يستقيم مع الشركة الفعلية ،ذلك أن الشركة منذ نشأتها باطلة ،أو منذ لحظة اختلال أحد أركانها أو شروطها ،كما أنها تنشأ شخصا معنويا لا يستند لوجود قانوني ،في حين إبطال أو فسخ العقود المستمرة يكون بالنسبة لعقد صحيح نشأ بصفة قانونية صحيحة ،إلا أن أثر البطلان أو الفسخ فيه يكون محدود نظرا لاستحالة رد المنفعة أو الخدمة المقدمة ،لذلك يرى البعض أن القول بأن عقد الشركة هو عقد مستمر هو أمر غير دقيق مصدره الخلط بين مفهوم الشركة كعقد وبين مفهومها كشخص معنوي ،كذلك لجأ هذا الفقه لتبرير آخر لوجود الشركة الفعلية والمتمثل في فكرة الشخصية المعنوية[2] .

[1] سليم عبدالله احمد الجبوري،الشركة الفعلية،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،ط1،لبنان،2011،ص37-38 .

[2] سليم عبدالله احمد الجبوري،الشركة الفعلية، المرجع السابق،ص64 .

ثانيا: نظرية الشخصية المعنوية

يرتكز هذا الرأي المستند على فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن الشركة مبنية على فكرة العقد من جهة لأنها وليدة الاتفاق بين الشركاء ،وباعتبارها شخص معنوي نظرا لأن عقدها ينشأ شخص جديد مستقل عن شخصية الشركاء ،رغم وجود خلل بالشركة ،فإن إمكانية إبطالها لا تمنع تكوينها وإنما يجعلها هذا الخلل مهددة بالزوال ،وإن زوالها بعد الحكم ببطلانها لا يعني إلغاؤها طوال الفترة السابقة لأنها عاشت لفترة معينة ومارست نشاطها [1].

تم الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الفعلية من أجل تبرير صحة التصرفات التي تبرمها لمصلحة الغير حسن النية، نالت هذه الفكرة تأييد غالبية الفقه الذي أيد هذا الأساس لرفض تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان، ومع ذلك تم انتقاد هذه النظرية لأن الاعتراف بوجود الشخصية المعنوية لكل الشركات مهما كانت سوآءا القانونية أو الباطلة، لا يؤدي لحماية الغير، لأنه يمنعه من حقه في الاختيار بين طلب بطلان الشركة وإبطال التصرفات التي قامت بها وبين الاعتراف بصحتها [2].

كما أن الأخذ بهذه النظرية ينكر الجزاء المترتب عن الإخلال بأركان الشركة، أو قواعدها وشروطها اللازمة قانونا وجعلها صحيحة وقائمة تحت أي ظرف، فهنا قد يجبر الشريك بالبقاء في الشركة دائنا أو مدينا للشخص المعنوي رغم بطلانه، وهذا ما يناقض تماما أحكام البطلان.

فلا يمكن القول بوجود شخصية معنوية واستمرارها إلا إذا كانت الشركة تتمتع بها منذ البداية، ولا يمكن القول بأنها باقية طالما أنها غير موجودة، كما أن بقاء الشخصية المعنوية لضرورة التصفية يكون بالنسبة للشركات العادية القانونية التي تتمتع بالشخصية المعنوية قبل حلها وتصفيتها، إلى جانب ذلك فإن فكرة الشخصية المعنوية لا تستوعب جميع الشركات الفعلية،

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص89 .

[2] زكري إيمان ،المرجع نفسه،ص90 .

وخاصة الشركة التي تنشأ بصورة فعلية والتي تتكون بلا إرادة للأطراف في إنشائها وإنما يستدل عليها من سلوكهم[1].

رغم هذا فقد لاقت هذه النظرية كأساس للشركة الفعلية نجاحا كبيرا، خاصة عندما استند الفقه على الأساس القانوني المتمثل في بقاء الشركة متمتعة بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية، خاصة بعد الاستناد على فكرة احتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية، وبما أن القانون يوافق على هذا الأمر فإنه لا بد أن يعترف المشرع بهذه الشخصية المعنوية للشركات الفعلية .

ظهر أساس آخر مهم وهو الذي اعتمده القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات والمتمثل في:

ثالثا: حماية الوضع الظاهر

الذي يتم من خلاله الإقرار بوجود الشركة بناء على ما يظهر عنها من تصرفات تجاه الغير، وتبدوا أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، حيث يعتبر الظاهر حالة واقعية غير صحيحة، و عدم صحتها مختفي تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر.

بالتالي فإن مواجهة المركز الواقعي المخالف للحقيقة لا يستند لقانون ، و إن هذا الوضع الظاهر الذي أخذ به القضاء هو في نفس الوقت مشروع غير مخالف للقانون، كما أن وجود الوضع الظاهر لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، ولا يمكن وصف الظاهر بأنه غير مشروع أو مخالف للقانون ، بل يجب أن يوصف بأنه مركز لم يقرره القانون، أولا يحميه لعدم توافر شروط الحماية، أو لأن القانون يعطي الأفضلية لمركز قانوني آخر، ويكون هذا التفضيل بسبب

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص90 .

وصف خاص لهذا المركز القانوني، لذلك فعندما تسمح الظروف بالاعتقاد بأن المركز الخارجي يطابق المركز القانوني فإن الظاهر يتغلب على الحقيقة[1].

ولم تصبح نظرية الظاهر أمر نادر الحدوث بل تكرر حدوثها بسبب تشابك المصالح وكثرة التشريعات، الأمر الذي جعل الوصول للحقيقة أمر صعب، فأصبحت من المسلمات في مختلف النظم القانونية، رغم أن تطبيقها يترتب عليه نتائج خطيرة نظرا لأنها تطبق على مركز تم تصوره.

تعتبر الشركة الفعلية أهم تطبيقات هذه نظرية الظاهر، حيث أن تبرير هذه الأخيرة بنظرية الظاهر يرجع للتقارب الكبير بين الفكرتين، إلى جانب أن دواعي مبادئ العدالة واستقرار المعاملات تفرض الأخذ بالظاهر رغم إمكانية مخالفته للحقيقة رعاية للثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة التجارية .

لا تعتبر نظرية الظاهر بمثابة امتياز مهم للغير فحسب بل حتى بالنسبة للشريك في حالة رغبته في إثبات الشركة، لكن عندما يكون الأمر متعلق بالغير فإن الحماية أكبر وأهم، نظرا لأنها تخفف عليه عبئ الإثبات لأنه مطالب بإثبات الوجود الفعلي للشركة في حالة تمسكه بوجودها، وفي هذه الحالة يتعين على الغير إثبات الكثير من العناصر المكونة للشركة مثل إثبات ركن تقديم الشركاء للحصص، ووجود نية الاشتراك ، فمهمة الغير هنا صعبة ومعقدة لذلك فإن هذه النظرية جاءت وخففت هذا العبء على الغير عن طريق السماح له بإثبات حقوقه بناء على الوضع الذي يظهر عليه العقد دون الحاجة لإثبات أركانه[2] .

كما يكون الغير في حالة إثبات وجود الشركة على أساس الظاهر قد استفاد من وجود الشركة بصفتها دائن له عوض أن يكون أحد الشركاء المعسرين دائنا له.

[1] سلامة عبد الفتاح حلبية،أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات الماليةفي الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،المرجع السابق،ص105.

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص91 .

من أهم مزايا نظرية الظاهر هي أنها خففت عبئ الإثبات بالنسبة للغير لأنها تسمح له أن يثبت وجود الشركة بالاستقلال عن الأركان المكونة لها[1].

وبالرغم من أن القضاء الفرنسي كان يلزم الغير لفترة طويلة بأن يثبت وجود الشركة عن طريق إثبات وجود أركانها، إلا أنه تراجع بعد أن اعترف بنظرية الظاهر كأساس لوجود الشركة الفعلية ومن بين القرارات التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسي بوجود الشركة التجارية تأسيسا على نظرية الظاهر، قرار ألزمت فيه المحكمة الشركاء بتسديد كل ما قاموا بالتعهد به تجاه الغير على أساس أنهم ظهروا بمظهر الشركاء، وتعاملوا مع الغير بصفتهم شركاء رغم أن الشركة لم تكن تتمتع بالشخصية المعنوية، واعتبرت المحكمة أن عدم اكتساب الشركة الشخصية المعنوية لا يعفي من تعاملوا باسمها على أساس وجودها القانوني من مسؤوليتهم بشركاء تجاه الغير[2].

الميزة الثانية لهذه النظرية تتمثل في استفادة الغير من الوضع الظاهر للشركة التجارية والذي قد يكون مخالفا لحقيقتها، ورغم ذلك فلا مانع من أن يستغل الغير ذلك حماية لمصلحته، هذا ما دفع القضاء لتقييد نظرية الظاهر في الشركات التجارية فظهر شرط لتطبيقها والمتمثل في مبدأ حسن النية، والذي يعتبر أحد أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة، فإن نظرية الظاهر المبررة بحماية الغير والتي من خلالها تم التضحية بالكثير من المبادئ القانونية، جعلت القاضي يتأكد قبل أن يطبق أي أثر لهذه النظرية من وجود حسن النية لدى الغير، حيث يحدد زمن وجود حسن النية بوقت التعاقد، كما يتحقق عنصر حسن النية عندما لا يمكن للغير أن يعلم الوضع الحقيقي للشركة، يتكون الوضع الظاهر من عناصر:

1_وجود شيء خفي

إن تطبيق نظرية الظاهر يفترض وجود عنصر خفي يكون هو الحقيقة، ويتأكد القاضي من وجوده وهذا العنصر يعتمد عليه الغير بحسن نية.

[1] سليم عبدالله احمد الجبوري،الشركة الفعلية ،المرجع السابق،ص67 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص92 .

2_وجود عنصر الظاهر

يتحقق هذا العنصر بإثبات أي شيء يدل على وجود الشركة، تطور بعد ذلك مفهوم تصور الوضع الظاهر إلى ضرورة وجود خطأ مشترك، حيث أصبح أهم عنصر يدل على حسن النية هو الوقوع في خطأ مشترك بين المتعاقدين، فلا يكون الخطأ مجرد تصور فردي، وهذا ما جاء به القضاء الفرنسي كدليل على حسن النية، لكن تم تجاهله عندما تم الاعتماد على التصور القانوني للخطأ، ولم يشترط القاضي في هذا التصور القانوني أن يقع الخطأ بصفة مشتركة من أشخاص متعددة بل يمكن أن يقع في الخطأ شخص واحد، على أن يكون خطأه وتصوره مشروعا، أي أنه اتخذ جميع الإجراءات اللازمة قانونا للاستعلام حول وضع الشركة، ورغم ذلك ظهر له عكس حقيقتها، حيث تم تأسيس نظرية الظاهر على فكرة الغلط الشائع التي لا تشترط حسن النية على عكس نظرية الظاهر التي تعتبر حسن النية شرط ضروري لتطبيقها، فكان نتيجة لذلك ظهور فكرة الغلط المشروع كأساس قانوني لنظرية الظاهر[1] .

لذلك فلابد من وجود عنصر معنوي لتبرير الظاهر والمتمثل في حسن النية وعدم علم الغير باختلال أحد شروط الشركة، وألا يكون ذلك التصور مصدره خطأ صادر من الغير، ولا يشترط هنا حسن نية الشركاء لأنهم أصحاب الوضع الظاهر رغم أنهم قد يجهلون وجود عيب بالشركة[2] .

يمكننا أن نقول في الأخير أن نظرية الظاهر قد حققت حماية كبيرة وأكيدة للغير الذي تعامل مع الشركة قبل إبطالها، وأهمية النظرية تظهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات، وتظهر أهمية النظرية كذلك في سهولتها لأنها تعتمد على ما يظهر للغير دون حاجة لإثبات شروط معينة .

لكن من الناحية التطبيقية فإن صعوبة النظرية تكمن في اختلاط الحقيقة بالمظهر، فيتم الأخذ بالظاهر ولو كان غير حقيقي أي بالوضع الذي تظهر به الشركة ولو كان غير صحيحا، إلى

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص93 .
[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص94 .

جانب أن عنصر حسن النية لا يمكن أن يكون قائم دائما، خاصة عند الأخذ بنظرية الشركة الفعلية ، فإنه لا يعتد بشأنها في التفرقة بين الغير حسن النية وسيء النية، لكن هذه الصعوبة لم تؤثر على أهمية النظرية كأساس للشركة الفعلية ،نظرا لأنه تقوم على أساس الثقة التي يوليها الغير لمظهر الشركة ، كما تظهر أهميتها في أنها تساعد على ترتيب نفس آثار الشركة الصحيحة المطابقة للقانون حماية للغير من بطلانها بأثر رجعي، وكعقوبة للشركة التي اختلت أحد أركانها أو شروط صحتها يولي المشرع أهمية كبيرة لنظرية الظاهر، بالرغم أنه ليس هناك إشارة في كونها مبرر لتطبيق الأثر الفوري للبطلان أو عدم الاحتجاج على الغير بإبطال الشركة، لكنها مكرسة في المادة 549 من القانون التجاري التي اكدت على إمكانية قيام الشركاء بالالتزام بما تعهدت به الشركة في فترة تأسيسها قبل اكتسابها للشخصية المعنوية، من هنا فإن التزام الشركة يكون على أساس الاعتراف بوجودها الفعلي الذي ظهر للغير لا على أساس قانوني .

كما جعل المشرع نظرية الظاهر أساس قانوني لإلزام المسير تجاه الغير حتى في حالة عدم تعيينه بصفة قانونية ، بل يكفي أن يظهر للغير كأنه مسير، واستعمل المشرع عبارة "مدير واقعي ظاهري" في المادة 224 من القانون التجاري وفي المادة 262 من القانون التجاري "عندما استعمل المشرع عبارة المديرين بحكم القانون أو الواقع، بهذا يكون قد أقر المشرع بنظرية الظاهر التي ترتكز على الصورة الواقعية التي تظهر للغير وإن اختلفت عن الحقيقة القانونية .

كما تنص المادة 417 من القانون المدني 3، على حق الغير في التمسك بوجود الشركة حتى قبل استكمال إجراءات تأسيسها، وتضيف المادة 418 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، فلم يعتبر المشرع الشركة في هذه الحالة باطلة بطلان مطلق .

أما بالنسبة لشرط تطبيق النظرية والمتمثل في مبدأ حسن نية الغير وعدم علمه بالوضع الحقيقي للشركة، فإننا نجد المشرع الجزائري يجعل من حسن النية من أهم مقتضيات العقد التي تكرس النزاهة والتعاون بين أطرافه رغم تعارض المصالح به .

ان تطبيق حسن النية على عقد الشركة يعتمد على وجود عنصر نية الاشتراك، فإن الشركة منذ تأسيسها تعتبر قائمة على مبدأ الثقة والتعاون ونية المشاركة، ويعتبر عقد الشركة من أكثر العقود التي تقوم على مبدأ حسن النية، وهذا ليس فقط عند إبرام عقد الشركة بين الشركاء بل حتى تجاه الغير الذي يولي الثقة في الشركة التي تعامل معها.

تتمثل ميزة مبدأ حسن النية في انه عنصر نفسي وذاتي، لكنه عنصر فعال لأنه يبرر الكثير من الأنظمة التي تضمن الحماية للغير ولأنه يكشف عن النية الداخلية العميقة للمتعاملين، خاصة في الشركة التجارية التي تقوم على الازدواجية بين حياة قانونية وحياة واقعية، ولعل هذا ما دفع الفقه والقضاء للبحث عن أنظمة متنوعة لحماية الغير من هذه الازدواجية، وأهم هذه الأنظمة نظرية الظاهر،ونظرية الشركة الفعلية بجعل حسن النية العنصر الذي يكشف عن التصرفات المشتبه في صحتها .

الفرع الثاني: أسباب قيام الشركة الفعلية

رتب المشرع على تخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية التي يجب أن تتوفر في عقد الشركة البطلان أو القابلية للإبطال، فتعدم الشركة في الماضي وفي المستقبل، كما قد يقتصر البطلان في الشركة على المستقبل دون أن يمس الماضي،وقد ارتبطت الشركة الفعلية مند ابتداعها من طرف القضاء بشروط لقيامها ولأسباب معينة للاعتداد بوجودها الواقعي، وأدى اختلاف أسبابها لتعدد مجال ونطاق تطبيقها ففي حالة تجاوز ذلك النطاق لا يجوز الاعتراف بها قانونا أو حتى في نطاق الواقع، عندئذ تطبق نظرية البطلان على إطلاقها وتعتبر الشركة كأنها لم تكن وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق لشروط قيام الشركة الفعلية (أولا)، ثم لحالات قيام الشركة الفعلية (ثانيا) .

أولا: شروط قيام الشركة الفعلية

لا يمكن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية في جميع حالات البطلان، فهناك أسباب بطلان لا يمكن معها الاعتراف بذلك الوجود فيطبق بالتالي البطلان على إطلاقه، وكأن الشركة لم تكن فلا بد لقيام الشركة الفعلية من توافر شروط معينة :

1/توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة

لابد من توفر الأركان اللازمة لأي عقد من رضا محل وسبب، والأركان الخاصة المتمثلة في تعدد الشركاء وتقديم الحصص واقتسام الأرباح والخسائر، إضافة لنية الاشتراك، وتثبت هذه الأركان بجميع طرق ووسائل الإثبات، ولعل للأركان الخاصة للشركة التجارية بعض المميزات التي تسهل عملية إثبات الوجود الفعلي للشركة التجارية .

وعليه لا يمكن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة الباطلة لتخلف شروطها الموضوعية الخاصة لأنها غير موجودة في هذه الحالة لا من حيث القانون ولا في الواقع، ولا يمكن للغير الاحتجاج بأنه تعامل معها فممكن أن تكون هذه الشركة وهمية تهدف للاحتيال والاستيلاء على أموال الغير عن طريق الإعلان عن وجودها بالإعلان عنها وشهرها بطرق قانونية رغم غياب أحد أركانها[1].

لهذا السبب اعترفت بعض التشريعات بالوجود الفعلي للشركة الوهمية حماية للغير حسن النية الذي ضللته الدعاية الكاذبة التي استخدمتها الشركة أو الشركاء للإيقاع بالمتعاملين، وسلب أموالهم فمن مقتضيات العدالة مطالبة هؤلاء الشركاء بتقديم الحصص التي تعهدوا بتقديمها للشركة وإخضاعهم للمسؤولية عن الديون تجاه الغير.

2/مباشرة الشركة لنشاطها

إن بداية الشركة لنشاطها الاقتصادي بغرض تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله يعتبر من أهم الشروط للإقرار بالوجود الفعلي للشركة التجارية، فإن تنفيذ موضوع الشركة رغم الخلل الذي

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص107 .

يشوبها عنصر ذو أهمية كبيرة بالنسبة للشركة الفعلية حيث يظهر موضوعها في اتفاق الشركاء، وقيامها بهذه التصرفات والنشاطات يجب أن يكون قبل الحكم ببطلانها يمكن معرفة ذلك من خلال الأعمال المشتركة التي يقوم بها الشركاء وتعاونهم لتحقيق مصلحة مشتركة حيث لا يقوم كل الشركاء بتصرفات تدل على قيامهم بالنشاطات التي تحقق غرض الشركة، لكن يمكن أن يظهر ذلك من خلال المصالح التي تربطهم ببعضهم البعض وبينهم وبين الشركة، فوجود تصرفات ولو غير مباشرة يدل على وجود الشركة الفعلي يعتبر شرط لاعتبارها موجودة في الواقع، وفي حالة عدم وجود ما يؤكد مباشرة الشركة لنشاطها لا يمكن اعتبارها شركة فعلية إذ لا حاجة في هذه الحالة للاحتجاج بوجودها بها فيكفي عندئذ إرجاع الحصص للشركاء [1].

3/عدم قيام البطلان على سبب يتعلق بالنظام العام

لا تنتج الشركة الفعلية عن حالة بطلانها لسبب يتعلق بالنظام العام ،كعدم مشروعية السبب أو الحالة يعني الاعتراف بغرض غير مشروع تم الاتفاق عليه من طرف الشركاء، وتكون هنا الشركة لمحل مثل حالة تجارة المخدرات أو أعمال تهريب أو غيرها، لأن الاعتراف بوجودها في هذه باطلة بأثر رجعي فتسقط كل الحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، كما يتم تصفية العلاقة بين الشركاء وتبطل العلاقة مع الغير طبقا للقواعد العامة للبطلان ، فلا تكون الشركة موجودة لا فعليا ولا قانونيا وتتحول لحالة شيوع بين الشركاء، ولا يكون هذا البطلان واقعا إلا بصدور حكم لإعلانه[2] .

إن البطلان المطلق الذي يلحق الشركة بسبب إخلالها بالنظام العام والذي يؤدي لانعدام وجودها في الماضي والمستقبل قول صحيح، لكن تطبيقه يؤدي لزعزعة استقرار المعاملات والعلاقات القانونية، لذلك إن الهدف وراء نظرية الشركة الفعلية والمتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية التي نشأت بحسن نية لا يتحقق بالإقرار بها في جميع حالات البطلان و تأسيس هذا الاعتراف على إقرار المشرع في بعض العقود بصعوبة تطبيق البطلان بأثر رجعي مثل العقود المستمرة التي يقتصر فيها البطلان على المستقبل نظرا لعدم إمكان إعادة المتعاقدين للحالة التي

[1] زكري إيمان، المرجع نفسه،ص109 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص110 .

كانوا عليها، بالتالي فالاعتراف بها بشكل مطلق مستحيل لأنه يعني تحول الشركة الباطلة دائما إلى شركة فعلية سواء أكان البطلان مطلقا أو نسبيا[1] .

ثانيا: حالات قيام الشركة الفعلية

لنظرية الشركة الفعلية نطاق معين، فأسباب البطلان كثيرة ولا يجوز الاعتراف بالشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، فالهدف من النظرية هو التخفيف من آثار البطلان وهذا ما فعله المشرع عندما استبعد تطبيق آثار البطلان المطلق على الشركة في حالات معينة حماية للغير وحفاظا على الثقة واستقرار المعاملات، فمن خلال ما جاء في النصوص القانونية فإن مجال الشركة الفعلية لا يتسع لكل حالات البطلان ،فالمجال ليس مطلقا، كما لم يضيق المشرع هذا المجال بحيث تفقد تلك الحماية فعاليتها [2].

بالنسبة لمجال الشركة الفعلية من حيث الطبيعة القانونية للشركة ونظامها القانوني فإنه يتسع ليشمل كل من الشركة التجارية وحتى المدنية في حالة عدم مراعاة الإجراءات الشكلية اللازمة لتأسيس الشركة ،فيعتبر العقد الرسمي شرطا أساسي لانعقاد عقد الشركة سواء المدنية أو التجارية فرتب المشرع على الإخلال به البطلان بحسب ما جاء في المادة 418 قانون مدني، على أن لا يجوز الاحتجاج ببطلان العقد غير المكتوب على الغير، ولا حتى بين الشركاء إلا من يوم طلب إبطاله، وهذا يؤكد اعتراف المشرع بالشركة الفعلية سواء بالنسبة للشركة المدنية و التجارية، بينما يتسع مجالها في القانون التجاري[3].

يشمل مجال الشركة الفعلية التجارية حالات اختلال كل من الشروط الشكلية والموضوعية، فتعتبر الشركة فعلية بين تكوينها والحكم ببطلانها في الحالات التالية:

[1] إلياس ناصف،موسوعة الشركات التجارية،الأحكام العامة للشركة،ج1، ط3،لبنان،2008،ص220/218 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص110.

[3] زكري إيمان،المرجع نفسه ،ص111 .

1/البطلان لعدم مراعاة الشروط الشكلية

يعد عقد الشركة عقد شكلي وتعتبر الكتابة بالنسبة للشركة التجارية ركن للانعقاد، وذلك بحسب المادة 03 من القانون التجاري التي جعلت من العقد التأسيسي للشركة عقد رسمي[1]، نفس الحكم يطبق بالنسبة للعقود المعدلة للشركات التجارية ورغم أهمية الكتابة بالنسبة للشركة فإن تخلفها لا يؤدي لانعدام الشركة، وذلك لأن الكتابة الرسمية أوجدها المشرع لحماية الغير والشركة والشركاء، وإن البطلان الناشئ عن تخلفها وجد لمصلحة الغير فإن المشرع قد خفف من أثره وجعله بطلان خاص لا مطلق ولا نسبي، حيث يتميز بخصائص وآثار تجعله يجسد حالة من حالات قيام الشركة الفعلية .

أهم هذه الخصائص أنه يقع بأثر فوري لا يؤثر على العقود والتصرفات السابقة للبطلان، كما لا يحتج به تجاه الغير وذلك أن المشرع في المادة 418 من القانون المدني[2]،لم يقرر أثر البطلان إلا بالنسبة للشركاء، بحيث تكون الشركة باطلة بأثر رجعي في حالة تمسك الغير بذلك، أما إذا تمسك الغير بوجودها الفعلي فمن حقه ذلك وتكون هنا الحماية التي وجدت من أجلها الشركة الفعلية قد تحققت، إذ لا تقوم الشركة الفعلية إلا إذا تمسك الغير بها رغم الخلل الذي يشوبها، وفي حالة إبطالها لا يكون للبطلان أثر رجعي .

2/البطلان للإخلال بالأركان الموضوعية

إن تخلف ركن من الأركان الموضوعية للشركة يؤدي للبطلان المطلق فلا وجود للشركة التجارية في هذه الحالة لا واقعا ولا قانونا، فإن انعدام الرضى والمحل وسبب العقد يؤدي لانعدام الشركة ولا ينتج عن هذا الانعدام شركة فعلية، ويكون هنا البطلان مطلقا من آثاره بطلان التصرفات بأثر رجعي تطبيقا للقواعد العامة .

[1] تنصالمادة 3من القانون التجاري على"يعد عملا تجاريا بحسب شكله :الشركة التجارية".

[2] المادة 418من القانون المدني"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 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"

أما بالنسبة للأركان الموضوعية الخاصة فقد نص المشرع على ضرورة توفرها في عقد الشركة ويكون هنا العقد باطلا، إذ لا يمكن تصور عقد شركة تجارية دون ركن تعدد الشركاء أو تقديم الحصص أو نية المشاركة، حيث يكون العقد هنا فاقد لمقوماته [1].

ومع ذلك هناك حالات استثنائية نص عليها المشرع بحيث وسع من خلالها مجال الشركة الفعلية، وتشتمل هذه الاستثناءات شروط صحة عقد الشركة و المتمثلة في عيوب الرضى ونقص الأهلية وحتى بعض الأركان الموضوعية الخاصة مثل ركن اقتسام الأرباح والخسائر، وقد خففت هذه الحالات من البطلان المطلق للشركة التجارية ووسعت نطاق تطبيق الشركة الفعلية، إلى جانب أن تطبيق هذا النطاق يختلف بحسب طبيعة الشركة، نظرا لقيام المشرع بالتمييز بين الآثار القانونية لنقص أهلية أحد الشركاء أو عيوب الرضى بحسب شكل الشركة، فإن أثر ذلك يتعلق بطبيعة الشركة التجارية[2].

أ_ حالة نقص الأهلية ووجود عيب من عيوب الرضى

إذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب من عيوب الرضى فتعتبر الشركة في هذه الحالة كأنها لم تكن بالنسبة لمن شاب رضاه عيب أو كان ناقص الأهلية، أما بالنسبة إلى باقي الشركاء فتبقى الشركة قائمة فعلا إلا أن هذا المبدأ لا يخص إلا شريكتين شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة [3].

ب_ حالة وجود شرط الأسد

ميز المشرع بين الشركات التجارية بالنسبة لآثار وجود شرط الأسد في حالة وجود اتفاق بين الشركاء على عدم اقتسام الأرباح والخسائر، مثلما فعل بالنسبة لعيوب الرضى ونقص الأهلية وجعل تخلف هذا الركن حالة من حالات قيام الشركة الفعلية بالنسبة لشركة المساهمة والشركة

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص113 .
[2] الياس ناصيف،موسوعة الشركات التجارية،المرجع السابق،ص209.
[3] محمد فريد العريني،الشركات التجارية ،الجامعة الجديدة،مصر،2010،ص44.

ذات المسؤولية المحدودة وذلك بحسب ما جاء في المادة 733 فقرة 2 من القانون التجاري بنصها " **كما أن البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني**"، أما المادة 426 من القانون المدني فتتعلق ببطلان عقد الشركة في حالة وجود اتفاق على إعفاء الشريك من المساهمة في أرباح وخسائر الشركة والذي يعتبر ركن من أركان عقد الشركة، والذي جعله المشرع حالة من حالات الشركة الفعلية في حالة تخلفه، وتبقى كل من شركة المساهمة والمسؤولية المحدودة قائمة رغم وجود شرط الأسد حماية للغير المتعامل معها والذي لا يعلم بوجود ذلك الاتفاق بين الشركاء [1].

يمكننا أن نقول في الأخير أن نطاق تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري يتحقق في حالات عدم القيام بالإجراءات الشكلية في تأسيس الشركة التجارية، سواء تعلق الأمر بالكتابة والتسجيل والنشر والإشهار القانوني، وحالة نقص أهلية أحد الشركاء، أو لعيب اعترى رضاؤه بالنسبة لشركات الأموال وحالة وجود شرط الأسد بالنسبة لنفس الشركات .

بالنسبة لأحكام المحاكم في الجزائر فان سبب الاعتراف بالشركة الفعلية يتعلق غالبا بحالة عدم الاحتجاج على الغير ببطلان الشركة في حالة عدم استكمال إجراءات الشكلية لتأسيسها، ولم يتسع مجال الشركة الفعلية لحالات أخرى .

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص116.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية و انتهاء الشركة

بعد تطبيق أحكام نظرية الشركة الفعلية تعتبر كما لو كانت صحيحة تماما، فيكون لها شخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتظل تعهداتها وحقوقها وتعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير الذي لم يتمسك بالبطلان، كما اعتبرتها معظم التشريعات شركة تضامن ما لم يثبت خلاف ذلك، أما إذا تمسك الغير بالبطلان وتمسك البعض منهم ببقاء الشركة فالقضاء بالبطلان هو الأصل[1] .

وعليه سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية في (المطلب الأول)، يليه انتهاء وجود الشركة الفعلية(المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الوجود الفعلي للشركة التجارية

هنا تظهر مسالة دقيقة بالنسبة للشركة والغير، الأمر الذي ينتج عنه ضرورة تحديد علاقة الشركاء فيما بينهم وتحديد مسؤوليتهم أثناء الوجود الفعلي للشركة التجارية، إضافة لعلاقة الشركة بالغير، وقبل كل هذا تحديد الأشخاص المسؤولين الملتزمين بتلك التصرفات، وضرورة البحث عن الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة، وعن مدى صحة التصرفات التي قاموا بها والتي تجعلهم مسؤولون تجاه الغير مسؤولية شخصية وأحيانا تضامنية عن مرحلة تأسيس الشركة، هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا المطلب عند الإشارة لعلاقة الشركاء فيما بينهم (فرع اول) ، ثم التطرق لمبدأ عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية(فرع ثاني)، ثم التطرق للمسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين (فرع ثالث) .

الفرع الأول: علاقة الشركاء فيما بينهم

إن الأعمال التي يقوم بها الشركاء في شركة غير منتظمة قانونيا هي نفسها التي يقومون بها في شركة قانونية، فالعلاقات الداخلية للشركة الفعلية تكون مماثلة إلى حد ما مع أعمال الشركة القانونية، وتنشأ نفس النزاعات بين الشركاء بسبب طبيعة الأعمال التي قامت بينهم خلال حياة

[1] محمد فريد العريني،الشركات التجارية،المرجع السابق،ص51 .

الشركة ، حيث أن المحافظة على صحة التصرفات التي قاموا بها يسري تجاه الغير مثل أي شركة قانونية، ولا مجال لمنحهم حق الاختيار في تنفيذ تعهداتهم طالما تم الاعتراف بالوجود الفعلي لعقد الشركة[1].

ليس للشركاء الحق في الاحتجاج ببطلان الشركة للتخلص من التزامهم بتسديد الحصص والمساهمات التي تم التعهد بتقديمها، إلا في حالة نقص أهلية أحد الشركاء أو وجود عيب في رضاه، كما يتمتع الشركاء في الشركة الفعلية بنفس الحقوق التي يتمتع بها الشريك القانوني، فيحصلون على الأرباح بالطريقة القانونية أو المتفق عليها في العقد الى غير ذلك من الحقوق .

بالنسبة لإدارة الشركة الفعلية فيتولى القيام بها مدير أو مديرين معينين وفي حالة عدم تعيين مدير فتعهد الإدارة لكل الشركاء مثل ما هو الحال في شركات الأشخاص، وعند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفرد بالسلطات المحددة في القانون الأساسي، ولا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين مثلما هو الحال في شركة التضامن[2].

فيطبق على الشركة التجارية خلال مرحلة التأسيس أحكام الشركة قيد التأسيس، إلى جانب الأحكام العامة للعقد باعتبارها لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، فقبل استكمال إجراءات التأسيس تتخذ القرارات مثل أي عقد بإجماع الشركاء مهما كان شكل الشركة التجارية، سواء تعلق الأمر بقرارات تتعلق بإدارة الشركة كتعيين المدير، أو بأموال الشركة كتنازل عن الحصص مثلا.

الفرع الثاني: عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان في الشركة الفعلية

يتعلق هذا الأثر الفوري للبطلان بالوجود الفعلي للشركة، ويعتبر رفض تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على الشركة التجارية أحد أهم آثار نظرية الشركة الفعلية، ذلك أن تطبيق أحكام البطلان على عقد الشركة يؤدي لنتائج خطيرة ويهدد استقرار المعاملات الاقتصادية، كما أنه يمس بمبادئ العدالة، ولا تطال هذه الآثار السيئة مصالح الغير فقط بل تشمل كل من الشركة والشركاء[3].

[1] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص119 .
[2] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع نفسه،ص119.
[3] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص121 .

يترتب على رفض تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التجارية آثار بالنسبة لكل الأطراف سواء بالنسبة للغير والشركة والشركاء:

أولا :بالنسبة للشركة التجارية

بعد الاعتراف بالشركة الفعلية تبقى تصرفاتها صحيحة منتجة لآثارها سواء بين الشركاء أو الغير الذي تعامل معها، وبالنسبة للمنازعات أمام القضاء يمكنها أن تكون مدعية أو مدعى عليها.

الأصل ان لا تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية القانونية قبل استكمال إجراءات تأسيسها، فهي تمتلك أهلية قانونية لذلك فأي دعوى أو طعن يخصها يجب أن يقدمه كل شريك فيها باعتباره طرفا في هذه الشركة، لكن لاعتبار الشريك وكيل عن الشركة أمام القضاء يستلزم تقديمه وكالة باسم موكله، هذا ما جعل الفقه يعترف بالأهلية الناقصة للشركة الفعلية في فرنسا ، وهي أهلية ناقصة على أساس عدم إمكانية الوكيل بيان اسم موكله ، لكن هذا الرأي منتقد حيث اعتبر الفقيه أن القاعدة التي تم الاعتماد عليها وهي التصريح باسم الموكل لا فائدة منها ولا تصلح لتبرير منح أهلية ناقصة للشركة الفعلية [1].

إن للشركة الفعلية الحق في التمتع بأهلية كاملة في التقاضي خاصة وأن القضاء يطبق قواعد الإفلاس على الشركة الفعلية باعتبارها مدعى عليها، ما يعني أنها تتمتع بشخصية معنوية، إلى جانب الاعتراف بأهليتها في العديد من النظم القانونية مثل القانون الإنجليزي الذي يسمح لأحد الشركاء بالتقاضي باسم الشركة ونيابة على الشركاء حتى ولو كانت شركة معيبة، لذلك فمن الضروري الاعتراف بأهلية التقاضي لهذه الشركة من أجل التغلب على الصعوبات العملية التي قد تواجهها أمام القضاء.

[1] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص122.

لا نجد نص قانوني يتعلق بأهلية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، لكن وبما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه الشركة هو الاعتراف بتصرفاتها التي قامت بها نظرا لوجودها الفعلي، فانه من بين تلك التصرفات حق التقاضي مثل أي شركة قانونية.

ثانيا: بالنسبة للشركاء

يبقى عقد الشركة الفعلية صحيحا بين الشركاء، وتبقى الشركة متمتعة بشخصية معنوية كما لو كانت شركة صحيحة، كما يتمتع الشركاء بحقوق من أرباح وصفقات تبقى قائمة منتجة لأثارها إلا بالنسبة للشريك الذي شاب رضاؤه عيب من عيوب الإدارة وكان ناقص أهلية الذي يكون له حق الاحتجاج بالبطلان بأثر رجعي تجاه الغير، ولكنه لا يمكنه المطالبة بنصيبه من الأرباح أما باقي الشركاء فتبقى الشركة فعلية فيما بينهم[1].

ثالثا: بالنسبة للغير

لا يتغير مركز الغير سواء تعلق الأمر بشركة قانونية أو فعلية نظرا لأنه في الشركة الفعلية لا يمكنه اكتشاف العيب الذي يشوبها، هذا ما يجعل مركزه القانوني لا يتأثر من حيث تعامله مع الشركة، حيث يجعل منه هذا التعامل دائن أو مدين للشركة كما لو كانت هذه الأخيرة منتظمة قانونيا سبب ذلك هو الوضع الذي تظهر به الشركة بالإضافة لسرعة المعاملات التجارية، الأمر الذي يصعب معه قيام المتعامل معها بالتأكد في كل مرة من صحتها وانتظامها قانونيا إلى جانب صعوبة اكتشاف بعض العيوب التي لا تظهر للغير، خاصة أن هذه العيوب والأخطاء ليست بفعل الغير وليس من العدل أن يتحمل عبئها، فيكون الغير إما دائن للشركة فيطالب حينها بتسديد ديونه أو مدينا لها فيلتزم تجاهها بكل ما عليه دفعه لها كما لو كانت شركة صحيحة قانونا[2].

من الآثار المهمة لفكرة الشركة الفعلية هو حق الخيار الممنوح للغير بين إبطال الشركة نظرا لوجود خلل بها، أو التمسك بوجودها الواقعي وصحة تصرفاتها التي قامت بها، ويجد هذا الأثر تبريره في نظرية الظاهر.

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع نفسه،ص123 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص123 .

الفرع الثالث: المسؤولية التضامنية للشركاء والمؤسسين

جعل المشرع الجزائري كل الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة التجارية متضامنين تجاه الغير بالنسبة لتصرفاتهم التي قاموا بها قبل اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أثناء فترة التأسيس، حسب ما ورد في المادة 549 من القانون التجاري حماية للغير في حالة تقرير بطلان الشركة باعتبار أن البطلان هو الأصل نظرا لأن لبطلان الشركة آثار سيئة بالنسبة للغير حسن النية الذي تعامل معها، كما نص المشرع في المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري على المسؤولية التضامنية حتى بالنسبة لمؤسسي الشركة المساهمة الذين تسببوا ببطلان إجراءات التأسيس خاصة أن إنشاء هذه الشركة يمر بمراحل متنوعة، وهنا يجب أن نحدد مجال هذه المسؤولية التضامنية أولا من حيث الأشخاص الخاضعين لها ومن حيث التصرفات التي تنشأ عنها هذه المسؤولية.

فبالنسبة للأشخاص فقد أشار المشرع في المادة 549 من القانون التجاري للأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة التجارية أثناء تأسيسها، ممكن أن يكون من بينهم إما المسيرين أو الشركاء نظرا لأن الشخص الذي يقوم بالتعهدات في تلك الفترة تكون له صفة المؤسس للشركة[1].

يكتسب الشخص صفة المسير أو صفة الشريك بمجرد التوقيع على القانون الأساسي، وممكن أن تكتسب هذه الصفة بعد اتخاذ قرارات فردية أو جماعية وذلك قبل تسجيل الشركة واستكمال الإجراءات، فحسب المشرع فإنه يمنع على المؤسسين والشركاء القيام بأي تصرف أو تعهد قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية، إلا إذا تعلق الأمر بتصرفات لازمة لإنشاء الشركة والتي سبق الإشارة إليها، والتي تكون لحساب الشركة ولمصلحتها حيث تلتزم بها الشركة حتى في حالة رفض الشركاء المصادقة عليها، وذلك في حالة قيام المؤسسين بالتعهد لحساب الشركة دون الحصول على وكالة قانونية وذلك قبل تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، ولكن الشرط الأساسي لالتزام الشركة هو أن تكون تلك التصرفات لمصلحتها[2].

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص125.
[2] زكري إيمان، المرجع نفسه،ص126.

المطلب الثاني: انتهاء الشركة الفعلية

تنتهي الشركة الفعلية في حالة انتهاء وجودها ويتحقق ذلك في حالتين، عندما ينتهي وجودها الفعلي وتتحول لشركة قانونية، أو بعد انتهائها بسبب إبطالها ثم دخولها في مرحلة التصفية، وإن انتهاء وجودها الفعلي وحلول الوجود القانوني محله يتطلب تسوية لوضعها القانوني الذي يجعلها شركة منتظمة من الناحية القانونية، ولا يكون ذلك إلا بعد قيام الشركة باستكمال إجراءات تأسيسها في حالة تعلق العيب بالجانب الشكلي.

إن مسألة تصفية هذه الشركة يؤدي إلى التساؤل حول إمكانية شهر إفلاسها في حالة توقفها عن دفع ديونها، أو في فترة تصفيتها إذا تبين عجزها المالي، وإمكانية تطبيق إجراءات الإفلاس ومدى توفر شروطه في هذه الشركة، خاصة أن إخضاع الشركة الفعلية للإفلاس يوفر حماية قانونية كبيرة بالنسبة للغير باعتبار أن تصفية ذمة المفلس يمثل الضمان العام لدائني الشركة، وعليه فان الإشارة لاستبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني أمر مهم (فرع أول) ،إلى جانب انتهاء وجود الشركة الفعلية بعد حلها وتصفيتها(فرع ثاني).

الفرع الأول: استبدال الوجود الفعلي للشركة التجارية بالوجود القانوني

يمكن للشركة بعد اكتساب شخصيتها المعنوية وزوال سبب بطلانها أن تأخذ على عاتقها كل التعهدات التي جرت في فترة وجودها الفعلي، والقيام بهذه العملية يقتضي استبدال المدين أي الحلول القانوني للشركة محل الأشخاص الذين قاموا بالتعهد لمصلحتها، كما أن تصحيح العيب وتحويل الشركة من شركة فعلية لشركة قانونية يستلزم الإرادة للقيام بذلك من قبل الشركاء أو الغير[1]، فيتم تصحيح تلك الأعمال رغم وجود عيب بها، لذلك فإن اعتبار تصرفات الشركة خلال وجودها الفعلي صحيحة منتظمة قانونيا يتم في حالتين :

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص131 .

أولا:قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل اكتسابها الشخصية المعنوية

إن قبول الشركة أن تأخذ على عاتقها التعهدات التي أبرمت من طرف الأشخاص الذين تعهدوا باسمها خلال الفترة التي لم تكن لها شخصية معنوية يتحقق بتوفر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

تظهر الشروط الموضوعية في المادة 549 من القانون التجاري فإن مجال الالتزامات محدد ضمنيا من طرف المشرع، حيث لا تسأل الشركة إلا عن التعهدات المبرمة أي عن الالتزامات العقدية، فيستثني كل التزام ناشئ عن أخطاء تقصيرية قام بها المؤسسون في تلك الفترة، كذلك من بين الشروط أن تكون تلك التعهدات باسم الشركة ولحسابها، كما لم يبين المشرع الفترة التي يتم فيها إبرام تلك التصرفات التي تخضع لهذا الحكم.

أما بالنسبة لطريقة القيام بقبول تلك التعهدات من الناحية الشكلية فلم يبينه المشرع ومع ذلك فالأمر يستوجب اتخاذ قرار مصادق عليه من طرف الشركاء ويتخذ هذا القرار عمليا عدة صور، فيمكن أن يتخذ الشركاء ذلك القرار قبل التوقيع على القانون الأساسي، حيث يقوم المتعهدين باسم الشركة بتحضير قائمة بتلك الأعمال ترفق بالقانون الأساسي، فيوقع عليها الشركاء وتلتزم الشركة حينها بتلك التصرفات بطريقة تلقائية بعد اكتسابها الشخصية المعنوية[1] .

كما يمكن وجود اتفاق يتضمن حدود التصرفات التي يقوم بها المسير في تلك لفترة وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية تلتزم الشركة تلقائيا بتلك التصرفات.

أما في حالة عدم تحقق الحالتين السابقتين وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية فيتم الاعتراف بتلك التصرفات عن طريق اتخاذ قرار من طرف الشركاء بالالتزام بكل ما تم إبرامه من طرف الشركة بأثر رجعي، إلا في حالة وجود شرط مخالف لذلك في القانون الأساسي للشركة.

تتم موافقة الشركة بالالتزام بتلك التعهدات بطريقتين فإما تكون المصادقة صريحة باتخاذ قرار مباشرة بعد اكتساب الشخصية المعنوية، أو يكون ذلك بموجب مصادقة ضمنية عندما تقوم الشركة

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص132 .

بالمصادقة على تلك الأعمال عند انعقاد أول جمعية عمومية، أو عند قيام الشركة بالتنفيذ تلقائيا لتلك التعهدات المتخذة في فترة تأسيسها.

ينتج عن ذلك مباشرة تطبيق الأثر الرجعي لصحة التصرفات والعقود التي أبرمت خلال فترة التأسيس فتعتبر صحيحة سارية المفعول ونافدة تجاه الشركة، فيتخلص المؤسسين من تلك الالتزامات نهائيا وبأثر رجعي من يوم إبرامها، ولا يلتزم هنا المؤسسين إلا في حالة وجود حالة غش أو نصب عن طريق إبرام عقود والتعامل مع الغير بغرض التخلص فيما بعد من هذه الالتزامات وإلقائها على عاتق شركة وهمية ليس لها وجود فعلي ولا قانوني .

أشارت محكمة النقض الفرنسية لضرورة تحقق شرط إبرام تلك التصرفات باسم ولحساب الشركة، وأشارت إن التزام الشركة بتصرفات المؤسسين المبرمة خلال فترة التأسيس لا يتحقق إلا إذا كانت تلك التصرفات لحساب الشركة، فيستثنى من ذلك كل تصرف لم يتم لحسابها[1].

ثانيا: التسوية القانونية للشركة الفعلية

تجد التفرقة الكلاسيكية بين البطلان المطلق والبطلان النسبي للعقد مجال لتطبيقها في النظام القانوني الذي يحكم الشركات التجارية، وهذا خاصة عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنية بطلب البطلان، فإذا كان الهدف من البطلان هو المصلحة العامة فإنه من حق كل من الشركاء، والمسيرين، والدائنين، وحتى مندوبي الحسابات، والغير طلب إبطال الشركة فالأمر هنا يتعلق بالنظام العام بالتالي إذا كان الهدف من البطلان حماية خاصة لشخص محدد أو بعض الأطراف المعينة فإنهم يطالبون به ولا يحتج به عليهم، كما لا يستفيد منه غيرهم ومهما كان الشخص الذي يطالب بالإبطال فإنه عليه أن يكون لديه سبب قانوني لهذا الطلب فإن القيام بالتسوية القانونية للعيب الذي يشوب الشركة التجارية هدفه إحباط دعوى الإبطال، وإعدام أثرها عن طريق التخلص من سبب الإبطال وتصحيح العيب الذي يجعلها مهددة بالإبطال[2] .

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص133 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع نفسه،ص134 .

أما مجال هذا التصحيح للشركة فإنه لا يشمل حالات البطلان المطلق والتي تم الإشارة إليها، حيث لا يمكن أن تكون هنا لا تسوية قانونية لشركة قائمة على غرض غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأن المعنى القانوني للتصحيح هو إضافة العنصر الذي ينقص للشركة والذي يجعل منها معيبة من الناحية القانونية ، ولتعزيز هذه التسوية نص لمشرع على حالات يمكن من خلالها التخفيف من آثار البطلان بالنسبة للشركات التجارية.

تتمثل الحالة الأولى في تصحيح الشركة وتسويتها عن طريق تعديلها كليا من خلال تغيير شكلها القانوني لتفادي حلها وانقضائها في حالة إخلالها بشرط من شروطها، حيث سمح المشرع بإجراء هذا التحويل في العديد من الحالات في المادة 590 من القانون التجاري، عندما أجاز المشرع أن يتم تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة مساهمة إذا أصبحت تضم أكثر من 50 شريك، نظرا لاشتراط المشرع الا يتجاوز عدد الشركاء 50 في الشركة ذات المسؤولية المحدودة [1].

كذلك المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري أين منع المشرع تطبيق أحكام الحل القضائي على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حالة اجتماع كل الحصص في يد واحدة.

تكون الشركة قبل تحويلها في تلك الحالات شركة فعلية لكونها معيبة ومعرضة للبطلان، لذلك سمح المشرع بتلافي هذا البطلان عن طريق تحويلها لشكل آخر يناسبها، فيزول بالتالي الخلل وتتحول من شركة فعلية لشركة قانونية، فيتم هذا التحويل من طرف الشركاء تلقائيا أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك[2] .

[1] المادة 590 من القانون التجاري المعدلة بالقانون رقم 15-19 المؤرخ في 30ديسمبر 2015 المتضمن القانون التجاري ،التي ألزمت تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة الى شركة مساهمة عندما يتجاوز عدد الشركاء 50 شريك .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص135 .

كذلك بالنسبة لحالة انخفاض رأسمال الشركة عن الحد المطلوب قانونا، فيكون على الشركاء هنا رفع رأس المال لتصحيح الشركة، وإلى غاية قيام الشركاء بهذا التعديل تكون الشركة الفعلية غير منتظمة قانونا[1].

يمس التصحيح هنا العيب الذي يشوب الشركة وليس الشركة ككل، إلى جانب هذه الحالة هناك عناصر أخرى ممكن أن يتم تصحيحها فإذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب من عيوب الرضى ،أو كان ناقص أهلية فيصحح هذا العيب بإزالته عند بلوغه سن الرشد، أو بعد إزالة العيب الذي شاب رضاؤه، فتتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية 3، أو حالة عدم قيام أحد الشركاء في شركات الأشخاص بتقديم الحصة التي تعهد بها فيصحح هذا العيب بتقديم الحصة عندها تتحول الشركة إلى شركة قانونية، أما إذا تضمن العقد شرط الأسد فيتم إلغاء هذا الشرط في حالة وجوده في شركات الأشخاص[2] .

من حق كل من له مصلحة أن ينذر الشريك المعني الذي شاب رضاؤه عيب، أو كان ناقص الأهلية بطلب إبطال الشركة أو القيام بالتصحيح، تحت طائلة انقضاء الميعاد المتمثل في 06 أشهر وهذا ما جاء في المادة 738 من القانون التجاري، وفي حالة انقضاء هذه المدة يسقط الحق في الإبطال أو التصحيح.

كما يمكن أن تتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية عن طريق التقادم بمضي المدة التي يحددها المشرع لطلب الإبطال، حيث يسقط الحق في الإبطال بمضي تلك المدة فتتحول حينها الشركة الفعلية لشركة قانونية والمدة هنا هي 03 سنوات، على أن يبدأ سريانها من يوم وقوع سبب البطلان، هذا ما نصت عليه المادة 740 من القانون التجاري[3].

يستثنى هنا حالة نقص أهلية أحد الشركاء وعيوب الرضى، فالمهلة فيها أقصر وهي أشهر06 وتضيف المادة 742 من القانون التجاري أنه لا يحتج على الغير بالبطلان إلا إذا تعلق بنقص

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص135.

[2] زكري إيمان،المرجع نفسه،ص135 .

[3] المادة 740من القانون التجاري"تتقادم دعاوى بطلان الشركة أو الأعمال أو المداولات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء اجل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون الإخلال بانقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 738"

الأهلية أو عيب الرضى بنصها:" لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به تجاه الغير من طرف عديم الأهلية، وممثليه الشرعيين أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه عن طريق الغلط أو التدليس أو العنف".

لا تعتبر المدة التي حددها المشرع في المادة 740 من القانون التجاري مدة تقادم، بل هي مدة سقوط الحق في طلب الإبطال، وتتحول الشركة إلى شركة قانونية في الحالات المذكورة فقط، أي التي يمكن إجراء التصحيح فيها فان الشركة غير المسجلة في السجل التجاري والتي لم تستكمل إجراءات تأسيسها فإن مرور تلك المدة المحددة لا يجعلها صحيحة قانونيا، لذلك فإن إثارة مسألة إبطالها يبقى خاضع للقواعد العامة للبطلان[1].

الفرع الثاني: انحلال الشركة الفعلية وتصفيتها

من أهم الآثار المترتبة على قيام الشركة الفعلية هو اعتبارها صحيحة وقائمة خلال المدة من تأسيسها إلى الحكم ببطلانها وتصفيتها، فيتم تنفيذ كل الحقوق المتعلقة بها تجاه الغير وفيما بين الشركاء، كما تخضع لقواعد التصفية ، ففي حالة الحكم ببطلانها فإنها تحل وتتم تصفيتها مباشرة، أما إذا توقفت عن دفع ديونها فإن طلب شهر إفلاسها يتوقف على مدى توفر الشخصية المعنوية لأنها ممكن أن تكتسبها ورغم ذلك تكون شركة فعلية، نظرا لوجود عيب بها لا يتعلق بشخصيتها المعنوية ، وممكن أن تكون شركة قيد التأسيس ،او تكون شركة لم تكتسب أبدا الشخصية المعنوية في أي فترة من الفترات.

أولا: إنحلال الشركة الفعلية

تنتهي الشركة الفعلية عن عدم توفر شروط تحويلها لشركة قانونية، فتنحل نتيجة لإبطالها، كما تنحل للأسباب العامة لانحلال أي شركة قانونية، فتنطبق تلك الأسباب على الشركة الفعلية نظرا

[1] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص136.

للاعتراف القانوني بوجودها الفعلي، وأيا كان سبب انحلالها فإنها تظل تحتفظ بشخصيتها المعنوية في حدود تصفيتها وقسمة أموالها وتسديد ديونها[1].

إن الحكم ببطلان الشركة يؤدي لتصفية أعمالها فيما يتعلق بالماضي باعتبارها شركة فعلية أي تصفى أعمالها التي تمت في الفترة الواقعة ما بين تأسيسها حتى تاريخ الحكم ببطلانها، وتعتبر تصفية الشركة من أهم المراحل التي تمر بها الشركة، وهدف الاعتراف بشخصيتها المعنوية أثناء تصفيتها هو تسهيل تصفية الأعمال التي قامت بها في الفترة السابقة لإعلان البطلان نظرا لوجود عقود ارتبطت بها مع الغير.

تنحل الشركة الفعلية للأسباب القانونية الخاصة بالشركات القانونية، خاصة في حالة نشأتها صحيحة ثم تعرضت لعيب تسبب في إبطالها، فالأسباب العامة لانقضاء الشركة التجارية تتمثل في هلاك مال الشركة فممكن أن يهلك رأسمالها حتى في حاله كونها شركة فعلية، كما يمكن أن ينتهي الغرض الذي قامت من أجله أو تنتهي مدتها، كذلك حالة الاتفاق على إنهائها وحلها بحكم قضائي حسب المواد 440 و 141 من القانون المدني ، بالإضافة للأسباب الخاصة لانقضاء الشركة كموت أو إعسار أو إفلاس أو انسحاب أحد الشركاء في الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي[2].

ثم يترتب على انقضاء الشركة توقف نشاطها ودخولها في مرحلة التصفية قصد تقسيم موجوداتها بين الشركاء بعد تسديد ديونها لدائنيها وإنهاء جميع العمليات المتبقية للشركة قصد استيفاء حقوقها، ودفع ديونها للغير، وإذا نتج من هذه العمليات فائض من أموال الشركة فإنه يوزع بين الشركاء عن طريق القسمة وتصفى أمواله [3].

إن حالات انحلال هذه الشركة يمكن استنتاجها من النصوص التي جاء بها المشرع، والتي تخص الوجود الفعلي للشركة وأسباب الإبطال، لكن تصفيتها لم يرد بشأنه نص خاص ينظم

[1] سليم عبدالله أحمد الجبوري،الشركة الفعلية ،المرجع السابق،ص195 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص137.

[3] زكري إيمان،المرجع نفسه، ص137 .

تصفية هذا النوع من الشركات، وبما أن الحكم ببطلان الشركة يؤدي بالضرورة لقسمة أموالها فإن تصفيتها أمر ضروري لإنهاء جميع التعاقدات والعمليات، وسداد الديون واستيفاء الحقوق لاقتسام الأموال بين الشركاء، ويطبق على الشركات الفعلية جميع أحكام تصفية الشركة القانونية[1].

من بين أحكام التصفية أن تبقى الشركة الفعلية محتفظة بشخصيتها القانونية خلال تصفيتها فيكون لها ذممها المالية واسمها وموطنها وحق التقاضي، كما يمثلها المصفي في تلك الفترة لذلك فإنها تحتفظ بشخصيتها المعنوية لإجراء عملية التصفية لكي لا تزول ذمتها المالية وتقسم باعتبارها مال مشاع بين الشركاء، ويتم تعيين المصفي أو أكثر ويمكن أن يكون من بين الشركاء، وتحدث التصفية عن طريق مندوب الحسابات كما يتم تعيينه من قبل القضاء في حالة غياب الاتفاق وعلى تعيينه من قبل الشركاء، ومهما كانت طريقة التعيين فإنه يقوم بنفس مهامه التي يقوم بها في الشركة القانونية[2].

بالنسبة لعلاقة الشركاء فيما بينهم تبقى الشركة صحيحة لا يحتج ببطلانها على الغير، فيتم اقتسام نتائج المشروع بحسب ما اتفق عليه وبحسب نوع الشركة، يستثنى هنا الشركاء ناقصي الأهلية أو الذين شاب رضائهم عيب من عيوب الرضى.

أما بالنسبة للغير تعتبر شركة قائمة وصحيحة ولا يمكن للغير إثارة بطلانها لكي يتخلص من التزاماته تجاه الشركة، أما بالنسبة للدائنين الشخصين للشركاء فتمت الإشارة لخياراتهم.

أما في حالة طلب إبطال الشركة بدعوى غير مباشرة من طرف الدائنين الشخصيين للشركاء فيعتبر البطلان هو الأصل رغم ان حماية دائني الشركة ترتكز على أساس قانوني مهم وهو الاعتراف بوجود الشركة الفعلي على أساس نظرية الظاهر وحسن نية الغير[3].

[1] سليم عبدالله أحمد الجبوري،الشركة الفعلية ،المرجع السابق،ص195 .

[2] زكري إيمان،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،المرجع السابق،ص139 .

[3] سليم عبدالله الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق،ص238 .

ثانيا: إفلاس الشركة الفعلية

ليس للشركة الفعلية شخصية معنوية، لذلك فإنها لا تستطيع أن تشهر إفلاسها بل إن الشركاء فيها هم من يخضع للإفلاس ، فتستقل تفلسه الشريك عن الشريك الآخر وهذا ما كان مطبقا قديما قبل ظهور الشركة الفعلية، حيث كان يمنع شهر إفلاس الشركة الباطلة، لكن بعد الاعتراف لهذه الشركة بشخصيتها المعنوية واحتفاظها بها في فترة التصفية، فمن الجائز شهر إفلاسها متى توقفت عن دفع ديونها سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء التصفية، وتتبع أحكام الإفلاس وللغير حق طلب إفلاس الشركة إذا توقفت عن دفع ديونها.

بعد صدور حكم الإفلاس فإنه يمنع تطبيق الأثر الرجعي لبطلان التصرفات وتطبق أثار الشركة الفعلية إلا ما تعلق منها بفترة الريبة، حيث يكون قد تأكد وجودها الفعلي بصدور حكم إفلاسها، أما بالنسبة للشريك فإذا تعلق الأمر بشركة تضامن فإنه يفلس تبعا لإفلاس الشركة [1]، وهنا يختلف الحكم بالنسبة للشريك الفعلي إذ يتحدد مركزه القانوني بحسب شكل الشركة، فإن إفلاس شركة مساهمة أو مسؤولية محدودة لا يمتد للشركاء فيها.

[1] محمد فريد العريني، الشركة التجارية، المرجع السابق،ص50 .

خاتمة

خاتمة:

وبعد أن انتهينا من هذه الدراسة التي وجهنا فيها الضوء على موضوع (نظرية الوضع الظاهر في الشركات التجارية)، فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي يمكن الانطلاق منها لمعالجة الموضوع ،وهذه النتائج والتوصيات يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولا :-النتائج

توصلنا من خلال دراستنا إلى أهم النتائج الآتية:-

1_أن نظرية الوضع الظاهر هي من النظريات التي تستمد عناصرها من المواجهة بين الواقع الذي يخالف القانون وحكمه والذي لا يمكن إهداره أو تجاهله من جانب، وبين القانون ونصوصه من جانب اخر،وهذه المواجهة هي التي جعلت نظرية الوضع الظاهر تعمل على التوفيق بين القانون والواقع .

2_إن الالتزام لا يزال رابطة قانونية بين شخصين ولا تزال الإرادة الحرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه ،ولا يزال الالتزام الإرادي يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين إلا أن القضاء استثنى تلك القواعد لصالح الغير حسن النية والتي مؤداها إعمال أثر الوضع الظاهر الذي يختلف عما هو عليه في الحقيقة القانونية بشرط أن يكون الغير غير عالما بالحقيقة ،وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بصحة الوضع الظاهر فشكل ذلك وسيلة ملائمة لحل الصراع بين الحق والعدالة ولهذا تعتبر العدالة ومصلحة المجتمع وسلامة المعاملات وحماية الغير حسن النية من أهم مبررات قيام نظرية الوضع الظاهر .

3_أن الوضع الظاهر نظرية عامة مستقلة ومتكاملة القواعد تحدد مفهومها وعناصرها القانونية، والشروط التي يخضع لها كل تطبيق من تطبيقاتها ضمن ضوابط وقيود توفر حلولاً نهائية مستقرة لحالات الوضع الظاهر التي تستند إلى الحياة التجارية، فأصبح الوضع الظاهر مصدرا للحق

بالنسبة للغير حسن النية ،ولهذا تقدم الحقوق التي يقررها الوضع الظاهر على الحقوق التي يقررها القانون .

4_ إن نظرية الوضع الظاهر عندما نعتمد عليها لحماية الغير نكون قد اعتبرناها واقعة قانونية تتشابه مع واقعة الحق فهي لا تقوم من فراغ ،وقد اتفق الفقهاء على أن هنالك عنصرين يجب أن يتوافرا من أجل أن تترتب على نظرية الوضع الظاهر آثارها وهما، عنصر مادي يتمثل بالمظاهر المادية الخارجية التي تلفت إلى وجود الحق وتدل عليه وتولد اعتقادا مشروعا بأن الوضع الظاهر هو الحقيقة ،والعنصر المعنوي وهو حسن النية الذي يتصل بالغير ليحدد الآثار القانونية التي تترتب على وجود الوضع الظاهر ،فتشكل بذلك المبرر الأدبي الذي يجعل الغير يتمتع بالحماية القانونية من جانب، كما تعتبر السبب الجوهري لتغليب مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق، لأن هذه النظرية وجدت لحماية الغير حسن النية الذي أطمئن للوضع الظاهر المستقر .

5_إن التطبيقات العملية المختلفة لنظرية الوضع الظاهر الذي يمثل الواقع الذي يفرض نفسه على أنه الحقيقة وتكون نتيجته نقضا للوضع قانوني قاتم خفي لم يستطع الغير اكتشافه لعذر منعه من تبيين الحقيقة ،فقد يكون منشأ الوضع الظاهر البيانات التي فرضها القانون في السندات التجارية .

6_ونظرية الوضع الظاهر قد بينت بشكل إجمالي وحدة هذه النظرية في مختلف تطبيقاتها،وذلك عن طريق تدخل المشرع بسلطته اللازمة في تطوير المجتمع وازدهاره إلى أن يعتبر تلك الأوضاع التي يقوم عليها مظهر الحق لا مجرد أن ينتفع الغير حسن النية بآثارها فقط،وهذا ما حققته نصوص القانون التجاري التي كشفت عن وجود تطبيقات كثيرة لنظرية الوضع الظاهر كالشركة الفعلية في إطار هذا الفرع من فروع القانون.

ثانيا:-التوصيات

من خلال بحثنا نوصي بالاتي :

_ندعوا إلى النص صراحة على نظرية الوضع الظاهر متى ما ورد تطبيق لها في أي فرع من فروع القانون ،وأن يضع لها الأسس والعناصر والشروط التي تؤدي إلى قيامها وتنظيم أحكامها .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أولا :المؤلفات

1_الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للإلتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر ،2012 .

2_أمين حاج سليمان لوزان ،الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ،ط1،منشورات الحلبي القانونية ،2017 .

3_أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام ،دار النهضة العربية ،بيروت ،1963 .

4_إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة،ج1،ط3، لبنان،2008 .

5_سعودي حسن سرحان،نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ،دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة،المتحدة للطباعة،مصر ،1999 .

6_سلامة عبد الفتاح حليبة،أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر ،2005 .

7_سليم عبدالله أحمد الجبوري،الشركة الفعلية ،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1 ،لبنان ،2011 .

8_شيراز عزيز سليمان،حسن النية في إبرام العقود،دراسة في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية، ط1،دار الدجلة ،الاردن ،2008 .

9_شوقي محمد صلاح ،نظرية الظاهر في القانون المدني ،دار الفكر العربي، القاهرة ،مصر،2002 .

10_عبد السيد سمير تناغو،نظرية الإلتزام ،منشأة المعارف الإسكندرية ،بدون تاريخ .

11_عبدالرزاق أحمد الصنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام ،الإثبات/الآثار ،ج2، منشورات الحلبي القانونية، بيروت ،2015 .

12__عزيز العكيلي ،الوسيط في الشركات التجارية،دراسة فقهية وقضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1 ،الأردن،2007 .

13_ مورة عمار،الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري،دار المعرفة ، الجزائر ،2008 .

14_فتيحة قرة ،الأوضاع الظاهرة ،نظرية قضائية مستحدثة،منشأة المعارف الإسكندرية ،2001 .
15_محسن عبد الحميد البيه ،نظرية الوارث الظاهر ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،مكتبة الجلاء ،مصر ،1992 .
16_محمد فريد العريني ،الشركات التجارية ،الجامعة الجديدة ،مصر ،2010 .
17_نجوان عبدالستار علي مبارك ،الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2015 .
18_نعمان خليل جمعة ،أركان الظاهر كمصدر للحق ،منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة العربية للثقافة والعلوم التابعة للجامعة العربية ،1977 .
19_ياسين محمد الطباخ ،الإستقرار كفاية من غايات القانون ،دراسة مقارنة ، ط1 ،المكتب الجامعي الحديث ،2012 .

ثانيا: الرسائل العلمية

1_ إيمان زكري ،حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2016-2017.

2_ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1992.

3_عبد الباسط محمد جميعي ،نظرية الأوضاع الظاهرة ،المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من آثار، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، القاهرة ،1955 .

4_ محمود زواوي، نظرية الوضع الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون ،جامعة الجزائر ،1998.

5_ محمد شريف جمال، معقاسي رشيد، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، جامعة البويرة،2018-2019.

ثالثا : القواميس

1_ المعجم الوسيط.

رابعا : المواقع الإلكترونية

www.almany.com