

السياق الفقهي والقضائي التاريخي والمعاصر للشركة الفعلية: دراسة قانونية

د. فرج حمودة

أستاذ القانون المدني المشارك

كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا

الملخص:

الشركة الفعلية نظرية حديثة ظهرت في فرنسا أواخر القرن الثامن عشر، وارتكزت في الجوهر على نظرية التعسف في استعمال الحق والإرادة الظاهرة. ومؤدى هذه النظرية كما صاغها الفقه والقضاء هو قصر آثار الحكم لبطلان الشركة على المستقبل، اعترافاً بوجودها الفعلي السابق على هذا الحكم، فتتم تصفية المعاملات التي تمت قبل البطلان على أساس الإقرار بوجود الشركة، فلا يلزم الشركاء برداً ما قبضوه من أرباح، ولا يحقّ لهم المطالبة باسترداد ما تحمّلوه من خسائر، ولا يجوز للشركة التحلّل من التزاماتها تجاه الغير.

وتكمن الحكمة من تأسيس هذا المفهوم في حماية الاستقرار والثقة في العقود التي أبرمتها الشركة قبل مرحلة الحكم ببطلانها، فهذه المرحلة تستغرق أحياناً مدة طويلة من الزمن تعاملت خلالها الشركة مع أعداد غفيرة من العملاء، ممّا يجعل خضوعها للقواعد التقليدية في البطلان مربكاً للاستقرار ومُوقّضاً للثقة في التعاملات، وينتهك الحقوق المشروعة للغير حسن النية. وعليه، جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على مفهوم الشركة الفعلية، ابتداءً من تاريخها، ومروراً بشروط وآثار تطبيقها، وانتهاءً بالإشكاليات التي تطرحها في مجال مجموعة الشركات.

كلمات دالة: شركة، فعلية، بطلان، تابعة، قابضة، واقعية، محاصة.

المقدمة :

أولاً: موضوع البحث

من المبادئ السائدة في مختلف التشريعات مبدأ «الأثر الرجعي للبطلان»، الذي يعني أنه إذا حكم القضاء بإبطال العقد، فإن هذا الحكم ينسحب أثره إلى الماضي ارتداداً إلى لحظة الإبرام. تمتد الجذور التاريخية لهذا المبدأ إلى القانون الروماني: فالرومان، وإن لم يميّزوا بين نوعي البطلان وهما: «البطلان المطلق والبطلان النسبي»، إلا أنهم اتفقوا على أن العقد الباطل لا يمكن أن يرتب أثراً صحيحاً.

ومع ذلك لم يساير القانون الروماني منطق الأثر الرجعي للبطلان إلى نهايته، فأوجد استثناء مفاده أنه: «إذا ما سلّم أحد العاقدين للآخر شيئاً تفيذاً للعقد غير المشروع، فإنه ليس له أن يسترده إلا إذا كان عدم المشروعية غير آتٍ من جهته، وإلا عدّ ملوئاً وغير جدير بالحماية القانونية التي يُوفّرها مبدأ الأثر الرجعي للبطلان»؛ وهذا ما صار يُطلق عليه «القاعدة الرومانية في عدم الرد».

وقد جسّدت هذه القاعدة الرومانية في البطلان لعدم المشروعية أول استثناء على مبدأ الأثر الرجعي للبطلان، مؤسّسة بذلك لوجود استثناءات أخرى بمبررات مختلفة. ففي مجال الشركات كشف تطبيق مبدأ الأثر الرجعي للبطلان عملياً عن سلبيات يتعدّد قبولها في حقّ الغير حسن النية، الذي تعامل مع الشركة الباطلة أثناء قيامها انطلاقاً من الثقة في كيانها الظاهر.

فحتى لا يفاجأ هذا الغير عند الحكم بإبطالها بأن ما تمّ إبرامه معها من تصرفات اكتسب البطلان نفسه تطبيقاً لمبدأ أن: «ما بُني على باطل فهو باطل»، ابتكر فقهاء قانون الشركات منذ أواخر القرن الثامن عشر ما أطلقوا عليه تسمية الشركة الفعلية التي تركز على فرضية مفادها أنه متى ما حكم بإبطال الشركة فإن ذلك - وإن ترتّب عليه حلّها وزوالها في المستقبل - لا يمكن أن يؤدي إلى زوال وجودها في الماضي، أي خلال الفترة ما بين قيامها والحكم بإبطالها، فتعدّ الشركة قائمة مرتّبة لآثارها بما يمكن معه تصفية الحقوق والالتزامات الناتجة عن تعاملاتها.

ويعزى السبب في وجود هذه النظرية إلى ما ينجم عن ترتيب آثار البطلان في مجال الشركات من أضرار لا يمكن قبولها؛ فالشركة نشأت ومارست نشاطها رداً من الزمن، وترتّب على ذلك حقوق والتزامات من شأن المساس بها إهدار الاستقرار والثقة في

العقود. لكن، على الرغم من ذلك، يبقى هذا المفهوم يشكّل استثناء على القواعد العامة، بما يفترض التعامل معه بشيء من الحذر، إذ ليست كل حالات البطلان تصلح لأن ترتّب آثاراً صحيحة، فيوجد بطلان لا يمكن التسامح معه. كما أنّ الشركة الباطلة ولكونها تعكس مشروعاً اقتصادياً له علاقاته وتأثيره الاجتماعي، ثمة ما يبرّر تصحيح الخلل الذي اعترى تأسيسها لتتقلب صحيحة ابتداءً من تاريخ إنشائها.

ثانياً: أهمية الموضوع

تكمن أهمية دراسة الشركة الفعلية فيما تثيره من إشكاليات، فالواقع يكشف عن حالات لا يستقيم معها المنطق لقبول هذه الفكرة، كما أنّ تطبيقات مفهوم الشركة الفعلية في إطار مجموعة الشركات تطرح تساؤلات كثيرة عندما يعتري البطلان شركات قابضة تمارس سيطرة إدارية ومالية على شركات تابعة.

وعليه، فإنّ هذه الدراسة تتناول أبرز الإشكاليات التي تثيرها فرضية الشركة الفعلية، وتحاول وضع تصورات علمية يمكن معها التوفيق بين مقتضيات استقرار التعامل والثقة في الأوضاع الظاهرة، وضرورات تطبيق القواعد القانونية الخاصة بإبطال التصرفات غير المشروعة.

ثالثاً: إشكالية الموضوع

سنقف في هذه الدراسة على عدة إشكاليات تطرحها فكرة الشركة الفعلية، وتنبثق في عمومها من غياب النصوص التشريعية الكافية. فمعظم القوانين لم تنظّم الشركة الفعلية إلاّ بنص وحيد يكرّس الاعتراف بوجودها الظاهري خلال الفترة الممتدة ما بين تأسيسها وصدور الحكم ببطلانها، دون أن تعرض لمعالجة تساؤلات جوهرية تتعلق بفرضية وجود هذه الحالة في إطار مجموعة الشركات، وفرضية تعلق بطلان الشركة بعدم مشروعية النشاط الذي تمارسه.

فقد يكون النشاط الرسمي للشركة نشاطاً مشروعاً في ظاهره، كأن تنشأ لتمارس نشاط توريد المنتجات الدوائية، ولكن هذا النشاط يُعدّ غير مشروع في واقعه، كأن تنشأ لتمارس حقيقة نشاط توريد المواد المخدّرة، الأمر الذي يعكس إشكالية عدم التوافق بين النشاط الرسمي والنشاط الفعلي للشركة، ومن المعلوم أنّ القضاء الفرنسي يميل في هذا الشأن إلى الاعتداد بالنشاط الفعلي مرتّباً بطلان الشركة وكل تعاملاتها السابقة.

كما أنّ الواقع كثيراً ما يكشف عن أنّ الشركة المحكوم ببطلانها لم تنشأ قط في أي يوم

من الأيام لغياب شرط التعدد المطلوب قانوناً، فلا يوجد فيها إلا شخص وحيد قام بجمع بطاقات هوية لأشخاص ظهرُوا في الشركة كشركاء دون أن يقوموا حقيقة بتقديم أي حصة مالية أو بالعمل، الأمر الذي يؤكد على أنها نشأت وهمية، بما ينبغي التعامل معها بطريقة مختلفة عن التعامل مع الشركة الفعلية.

رابعاً : منهج البحث

تعتمد هذه الدراسة منهجاً وصفيّاً تحليلياً مقارنةً، يستقصي أبرز الإشكاليات التي تثيرها الشركة الفعلية، ويعالجها بطريقة تحليلية مقارنة اعتماداً على آراء الفقه وأحكام القضاء ووفق القواعد العامة للقانون.

خامساً : خطة البحث

تتناول هذه الدراسة مفهوم الشركة الفعلية في خمسة مطالب: يركّز المطلب الأول على تعريفها الذي تتضح من خلاله أهم الفروقات بينها وبين صيغ أخرى مشابهة، ويتناول المطلب الثاني السياق التاريخي للشركة الفعلية، ويناقش المطلب الثالث شروط انطباق مفهوم الشركة الفعلية، أي مرتكزات هذه الشركة المتمثلة في وجود أخطاء جوهرية اعترت إجراءات تأسيسها، وفي المطلب الرابع نتناول الآثار المترتبة على تحقق شروط الشركة الفعلية، وفي هذا الشأن نوضّح القاعدة العامة وهي صحة وسريان التصرفات التي قامت بها هذه الشركة قبل الحكم ببطلانها، والاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة، ثم أخيراً نستعرض في المطلب الخامس إشكالية اكتشاف وجود شركة فعلية في إطار مجموعة شركات قابضة وتابعة.

المطلب الأول

ماهية الشركة الفعلية

لم يتضمن نص المادة (29) من قانون النشاط التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010م الذي جاء تحت عنوان الشركة الفعلية تعريفاً واضحاً لهذا المصطلح، كما أنّ معظم التشريعات المقارنة التي أشارت إلى هذا المفهوم اكتفت بتكريس الأصل العام في عدم تطبيق آثار البطلان على الشركة الفعلية دون صياغة تعريف معيّن لهذه الشركة. لكن يمكن القول إجمالاً إنّ الشركة الفعلية هي الشركة التي أنشئت بشكل يجعلها تبدو في ظاهرها سليمة، بحيث تقوم بتعاملات مع الغير تترتب عنها مراكز قانونية دائنة ومدينة، ثم يحكم من بعد ذلك ببطلانها لعوار أصاب واحداً أو أكثر من شروطها الموضوعية أو الشكلية.

ولذلك تُعد هذه الشركة قبل الحكم ببطلانها قائمة ومنتجة لآثارها تماماً كما لو كانت صحيحة، إلا أنّها وفور صدور هذا الحكم تتحل وتؤول مباشرة إلى التصفية. وعليه فإنّ أبرز ما يُميّزها هما خاصيتان: الأولى تمتعها بالشخصية الاعتبارية المستقلة عن الشركاء فيها، ليس فقط قبل الحكم بإبطالها، ولكن أيضاً خلال مرحلة التصفية، والثانية نشأتها المعيبة التي بلغت بها حدّ البطلان المطلق أو النسبي؛ وفي ذلك تختلف هذه الشركة عن مفاهيم مشابهة نحاول إبرازها في الفروع التالية:

الفرع الأول

الشركة الفعلية والشركة الواقعية

لم تخضع الشركة الواقعية *la société créée de fait* لتنظيم خاص بها في القانون الليبي ولا في القانون الكويتي، وإنّما تخضع في سائر أحكامها للقواعد العامة للقانونين المدني والتجاري⁽¹⁾، ويأتي هذا على عكس الحال في القانون الفرنسي الذي طبّق بشأنها القواعد الخاصة بشركة المحاصة (المادة 1387 مدني فرنسي)، سواء من الناحية الهيكلية أو من ناحية نظامها الضريبي.

إنّ ما يُميّز الشركة الواقعية هو عدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية، فهي نتاج تصرف عدد من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، يتعاملون مع أنفسهم وفي مواجهة الغير بوصفهم

(1) تخضع في القانون المدني لأحكام الشركة البسيطة كما وردت في المواد (من 494 إلى 531) من القانون المدني، إلى جانب فصل الأحكام المشتركة في قانون النشاط التجاري للشركات (المواد 50-12).

شركاء في مشروع اقتصادي جماعي دون أن تتوفر لديهم النية في تأسيس شركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية⁽²⁾. ولذا فإن من المسلم به في هذا الصدد هو غياب الاشتراط القانوني المطلوب لاكتساب الشخصية الاعتبارية، أي إبرام عقد التأسيس الرسمي وقيده في السجل التجاري، مع ضرورة توفر الشروط الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة، فهذه الشروط تُعدّ محورية لاستخلاص الوجود العقدي للشركة⁽³⁾، وتختص بتقديرها محكمة الموضوع دون معقب عليها في ذلك، وقد ذهب المحكمة العليا الليبية في هذا الاتجاه مؤكدة على أنه: «متى كان استخلاص محكمة الموضوع لقيام شركة واقعية هو استخلاص سائع ومقبول وله أصل ثابت في التحقيقات، فليس للمحكمة المراقبة على ذلك ما دامت العناصر المكوّنة لهذه الشركة، وهي رأس المال، ومدة الاشتراك، وقصد الحصول على الربح، وتحمل الخسارة، كانت متوفرة واستظهرتها محكمة الموضوع في تكييفها القانوني لواقعة الدعوى»⁽⁴⁾.

وتأسيساً عليه، تبرز ملامح الاختلاف بين الشركة الفعلية والشركة الواقعية: فالأولى أُريد لها أن تنشأ وتتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وقد تسنى لها ذلك بالقيود في السجل التجاري، ولكنها ولسوء حظها زُج بها إلى ساحات القضاء، وصدر حكم بإبطالها لخلل شكلي أو موضوعي اعتور إجراءات تأسيسها، فيتربّث على ذلك إذا تفعّل مفهوم الشركة الفعلية بعدم انسحاب هذا البطلان إلى الماضي، وقصر أثره على المستقبل، مع وجود بعض الاستثناءات التي سنشير إليها في حينها. فالشركة الفعلية قصد بها إدارة مشروع اقتصادي يتمتع بالشخصية المستقلة عن المساهمين فيه، غير أنّ إجراءات تأسيسها لم تكن على الوجه الصحيح، بما أدى إلى الحكم بإبطالها، دون أن يكون لهذا الحكم آثار رجعية تسحب إلى الفترة ما بين التأسيس وصدور الحكم بالبطلان.

ويأتي هذا على خلاف الشركة الواقعية التي لم يشأ مؤسسوها أن تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، فهم لم يأخذوا على عاتقهم إتمام الإجراءات الشكلية بقيد الشركة في السجل التجارية، وإنما قد تغيب الشكلية مطلقاً، وقد تتوفر مقتصرة على إبرام عقد شركة عرفي أو رسمي.

(2) فرج سليمان حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، ط1، منشورات مكتبة زليتن الشعبية، ليبيا، 2018م، ص22.

(3) ذهب محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات إلى التأكيد على أنّ إثبات وجود الشركة الواقعية يؤسس على اعتبار الوجود الظاهري لكل عنصر من العناصر المكوّنة لها، وإنه تجوز الاستعانة في ذلك بجميع طرق الإثبات. انظر مثلاً: حكم مؤرخ في 14 مارس 1984م، تعليق رينهارد، مجلة الشركات، 1984م، ص753.

(4) المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 24/5 قضائية، جلسة 1959/3/14م، مجلة المحكمة العليا، الجزء 2/م، ص68.

بعبارة أخرى، يمكن مشاهدة ظاهرة الشركة الواقعية في أي مكان يوجد عدد من الأشخاص يعملون بشكل جماعي دون أن يفرغوا نشاطهم في إطار شركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ودون وجود علاقات تبعية تربطهم ببعضهم، ومن صور ذلك وجود ثلاثة إخوة يعملون في متجر للملابس أو مصنع للحلوى، أو عدد من الأصدقاء في ورشة حدادة أو حظيرة دواجن⁽⁵⁾.

ويجر هذا الاختلاف في قواعد التأسيس إلى اختلاف في أحكام المسؤولية المترتبة عن نشاط كل من الشركتين: فالشركة الفعلية؛ ولأنها شركة قائمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، تترتب المسؤولية عن أعمالها الضارة في مواجهتها، ولا يتحمل الشركاء فيها تبعات هذه المسؤولية إلا بقدر ما يتفق مع شكلها: شركة أشخاص (تضامن أو توصية بسيطة)، أم شركة أموال (مساهمة، توصية بالأسهم أو ذات مسؤولية محدودة).

ويأتي هذا الوضع على خلاف الشركة الواقعية التي لم تتمتع بالشخصية الاعتبارية، مما يجعل مسؤولية الشركاء فيها تركز على الطبيعة المدنية أو التجارية لنشاط الشركة، فإذا كان هذا النشاط مدنياً - زراعياً أو حرفياً أو مهنياً - خضعت حقوق والتزامات الشركات لأحكام القانون المدني المتعلقة بالشركة البسيطة (المادة 494 وما يليها من القانون المدني)، وإذا كان تجارياً (أي يندرج ضمن بنود المادة 409 تجاري) اكتست الشركة الصبغة التجارية، وخضعت تصرفات الشركاء فيها لأحكام القانون التجاري وما يترتب من تبعات في هذا المجال.

الفرع الثاني

الشركة الفعلية وشركة المحاصة

وفقاً لنص المادة (91) من قانون النشاط التجاري الليبي، فإن شركة المحاصة *la société en participation*: «عقد لا يخضع إلى الشروط الشكلية المفروضة على الشركات التجارية المسماة، يشارك شخص بمقتضاه شخصاً آخر في نصيب معين من أرباح نشاطه، أو من أرباح صفقة أو أكثر مقابل حصة متفق عليها يقدمها الشريك المحاص خلال مدة معينة».

ووفقاً لذلك تتميز شركة المحاصة بأنها ليست محلاً لأية تشكيلات عرفية أو رسمية، فلا يستوجب لوجودها صياغة عقدها في إطار مكتوب، ولا قيده في السجل التجاري،

(5) فرج سليمان حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص22.

فلا تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية ومقوماتها كالذمة المالية والأهلية والاسم والعنوان، ولا يمكن أن تكون محلاً لإجراءات الإفلاس ولا للصلح الواقي منه. فهي لا تعدو إذاً أن تكون عقداً يتفق بموجبه شخصان أو أكثر على تقاسم الأرباح الناشئة عن صفقة فردية أو عن نشاط تجاري أو مدني، فيضطلع أحدهم بمركز الشريك العامل الذي يتولّى إبرام الصفقة أو إدارة النشاط، ويظهر أمام الغير كما لو كان يقوم بعمل أو نشاط فردي خاص به، ويضطلع الآخر بمركز الشريك المحاص الذي يقتصر دوره على مجرد تقديم حصة مالية والبقاء بعيداً عن إدارة النشاط⁽⁶⁾.

وعليه فإنّ أبرز ما يميّز هذه الشركة هو عنصر الخفاء الذي يُعدّ جوهرياً فيها، ففي إطار تعاملاتها مع الغير لا يظهر سوى صاحب المحاصة الأصلي (يطلق عليه فقهاً الشريك العامل)، يُسأل في أمواله الخاصة مسؤولية شخصية وغير محدودة، وهذا ما نصت عليه المادة (93) تجاري لبيي: «لا يكتسب الغير حقوقاً ولا يتحمّل بالتزامات إلاّ تجاه صاحب المحاصة الأصلي»، فهذا الشريك هو الوحيد الذي يتولّى أعمال الإدارة ويظهر أمام الغير بمظهر المالك للمشروع، وإذا تضمنت شركة المحاصة أكثر من شريك عامل، أو ظهر الشركاء المحاصون فيها للعلن وصاروا يمارسون أعمال الإدارة جنباً إلى جنب رفقة الشريك العامل، فإنّها تنقلب إلى شركة واقعية لصالح الغير⁽⁷⁾.

ومن هنا فإنّ هذه الشركة مهدّدة لأن تكتسب مفهوم الشركة الواقعية، وتخضع بالتالي لأحكامها القانونية التي تقرض - كما رأينا - الخضوع لأحكام القانون المدني أو التجاري على حسب النشاط الممارس. فلكي تبقى محتفظة بمفهومها كشركة محاصة، يجب أن تحافظ على عنصر الاستتار، فلا يخرج الشريك أو الشركاء المحاصون للعلن، ولا تتضمّن أكثر من شريك عامل واحد.

وتأسيساً على ما تقدّم، لا يخفى وجه الاختلاف بين شركة المحاصة والشركة الفعلية: فشركة المحاصة تطبيق منظمّ بالقانون التجاري، تنشأ صحيحة منتجة لآثارها، وهي مجرد عقد يحكم العلاقة بين أطرافه، فلا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ولا بالذمة المالية، وليس لها أهلية، فلا يمكن أن تكون طرفاً في خصومة قضائية، بل تُوجّه الدعوى

(6) جورج ريربير وريبنو روبلو، مَطُول القانون التجاري - الشركات التجارية، تقديم: ميشيل جيرمان، المكتبة العامة للقانون والقضاء، ص30.

(7) قارن مسعود مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، منشورات جامعة الجبل الغربي، ليبيا، 1997، ص164، اللذان يؤكّدان على أنّ شركة المحاصة تتحوّل فور فقدانها لعنصر الخفاء إلى شركة تضامن واقعية. والواقع أنّ هذا الرأي غير سديد، فلشركة التضامن شكلية وإجراءات تأسيس صارمة أبرزها إبرام عقد التأسيس الرسمي، والقيد في السجل التجاري الذي يكسبها الشخصية الاعتبارية.

إلى الشريك العامل، وإذا فقدت عنصر الاستتار الذي يميّزها، توجّه الدعوى إلى جميع من يظهر من الشركاء للعلن، فتتعلّق آثار الحكم القضائي الصادر عندئذ بالذمم المالية الخاصة بالشركاء دون غيرهم، ويعني ذلك بصيغة أخرى أنّه لا يُتصوّر تطبيق مفهوم الشركة الفعلية على شركة المحاصة لغياب الشخصية الاعتبارية عنها.

ويأتي هذا على عكس الشركة الفعلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتتعلّق بذمتها جميع التزاماتها، ولا تُطال الشركاء فيها أية مسؤولية إلاّ بقدر ما يفرضه شكلها القانوني على النحو المبين في الفقرة السابقة، بل حتى بعد الحكم ببطلانها، تخضع الشركة الفعلية لإجراءات التصفية كما يقرّها القانون المدني والتجاري، وفقاً لشكلها القانوني دون أن يكون للحكم ببطلانها آثار على الشركاء إلاّ بقدر ما يفرضه هذا الشكل.

الفرع الثالث

الشركة الفعلية والشركة في طور التأسيس

الشركة في طور التأسيس هي شركة لم تستكمل بعد إجراءات تأسيسها بالقيود في السجل التجاري. فما بين اللحظة التي يقرّر فيها الشركاء تأسيس الشركة واللحظة التي تقيّد فيها هذه الشركة في السجل التجاري وتكتسب الشخصية الاعتبارية تمر فترة زمنية تطول أو تقصر، يتم خلالها الحديث عن شركة في طور التأسيس.

وتتميز هذه الشركة عن الشركة الواقعية وشركة المحاصة بأنّها لا تنشأ إلاّ من أجل أن تكتسب الشخصية الاعتبارية المستقلة، فهي شركة يُراد لها منذ البداية أن تتخطى مرحلة الإطار العقدي لتكتسب الشخصية القانونية ولتشكّل كياناً مستقلاً عن الشركاء فيها. ولذلك فهي لا تشرع في ممارسة نشاطها إلاّ اعتباراً من استكمال إجراءات تأسيسها بالقيود في السجل التجاري، أمّا قبل ذلك، وإن وجدت بعض التصرفات التي أبرمها الشركاء المؤسسون بقصد التهيئة لوجود الشركة، إلاّ أنّ آثار هذه التصرفات تبقى على ذمة الشركاء، يُسألون عنها مسؤولية شخصية تضامنية وغير محدودة، وهذا ما نصت عليه المادة (102) تجاري بقولها: «يُعدّ مسؤولاً قبل الغير مسؤولية غير محدودة وبالتضامن من قام بأعمال باسم الشركة قبل قيدها».

أمّا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، فإن ما ترتّب عن هذه الأعمال من التزامات يُلقى به على عاتق الشركة ويُعفى منه المؤسسون، إذا كانت تلك الأعمال ضرورية لتأسيسها أو

قرّرت جمعية المكتتبين أخذها على عاتق الشركة (المادة 112 تجاري ليبي)⁽⁸⁾.

وبهذا المفهوم تختلف الشركة في طور التأسيس عن الشركة الفعلية التي كانت بدورها في يوم من الأيام شركة في طور التأسيس. فالشركة في طور التأسيس هي شركة لم تتمتع بعد بالشخصية الاعتبارية لأنها لم تستكمل مراحل تأسيسها، في حين أنّ الشركة الفعلية استكملت مراحل تأسيسها، وصارت قائمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية تمارس نشاطها بانتظام⁽⁹⁾، ولكنها تعرضت لهزة عنيفة نتيجة لصدور حكم ضدها بالبطلان.

بيد أنه وتخفيفاً لآثار وتبعات هذا الحكم على الغير، وحفظاً لاستقرار المعاملات والثقة في العقود، فإن آثار هذا البطلان لا تسحب إلى الماضي وإنما تقتصر على المستقبل، فيترتب عليه حل الشركة ودخولها في مرحلة التصفية تمهيداً لشطبها من السجل التجاري ومن ثم زوالها من الوجود.

الفرع الرابع

الشركة الفعلية والشركة القانونية

كثيراً ما نطالع في مؤلفات الفقه وأحكام القضاء مصطلح «الفعلي أو الفعلية»، وهو يستعمل كنقيض لمصطلح القانوني أو الرسمي: فيوجد مثلاً الموظف الفعلي في القانون العام نقيضاً للموظف الرسمي الذي تمّ تعيينه بشكل صحيح ليمارس صلاحياته وفق القانون، ويوجد المدير الفعلي في قانون الشركات كنقيض للمدير القانوني الذي تمّ تكليفه بإجراءات صحيحة من الجمعية العمومية للشركة أو من مجلس الإدارة. وعليه فإنّ مفهوم الشركة الفعلية يُعدّ نقيضاً لمفهوم الشركة القانونية *la société légale*، وهي كما أشرنا في الفرع الأول من هذا المطلب تستند في وجودها إلى نظرية الإرادة الظاهرة التي يهدف الفقه والقضاء من ورائها إلى حماية المصالح المشروعة للغير حسن النية.

إنّ الشركة القانونية هي عبارة عن شركة تم تأسيسها بإجراءات سليمة، توفّرت في عقد تأسيسها جميع العناصر الشكلية والموضوعية، وهي قد تتمتع بالشخصية الاعتبارية وقد لا تتمتع، وقد تطرّقنا للصنف الأخير في الثلاث فقرات السابقة. أمّا الشركات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فتتقسم في القانون الليبي إلى شركات تجارية وشركات مدنية.

(8) انظر: رسالتنا للدكتوراه بالفرنسية، حماية الدائنين في إطار مجموعة الشركات، جامعة فرانش كونتية، منشورات المطابع الأكاديمية الفرنسية، باريس، 2013، ص60.

(9) لا يؤخذ بنظرية الشركة الفعلية إذا حكم بإبطالها قبل القيام بأي عمل مع الغير. ينظر: إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة - الشركات التجارية، ط2، منشورات بحر المتوسط، بيروت - باريس، 1992م، ص43

ووفقاً لنص المادة (13) من قانون النشاط التجاري: «تعتبر شركات التضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والمساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة تجارية مهما كانت طبيعة نشاطها».

ووفقاً لنص المادة (25) من القانون نفسه تتمتع هذه الشركات بالشخصية القانونية اعتباراً من تاريخ قيدها في السجل التجاري. أمّا الشركات المدنية فتتمثل وفقاً لنص المادة (12) تجاري في التشاركيات وشركات الانتفاع العقاري والشركات التعاونية والشركات التعاونية لإدارة المرافق والمؤسسات ذات النفع العام. كما جاء في المادة (23) من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016م أنه: «فيما عدا شركة المحاصة، تتمتع الشركة بالشخصية القانونية اعتباراً من تاريخ القيد».

وتبرز أوجه الاختلاف بين الشركة الفعلية والشركة القانونية في مدى صحة إجراءات التأسيس من عدمها: فالشركة الفعلية هي شركة نشأت وتمتعت بالشخصية الاعتبارية رغم وجود خلل جوهري في إجراءات تأسيسها يعزى إلى غياب ركن من أركانها أو شرط من شروط صحتها الشكلية أو الموضوعية. ولذلك فإن هذه الشركة لا تستكمل طريقها في مزاولة نشاطها إلى النهاية، وإنما يتم حلها وتصفيتا فور ثبوت الخلل بحكم قضائي واجب النفاذ، فيترتب على ذلك وقف نشاطها بقوة القانون، بينما الشركة القانونية هي شركة نشأت صحيحة، وتمارس نشاطها وفق القانون، فتستمر في ذلك إلى حين بلوغ أجلها، أو صدور قرار من الشركاء أو من المحكمة يقضي بحلها دون سبب يعزى إلى البطلان.

المطلب الثاني

السياق التاريخي للشركة الفعلية

يمكن تقسيم التطور التاريخي للشركة الفعلية إلى مرحلتين: مرحلة التقنيات القديمة التي لم تكن تعترف بهذا المفهوم، ومرحلة النظم الحديثة التي بدأت تتبنى مفهوم الشركة الفعلية في صورة اجتهادات فقهية وقضائية، قبل أن توطر له بموجب التشريع.

الفرع الأول

غياب مفهوم الشركة الفعلية

في التشريعات القديمة

لم تظهر فكرة الشركة الفعلية في فرنسا إلا حديثاً خلال حقبة التقنيات العرفية التي كانت تقرّ للشركات بالشخصية الاعتبارية. فلم يعرف الرومان هذا المفهوم في قانونهم الذي لم يكن يرتب على عقد الشركة قيام شخص اعتباري⁽¹⁰⁾. فهم لم يعرفوا عقد الشركة إلا في مرحلة متأخرة من تاريخ دولتهم، وهو عندهم من العقود الرضائية التي يكفي لإبرامه مجرد الاتفاق، استثناء على ما كان سائداً من تشكيلات صارمة في القانون الروماني.

وقد اتسمت الشركات لدى الرومان بطابع عائلي يقوم في العادة على صلة القرابة *des societates familiares*، كما عرفوا شركات الأموال التي لجأوا إليها بدافع توفير الضرائب التي كانت تثقل كاهلهم، فدخل الملتزمون بالضرائب في شراكات هدفها تجميع المدخرات واستغلالها لأجل توفير ما تفرضه السلطات العامة عليهم من ضرائب⁽¹¹⁾.

ولكن ما ميّز هذه الشركات أنّ عقدها لم يكن يختلف عن سائر العقود الأخرى، وهو أنّه مجرد رابطة شخصية بين أطرافه لا يتمتع بأيّ ذاتية عنهم، فإذا بطل هذا العقد ترتب على ذلك زوال جميع الآثار التي نتجت عنه، نزولاً عند القاعدة السائدة لدى الرومان وهي أنّ: «ما بُني على باطل فهو باطل».

ولا يختلف الحال كذلك في التشريعات القديمة الأخرى، فتشير كتابات فقهية إلى أنّ

(10) مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص 23.

(11) انظر كلاً من: محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م، ص 187؛ سميحة القليوبي، القانون التجاري، دن، القاهرة، 1976م، ص 466.

أقدم وثيقة قانونية تعرّضت لفكرة الشركة كانت مدوّنة حمورابي الصادرة سنة 1694 قبل الميلاد⁽¹²⁾ التي خصّصت موادها (من 100 إلى 107) لعقد الشركة، ونظّمت العلاقة بين صاحب رأس المال والشريك الذي يقتصر دوره على مجرد تقديم جهده ووقته، ونصت على أنّ كلا الطرفين يعدان شريكين في الربح والخسارة المترتبين على المشروع⁽¹³⁾.

ولا توجد ضمن أحكام هذه المدوّنة نصوص تشير بشكل صريح أو ضمني إلى تمتّع الشركة بالشخصية الاعتبارية، وإنّما اقتصر موادها على تنظيم العلاقة بين الشركاء دون الإشارة إلى الغير الذي ترتبط حقوقه والتزاماته مباشرة بدمهم المالية. لذلك لم يكن متصوّراً في هذا القانون الكلام عن مفهوم الشركة الفعلية، فبطلان عقد الشركة يجعل الشركاء في علاقة مباشرة مع بعضهم البعض ومع الغير، ليرتّب آثاره في مواجهة الجميع بشكل رجعي.

ولا يمكن عند الحديث عن الشركة إغفال دور العرب الذين تعاملوا بهذه الصيغة العقدية قبل الإسلام وبعده، فقد تناول الفقه الإسلامي في قسم كبير منه الشركة ودرج على تعريفها انطلاقاً من أساس عقدي، فهي عند الفقيه خليل بن إسحاق المالكي: «عقد بين المتشاركين في الأصل والربح، وتشمل الاشتراك بين المتشاركين بإرث أو بيع أو غيرهما»⁽¹⁴⁾. وقد شرح هذا التعريف محمد عباس بالقول: «الشركة شرعاً إذن من اثنين فأكثر في التصرف لهما في مالهما أو بينهما أو على ذمتيهما وما ينشأ عن تصرفهما من الربح لهما والخسارة عليهما. فقوله إذن جنس شمل الشركة وغيرها وقوله في التصرف فصل مخرج الإذن في غيره، وقوله لهما صلة التصرف قصد ثان مخرج توكيل كل من شخصين الآخر على التصرف له في ماله، وقوله مع أنفسهما فصل ثالث مخرج دفع كل من شخصين مالاً للآخر ليتجر فيه بجزء من ربحه»⁽¹⁵⁾.

ومن الملاحظ في هذا الإطار أيضاً أنّ الفقه الإسلامي لم يكن ينظر إلى الشركة على أنّها أكثر من عقد ينظم العلاقة بين أطرافه دون أن يتمتّع بأي استقلالية عنهم، بل إنّ بعض

(12) تؤكد المصادر التاريخية أنّ البابليين كانوا أمة تاجرة، كما تدل على ذلك مدونتهم المشهورة بقانون حمورابي، فهذه المدوّنة تضمّنت بعض التنظيمات التجارية، مثل القرض والرهن والوديعة وبعض التطبيقات البسيطة لفكرة الشركة. راجع: محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، قانون النشاط التجاري - المبادئ والقواعد العامة، ط6، دن، القاهرة، 2014م، ص24.

(13) عبدالغني الرويمض، تاريخ النظم القانونية، مطابع عصر الجماهير، الخمس، ليبيا، 2000م، ص222.

(14) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ومعه تعليقات الأستاذ طاهر أحمد الزاوي، دار المنار الإسلامي، القاهرة، د.ت، ص212.

(15) محمد أمين عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، ص322.

التعريفات كانت لا تميّز بين الشركة والشيوع، فوفقاً لعبارة أحد فقهاء الشافعية تُعرّف الشركة بأنها: «ثبوت الحقّ في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع»⁽¹⁶⁾. فالشركة وفقاً لهذا الجانب من الفقه الإسلامي تُبنى على الخلط بين الحصص المقدمة من الشركاء، وفي ذلك يقول الكاساني: «الشركة تُبنى على الاختلاط، والاختلاط لا يتحقّق مع تمايز المالكين، فلا يتحقّق معنى الشركة، ولأنّ من أحكام الشركة أنّ الهلاك يكون من المالكين، وما هلك قبل الخلط من أحد المالكين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة»⁽¹⁷⁾.

وبناء عليه، لم يفصل الفقهاء المسلمون الشركة عن الشركاء، ولم يعترفوا بوجود مستقل للشركة يميّزها عن وجود الشركاء فيها، وإنّما اعتبروا ذمم الشركاء هي ذمة الشركة، وبالتالي لم يكن للشخصية القانونية للشركة أي اعتبار لدى هؤلاء الفقهاء⁽¹⁸⁾. ولا يمكن في ظل هذا الواقع تصوّر وجود مفهوم للشركة الفعلية⁽¹⁹⁾، فالشركة مجرد تطبيق عقدي لا يمتّع عن أطرافه بأي ذاتية منفصلة، وتترتب الحقوق والالتزامات مباشرة في مواجهة هؤلاء الأطراف دون أن تمر بأي ذمة وسيطة، كما أنّ الفقه الإسلامي يتسم بالشدّة والصرامة في أمور البطلان، فلا يسمح لعقد باطل بأن يربّب آثاراً صحيحة.

الفرع الثاني

ظهور مفهوم الشركة الفعلية

في النظم الحديثة

ارتبط ظهور الشركة الفعلية تاريخياً مع اكتشاف فكرة الشخصية الاعتبارية المستقلة، وتشير معظم الكتابات الفقهية إلى أنّ الشخصية الاعتبارية للشركة ظهرت إلى الوجود

(16) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، ص221.

(17) مُشار إليه لدى: عبد الحميد محمود البعلي، الشخصية الاعتبارية وأحكامها الفقهية في الدولة المعاصرة وأثرها في شرط الملك التام ويبحث صفات الشخصية الاعتبارية وما يترتب على ذلك في مسائل الزكاة، وفقية الأمير غازي للفقه القانوني، ص33.

(18) محمد السيد الدسوقي، الشخصية الاعتبارية بين الفقه والقانون، دن، دت، القاهرة، ص356.

(19) انظر: عزيز المكي، الوسيط في الشركات التجارية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمّان، الأردن، 2010، ص56، وقد ذكّر المؤلف أنّه: «لا وجود للشركة الفعلية في الشريعة الإسلامية، لأنّ عقد الشركة وفقاً لها يكون صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً، فإذا كان باطلاً فلا يصحّ أن يُخلف وراءه شركة فعلية، لأنّه معدوم الأثر، وإذا كان فاسداً لا يُخلف وراءه شركة فعلية أيضاً؛ لأنّ العقد الفاسد صحيح في أصله اعتراه فساد في وصفه، أضف إلى ذلك أنّ الشركة لا تُعدّ شخصاً اعتبارياً مستقلاً عن الشركاء وفقاً للشريعة الإسلامية، فالشركة الفعلية لا وجود لها في اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية».

أثناء ما أُطلق عليه مرحلة الأعراف التجارية التي سادت في أوروبا خلال القرون الوسطى، وقد نظرت هذه الأعراف إلى الشركة على أنها تنظيم قانوني يختلف في مفهومه عن الشيوخ، فلم تسمح للشريك بأن يطالب بقسمة حصته أو بالتصرف فيها طالما بقيت الشركة قائمة، ممّا يعني بأن هذه الحصة تخرج نهائياً من ذمم الشركاء لتستقر في ذمة محايدة تتمثل في الشركة، كما كانت تلك الأعراف تسمح للشركاء بأن يطالبوا دائتي الشركة بتجردها من أموالها أولاً قبل الرجوع عليهم.

وفي محاولة من المشرّعين للملزمة شتات هذه الأعراف، صدرت في فرنسا أول مدونة تجارية سنة 1673م (مجموعة سافاري)⁽²⁰⁾، تطرقت في جزء من أحكامها لشركات الأشخاص دون أن تشير صراحة إلى تمتّعها بالشخصية الاعتبارية، وإن كان ذلك يُعدّ تحصيلاً حاصلًا بموجب الأعراف السائدة كما أشرنا⁽²¹⁾.

وتأسيساً عليه، طرح قيام الشخصية الاعتبارية آنذاك إشكالاً عويصاً فرض نفسه عند الحكم ببطلان الشركة، حيث يصدر هذا الحكم بعد أن تنشأ الشركة وتطلق في مزاولة نشاطها لشهور أو لسنوات، تترتب خلالها حقوق والتزامات تكون قد نفذت واستقرت الأوضاع التي أنتجتها. لذلك بدأ الفقه ينادي بضرورة التمييز بين مرحلتين: المرحلة السابقة على صدور الحكم ببطلان الشركة، والمرحلة اللاحقة لصدور هذا الحكم، بهدف ترتيب آثار البطلان فقط على المرحلة اللاحقة.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي هذا الرأي مستنداً إلى حجج مختلفة: فقد ظل حتى صدور حكم محكمة استئناف باريس سنة 1791م⁽²²⁾ يستند في رفضه لتفعيل آثار البطلان على الشركات إلى نظرية التّعسف في استعمال الحقّ *la theorie de l'abus de droit*، وتفرض

(20) سُمّيت بهذا الاسم نسبة لأحد واضعيها وهو سافاري Savary وكان تاجراً باريسياً معروفاً أخذ على عاتقه تجميع الأعراف التجارية التي كانت سائدة في عصره، ووضعها في كتاب واحد لعرضها على البرلمان الفرنسي الذي أقرّها سنة 1673م. وقد كانت هذه المدونة موضوعاً لشروحات وتعليقات كثيرة، منها ما قام به سافاري نفسه في شرح وتعليق على كتابه (التاجر الكامل)، ثم أكملها ابنه من بعده بإصدار (القاموس العالمي التجاري)، وكذلك تعليقات الفقيه جوسي. انظر: فرانسوا قوري، قانون الأعمال، الجزء الأول، منشورات مون كريتيان، سلسلة مختصر دوما، باريس، 1977م، ص 13-15.

(21) لم تتضمن هذه المدونة أحكاماً خاصة بالإذن بتأسيس شركات الأشخاص، ممّا يعني أنّها ظلت متمتعة بنظام من الحرية في تأسيسها وفي تمتّعها بالشخصية الاعتبارية، عدا ما توجيه القواعد العامة من مراعاة لشروط العقد بشكل عام. انظر في ذلك: أحمد علي عبد الله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، ط2، الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الخرطوم، 2016م، ص 33.

(22) قرار مؤرخ في 1791/11/4م، مشار إليه لدى: مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 23.

هذه النظرية التزاماً قانونياً تجاه من يريد استعمال حقّه بأن يكون هذا الاستعمال مشروعاً. فالحقّ بشكل عام يعطي لصاحبه التمتع بمكنة أو ميزة على سبيل التخصّص والإفراد، وهو مجرد وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في التمتع بمضمونه، أي بالممكنات والصلاحيات التي يخولها لصاحبه.

وإلى وقت قريب كان استعمال الشخص لحقّه لا يعرضه لأي لوم أو جزاء، فكما يقول الفقيه الروماني الشهير جابوس: «ليس بالمعتدي من يستعمل حقّه»، وقال بول Paul: «لا يأتي عملاً ضاراً إلا من يتصرّف بدون حق»⁽²³⁾. ومن هنا كانت الفكرة السائدة هي نفي الظلم عمّن يستعمل حقّه، فلم يقبل القضاء الفرنسي في بادئ الأمر بإمكانية مراقبة الفرد في استعماله لحقوقه ذات الطابع المطلق.

وإذا كان القانون الفرنسي الذي وضع في مطلع القرن التاسع عشر الميلادي قد جاء خالياً من نصوص تفرض قيوداً على من يستعملون حقوقهم، وتحدّد جزاءً ينطبق على من يلحقون الضرر بالغير جرّاء هذا الاستعمال، إلا أنّ القضاء لاحظ مساوئ التمسك بهذه الأفكار التقليدية، فانتصر لآراء فقهاء كبار من أمثال جوسران نادوا بضرورة الربط بين استعمال الحقّ ومبدأ حسن النية في هذا الاستعمال، مؤسسين بذلك لنظرية حديثة عرفت بالتعسّف في استعمال الحقّ⁽²⁴⁾.

وكما أشرنا أعلاه، فقد طبّق القضاء الفرنسي هذه النظرية في مجال الشركات لأول مرة سنة 1791م بموجب حكم صدر عن محكمة استئناف باريس التي قرّرت فيه: «أن الشركة التي تقيد في السجل التجاري إذا كانت باطلة، فإنّ هذا البطلان لا يمكن أن يحتج به على الغير لعدم تسببه في البطلان، ولأنّ البطلان يؤدي إلى الإضرار بهم». فالشريك الذي يطالب بتفعيل الأثر الرجعي للبطلان ضد من تعاملوا مع الشركة قبل الحكم بإبطالها يُعدّ متعسفاً في استعمال حقّه لتحقيق ما يراه ويتغافله من أنّ المصالح التي يسعى إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب هؤلاء المتعاملين من بطلان لا يعلمون عن أسبابه شيئاً.

هذا القرار وإن لم يُشر صراحة إلى مصطلح الشركة الفعلية *la societe de fait*، إلا أنّه يمثّل النواة الأولى لهذا المفهوم القانوني، فعدم تفعيل الأثر الرجعي للبطلان على الحكم بإبطال عقد الشركة كما يقضي بذلك القانون الفرنسي القديم، يعني في واقع الأمر ترتيب آثار قانونية صحيحة على هذه الشركة.

(23) مُشار إلى هؤلاء الفقهاء لدى: الكوني أعبودة، أساسيات القانون الوضعي، المدخل إلى علم القانون - الحق، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، 1997م، ص258.

(24) المرجع السابق، ص261.

بعد هذا القرار وتحديداً في سنة 1825م استعمل القضاء الفرنسي لأول مرة مصطلح الشركة الفعلية *La societe de fait* من قبل نفس المحكمة (محكمة استئناف باريس) التي رفضت أعمال الأثر الرجعي للبطلان بخصوص شركة تجارية تأسست دون كتابة ودون إشهار، واعتبرت المحكمة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمالاً صحيحة على أساس الوجود الواقعي والوضع الظاهر للشركة. ثم توالى بعد ذلك الأحكام القضائية الفرنسية مؤكدة على أنّ مثل هذه الشركة رغم بطلانها يمكن أن تكتسب بعض أوجه الاعتراف القانوني لحماية لمن تعاملوا معها⁽²⁵⁾.

ومن اللافت للنظر أنّ بعض الأحكام القضائية صارت تستند في تأسيس مفهوم الشركة الفعلية إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، باعتبار أنّ الشركة كانت موجودة فعلاً، ولها كياناتها الذاتية ومن غير المقبول إنكار وجودها بعد أن اطمأن الغير إلى هذا الوجود وتعامل معها بوصفها كائناً حياً⁽²⁶⁾. ويعني ذلك أنّه لتطبيق نظرية الشركة الفعلية يجب أن يكون للشركة مظهراً خارجياً يستأنس به الغير، أي أن تكون قد دخلت في تعاملات ظاهرة مع الغير؛ لأنّ الحكمة الأساسية لتكريس نظرية الشركة الفعلية هي حماية الغير حسن النية الذي تعامل معها وأولى ثقته في وضعها الظاهر.

على كل حال، بصدور القانون التجاري الفرنسي بتاريخ 24 يونيو 1966م الذي نتج عنه توحيد أحكام الشركات، وإدراجها ضمن مدوّنة القانون التجاري *Le code de commerce*، اعترف المشرّع الفرنسي صراحةً بفكرة الشركة الفعلية، ونظّمها بأحكام خاصة تتمثّل حالياً في المادة (10-235L)، وهو أيضاً ما قام به أغلب المشرّعين ومنهم المشرّع الليبي الذي نظّم الشركة الفعلية بموجب قانون النشاط التجاري الليبي في المادة (29) تحت عنوان الشركة الفعلية، وفقاً لها: «لا يؤثر في صحة ما تمّ من أعمال وتصرفات الشركة، الحكم ببطلانها الصادر بعد القيد في السجل التجاري، ولا يعفى الشركاء من دفع حصصهم بالكامل إلاّ بعد دفع ما على الشركة من ديون. ولا يجوز الحكم بالبطلان إذا زال سببه بإجراء تمّ قيده في السجل التجاري»⁽²⁷⁾.

(25) ينظر: محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، طعن 62.1825، بتاريخ 13 مارس 1862م.

(26) عزيز العكلي، مرجع سابق، ص56.

(27) من التشريعات العربية أيضاً: المادة (419) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنّه: «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلاّ كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنّه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير وألاّ يكون له أثر فيما بينهم إلاّ من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان». أيضاً توجد إشارة ضمنية لمفهوم الشركة الفعلية في المادة (545) من القانون التجاري الجزائري التي وفقاً لها: «ثبتت

وفي دولة الكويت أيضاً تم تنظيم الشركة الفعلية بموجب المادة (29) من قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016م، حيث نصت هذه المادة على أنه: «إذا قُضي ببطلان عقد الشركة اعتبرت الشركة شركة واقع، وتتبع شروط العقد في تصفيتها وتسوية حقوق الشركاء قبل بعضهم البعض، ولا يترتب على بطلان عقد الشركة بطلان تصرفات الشركة خلال الفترة السابقة على تاريخ صدور حكم نهائي بالبطلان، ما لم تكن تلك التصرفات باطلة لسبب آخر».

الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة. لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة. يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء». فهذا النص على الرغم من اشتراطه الكتابة الرسمية لصحة عقود الشركات التجارية، إلا أنه لم يجعل للبطلان أثراً رجعياً، ذلك أن المشرع أعطى للغير حق إثبات وجود الشركة بكافة طرق الإثبات.

المطلب الثالث

شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية

إنّ مؤدى نظرية الشركة الفعلية كما صاغها الفقه والقضاء قصر آثار بطلان الشركة على المستقبل، اعترافاً بوجودها الفعلي السابق على الحكم ببطلانها، بحيث تتمّ تصفية العلاقات والمعاملات التي تمّت قبل البطلان على أساس الإقرار بوجود الشركة، فلا يلزم الشركاء بردّ ما قبضوه من أرباح، ولا يحقّ لهم المطالبة باسترداد ما تحمّلوه من خسائر، كما لا يجوز للشركة التحلّل من التزاماتها تجاه الغير⁽²⁸⁾.

وبعبارة أخرى، تقوم فكرة الشركة الفعلية من حيث الجوهر على فرضية مفادها أنّه متى ما حكم ببطلان الشركة فإنّ ذلك - وإن ترتّب عليه حلّها وزوالها في المستقبل - لا يمكن أن يؤدي إلى تقويض وجودها في الماضي، أي خلال الفترة ما بين قيامها والحكم ببطلانها، فتعدّ قائمة ومرتبّة لآثارها بما يمكن معه تصفية الحقوق والالتزامات التي نشأت عن تعاملاتها⁽²⁹⁾، وهذا الحكم هو ما نصت عليه المادة (29) تجاري بقولها: «لا يؤثّر في صحة ما تمّ من أعمال وتصرفات الشركة، الحكم ببطلانها الصادر بعد القيد في السجل التجاري، ولا يعفى الشركاء من دفع حصصهم بالكامل إلاّ بعد دفع ما على الشركة من ديون».

ويرجع السبب في وصف الشركة بالفعلية إلى تخلف الشروط الموضوعية أو الشكلية لعقد التأسيس.

الفرع الأول

البطلان لتخلف الشروط الموضوعية

العامة والخاصة

نتناول في فقرتين: البطلان لتخلف الشروط الموضوعية العامة، والبطلان لتخلف الشروط الموضوعية الخاصة.

(28) محمود مختار بربري، قانون المعاملات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م، ص232.
(29) بطبيعة الحال، يتطلب تفعيل هذا المفهوم أن تكون الشركة قد اكتسبت الشخصية الاعتبارية قبل الحكم ببطلانها، ويقضي ذلك أن يصدر هذا الحكم بعد قيدها في السجل التجاري، أمّا إذا لم تقيد الشركة أصلاً، فلا يمكن الحديث عن أي وجود فعلي لها قبل الحكم ببطلانها، ومن ثمّ يتمّ تطبيق مبدأ الأثر الرجعي للبطلان على عقد تأسيسها. انظر في هذا أيضاً: جورج ريربير ورينو روبلو، مرجع سابق، ص248.

الفصل الأول

البطلان لغياب الشروط الموضوعية العامة

تتمثل هذه الشروط - كما مرّ بنا - في الرضا، والأهلية، والمحلّ، والسبب.

أولاً: بطلان الشركة لغياب ركن الرضا

تعدّ الشركة باطلة إذا اقترن بها عيب من العيوب التي تشوب ركن الرضا، أي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وتختلف درجة البطلان وفقاً لحدة العيب: فهو يفضي إلى البطلان المطلق للشركة، إذا بلغ العيب حداً من الجسامة أدى إلى هدم شرط الرضا، وهو يقود إلى البطلان النسبي إذا اقتصر العيب على مجرد إنقاص الإرادة دون إعدامها. ومثال العيب في الحالة الأولى أن يدفع شخص مالاً إلى الشركة على سبيل القرض، في حين أنّ هذه الأخيرة تقصد استلامه على سبيل الحصة، أو أن يقدم الحصة على سبيل الانتفاع في حين تقصد الشركة الملكية الكاملة، ففي الحالتين يعد ذلك من الغلط في وصف العقد الذي يؤدي إلى البطلان المطلق، ويُقاس عليه كذلك أن يقدم الشريك حصته عيناً في صورة عقار أو منقول معين، في حين أنّ الشركة تقصد الحصول على عقار أو منقول غيره، فتكون في هذه الفرضية بصدد غلط في ذاتية المحل يبطل العقد بطلاناً مطلقاً. كما أنّ الإكراه إذا كان ملجئاً يؤدي إلى بطلان عقد الشركة بطلاناً مطلقاً، وإن عدّ ذلك نادر الحدوث في هذا المجال⁽³⁰⁾.

وعلى عكس ذلك، لا يؤدي إلى البطلان المطلق وإنما إلى البطلان النسبي العيب الذي يقتصر على مجرد إنقاص الرضا دون انعدامه، ومن صور ذلك أن يتقدم الشريك بالعمل بشهادة مزوّرة حول مؤهله العلمي، فيعد ذلك من التدليس الذي يعيب العقد، ويوجب على من وقع ضحية له أن يطالب بالبطلان وفق القواعد العامة، أي خلال أجل غايته ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف العيب أو خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد (م 140 مدني).

أمّا إذا سكت عن ذلك، فإنّ هذا العقد يتحصّن من البطلان بسبب التقادم، كما يسقط الحقّ في التمسك بهذا البطلان بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ومن صور الإجازة الضمنية أن يتقاضى الشريك نصيبه من الأرباح، أو يشارك في مداولات الشركة رغم علمه بالعيب.

(30) علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص 384.

ثانياً؛ البطلان لاختلال ركن الأهلية

يجب التمييز في هذا الشأن بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، فلكون شخصية الشريك محل اعتبار في شركتي التضامن والتوصية البسيطة، يُفترض أن يترتب على نقصان أو انعدام أهليته بطلان الشركة، ويستوي أن يحدث ذلك لحظة إبرام العقد أو أثناء حياة الشركة.

غير أن المشرع حاول في المدونة التجارية الجديدة (لسنة 2010) تدارك هذا البطلان من أجل إنقاذ الشركة، وذلك باشتراط النص في عقد التأسيس على الوضع الذي تؤول إليه الشركة في حال انعدام أو نقصان أهلية الشريك أو إشهار إفلاسه (المادة 10/54)، كأن ينص مثلاً على استمرار الشركة قائمة مع بقاء الشريك ممثلاً فيها من خلال نائبه القانوني، أو على تصفية حصة الشريك مع تخفيض أو زيادة رأس مال الشركة في حدود ذلك.

ولكن لا تبطل الشركة لمجرد خلو عقد تأسيسها من هذا البند، وإنما تبقى صحيحة إلى أن يتحقق شيء من تلك العوارض، وعندئذ تنحل بموجب القانون (المادة 70 تجاري)، وهذا يعني أن البند الذي استوجبه المادة (10/54) تجاري لا يُعدّ شرطاً لازماً في عقد التأسيس، بحيث يترتب على غياب البطلان، وإنما شرط احترازي يرمي الشركاء من إدراجه إلى التحسب مسبقاً لتلك العوارض؛ كي لا تؤثر على وجود الشركة.

أما بالنسبة إلى شركات الأموال فلا يؤدي نقصان أو انعدام أهلية الشريك أو إفلاسه إلى بطلانها، وإنما يقتصر أثر ذلك على بطلان مساهمته، فيسترد الشريك ما سبق أن دفعه من حصة وتستمر الشركة قائمة، إلا أن هذا الأمر متوقف بدهاة على عدم تأثير خروج الشريك على ركن تعدد الشركاء المطلوب في الشركة، فإذا اختل هذا العنصر - كأن يبقى في الشركة أقل من الحد الأدنى المفروض - وجب على الشريك أو الشركاء الباقين المبادرة إلى معالجة الوضع خلال أجل قدره سنة، وإلا أُعدت الشركة منحلّة بقوة القانون (المادة 34 تجاري)⁽³¹⁾.

ثالثاً؛ البطلان لتخلف ركن المحل

تخلف ركن المحل يتحقق وفقاً للقواعد العامة بعدم وجود هذا العنصر، أو بعدم تعيينه، أو بعدم مشروعيته وقت إبرام العقد (المادة 132 مدني وما يتبعها)، فقد تبطل الشركة لعدم

(31) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص32.

وجود المحلّ، كأن تنشأ لمزاولة نشاط صناعي اعتماداً على براءة اختراع أو علامة تجارية صدر حكم بوصفها مزوّرة، وقد تبطل لعدم مشروعية المحل، أي النشاط الذي أنشئت لمزاويلته، كأن يقصد الشركاء من تأسيسها القيام بأعمال تتعارض مع النظام العام أو حُسن الآداب، كصناعة الخمر أو المخدرات أو الاتجار فيهما، أو ممارسة التهريب، أو تزوير العملة، أو الاتجار في السلاح أو أنشطة الهجرة غير المشروعة.

ففي جميع هذه الحالات يُعدّ عقد الشركة باطلاً، فلا ينتج عنه أي أثر، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يُصحّح هذا البطلان بالإجازة أو بمرور الزمن، إلا أنّ الدعوى المتعلقة به تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد⁽³²⁾ (المادة 2/141 مدني)، وإلى جانب ذلك تُعدّ الشركة المنشأة لمزاولة نشاط غير مشروع في حكم المجردة من كيانها القانوني، ليس فقط بالنسبة إلى المستقبل، وإنما كذلك إلى الماضي، وبذلك فلا يمكن عدّها شركة فعلية؛ لأنّ من شأن ذلك شرعنة النشاط الذي كانت تزاوله خلال الفترة السابقة على الحكم بإبطالها.

رابعاً: البطلان لتخلف ركن السبب

عند الحديث عن ركن السبب في الشركة ينصرف المعنى عادة إلى نوعين من الأسباب: سبب مساهمة الشريك في الشركة، وسبب قيام الشركة ذاتها. ويُقصد الشريك من وراء مساهمته في الشركة المشاركة في الأرباح والخسائر المترتبة عن استثماراتها، وانقضاء هذه المشاركة مطلقاً يعني في الواقع وجود شرط يقضي بحرمان الشريك من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر، وهو ما يطلق عليه فقهاً «شرط الأسد»، الذي عالجه القانون - كما مرّ بنا - على نحو مفرد في الأثر، حيث رتبّ عليه بطلان عقد الشركة (المادة 506 مدني).

ولا جرم أنّ موقف المشرّع الليبي يُعدّ منتقداً من هذا الجانب؛ لكونه لا يُراعي كثيراً من المصالح المرتبط وجودها بوجود الشركة، كالشركاء والعمال والدائنين من زبائن وموردين ومقرضين. فالشركة جزء من الاقتصاد الوطني، وكثيراً ما يؤدي اختفاؤها إلى تبعات جسيمة تنعكس سلباً على هذا الاقتصاد، ممّا كان يُحسن بالمشرّع أن يكتفي بمجرد النص على بطلان شرط الأسد دون الشركة.

وأما بالنسبة إلى سبب قيام الشركة، فيتمثّل في مزاولة النشاط المقصود من تأسيسها الذي قد يكون مشروعاً أو العكس. وتخلف هذا الشرط يعني بطلان عقد الشركة ليس فقط

(32) المرجع السابق، ص56.

بالنسبة إلى المستقبل وإنما كذلك الماضي، ولذا فإنّ هذا الشرط لا أهمية له بالنسبة إلى الشركة لكونه يختلط مع شرط المشروعات الخاص بالمحل ويؤدي إلى ذات النتيجة.

الفصل الثاني

البطلان لتخلف الشروط الموضوعية الخاصة

تتمثل الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة في تعدد الشركاء ونية المشاركة وتقديم الحصص والمشاركة في الأرباح والخسائر، والآثار المترتبة على تخلف هذه الشروط ليست جميعها من نفس الطبيعة: فغياب شرط التعدد عالجها المشرع بالمادة (24 تجاري) التي تنص على أنه: «في حالة أيلولة كل الأسهم أو الحصص إلى شخص واحد وجب على من آلت إليه ملكية الأسهم أو الحصص أن يبادر ببيع ما يتجاوز منها الحدود المنصوص عليها في هذا القانون خلال مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وإلا اعتبرت الشركة منحلّة بقوة القانون».

هذا الحكم لم يشر صراحة إلى البطلان، الأمر الذي يمكن تفسيره بأنّ أيلولة الأسهم أو الحصص إلى شريك وحيد يؤدي إلى الانفساخ لا إلى البطلان، ومما يقوّي هذا الاعتقاد أنّ انحلال الشركة يكون بقوة القانون، وأنّها تبقى قائمة قبل انقضاء السنة رغم زوال ركن التعدد، ممّا يتجافى مع مفهوم البطلان المطلق. ولكن كيفما كان الأمر تبدو النتيجة واحدة في الحالتين، وهي أنّ الشركة قبل انقضاء السنة تبقى قائمة ومرتبّة لآثارها، وأنّها تنحل بقوة القانون فور انقضاء هذه المدة، وأنّه ليس لهذا الانحلال أية نتائج انعكاسية تترد على الماضي.

أمّا عن شرط نية المشاركة فيترتب على غيابه لدى أحد الشركة بطلان عقد الشركة إذا كانت شخصية هذا الشريك محل اعتبار خاص، ويتخلف هذا الشرط إذا لم يقصد من ذكر اسم الشخص في العقد سوى استكمال ركن التعدد أو الاستفادة ممّا يتمتع به هذا الشخص من نفوذ أو شهرة دون أن توجد لديه أي نية في المساهمة في إدارة الشركة أو في أرباحها وخسائرها. ومن مظاهر ذلك أن يتضمّن عقد تأسيس الشركة اسم وتوقيع شخص مجامل لا يقصد تحمل أية تبعات، وإنما مجرد انتفاع الشركة بسمعته ونفوذه الاقتصادي، أو أن يدرج اسم أحد الأشخاص في عقد الشركة دون أن يدفع حصة تذكر في رأس مالها، كأن يكون موظفًا بسيطًا أعار إليها اسمه لمجرد استكمال النصاب القانوني لعدد الشركاء *associé prête-nom*.

الفرع الثاني

البطلان لتخلف الشروط الشكلية

يُشترط في عقد الشركة أن يكون مكتوباً على يد موثّق رسمي وفق بيانات معيّنة، وأن يتمّ قيده لدى مصلحة السجل التجاري؛ حتى تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية، ولا تستثنى من هذه الشروط إلا شركة المحاصة (المادة 14 تجاري). ويتميّز هذا العقد عن غيره بأنه شكلي، وأنّ شكلية لا تقتصر على مجرد كتابته، وإنّما يضاف إليها عنصران آخران: الأول أن تكون رسمية على يد موظف مختص (محرّر عقود)، والثاني أن يتمّ قيد العقد الرسمي لدى مكتب السجل التجاري المختص. تخلف العنصر الأول يترتب عليه بطلان عقد الشركة بطلاناً مطلقاً، وتخلف العنصر الثاني يعني تعذر اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية، أي انعدام وجودها كشخص معنوي.

ومن الصعوبة بمكان تصوّر بطلان عقد الشركة لغياب الكتابة أو لغياب الرسمية، حيث يتعدّر عندئذ قيده لدى السجل التجاري ليس لكون هذا الشرط جوهرياً، وإنّما من الوارد أن يبطل عقد تأسيس الشركة لإغفال بعض البيانات الجوهرية المطلوبة لصحته، كعدم ذكر المقرّ أو الشكل القانوني، أو عدم مراعاة وحدة الغرض والتخصّص، أو تضمينه لشرط الأسد، أو أن يحتوي على عدد من الشركاء أقلّ من الحدّ الأدنى المطلوب قانوناً، وقد يطعن في هذه الحالات في عقد تأسيس الشركة من أحد الشركاء أو من الغير، ممّا يؤدي إلى الحكم ببطلانه. هذا الأمر يقود في الواقع إلى جملة من التساؤلات تتعلّق بمصير الشركة ومصير الحقوق والالتزامات التي ترتبت على نشاطها قبل الحكم بالبطلان.

المطلب الرابع

أحكام الشركة الفعلية

الشركة الفعلية مفهوم قانوني ابتدعه الفقه وكرّسه القضاء في العديد من المناسبات، وهو لا يعدو أن يكون حيلة على قواعد البطلان كما نظمها القانون المدني، فتقوم هذه القواعد كما هو معلوم على مبدأ الأثر الرجعي للبطلان الذي يعني إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، حيث نصت على هذا الأثر المادة (142) مدني بقولها: «في حالتي إبطال العقد وبطلانه، يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل».

ويؤدي تفعيل هذا المبدأ في مجال الشركات إلى نتيجة مفادها انعدام وجود الشركة الباطلة خلال الفترة ما بين قيدها في السجل التجاري والحكم ببطلانها، وواقع الحال أنّ هذه الشركة كانت قد نشأت فعلياً وقطعت شوطاً في مزاولة نشاطها، ودخلت في تعاقدات مع الغير، ولعلها حصلت على قروض وكوّنت العديد من الزبائن والعمال. ولذلك يؤدي تفعيل مبدأ الأثر الرجعي للبطلان بالصورة التي نظمها القانون المدني إلى إرباك كبير لتعاملات الشركة مع الغير وإهدار الثقة التي منحها هذا الغير للواقع⁽³³⁾، فكان من الطبيعي أن تفرض هذه الظروف معالجات خاصة للشركة الباطلة تميّز بين مرحلتي ما قبل صدور الحكم ببطلانها وما بعد ذلك.

الفرع الأول

وضع الشركة قبل الحكم ببطلانها

استناداً إلى نص المادة (29 تجاري) يؤدي الحكم ببطلان عقد التأسيس إلى نهاية الشركة في المستقبل دون تأثير على الماضي، ويُجسّد هذا النص الأصل العام الذي ترد عليه جملة من الاستثناءات.

(33) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص 255-266. وفي ذلك يقول: «وإذا كان مقتضى البطلان عودة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فإنّ هذه العودة محصلتها انهيار الشركة بالنسبة للماضي كما المستقبل، وهو من النتائج التي تخلق وصفا يمس بمراكز اقتصادية استقرت بسبب الاعتقاد بسلامة الشركة من الناحية الفعلية منذ تكوينها حتى صار بطلانها، ومن ضمن الذين تسهم آثار الحكم بالبطلان، الغير المتعاقد مع الشركة، الذي اطمأن إلى وجود الشركة من خلال الوضع الراهن».

الفصل الأول

الأصل العام: قيام الشخصية الاعتبارية للشركة

وفقاً لنص المادة (29 تجاري) لا يجوز أن تتأثر التصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير قبل صدور الحكم ببطلانها بهذا الحكم، ويفيد فحوى هذا النص أن الشركة تستمر قبل الحكم ببطلانها قائمة ومنتجة لآثارها وفقاً للشكل القانوني الذي تتخذه (تضامن، مساهمة، توصية بالأسهم...)، كما لو أنها لم تتعرض قط للبطلان⁽³⁴⁾، وتبقى العقود التي أجزتها صحيحة ولا تتأثر بهذا الحكم.

وبذلك يكون المشرع قد تبنى صراحة مفهوم الشركة الفعلية الذي ساد في أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين منذ أواسط القرن الماضي. ويمكن في هذا الإطار الاسترشاد أيضاً بحكم قديم لمحكمة النقض المصرية حيث ذهبت فيه إلى أنه: «لا يترتب على عدم استيفاء شركة التضامن لإجراءات الشهر والنشر ببطلانها فيما بين الشركاء إلا إذا طلبه أحدهم، وحكم به، وعندئذ يعتبر العقد موجوداً وصحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان، فيرجع إليه في تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم والتزاماتهم، ولئن كان لكل شريك في شركة التضامن من الحق في أن يطلب ببطلان الشركة في مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر، إلا أنه ليس لهذا البطلان أثر رجعي، بل تبقى الشركة موجودة وجوداً صحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء به رغم عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر، وذلك باعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الاعتبارية التي تستمد وجودها من العقد»⁽³⁵⁾.

لم يضيف القضاء المصري كما يلاحظ على عقد الشركة الباطلة قرينة الصحة فقط خلال المرحلة السابقة على الحكم ببطلانها، وإنما صيغ عليه بعض ملامح العقد الصحيح كذلك بعد صدور هذا الحكم، وإلا فما معنى استمرار وجوده لتنظيم التصفية وتوزيع الأرباح والخسائر رغم الحكم الصادر ببطلانه؟ وما معنى خضوع الشركة الفعلية لأحكام الإفلاس؟ إن في هذا التوجه القضائي تكريساً لفكرة الشركة الفعلية التي تستمر في الوجود أسوة بالشركة الصحيحة حتى لحظة شطبها من السجل التجاري⁽³⁶⁾.

(34) محكمة النقض الفرنسية، 16 أبريل 1967م، دورية محكمة النقض 1967م، رقم 170، ص 165.

(35) محكمة النقض المصرية، طعن مدني، جلسة 1951/1/4، مجلة محكمة النقض، السنة 2، ص 213.

(36) يبدو أن القضاء المصري استوحى هذه الحلول من محكمة النقض الفرنسية التي درجت في عدة مناسبات على التأكيد بأن الشركة الباطلة تصفى وفقاً للآلية التي يرسمها عقد التأسيس والقواعد القانونية المتعلقة بالشركات المنحلة. انظر على سبيل المثال: محكمة النقض الفرنسية، 5 يناير 1886، طعن رقم 1886.1.241، تعليق لاييه/محكمة النقض الفرنسية، 4 نوفمبر 1984م، تعليق اونورات.

الفصل الثاني

الاستثناءات: اندثار الشخصية الاعتبارية للشركة

إن استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة قبل الحكم ببطلانها لا يستقيم مع بعض الأوضاع القانونية التي تقتضي انسحاب البطلان بأثر رجعي إلى الماضي، ويتحقق ذلك على نحو مخصوص في حالة البطلان لعدم مشروعية النشاط الذي تزاوله الشركة، كأن يكون القصد من تأسيسها مزاوله نشاط يتعارض مع النظام العام أو حسن الآداب، كصناعة الخمر أو المخدرات أو الاتجار في ذلك، أو التهريب، أو تزوير العملة، أو الاتجار في البشر أو أنشطة الهجرة غير المشروعة، أو الاتجار في السلاح. ففي جميع هذه الحالات لا يمكن الحديث عن شركة فعلية قبل الحكم ببطلانها؛ لأن ذلك يؤدي في الواقع إلى شرعنة النشاط الذي زاولته الشركة طيلة الفترة ما بين تاريخ تأسيسها وتاريخ الحكم ببطلانها⁽³⁷⁾.

يأخذ نفس الحكم البطلان الذي يرجع إلى عدم مشروعية السبب في الشركة، ويقصد بالسبب هنا هو السبب الباعث لا القصد، لأن هذا الأخير يختلط مع ركن المحل ويأخذ حكمه. ويُعدّ السبب الباعث غير مشروع إذا كان القصد منه هو تحقيق غايات تتعارض مع النظام العام أو القانون، ومن ذلك أن تؤسس شركة مصرفية لغرض غسل الأموال، أو أن تؤسس شركة نقل بحري لإدارة نشاط تهريب أو هجرة غير شرعية. فلا يترتب في هذه الحالات على الحكم ببطلان الشركة كونها قائمة بالنسبة إلى الماضي، وإنما تنهار فور هذا الحكم، وينسحب زوالها على الماضي كما على المستقبل⁽³⁸⁾.

ويسري الأمر ذاته على الشركة المتكوّنة منذ تأسيسها من شخصين إذا حكم ببطلانها لفقدان أهلية أحدهما أو لعدم توفر نية المشاركة لديه، حيث يؤدي هذا الحكم إلى زوالها بأثر رجعي، لكونها لم توجد قط منذ البداية، فهي شركة وهمية *société fictive*، وينتج عن ذلك اعتبار الشريك الوحيد مسؤولاً عن سائر الالتزامات التي ترتبت في مواجهتها قبل الحكم ببطلانها، ولا يجديه نفعاً التمسك بأنّها ذات مسؤولية محدودة⁽³⁹⁾. أمّا إذا

(37) عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 41.
(38) محكمة النقض الفرنسية 1927/7/11م، تعليق هيمارد بعنوان: «النظرية والتطبيق في مجال بطلان الشركات الفعلية»، ط2، سنة 1926.

(39) يوجد حكم مشابه في قانون الشركات الإنجليزي لسنة 1948م جاءت به المادة (31) المعدلة بالمادة (7/88) من قانون 1980م، وفقاً له إذا نقص عدد الشركاء عن الحد الأدنى اللازم والذي قد تمّ توقيده في عام 1980م بوجود شريكين، واستمرت الشركة رغم ذلك في ممارسة نشاطها مع وجود هذا الإخلال

تكوّنت الشركة من عدة أشخاص وكان من بينهم من هو فاقد الأهلية، فلن يترتب على ذلك زوالها بأثر رجعي ما لم يختل فيها شرط التعدد، وإنّما تبقى قائمة كشركة فعلية على النحو المتقدم.

يترتب على البطلان في الفرضيتين السابقتين أنّ أحكام الإفلاس لا يمكن أن تسري على الشركة الباطلة لعدم افتراض قيامها في أي لحظة، فهذه الأحكام تتطلب قيام الشخصية الاعتبارية طيلة المدة التي تستغرقها إجراءات الإفلاس، وعليه فإنّ جميع الالتزامات المترتبة على الشركة قبل الحكم ببطلانها لصالح الغير حسن النية تقع على كاهل الشركاء (أو الشريك الوحيد في الفرضية الأخيرة)، حيث يجوز شهر إفلاسهم إذا كانوا تجاراً.

الفرع الثاني

وضع الشركة بعد الحكم ببطلانها

يوجد في هذا الشأن أصل عام يقضي بأيلولة الشركة المحكوم ببطلانها إلى الحلّ والتصفية أو الإفلاس (الفصل الأول)، كما يوجد استثناء يرد على هذا الأصل (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الأصل العام: حل الشركة

يُعد بطلان الشركة سبباً من أسباب حلّها، ودخولها في مرحلة التصفية، ويترتب على ذلك أنّ مديريها يتحولون بقوة القانون إلى مصفين، فتقتصر مهامهم على الأمور العاجلة، ولا يجوز لهم مباشرة أعمال جديدة، وإلاّ أصبحوا مسؤولين عنها بوجه التضامن والتكافل، وهم يستمرون في هذا الدور إلى حين تعيين المصفي، لتنتهي علاقتهم فور ذلك بالشركة (المادة 36 تجاري). وتستمر الشخصية القانونية للشركة بالقدر اللازم للتصفية إلى حين شطبها من السجل التجاري. فالحكم بحل الشركة للبطلان لا يترتب عليه انقضاء شخصيتها الاعتبارية، وإنما تستمر هذه الشخصية لتحقيق غاية محدّدة وهي تهيئة ظروف الشركة، وتوجيه مصيرها في اتجاه تصفية نشاطها، ومن ثمّ الاختفاء من الواقع.

في حدّه الأدنى لمدة تزيد على ستة أشهر، فإنّ الشريك الباقي يُسأل مسؤولية شخصية عن ديون الشركة التي تنشأ خلال هذه المدة. انظر: سماح العطا بآبكر محمد، رفع القناع عن الشركة بين التطبيق والمفهوم: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 1، العدد التسلسلي 33 - رجب - شعبان 1422هـ/ مارس 2021، ص16.

ينبغي على ذلك أن الشركة الفعلية إذا كانت في حال توقف عن سداد ديونها يمكن أن تؤول إلى الإفلاس، فقد نصت المادة (1012) تجاري المتعلقة بشهر الإفلاس على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الصلح الواقي، يُشهر إفلاس التاجر سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، كما يشهر إفلاس الشركات المدينة إذا توقف أي منهم عن دفع ديونه، وتثبت حالة التوقف عن دفع الديون عندما يظهر عجز المدين عن الوفاء بها أو تدل عوامل أخرى خارجية على عدم قدرته على القيام بالتزاماته بصفة منتظمة».

كما نصت المادة (1013) المتعلقة بطلب شهر الإفلاس على أنه: «يشهر الإفلاس بناءً على طلب المدين أو أحد الدائنين أو أكثر أو بناءً على طلب النيابة العامة، أو السلطة المختصة من تلقاء نفسها». وتسري على إفلاس الشركات القواعد المتعلقة بإفلاس التاجر بصورة عامة عدا بعض الأحكام الخاصة التي تختلف بين شركة وأخرى.

الفصل الثاني

الاستثناء: تصحيح وضع الشركة

نصت على هذا الاستثناء الفقرة الثانية من المادة (29) تجاري التي وفقاً لها: «ولا يجوز الحكم بالبطلان إذا زال سببه بإجراء تمّ قيده في السجل التجاري». فيجوز وفقاً لهذا الحكم تدارك البطلان بمعالجة أسبابه، كاستعادة شرط التعدد المفتقد، أو إلغاء شرط الأسد، أو إجازة عقد التأسيس القابل للبطلان، أو استكمال الشرط الشكلي الناقص. وفي جميع الأحوال يجب قيد الإجراء التصحيحي في السجل التجاري؛ ليعتبر على ذلك زوال خطر البطلان الذي كان يهدد الشركة.

أيضاً يمكن في شركات الأشخاص تجنب البطلان لنقصان أو انعدام أهلية الشريك أو إفلاسه بالنص في عقد التأسيس على الوضع الذي تؤول إليه الشركة عند حدوث أي من هذه الطوارئ المادة (10/54) تجاري. فيجوز أن ينص العقد مثلاً على أن زوال أهلية الشريك لا يبطل الشركة ويحل محله نائبه القانوني، أو ينص على أن يسترد الشريك حصته ويقوم الشركاء الآخرون بتخفيض أو زيادة رأس مال الشركة في حدود هذه الحصة، وكذلك يمكن أن يتضمن عقد التأسيس بنداً يقضي بمعالجة إفلاس الشريك عن طريق فصله من الشركة.

وجدير بالذكر أن إفلاس الشريك ذي المسؤولية غير المحدودة لا يؤثر على وجود الشركة، فهو لا يستتبع إفلاسها نزولاً عند حكم المادة (1159) تجاري التي قضت في هذا الشأن

بأنه: «لا يترتب على تفليس شريك أو أكثر من الشركاء ذوي المسؤولية غير المحدودة تفليس الشركة».

نخلص ممّا تقدم إلى أنّ بطلان الشركة لا ينسحب على الماضي إلاّ إذا تعذّر - لعوامل تتعلّق بالنظام العام والآداب - تفعيل مفهوم الشركة الفعلية. فالأصل أنّ هذا البطلان لا يترتب أي آثار رجعية تمتد إلى الماضي، بل كذلك الأمر بالنسبة إلى المستقبل يمكن تقادي آثار البطلان بمعالجة أسبابه، كاستكمال شرط التعدّد أو إلغاء شرط الأسد... وعندئذ تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة صحيحة مرتبة لجميع آثارها القانونية، تماماً كما لو أنّها نشأت كذلك منذ البداية. ويقودنا هذا إلى الحديث عن الآثار المترتبة على استكمال شروط تأسيس الشركة.

المطلب الخامس

آثار تطبيق مفهوم الشركة الفعلية

في إطار مجموعة الشركات

لم يعرف المشرع الليبي مفهوم مجموعة الشركات، وحتى في فرنسا رغم انتشار الظاهرة في مختلف المجالات الاقتصادية، لم تحظ بعد بأحكام قانونية تفردها بالتنظيم المستقل عن الشركات التجارية⁽⁴⁰⁾. وعليه فإن أغلب التعريفات التي سبقت لهذا المفهوم هي تعريفات فقهية وقضائية. على سبيل المثال لا الحصر جاء في المعجم القانوني الفرنسي تعريف مجموعة الشركات بأنها: «تجمع من الشركات مستقلة قانونياً، مرتبطة اقتصادياً بعلاقات مالية وتعاقدية تجعل منها كياناً اقتصادياً واحداً»⁽⁴¹⁾.

ووفقاً للسيد ديديه تُعرّف مجموعة الشركات بأنها: «تجمع من الشركات، لا يحوي فقط شركات تابعة لبعضها البعض مباشرة، وإنما أيضاً شركات تابعة لبعضها البعض بشكل غير مباشر - شركات حفيدة وشركات شقيقة - ترتبط فيما بينها بعلاقات مالية وتعاقدية تجعل منها وحدة اقتصادية ظاهرة. إنها مجموعة من الشركات المرتبطة ببعضها بعلاقات مباشرة أو غير مباشرة، حصرية أو منقسمة تخضعها لسيطرة شركة عليا واحدة تتربع على هرم المجموعة تسمى بالشركة الأم أو الشركة القابضة»⁽⁴²⁾.

ووفقاً لعبارة محكمة النقض الفرنسية: «مجموعة الشركات ذات الغرض التجاري والمالي هي اتحاد يتكوّن من شركة مهيمنة وعدد من الشركات التابعة التي تعتمد بشكل ضيق على الشركة المهيمنة، وتكون محكومة بمصلحة مشتركة، دون اهتمام بالشكل الخارجي للشركة المهيمنة»⁽⁴³⁾.

وقد نظّم كل من المشرعين الليبي والكويتي جزئياً مجموعة الشركات: الأول بموجب المواد (249-255) من قانون النشاط التجاري تحت عنوان: «الشركة القابضة»، والثاني بموجب المواد (243-254) من قانون الشركات تحت ذات العنوان، وفقاً لنص المادة (249) من قانون النشاط التجاري الليبي تعرّف الشركة القابضة بأنها: «شركة مساهمة

(40) فرج سليمان حمودة، الملامح القانونية للشركات القابضة، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، ليبيا، 2003م، ص10.

(41) معجم المصطلحات القانونية، 2010م، ص361.

(42) بول ديديه، القانون التجاري، ج3، دن، 1996م، ص513.

(43) محكمة النقض الفرنسية، الدائرة الجنائية، جلسة 1972/5/27، رقم 72.91.608، منشور في مجلة الأسبوع القانوني 1973، رقم 17335.

تقوم بالسيطرة المالية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى التي تصبح تابعة لها، وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة على الأقل من أسهم تلك الشركة أو الشركات، سواء أكانت من الشركات المساهمة أم من الشركات ذات المسؤولية المحدودة أم من شركات التوصية بالأسهم»⁽⁴⁴⁾.

وعليه، ثمة نماذج قانونية معيّنة للشركات المنضوية في إطار مجموعة، بعضها يخص الشركة القابضة والبعض الآخر يخص الشركات التابعة: فيجب على الشركة القابضة أن تتخذ دائماً شكل الشركة المساهمة، وأن تضيف إلى جانب اسمها عبارة شركة قابضة في جميع أوراقها وإعلاناتها والوثائق الصادرة عنها (المادة 249 تجاري). ويجب على الشركات التابعة أن تأخذ أحد أشكال ثلاثة: الشركة المساهمة، ذات المسؤولية المحدودة أو التوصية بالأسهم. ولا تستطيع الشركة القابضة ممارسة نشاط يتعارض مع غرضها المنصوص عليه في المادة (250) تجاري وهو:

- تأسيس شركات تابعة لها، أو السيطرة على إدارة شركات أخرى، أو المساهمة في رأسمالها.
- استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.
- تأسيس وإدارة الصناديق والمحافظ الاستثمارية.
- تقديم القروض والضمانات والتمويل للشركات التابعة.
- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها.

وعليه فإنّ الشركة القابضة في القانون الليبي تختلف عن الشركة الأم أو الشركة المسيطرة في النظم المقارنة ومنها النظام القانوني الفرنسي (المادة 232 تجاري وما يليها)، فللشركة القابضة أغراض محددة قانوناً لا يمكنها تجاوزها لممارسة نشاط صناعي أو خدمي أو تجاري خاص بها، وهذا على خلاف الشركة الأم في التشريعات المقارنة التي يمكنها تأسيس شركات تابعة مع بقائها محتفظة بنشاطها الأصلي⁽⁴⁵⁾.

(44) اختصاراً للوقت سنكف في هذه الفقرة على تحليل النصوص الليبية، مع دعوة القارئ الكريم إذا رغب في مقارنتها مع نظيراتها الكويتية إلى الاطلاع على أحكام المواد (243-254) من قانون الشركات الكويتي، حيث توجد بالفعل بعض الفوارق النسبية، ولكن الإشكاليات التي يثيرها مفهوم الشركة الفعلية في إطار مجموعة الشركات تبدو متماثلة.

(45) فرج سليمان حمودة، الشركة القابضة كأداة قانونية لإدارة مجموعة الشركات، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراته، ليبيا، السنة 2، العدد 2، سنة 2013م، ص 150.

وتأكيداً لذلك، نصت المادة (249) تجاري على أنه لا يجوز لأية شركة مساهمة امتلاك أكثر من 50% في أي شركة من الشركات المذكورة (أي المساهمة وذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم) ما لم تتم بتغيير شكلها القانوني إلى شركة قابضة. كما لا يجوز للشركة القابضة تملك حصص في شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة، ويحظر على الشركة التابعة تملك أي أسهم في الشركة القابضة.

وتأسيساً عليه، فإنه وأمام هذه القواعد بأحكامها الآمرة والصارمة لا يستبعد وقوع مخالفات جوهرية في إجراءات تأسيس الشركات القابضة والتابعة، الأمر الذي يطرح إشكالية تتعلق بمفهوم الشركة الفعلية في إطار مجموعة الشركات. فمن المتصور مثلاً أن تستأثر شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة بنسبة من أسهم شركة أخرى تتخطى الخمسين في المائة دون أن تغيّر شكلها القانوني إلى شركة قابضة، ومن ثمّ قد يحدث خطأ أن تؤسس شركة قابضة شركة تضامن لاسيما وأنّ القانون الليبي لا يشترط في مؤسسي شركة التضامن أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين، فيطرح السؤال في هكذا حالات ماذا لو رُجّ بالنزاع إلى ساحات القضاء، وصدرت أحكام بإبطال الشركة القابضة أو التابعة؟ ما تأثير ذلك على مجموعة الشركات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نتناول الموضوع من زاويتين:

الفرع الأول

الشركة القابضة الفعلية

الشركة القابضة الفعلية هي شركة تم تأسيسها بإجراءات غير سليمة لتقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو مجموعة شركات أخرى، فصدر حكم ببطالانها في وقت كانت تسيطر فيه فعلياً على هذه الشركات. ويمكن أن يعزى سبب بطلان هذه الشركة إلى عيوب موضوعية أو شكلية انتابت عقد أو إجراءات تأسيسها، كانهام شرط تعدد الشركاء أو غياب الأهلية أو قصد المشاركة لدى قسم منهم أو لوجود شرط الأسد⁽⁴⁶⁾، وقد يعزى سبب البطلان لمخالفة قاعدة جوهرية تتعلق بنظامها القانوني كأن تكون شركة مساهمة، فتمتلك أسهم في شركة أخرى تتجاوز الـ 50% دون أن تغيّر شكلها القانوني إلى شركة قابضة، أو أن تمتلك حصصاً في شركة تضامن أو توصية بسيطة، أو أن تمارس نشاطاً

(46) شرط الأسد هو الذي يُدرج في عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي ويقضي بحرمان أحد الشركاء أو بعضهم من حقهم في الأرباح، أو يعفيهم من المشاركة في الخسائر، ولهذا الشرط تطبيقات مختلفة يمكن الرجوع إليها في كتب الفقه، راجع مثلاً: فرج حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص47.

صناعياً أو تجارياً يتنافى مع أغراضها المحددة في المادة (250) تجاري. في مثل هذه الحالات، ولأن الأحكام القانونية جاءت حاسمة بصيغة الوجوب أو المنع⁽⁴⁷⁾، فلا مناص من التأكيد على أن الأثر القانوني المترتب على مخالفتها هو البطلان المطلق للشركة القابضة، مما يطرح السؤال عندئذ حول أثر هذا البطلان على الشركات التابعة. للإجابة عن هذا السؤال ينبغي التمييز بين الشركة القابضة قبل صدور حكم البطلان وهذه الشركة بعد صدور حكم البطلان.

الفصل الأول

الشركة القابضة قبل الحكم ببطلانها

تسري على الشركة القابضة خلال المرحلة السابقة على الحكم ببطلان أحكام الشركة الفعلية، فتبقى مع الشركات التابعة لها محتفظة بشخصيتها القانونية وذممها المالية المستقلة. يأتي ذلك نزولاً عند حكم المادة (29) تجاري الذي وفقاً له: «لا يؤثر في صحة ما تمّ من أعمال وتصرفات الشركة، الحكم ببطلانها الصادر بعد القيد في السجل التجاري، ولا يُعفى الشركاء من دفع حصصهم بالكامل إلا بعد دفع ما على الشركة من ديون». وعليه، إذا كانت الشركة القابضة لم تف بالتزاماتها تجاه شركاتها التابعة فإنها تبقى مدينة بتنفيذها، كأن يبقى في ذمتها جزء من مساهماتها لم تقم بدفعه، أو أنها لم تف بقروض أو ضمانات أو تسهيلات، أو لم تسلم براءة اختراع أو علامة تجارية.

يسري الحكم أيضاً إذا كان سبب البطلان يُعزى إلى عدم مراعاة الشركة القابضة أو التابعة لقواعد تأسيسها، حيث تعامل عندئذ وفق الشكل الذي تتخذه، فإذا كانت تأخذ شكل الشركة المساهمة وامتلكت نسبة من أسهم شركة أخرى تتجاوز الـ 50% دون أن تقوم بالتحوّل إلى شركة قابضة أو أنها امتلكت حصصاً في شركة تضامن أو توصية بالأسهم، فتعامل على وصف الشركة المساهمة الفعلية، لتخضع لأحكام هذه الشركة، سواء من حيث الإدارة والرقابة أو من حيث المسؤولية. وينطبق الحكم نفسه على الشركات التابعة التي تظل خاضعة لأحكام الشكل الذي تأخذه، فتبقى التزاماتها وحقوقها في إطار المجموعة وفي مواجهة الغير قائمة ومرتببة لآثارها القانونية.

(47) ذكرت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 17/14 قضائية (جلسة 1973/6/26) بأنه: «من المقرر فقهاً وقضاءً أنّ الحظر في النصوص التشريعية إذا ورد بلفظ قاطع في صيغة أمر أو نهي، فإنه يفيد وجوب التقيد به ومخالفته يترتب عليها البطلان المطلق».

الفصل الثاني

الشركة القابضة بعد الحكم ببطلانها

يترتب على الحكم ببطلان الشركة القابضة حلها بقوة القانون، ويُقصد بحل الشركة في العموم انقضاء العلاقة العقدية بين الشركاء، والشروع في وضع نهاية لنشاطها عن طريق إدخالها في مرحلة التصفية⁽⁴⁸⁾. ويتحقق البطلان كما هو معلوم بحكم القضاء، وذلك بناء على دعوى يرفعها أحد الشركاء أو صاحب مصلحة يثبت فيها توفر سبب من أسباب البطلان، فتحكم المحكمة بذلك مرتبة عليه أيلولة الشركة إلى التصفية القضائية وتطبيق أحكامها الخاصة.

وعلى الرغم من أن أحكام البطلان وفق القواعد العامة نسف العقد وإعادة أطرافه إلى لحظة الإبرام، إلا أن الأمر يختلف في مجال الشركات كما لاحظنا، فلا يترتب الحكم بإبطال الشركة آثاراً إلا في المستقبل، فيؤدي إلى أيلولة الشركة إلى التصفية القضائية مع ما يترتب على ذلك من توقف لنشاطاتها وتصفية لديونها والتزاماتها تمهيداً لشطبها من السجل التجاري وانقضاء شخصيتها القانونية. وإذا كان هذا الأمر لا يثير إشكاليات معقدة في مجال الشركات الفردية (غير المنضوية في مجموعة)، إلا أنه يثير تساؤلات صعبة في إطار مجموعة الشركات: فيطرح السؤال حول مصير الشركات التابعة، هل تنقضي بانقضاء الشركة القابضة أم تستمر؟ وإذا قلنا بأنها تستمر فإلى من تؤول السيطرة عليها؟ بناء عليه، نتناول في فقرتين مصير الشركة القابضة بعد الحكم ببطلانها، ومدى تأثير الشركات التابعة بهذا الحكم.

الفصل الثالث

مصير الشركة القابضة بعد الحكم ببطلانها

إن بطلان الشركة يمثل صورة من صور الحل القضائي لها، ولذلك فهو لا يتحقق إلا بصور حكم قضائي نهائي يثبت من خلاله توفر سبب جوهري للبطلان. ويختلف بطلان الشركات عن بطلان العقود في أنه لا يترتب آثاراً تسحب على الماضي، بل حتى في المستقبل تبقى شخصية الشركة قائمة لمقتضيات التصفية، فأغلب التشريعات ومن بينها قانون النشاط التجاري الليبي لا ترتب على دخول الشركة في طور التصفية انقضاء شخصيتها القانونية،

(48) فرج حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 230.

فوفقاً لنص المادة (36) من قانون النشاط التجاري الليبي: «تستمر شخصية الشركة تحت التصفية بالقدر اللازم للتصفية، وذلك إلى حين شطبها من السجل التجاري».

وينقلب مركز المديرين فور دخول الشركة في طور التصفية إلى مصفين، فيستمررون في ممارسة هذا المركز إلى حين تعيين المصفين، فيتوجب عليهم بالتالي التوقف عن مزاوله نشاط الشركة بهدف تهيئتها لتصفية ديونها وشطبها من السجل التجاري، ومن ثم انقضاء شخصيتها.

هذه الأحكام تسري على الشركة القابضة، حيث ابتداء من لحظة الحكم بإبطالها تدخل هذه الشركة في مرحلة التصفية، محتفظة خلالها بشخصيتها الاعتبارية لأغراض تصفية الديون والالتزامات تمهيداً لزوال وجودها القانوني والاقتصادي. وهذا يعني أنّ على الشركة القابضة أن تتوقف عن ممارسة جميع نشاطاتها إلا ما كان منها ضرورياً لاستكمال التصفية. ومن المعلوم أنّ نشاطات الشركة القابضة محددة بموجب المادة (250 تجاري) السابق الإشارة إليها، وهي ترتبط في جوهرها بإدارة وتسيير دفة نشاط شركاتها التابعة واستثمار أموالها في الأسهم والسندات وتأسيس شركات تابعة لها، أو السيطرة على إدارة شركات قائمة، وتأسيس وإدارة الصناديق والمحافظ الاستثمارية، وتقديم القروض والضمانات لشركاتها التابعة، وتملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من حقوق الملكية المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها.

وعليه، فإنّ ثمة بعض الأنشطة التي يمكن تصوّر توقف الشركة القابضة عن ممارستها دون أن ينتج عن ذلك تأثير على الشركات التابعة، على نحو تأسيس شركات جديدة أو السيطرة على شركات قائمة، أو تأسيس الصناديق والمحافظ الاستثمارية، أو تملك حقوق الملكية الفكرية واستغلالها وتأجيرها. لكن يبقى الإشكال قائماً فيما يخص إدارة الشركات التابعة: فهل تستمر الشركة القابضة خلال مرحلة التصفية في إدارة شركاتها التابعة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفقرة التالية.

الفصل الرابع

مصير الشركات التابعة بعد الحكم

ببطلان الشركة القابضة

لمّا كانت الشركة القابضة تُعدّ وفقاً لحكم المادة (249) تجاري ليبي شركة مساهمة، فذلك يعني أنّها تُدار من خلال مجلس إدارة مُكوّن من ثلاثة أعضاء على الأقلّ وأحد عشر

عضواً على الأكثر وفقاً للمادة (8/101) تجاري. وقد نصت المادة (253) تجاري على أنه: «إذا كانت الشركة التابعة مملوكة بالكامل للشركة القابضة، اعتبر مجلس إدارة الشركة القابضة جمعية عمومية للشركة التابعة»، وإذا وجد إلى جانب الشركة القابضة شركاء آخرون في شركتها التابعة، فإن ذات المادة تنص على ضرورة أن تقوم الشركة القابضة بتعيين ممثليها في الشركات التابعة بنسبة مساهمتها في رأس المال.

ولما كان بطلان الشركة القابضة يؤدي بها إلى الدخول في شرك التصفية، فهذا الأمر يطرح إشكالاً جوهرياً يتعلق بآثاره على الشركات التابعة، فوفقاً لنص المادة (36) تجاري على المديرين فور دخول الشركة في طور التصفية اعتبار أنفسهم مصفين، بحيث تقتصر مهامهم على الأمور العاجلة، ولا يجوز لهم مباشرة أعمال جديدة وإلا أصبحوا مسؤولين عنها بوجه التضامن والتكافل، وتنتهي مهامهم نهائياً بمجرد تعيين المصفي. فعلى فرض استمرار مديري الشركة القابضة خلال التصفية في ممارسة اختصاصهم المنصوص عليه في المادة (253) تجاري بحجة أنه يدخل ضمن الأمور العاجلة لحماية استثماراتها في الشركات التابعة، فإن السؤال يبقى مطروحاً بالنسبة إلى المصفين. فنص المادة (253) تجاري يتحدث بوضوح عن مجلس إدارة الشركة القابضة الذي أصبح فور تعيين المصفين في خبر كان، وصارت بالتالي الشركات التابعة بدون جمعية عمومية.

لا شك أن المعالجة القانونية لهذا الوضع تحمل آثاراً وتبعات خطيرة على مجموعة الشركات التابعة، فهي تتمثل في استمرار إجراءات تصفية الشركة القابضة وما تفرضه من ضرورة التصرف في ممتلكاتها العينية بما في ذلك مساهماتها في شركاتها التابعة، فالأوراق المالية التي تمتلكها في هذه الشركات تعدّ أموالاً عينية يتوجب على المصفين تسيلها بالتصرف فيها بالبيع إذا كان ذلك لازماً للوفاء بالتزاماتها، وإلا فإن هذه الأوراق تشكل فائض تصفية يوزع على الشركاء بمقدار مساهماتهم في الشركة. وفي سائر الأحوال فإن الأثر المترتب على الشركات التابعة يتمثل عندئذ في نقل السيطرة عليها من الشركة القابضة إلى من آلت إليهم ملكية الأسهم والحصص التي كانت تستأثر بها هذه الشركة.

خلاصة القول أنه لا يترتب على بطلان الشركة القابضة آثار قانونية تنعكس على الشركات التابعة، بل يمكن أن تترتب انعكاسات اقتصادية ومالية سلبية إذا انتقلت السيطرة على هذه الشركات من الشركة القابضة إلى جهات أو أشخاص أقل كفاءة منها. فالشركة القابضة فور دخولها في طور التصفية تجد نفسها عاجزة عن مزاولة سلطاتها في الجمعية العمومية لشركاتها التابعة، وإذا كانت تتولى سلطات إدارية تنفيذية في مجالس إدارات

هذه الشركات ستجد نفسها أيضاً عاجزة عن ممارستها، وإذا طال هذا الأمر فلا شك أنّ له آثاره الخطيرة على مجموعة الشركات التابعة التي قد يتفرّق عقدها وتفرط حزمته بتوزع أسهم الشركة القابضة على عدد من الكيانات أو الأفراد.

الفرع الثاني

الشركة التابعة الفعلية

بمفهوم المخالفة لنص المادة (249) تجاري، يمكن تعريف الشركة التابعة بأنها شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو توصية بالأسهم، تمتلك أكثرية أسهمها أو حصصها شركة قابضة تمارس عليها سيطرة مالية وإدارية. ويمكن لأسهم أو حصص الشركة التابعة أن تكون مملوكة بالكامل للشركة القابضة، وفي هذه الحالة نكون بصدد شركة تابعة مملوكة لشخص الواحد، فتمارس الشركة القابضة سيطرة مطلقة عليها، حيث تتشكل جمعيتها العمومية العادية وغير العادية من مجلس إدارة الشركة القابضة، ويتولى إدارتها مدير أو مجلس تعيينه الشركة القابضة. وأمّا إذا لم تكن الشركة التابعة مملوكة بالكامل للشركة القابضة، فذلك يعني وجود مساهمين بالأقلية إلى جانبها، فتختص الشركة القابضة عندئذ بتعيين ممثليها في الجمعية العمومية للشركة التابعة بنسبة مساهمتها التي تمثل الأغلبية المطلقة على الأقل، ويمكن أن تشكل أغلبية موصوفة أكثر أهمية.

بالمقابل، يقتصر المنع الذي يفرضه المشرّع الليبي بخصوص الاستثمار خارج حاضنة الشركة القابضة على الشركة المساهمة، فهذه الأخيرة لا تستطيع تملك حصص وأسهم في شركات أموال تجعل منها تابعة لها إلا بعد أن تقوم بتغيير شكلها القانوني إلى شركة قابضة، كما أنّها ممنوعة بحكم المادة (249) تجاري من تملك حصص في شركات الأشخاص. أمّا الصوّر الأخرى من الشركات التجارية والمدنية، فلم يتضمن قانون النشاط التجاري نصاً يمنعها من استثمار أموالها - بأي نسبة تقرّها - في شركات قائمة أو في طور التأسيس، ما لم يصل الأمر إلى حدّ الملكية الكاملة؛ لتعارض ذلك مع شرط تعدّد الشركاء المطلوب قانوناً.

فلا يوجد ما يمنع قانوناً من أن تستأثر الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات التضامن أو التوصية البسيطة أو بالأسهم أو شركات الانتفاع العقاري أو التعاونية بنسبة تشكل الأكثرية المطلقة أو الموصوفة من أسهم أو حصص شركات أخرى، وفي هذه الحالة لا تخضع الشركة المسيطرة لأحكام الشركة القابضة، فلا تتقيّد بغرض معيّن، بل يمكنها

ممارسة نشاط صناعي أو خدمي خاص بها إلى جانب ممارسة السيطرة المالية والإدارية على شركاتها التابعة.

على كل حال، تتحقق فرضية الشركة التابعة الفعلية في كل حالة يتم فيها تأسيسها بإجراءات غير سليمة، ومن ذلك أن تقوم شركة مساهمة بإنشاء شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو توصية بالأسهم تستأثر الشركة المساهمة بأغلبية أسهمها أو حصصها، أو أن تقوم الشركة المساهمة بامتلاك حصص أغلبية في شركة تضامن أو توصية بسيطة، ففي هذه الحالات تكون الشركة المساهمة قد ارتكبت مخالفة جوهرية لقواعد قانونية أمره يترتب عليها بطلان الشركة التابعة لخلل أصاب إجراءات تأسيسها. ويمكن أن يتحقق الأثر نفسه أيضاً إذا قامت شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة أشخاص أو شركة مدنية بإنشاء شركة تابعة تستأثر بكامل أسهمها أو حصصها، حيث لا يزال القانون الليبي وفيما لنظرية الطبيعة العقدية للشركة، ولا يسمح بإنشاء شركة الشخص الواحد إلا استثناء في مجالي الشركات القابضة والعامّة.

إذاً، في سائر هذه الحالات يمكن أن تكون الشركة التابعة موضوعاً لحكم قضائي يقرّر بطلانها، وحينئذ لا مناص من تطبيق مفهوم الشركة الفعلية، فتعدّ الشركة التابعة قبل الحكم ببطلانها قائمة منتجة لآثارها في مواجهة الغير، وفي مواجهة الشركة الأم، أو القابضة والشركات الأخرى المنضوية في مجموعتها. ويستثنى من ذلك كما أشرنا في موضع سابق فرضية أن تكون الشركة التابعة وهمية، نشأت منذ البداية من شخص وحيد، حيث يؤدي هذا الحكم إلى زوالها بأثر رجعي، لكونها لم توجد قط منذ البداية، فهي شركة وهمية *société fictive*، وينتج عن ذلك اعتبار الشركة المؤسسة لها هي الوحيدة المسؤولة عن سائر الالتزامات التي ترتبت في مواجهتها قبل الحكم ببطلانها، ولا يجديها نفعاً التمسك بأن شركتها التابعة ذات مسؤولية محدودة.

الخاتمة :

نصل في خاتمة هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، نعرضها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. الشركة الفعلية مفهوم حديث ظهر لأول مرة في القضاء الفرنسي عام 1791م، ثم توالى العمل به حتى صار اليوم تطبيقاً متعارفاً عليه في معظم التشريعات، وهي ارتكزت في بداية ظهورها على نظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بعد ذلك أصبح القضاء يستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة.
2. تقوم الشركة الفعلية في الجوهر على مقتضيات استقرار التعامل والثقة في العقود، فهؤلاء الذين تعاملوا مع الشركة بحسن نية قبل الحكم ببطانها تأبى العدالة أن يباغتوا ببطلان تصرفاتهم وعقودهم لسبب لم يدر بخلدهم عندما أبرموها، ولا يعزى لعيوب تتصل بهذه العقود والتصرفات نفسها.
3. تركز فكرة الشركة الفعلية على وجود عيب اعترى إجراءات تأسيسها، يستوي أن يكون هذا العيب يرقى بها إلى البطلان المطلق، أم يقتصر على البطلان النسبي، فحتى وإن كان عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي مشوباً بالبطلان النسبي، فإن النتيجة المترتبة على الحكم بهذا البطلان هي ذاتها المترتبة على الحكم بالبطلان المطلق، أي اعتبار التصرفات السابقة على هذا الحكم صحيحة ومرتببة لجميع آثارها.
4. الشركة الفعلية مفهوم قانوني لا يمكن أن يتجاوز في تطبيقه مبادئ العدالة والشرعية، فهي لا تنطبق إلا حيث يفرض المنطق والعدل تطبيقها، وهذا يقتضي حتماً ألا يرجع سبب بطلان الشركة إلى عدم مشروعية النشاط الذي تمارسه أو عدم مشروعية السبب الذي يتوخاه المؤسسون.
5. إذا كان بطلان الشركة يُعزى إلى أن نشاطها الفعلي غير مشروع أو أن السبب الذي يهدف إليه المؤسسون أيضاً غير مشروع يتمثل في إنشاء شركة وهمية للحصول على مزايا تسند إلى شركات حقيقية تعين تطبيق قواعد البطلان على الماضي اعتباراً من لحظة التأسيس.
6. تثير الشركة الفعلية إشكاليات كثيرة في إطار مجموعة الشركات، تتبثق في عمومها من فرضية أن يصدر الحكم بالبطلان على شركة قابضة، فلا شك أن لذلك تداعيات وخيمة على مجموعة الشركات التابعة.

ثانياً: التوصيات

1. لا تزال الأفكار الجوهرية للشركة الفعلية تركز على اجتهادات فقهية وقضائية، فالمرشعان الليبي والكويتي على الرغم من اعترافهما الصريح بهذا المفهوم، لم يوليا له القدر المطلوب من التنظيم القانوني.
2. الشركة الفعلية تثير مشكلات عملية كثيرة في إطار مجموعة الشركات، بما يستوجب معالجة المخاطر الاقتصادية والمالية المترتبة على صدور أحكام ببطان شركات قابضة وطنية أو عبر دولية. وقد أوضحنا في هذه الدراسة أن الحلول المتاحة في النظم السائدة لا تقدم وصفات ناجعة في هذا الشأن.
3. نوصي بصياغة مواد تشريعية تحدد الإطار العام للشركة الفعلية، وتتضمن استثناءات ترد على هذا الإطار العام، وأحكام خاصة بمجموعة الشركات.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

- أحمد علي عبد الله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، ط2، الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الخرطوم، 2016م.
- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة - الشركات التجارية، ط2، منشورات بحر المتوسط، بيروت، باريس، 1992م.
- بول ديديه، القانون التجاري، ج3، دن، 1996م.
- جورج ريربير ورينو روبلو، مطول القانون التجاري، الشركات التجارية، تقديم ميشيل جيرمان، المكتبة العامة للقانون والقضاء، د.ت.
- الكوني أعبودة، أساسيات القانون الوضعي، المدخل إلى علم القانون - الحق، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، 1997.
- محمد أمين عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، د.ت.
- محمد الجيلاني البدوي الأزهري، قانون النشاط التجاري - المبادئ والقواعد العامة، ط6، دن، 2014م.
- محمد السيد الدسوقي، الشخصية الاعتبارية بين الفقه والقانون، دن، د.ت.
- محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م.
- مسعود مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، منشورات جامعة الجبل الغربي، ليبيا، 1997م.
- سميحة القليوبي، القانون التجاري، دن، 1976م.
- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- عبد الحميد محمود البعلي، الشخصية الاعتبارية وأحكامها الفقهية في الدولة

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج5، دن، د.ت.
- عبد الفني الرويمض، تاريخ النظم القانونية، مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 2000م.
- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010م.
- علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
- فرانسوا قوري، قانون الأعمال، ج1، منشورات مون كريتيان، سلسلة مختصر دوما، باريس، 1977م.
- فرج سليمان حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، ط1، منشورات مكتبة زيتن الشعبية، ليبيا، 2018م.
- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، ومعه تعليقات الأستاذ طاهر أحمد الزاوي، دار المنار الإسلامي، القاهرة، د.ت.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1985م.
- فرج سليمان حمودة:
- حماية الدائنين في إطار مجموعة الشركات، أطروحة دكتوراه، جامعة فرانش كونتية، منشورات المطابع الأكاديمية الفرنكفونية، باريس، 2013.
- الملامح القانونية للشركات القابضة، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة طرابلس، ليبيا، 2003م.

ثالثاً: البحوث

- سماح العطا بابكر محمد، رفع القناع عن الشركة بين التطبيق والمفهوم: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد1، العدد التسلسلي33، رجب- شعبان 1422هـ/ مارس 2021م.
- فرج سليمان حمودة، الشركة القابضة كأداة قانونية لإدارة مجموعة الشركات، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراته، ليبيا، السنة 2، العدد2، سنة 2013م.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
565	الملخص
566	المقدمة
569	المطلب الأول: ماهية الشركة الفعلية
569	الفرع الأول: الشركة الفعلية والشركة الواقعية
571	الفرع الثاني: الشركة الفعلية وشركة المحاصة
573	الفرع الثالث: الشركة الفعلية والشركة في طور التأسيس
574	الفرع الرابع: الشركة الفعلية والشركة القانونية
576	المطلب الثاني: السياق التاريخي للشركة الفعلية
576	الفرع الأول: غياب مفهوم الشركة الفعلية في التشريعات القديمة
578	الفرع الثاني: ظهور مفهوم الشركة الفعلية في النظم الحديثة
583	المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الشركة الفعلية
583	الفرع الأول: البطلان لتخلف الشروط الموضوعية
584	الفصل الأول: البطلان لغياب الشروط الموضوعية العامة
587	الفصل الثاني: البطلان لتخلف الشروط الموضوعية الخاصة
588	الفرع الثاني: البطلان لتخلف الشروط الشكلية
589	المطلب الرابع: أحكام الشركة الفعلية
589	الفرع الأول: وضع الشركة قبل الحكم ببطلانها
590	الفصل الأول: الأصل العام: قيام الشخصية الاعتبارية للشركة
591	الفصل الثاني: الاستثناءات: اندثار الشخصية الاعتبارية للشركة
592	الفرع الثاني: وضع الشركة بعد الحكم ببطلانها
592	الفصل الأول: الأصل العام: حل الشركة

الصفحة	الموضوع
593	الفصل الثاني: الاستثناء: تصحيح وضع الشركة
595	المطلب الخامس: آثار تطبيق مفهوم الشركة الفعلية في إطار مجموعة الشركات
597	الفرع الأول: الشركة القابضة الفعلية
598	الفصل الأول: الشركة القابضة قبل الحكم بابطالها
599	الفصل الثاني: الشركة القابضة بعد الحكم بابطالها
599	الفصل الثالث: مصير الشركة القابضة بعد الحكم بابطالها
600	الفصل الرابع: مصير الشركات التابعة بعد الحكم بابطال الشركة القابضة
602	الفرع الثاني: الشركة التابعة الفعلية
604	الخاتمة
606	قائمة المراجع