جـامعة سعد دحلب بالبليـدة

كليـــة الحقــوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : فرع قانون الأعمــال

أحكام بطلان عقد الشركة التجارية في التشريع الجزائري

من طرف

عيـسى جيـرون

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

1-د/ عمرو خليل	أستاذ محاضر، جامعة البليدة.	رئيـــسا.
2- د/خالد رمول	أستاذ محاضر،جامعة البليدة .	مشرفا ومقررا.
3- د/رشيد بن شويخ	أستاذ محاضر،جامعة البليدة .	عضوا مناقشـا.
4- أ/ عبد المجيد بوكروح	أستاذ مساعد مكلف بالدروس،جامعة البليدة.	عضوا مناقشـا.

نوفمبر 2008

ملخـص:

لا يمكن بأي حال من الأحوال ، إنكار الدور الذي تلعبه الشركات التجارية في تفعيل العجلة الاقتصادية ، وبالنتيجة تحقيق التنمية الوطنية.

لذلك، نجد نجد التشريعات وعلى الخصوص التشريع الجزائري، يشترط توافر عدة أركان وشروط صحة في عقد الشركة، بقصد إنشاء شركات سليمة وقادرة على المنافسة.

ومع ذلك، فقد يتخلف أحد أركان عقد الشركة أو يختل وكذلك الحال بالنسبة لشروط الصحة، والحكم في هذه الحالة يكون طبقا للقواعد العامة إما البطلان المطلق بسبب تخلف أحد الأركان، وإما قابلية العقد للإبطال بسبب أحد عيوب التراضي أو نقص الأهلية، ومتى تم التصريح بهما اعتبر العقد كأن لم يكن وبأثر رجعي.

غير أن التطبيق الآلي لهذه الآثار يصطدم بالواقع العملي ، فليس من السهل القضاء ببطلان عقد شركة الذي كلف كثيرا ومن جهة أخرى بالنظر لما سيترتب عنه من انعكاسات وخيمة على الاقتصاد وبالتبعية على الحياة الاجتماعية والسياسية ، ومن أجل تفادي مثل ذلك لجأت التشريعات الحديثة منها التشريع الجزائري إلى إضفاء رقابة أولية سابقة عند تأسيس الشركات من دون أن تغفل عن الرقابة اللاحقة ، إذ اعتبرت عقد الشركة عقدا متميزا يستوجب إفراد له أحكام خاصة تتناسب وخصوصيته.

وفي هذا، نجد المشرع الجزائري يقيد القاضي عند القضاء ببطلان العقد،كما يمنح الشركاء مهلة لتصحيـــح الأوضاع، كل ذلك دون أن ينسى تقرير حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الشركـة التي قضي ببطلانها. كما لم يفت المشرع أن يعترف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة ما بين إنشائها والقضاء ببطلانها من أجل استقرار المعاملات.

= شكـــــر=

الشكـــــر لله سبحانه وتعالى على أن يسّر لنا إنجـاز بحثنـا، ثم لوالدي عليه رحمة الله ووالدتي على ما بذلاه في تربيتي وتعليمي.

وإنه ليسعدني أن أتقدّم بجزيـــــل الشكر والامتنان للدكتور خالد رمول الذي قبل أن يكـــون مشرفا عليّ في إعداد البحث، وللدكتورين بن شويخ وخليل و للأستاذ بوكروح على قبولهم المشاركـــــة في لجنة المناقشة .

كما أتقدّم بالشكـــــــر، إلى أساتذة كلية الحقـــــــوق بجامعة سعد دحلب بالبليدة وعلى رأسهم العميد الدكتور بن يوسف بن رقية، ونائبه الدكتور أحمد بلقاسم.

هذا، ولا يفوتني أن أشكر أستاذي المحترم ، الدكتور مسعود محمودي .

و أخصّ بالشكر العميم ، كل من مدير الدراسات الأستاذ بلقاسم بلقاضي بمعهد العلوم القانونية والإدارية ، كذلك محافظ المكتبة السيد خالد فلاّح وموظفيها بالمركز الجامعي خميس مليانة ، عرفانا بالمساعدات التي قدموها لي.

الفهرس

ملخص
شكر
الفهرس

مقدمة..... 7
1. ماهية البطلان..... 11
1.1. مفهوم البطلان 11
1.1.1.تعريف البطلان وتمييزه عما يشابهه..... 11
1.1.1.1. تعريف البطلان..... 11
1.1.1.1.1. التعريف اللغوي..... 11
2.1.1.1.1. التعريف الاصطلاحي..... 12
3.1.1.1.1. التعريف القانوني..... 12
2.1.1.1. تمييز البطلان عما يشابهه..... 13
2.1.1.1 .1.تمييز البطلان عن الانعدام..... 13
2.1.1.1. 2.تمييز البطلان عن الفسخ..... 13
2.1.1.1. 3. تمييز البطلان عن عدم النفاذ..... 14
2.1.1.1. 4.تمييز العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف..... 15
2.1.1. الطبيعة القانونية للبطلان..... 15
2.1.1. 1. الرأي القائل بأنه جزاء..... 15
2.1.1. 1.1.التأسيس القانوني..... 15
2.1.1. 1. 2. النقد..... 16
2.2.1.1. الرأي القائل بأنه وصف..... 16
2.2.1.1. 1. التأسيس القانوني..... 16
2.2.1.1. 2.النقد..... 17
3.2.2.1.1. الرأي المعتمد..... 17
2.1.أنواع البطلان..... 17
1.2.1.في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي. 18

1.1.2.2.1. في الفقه الوضعي..... 18
1.1.1.2.2.1. النظرية التقليدية..... 18
2.1.1.2.2.1.النظرية الحديثة 19
2.1.2.2.1.في الفقه الإسلامي..... 20
1.2.1.2.2.1.عند جمهور الفقهاء..... 21
2.2.1.2.2.1.عند فقهاء الحنفية..... 22
2.2.2.1.نظرية البطلان في التشريع الجزائري..... 23
1.2.2.2.1. موقف المشرع من تقسيمات البطلان..... 23
1.1.2.2.2.1. تبيان حالات البطلان..... 24
2.1.2.2.2.1. تقرير البطلان..... 25
2.2.2.2.1. آثار البطلان..... 27
1.2.2.2.2.1. الآثار الأصلية..... 28
2.2.2.2.2.1. الآثار العرضية..... 29
2. تطبيق جزاء البطلان عل عقد الشركة التجارية..... 31
1.2.حالات بطلان عقد الشركة التجارية..... 31
1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الموضوعية..... 31
1.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال الأركان الموضوعية العامة..... 32
1.1.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال كل من التراضي والأهلية..... 32
2.1.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال كل من السبب والمحل..... 34
2.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الموضوعية الخاصة..... 37
1.2.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان المشتركة بين جميع الشركات..... 37
2.2.1.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف القواعد الخاصة ببعض الشركات..... 45
2.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية..... 48
1.2.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الكتابة وإجراءات الإشهار..... 49
1.1.2.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف الكتابة..... 49
2.1.2.1.2.2. البطلان المؤسس على تخلف إجراءات الإشهار..... 49
2.2.1.2.2.طبيعة البطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية وأثره..... 53
1.2.2.1.2.2. الطبيعة القانونية للبطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية 53
2.2.2.1.2.2. أثر البطلان المؤسس على تخلف الكتابة وإجراءات الإشهار..... 54

2.2. المسؤولية المترتبة عن بطلان عقد الشركة التجارية..... 55
1.2.2. قيام المسؤولية المدنية..... 55
1.1.2.2. شروط دعوى المسؤولية..... 56
1.1.1.2.2. الشرط الأولي..... 56
2.1.1.2.2. الشروط الجوهرية..... 56
2.1.2.2. أطراف دعوى المسؤولية..... 60
1.2.1.2.2. الأطراف المسؤولة..... 60
2.2.1.2.2. الأطراف المخولة برفع دعوى المسؤولية..... 67
2.2.2. نظام دعوى المسؤولية..... 68
1.2.2.2. آثار دعوى المسؤولية..... 68
1.1.2.2.2. التعويض..... 68
2.1.2.2.2 معيار تحديد التعويض..... 69
2.2.2.2. انقضاء دعوى المسؤولية..... 70
1.2.2.2.2.طرق انقضاء دعوى المسؤولية..... 70
2.2.2.2.2. الآثار المترتبة على انقضاء دعوى المسؤولية..... 70
3. تدارك بطلان عقد الشركة التجارية..... 72
1.3. حالات تفادي التصريح بالبطلان..... 72
1.1.3. حالة التصحيح..... 73
1.1.1.3. طرق التصحيح..... 73
1.1.1.1.3. التصحيح الإرادي 73
2.1.1.1.3. التصحيح القضائي..... 76
2.1.1.3. آثار التصحيح..... 77
1.2.1.1.3. سقوط دعوى البطلان..... 77
2.2.1.1.3. عدم قبول دعوى المسؤولية 77
2.1.3. حالة التقادم المسقط لدعوى البطلان..... 78
1.2.1.3.اعتماد نظام التقادم في ميدان الشركات التجارية..... 79
1.1.2.1.3 أساس إقرار نظام التقادم..... 79
2.1.2.1.3.آجال التقادم..... 79
2.2.1.3. حدود الأثر المسقط للتقادم..... 80

1.2.2.1.3. حالة الدعوى المؤسسة على سبب من أسباب البطلان المطلق..... 81
2.2.2.1.3. حالة الدعوى المؤسسة على سبب من أسباب الإبطال..... 81
2.3. حالات تفادي ترتيب آثار بطلان عقد الشركة التجارية..... 85
1.2.3. حالة عدم الاحتجاج على الغير بالبطلان..... 86
1.1.2.3.مضمون مبدأ الاحتجاج..... 86
1.1.1.2.3. حق الغير في التمسك بالظاهر..... 87
2.1.1.2.3. حق الغير في التمسك بالبطلان..... 88
2.1.2.3. حدود مبدأ احتجاج الغير بالبطلان 89
1.2.1.2.3. من حيث نطاق تطبيق مبدأ الاحتجاج..... 89
2.2.1.2.3. من حيث تضارب مصالح الغير..... 89
2.2.3. نظرية الشركة الفعلية..... 90
1.2.2.3. مبررات النظرية وتمييز الشركة الفعلية عما يشابهها..... 90
1.1.2.2.3. مبررات نظرية الشركة الفعلية..... 90
2.1.2.2.3. تمييز الشركة الفعلية عن الشركة التي تنشأ بحكم الواقع..... 91
2.2.2.3 أساس ونطاق نظرية الشركة الفعلية..... 92
1.2.2.2.3. أساس نظرية الشركة الفعلية..... 93
2.2.2.2.3.نطاق نظرية الشركة الفعلية..... 95
3.2.2.3. آثار نظرية الشركة الفعلية..... 97
1.3.2.2.3. بالنسبة للشركة..... 98
2.3.2.2.3. بالنسبة للشركاء..... 99
3.3.2.2.3. بالنسبة للغير..... 100
الخاتمة..... 105
قائمة المراجع..... 109

مقـد مـــة

الإنسان كائن اجتماعـــي بطبعه، تتنوّع مطالبه وتتزايد تبعا للتطور الهائل في جميـــع مناحي الحياة، فيقف في غالب الأحيان عاجزا عن تحقيقها بمفرده، خاصة المشاريع الكبرى بسبب ضعف جهده وقصور ثروتـه ؛ هذا ما دفع الأفراد أن يتجهوا منذ القدم إلى المشاركة في مختلف الأعمال التي اتخذت عبر مراحل زمنية متعاقبة كيانا قانونيا تجسد في فكرة الشركـة.

وإذا كان الأصل أن إرادة الأفراد حرة في اعتماد الشكل القانونـي المناسب للشركة المراد تأسيسها، إلا أن المشرع في الكثير من الدول ولاعتبارات عدة، يتدخل بموجب نصوص آمرة لتنظيم تأسيس الشركات ومراقبة نشاطها، وأكثر ما يتجلى ذلك في شركات المساهمة، والواقع أن ظاهرة تدخل المشرع لا تقتصر على عقد الشركـــــة، وإنما هي عامة بالنسبة لسائر العقود التي تبلغ درجـة معينة من الأهميـــــة [1] ص127.

ومهما يكن الأمر، فإن الشركـــــة عقد متميّز،إذ أنه يقوم على اتحاد مصالح أطرافه وليس على التناقض كما في عقد البيع مثلا ، وينشأ عنه غالبا شخص معنوي مستقل عن الشركاء كما يجوز تعديله بموافقة الأغلبية خلافا للقواعـــــد العامة [2] ص357، تشترك عند تكوينها مع سائر العقود، بالنظر إلى دور الإرادة في وضـع الشروط المتعلقة بالعقد، إلا أنه في مراحل تسييرها تبرز فكرة النظام، خاصة بعد أن تضفي عليه الشخصية المعنوية مقومات تفصله عن أشخاص الشركاء.[3] ص113،[4] ص68

هذا ونجد أن المشرع الجزائري قد تناول بالتنظيم الشركات التجارية بموجب نصوص عامة أوردها في القانـون المدني، وأخرى خاصة في القانـون التجاري وبعض القوانين الخاصة ذات الصلـــة؛ وعلى غرار باقي المشرعين، تبنى الفكرتين معا، إذ اعتبر في المادة 416 قانون مدني الشركـــــة عقدا، واستثناء من ذلك فقد أجاز تأسيس شركة من طرف شخص واحـد وفق ما تقضي به المادة 564 قانـــون تجاري. وبانتهاجه اقتصاد السوق،عدّل القانون التجاري وأدخل أنواعـا جديدة من الشركات.

ومن أجل تأسيس شركـــــة صحيحة بصفة قانونية، أوجب المشرع الجزائري توافر عقدها على أركان موضوعية عامة لا غنى عنها في أي عقد، وإلى جانبها أركان خاصة تتفق وطبيعة عقد الشركـة المتميز، منها ما هي موضوعية، تقتضي تعدد الشركاء، تقديم الحصص ، المساهمة في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر ونية المشاركة، وأخرى شكلية تتعلق بإجراءات الكتابة والإشهار، يضاف إليها قواعد تأسيس محددة خاصة بكل من شركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة؛ رغبة من المشـرع في إيجاد تنظيم محكم للشركات التجارية، حتى تكون قادرة على المنافسة في ظل العولمة.

هذا ونجد أن فقهاء القانـون المدني قد أولوا تقسيم العقد من حيث الصحة والبطـلان عناية فائقة، مبرزين بصفة دقيقة الآثار المترتبة على كل منهما، وهو ما لم يغفل عنه فقهـاء الشريعة الإسلامية، كذلك لم يسه المشرع الجزائـــري في أن يفرد مكانا خاصـــا لذلك، فخصص القسم الثاني من القانون المدني لشروط العقد ، في حين أفرد القسم الثاني مكرر منه لإبطال العقد وبطلانه ، بحيث جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعـــد العامة في بطـــلان العقد، فرتب على توافر العقد لهذه الأركان والشروط صحته ، أما إذا تخلفت أو اختلت فإن المشرع رتّب عليها البطلان الذي يختلف نوعـــه تبعا للركن أو لشرط الصحة المتخلف أو الذي اختل، أي أن البطـــلان يتدرج بحسب السبب الذي يعتري انعقاد العقد أو صحته، فقد يكون مطلقا إذا تعلق بركن العقد أو شرط فيه، وقد يكون قابلا للإبطال إذا تعلق بشروط صحته، كما قد يكون خاصا في حالات معينة.

فالبطـلان كنظام قانوني، يختلف عن الكثير من الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له، بالنظر إلى خصائصه المميزة التي ينفرد بها عنها وإلى آثاره المترتبة عن تطبيقه؛ مما أثار انتقادات كثيرة بشأنه في ميدان الشركات خصوصا، إذ اعتبره البعض جزاء خطيرا وغير ناجع،يجعل من مصير الشركة مبهما وينقص من ضمان الدائنين فهو لا يفيد أحدا؛ ذلك أن التصريح ببطـلان عقد الشركة بعد مباشرة نشاطها، يعني اندثارها واندثار ما أبرمته من تصرفات، ومحو الآثار التي نشأت عن قيام شركة معيبة خلال المدة الزمنية التي تمكنت فيها من الوجود ومباشرة نشاطها، وهو ما من شأنه أن يضر بمصالح مشروعة مختلفة ومتضاربة، سواء بالنسبة للشركاء أو للغير،وعلى استقرار المعاملات، ومن ثم تكون له نتائج وخيمة على الاقتصاد بصورة عامة لها انعكاسات اجتماعية وسياسية، ذلك أن البطـلان مهما يكن نوعه يؤدي إلى زوال العقد وما يترتب عليه من آثار بأثر رجعي كأصل عام.

لهذا نجد أن نظرية البطلان قد حظيت بقسط وافر من الدراسة عند كل من الفقهاء القدامى والمحدثين على حدّ سواء لأهميتها، خاصة في الميدان القضائي، ففي رحابه تثار الكثير من المسائل القانونية، وتزداد أهمية نظرية البطـــــــــلان عندما يتعلق الأمر بعقد الشركة التجارية، فقد كان لكل من التشريع والقضاء الدور الهام في تحديد معالمها. [5] ص1.

وكان من نتيجة ذلك أن تباينت الآراء الفقهية وحتى التشريعات في معالجة نظرية البطلان خاصة في ميدان الشركات التجارية، بحجة أن البطلان لا يتلاءم وخصوصية هذا الميدان الذي يتطلب الثقة والاستقرار.

هذه المعطيات،تدفعنا إلى التعرف عن مدى تطبيق المشرع الجزائري لجزاء البطلان على عقد الشركة التجارية، بالنظر لاضطلاعها بالمشروعات الاقتصادية الكبرى،واعتبارها الأداة المثلى للنهوض الاقتصادي وارتباطها الوثيـــق بالاستثمار، خاصة مع تبني الجزائر لسياســـة الانفتاح الاقتصادي،عن طريق طرح الإشكالية التالية:

اعتبارا من أن عقد الشركة التجارية ينشئ كيانا قانونيا مستقلا عن الشركاء، فهل نطبق عليه نفس أحكام البطلان المقررة في القواعد العامة،سواء في حالة تخلف أو اختلال ركن أو شرط صحة فيه وبصفة تلقائية بالنسبة لجميع أشكال الشركات التجارية، دونما مراعاة لحقوق الشركاء من جهة وحقوق الغير الذي تعامل مع الشركة من جهة أخرى ؟ وما هي الآليات التي تبناها المشرع الجزائري في معالجة تطبيق البطلان على عقد الشركـــــــة التجارية بغية التوفيق بين المصالح المختلفة والمتضاربة لكل من الشركاء والغير؟.

سنعتمد للإجابـــــــة على هذه الإشكالية، المنهجية التحليلية التي يتطلبها موضوع البحث ، مع اللجوء إلى المقارنة متى دعت الضرورة إليها.

لذلك اقتضت معالجة البحث، تقسيمه إلى ثلاثة فصول، فكانت البداية بفصل تمهيدي سنتناول فيه ماهية البطلان، المبحث الأول مفهوم البطلان، يتضمن تعريف البطلان وتمييزه عما يشابهه من أنظمة قانونية وكذا تقسيماته، مع التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك كله.

ثم في فصل أول سيتم التعرض إلى تطبيق جزاء البطلان على عقد الشركة، سواء المترتب عن تخلف الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة وكذا الشكلية في المبحث الأول منه، ثم سيكون التطرق إلى آثار التصريح ببطلان عقد الشركة التجارية في المبحث الثاني.

أما في الفصل الثاني، فسيتم التطرق فيه إلى تدارك بطـــلان عقد الشركـــــة التجارية، وذلك بالتعرض إلى آليات تفادي التصريح بالبطلان في مبحث أول، وفي مبحث ثان إلى آليات تفادي ترتيب آثار بطلان عقد الشركة التجارية.

الفصل .1.

ماهية البطلان

بدايـــــة، يتوجب علينا تحديد الإطار العام لنظرية البطـــلان، من الوجهة التي عالجها الفقــه من جهة، و ما تبنته التشريعات المختلفة بشأن البطلان من جهة أخرى.
إن هذا الأمــر في الحقيقة ، يتطلب المعرفة والإحاطة بكافة الجوانب المتعلقة بنظرية البطـــلان ،ابتداء من تعريف البطلان وتبيان أقسامه وتحديد طبيعته القانونية، سواء في الفقه الوضعي أم في الفقه الإسلامي، فضلا عن تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية التي يتشابه معها، للوقوف على ما تبناه المشرع الجزائري في ذلك بصفة خاصة.

1.1. مفهوم البطـلان

البطـــــلان كنظام قانـــوني ، كان ولا زال مثار خلاف في الفقـــــــه، فقد تباينت الآراء بشأن أحكامه ؛ ومع ذلك فإنه من الضرورة بمكان معرفة ما ذهب إليه الفقه في هذا المجال سعيا إلى تحديـــد مفهومه، و الوقوف على أهم ما يميّزه عن الأنظمة القانونيـــــة الأخرى التي قد تشترك معــه في ترتيب الأثر نفسه.

1.1.1. تعريف البطلان وتمييزه عما يشابهه

تعددت تعريفات البطلان، لذلك نسعى من خلال هذا المطلب إلى ذكر بعضها على النحو الآتي:

1.1.1.1. تعريف البطلان:

1.1.1.1.1.التعريف اللغوي:

- يقال بطل الشيء يبطل بطلانا، أي فسد أو سقط حكمه فهو باطل.[6] ص12.
- وقد يقصد به الضياع والخسران، فيقال ذهب دمه بطلا أي هدرا.والباطل نقيض الحق. وأبطل فلان جاء بكذب وادعى باطلا. [7] ص187.

2.1.1.1.1.التعريف الاصطلاحي:

جاء في تعريف الغزالي للبطلان،بأنه الذي لا يثمر،وإذا أطلق على العقود بشكل خاص،فإنه ما تخلف عنه مقصوده، كما إذا عقد الرجل على زوجة غيره.

ويرى الشاطبي بأن للبطلان معنيين:

[1]-عدم ترتيب آثار العمل في الدنيا؛ فلا تجزئ العبادات ولا تبرئ ذمة ولا تسقط قضاء، كما لا تنتقل الأملاك في المعاملات.

[2]-عدم ترتيب ثواب عليه في الآخرة؛ سواء كانت العبادات صحيحة كالمتعبد رياء، أو غير مطابقة لمقتضى الشرع بها كالصلاة من غير نية. وبالنسبة للمعاملات كالعقود المفسوخة شرعا،وتلك التي يكون الدافع إليها مجرد الشهرة والهوى من غير التفات إلى خطاب الشارع كالأكل والشرب. [7] ص188.

ومنه فالبطلان في اصطلاح الفقه الإسلامي، عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره المقررة شرعا بين الناس، من امتلاك وانتفاع وغيرهما من الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلا إليها وسببا منشئا لها.[8] ص 96،[9] ص91.

3.1.1.1.1. التعريف القانوني:

تعددت تعريفات الفقهاء ورجال القانون للبطلان، نورد منها:

- "هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه، والتي إذا أخل بها المتعاقدان كان عقدهما باطلا، أي منعدم الوجود قانونا، فتزول كل آثاره بالنسبة لهما، وكذلك بالنسبة للغير".[10] ص248.

- "هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته. وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.والعقد الذي لم تراع قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا، فلا ينتج أثرا قانونيا ، ولا ينشأ عنه التزام.[11] ص799.

- يعرف الفقيهين Aubry و Rau، بأنه: " عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفا قانونيا لمخالفته لأمر أو نهي من القانون.[8] ص 36.

- يعرفه د. جميل الشرقاوي، بأنه" وصف يلحق تصرفا قانونيا معينا لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية، يؤدي إلى عدم نفاذه".[5] ص46.

2.1.1.1. تمييز البطلان عما يشابهه:

إن تحديد خصوصية البطلان، يتطلب تمييزه عن أهم الجزاءات المدنية الأخرى والخاصة بالعقود.

1.2.1.1.1. تمييز البطلان عن الانعدام:

حاول الفقه التقليدي إيجاد مجال للتفرقة بين البطلان والانعدام، فاعتبر العقد المنعدم غير موجود ماديا، عند تخلف أحد أركانه الطبيعية كالتراضي؛ أمّا إذا اختلّ أحد شروطه كعدم مشروعية المحل كان العقد باطـلا، و أنّه وإن كان حكم القضاء كاشفا في كليهما، غير أن له أثرا رجعيا في البطلان؛ فضلا عن أنّ الانعدام لا يرتب آثارا، عكس الباطل بطلانا مطلقا الذي يرتب بعض الآثار بحكم وجوده كواقعة قانونية.

غير أن الفقـه الحديث انتقد ذلك للمبررات التالية:

- مرد الحكم بهما معا للقضاء، وكذا للحصول على الحقوق.[12] ص353.
- أحكامهما واحدة، فهما في نظر القانون عدم من غير تفاوت فلا ينتجان أثرا كأصل عام، ولا تلحقهما الإجازة ولا يرد عليهما التقادم.[13] ص173.
-عدم منطقية أساس نظريـة الانعدام، ذلك أن التصرف القانونـي يحيا بالعناصر الطبيعية بعد تحولها نهائيا إلي عناصر قانونية بحكم الصياغة القانونية.
- إذا تعلق بالانعدام القانوني فهو لا يقدم جديدا،إذ أن أسباب البطلان تؤدي إليه من غير تفرقة.أما إذا تعلق بالانعدام المادي،أي عدم وجود التعبير الخارجي عن الإرادة، فإننا بالفعل أمام انعدام، ولكنه ليس بجزاء يدخل ضمن تقسيمات البطلان، فالتصرف القانوني ككائن مادي غير موجود أصلا حتى نربط به جزاء يتمثل في نوع من أنواع البطلان.[12] ص356.

لذلك يذهب الفقيهان بودري وبارد، إلى القول بأن التصرف القانونـي المنعدم هو الذي له وجود في الواقع دون الوجود القانوني، ويعتبران التصرفين القانونيين المنعدم والباطل بطلانا مطلقا سواء.[12] ص351.

2.2.1.1.1. تمييز البطلان عن الفسخ :

- يلتقيان من حيث زوال العقد بأثر رجعي المترتب عن تطبيقهما وفق ما تقضي به المادتين 103و122 قانون مدني جزائري تجاه طرفيه والغير معا؛ كما يخضعان لمدة تقادم واحدة محددة بخمس عشرة سنة.

غير أنهما يختلفان من عدة وجوه:

- محل الفسخ التصرفات الملزمة للجانبين، أما محل البطلان أوسع إذ يشمل فضلا عن ذلك التصرفات الملزمة لجانب واحد.[14] ص123.

- سبب الفسخ عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام ناشئ عن عقد صحيح منذ تكوينه، أمّا البطلان فهو جزاء عدم استكمال العقد لأركانه أو شروط صحته وقت تكوين العقد.[15] ص243.

- هدف الفسخ التحلل من الالتزام التعاقدي وإزالة آثاره؛ لكن وظيفة البطلان تهدف إلى احترام الأفراد لإرادة المشرع، فدور المشرع يأتي في مرحلة إنشاء العقد بينما في الفسخ يأتي بعد إبرام العقد [12] ص69.

- حكم القاضي في الفسخ أمر جوازي، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في القضاء به أو رفضه رغم توافر شروطه المادة 119 قانـــــون مدني جزائري؛ بخلاف ما إذا تعلق الأمر بالبطلان المطلق، فالقاضي ملزم بالحكم به متى توافرت شروطه القانونية.[14] ص 122. وعلى ذلك يكون الحكم بالفسخ الاتفاقي والانفساخ كاشف وكذلك البطلان، أما الفسخ القضائي والقابلية للإبطال فمنشئ . والأثر الرجعي للفسخ وللبطلان على الغير يرد عليه قيدين:عدم الإخلال بحق الغير حسن النية،و إذا كان ناقص الأهلية فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.[16] ص 55.

- تتقادم دعوى الإبطـال بخمس سنوات وبعشر سنوات حسب الحـالات وفق ما تنص عليه المادة 101 قانون مدني جزائري، وبالنسبة للفسخ فبمضي خمس عشرة سنة .

3.2.1.1.1. تمييز البطلان عن عد م النفاذ(عدم السريان):

يقترب عدم النفاذ من قابلية العقد للإبطال، من حيث أن التمسك بهما مقرر لشخص معين. لكنهما يختلفان من عدة وجوه:

- ذلك أن عدم النفاذ ليس وجها للبطـلان، ولا إحدى صوره، بل إنه جزاء يقوم إلى جانبه ، يفيـــد عدم الاحتجاج بآثار التصرف القانوني الصحيح بين أطرافه في مواجهة الغير، فلا ينفذ في حقه طبقا لقاعدة نسبية آثار العقد، إذ للغير أن يتجاهله كما يقول الفقيه MazeauM [8] ص41، كذلك إذا كان قابـــلا للإبطال لمصلحة طرف لم يستعمل حقه في الإبطال [16]،ص57، أما البطـــلان فيترتب عليه اعتبار العقـــد منعدم الوجود قانونـــــا إذا كان مطلقا،أو إذا صدر الحكم بإبطاله إذا كان قابـــلا للإبطال فيما بين المتعاقدين منذ إبرامه ولكنه يحتـــــج به على الغير؛ فلا يرتب آثاره فيما بين طرفي العقـــد ولا بالنسبة للغير.[5] ص 108.

- العقد القابل للإبطال تصححه الإجازة المادة100 قانون مدني جزائري، دون العقد الباطل مطلقا المادة102 قانـــون مدني جزائري، أما عدم النفاذ فيزول أثره بإقرار من خوله القانـــون حق التمسك به، كإقرار المالك الحقيقي في بيع ملك الغير.[13] ص 174.

- بالنسبة للبطلان المطلق، يتمسك به كل ذي مصلحة المادة102 قانون مدني جزائري، أما القابل للإبطـال وعدم النفاذ فلمن تقرر لمصلحته فهما يقتربان في ذلك مع اختــلاف بسيط، إذ هو طرف في العقد القابل للإبطال و ليس طرفا في عدم النفاذ [8] ص42،[17] ص16.

4.2.1.1.1. تمييز العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف:

العقد القابل للإبطال صحيح مرتب لجميع آثاره، إلا أنه مهدد بالزوال بإبطاله. أما العقد الموقوف فهو ما صدر من شخص أهل للتعاقد من غير أن يكون مالكا وقت إصداره كعقد الفضولي،أو العكس كالعقد الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه ناقص الأهلية، فلا ينتــج أي أثر حتى يتم إقراره من الغير أو من ناقص الأهلية أو وليه حسب الأحوال [18] ص240. ذلك أن نفاذ العقد شرعا يقتضي أن يكون للمتعاقد فيه ولايـــة على محل العقد وعلى نوع التصرف، فإذا تخلف أحدهما كان العقـد موقوفا[19] ص 16.

2.1.1. الطبيعة القانونية للبطلان

الفقه المصري، منقسم بين من يرى أن البطـــــــلان جزاء لتخلف أركان العقد، ومن يرى أنه وصف يلحق بالعقد فيشل أثره القانوني[12] ص17.

1.2.1.1.الرأي القائل بأنه جزاء:

يرى بأنه الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها.

1.1.2.1.1. التأسيس القانوني:

يرى د.عبد الفتاح عبد الباقي،أن البطلان جزاء، يجعل التصرف القانوني غير قائم، بسبب اختلال تكوينه، فيؤدي إلى إعدامه بأثر رجعي.

فالتصرف القانوني مجرد حيلة، ليس له وجود قانوني. والعبرة بما يرتبه من آثار، فهي التي يلحقها جزاء البطـــلان فيعدمها؛ فالبطـلان إذن مجرد نظام قانـــوني، يخدم غايات الأفراد في نطاق مصلحة الجماعة، والحيلة القانونية مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة، هي ترتيب الآثار.

1.2.1.1. 1. 2. النقد:

يرى د. جميل الشرقاوي،أن التصرف القانوني كائن قانوني موجود، متى استجمع أركان انعقاده المقررة قانونا، حسب ما ذهب إليه الفقيه **Ihering** في كتابه روح القانون الروماني.
كما أن التسليم بأن عدم نفاذ آثار التصرف القانوني المعيب نتيجة فقط للبطلان غير ممكن، لأنه قد يكون نتيجة لسبب آخر مثل الرجوع، والقول بغير ذلك يحول دون تمييزه عن غيره من الأنظمة التي ترتب النتيجة نفسها.
وتعليل ذلك ،أن عدم الاعتراف بالانعدام كمرحلة قصوى للبطلان، والتركيز على الآثار فقط،لا يعد سببا لإنكار وجود التصرف القانونـــــي،إذ يمكن التوصل إلى نفس النتيجة دون حاجـــــة إلى ذلك،بالقول أن التصرف القانوني إما موجود قانونا مكتمل لشروط قيامه وصحته فهو صحيح، وإما أنه غير موجود لتخلف ركن أو أكثر من أركانه فهو باطل.

2.2.1.1.الرأي القائل بأنه وصف:

يرى الدكتور جميل الشرقاوي،أن البطلان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته، نتيجة عيب يلحق به إذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بإبرامه[12] ص18 .

1.2.2.1.1. التأسيس القانوني:

يأخذ الدكتور جميل الشرقاوي على تعريف Aubry و Rau للبطلان ،عدم الدقة والقصور لمساواته بين معنى عدم الصحة وعدم النفاذ بالخيار بينهما وبين معنى البطلان من جهة ثانية.فمصطلح عدم الصحة ينصب على التصرف القانونـي ذاته الذي ينشأ مهددا بالزوال منذ لحظة إنشائه فهو بالضبط البطلان، أما عدم النفاذ فيلحق بآثاره، و معناه كما يقول الأستاذ Japiot أن أثر التصرف لا يتحقق، فهذا المصطلح لا يزيد إيضاحا للبطلان.[5] ص43،[8] ص37.
و يخلص إلى أنّ البطلان صفة تلحق بالتصرف القانوني المعيب في ذاته أولا،أما الآثار فيلحقها الجزاء ثانيا، فهو حالة يكون عليها التصرف القانوني المعيب، بسبب مخالفة النصوص المنظمة لإنشائه.

فالوصول إلى الغاية من البطـلان، يكون عن طريق الوسيلة المؤدية إليها، وهي التصرف القانونـــي الذي يجب نعته بالبطلان كمرحلة أولى، أما المرحلة الثانية فهي توقيع الجزاء وإعدام آثاره.وهذه النتيجة تتأكد بالتحقق من المخالفة القانونية ثم وصف التصرف القانوني بالبطلان، والوصول مباشرة إلي الآثار لتوقيع الجزاء عليها، فتكون طبيعة البطلان أنه جزاء مدني يلحق مباشرة بالآثار فقط.

2.2.2.1.1. النقد

إن البطـلان يشبه التكييف القانوني للفعل الإجرامي، فهو في حقيقته نظام قانونـي للجزاء المدني، فيوصف التصرف القانوني بالبطلان عند ثبوت المخالفة لنصوص القانـون،ثم الانتقال إلى تطبيق الجزاء. ولا ينصب الجزاء على أطراف العقد، بل يلحق بآثاره فقط[12] ص24.

3.2.1.1. الرأي المعتمد:

يرى د.عبد الحكم فودة،أن البطلان وصف يلحق التصرف القانوني المخالف لما قرره المشرع واستهدف منه المصلحة العامة أوسمة جوهرية في المصلحة الخاصة.فيقال لمثل هذا التصرف أنه باطل.

ولا يكفي ذلك، بل هو أيضا جزاء على تلك المخالفة، بمقتضاه لا يرتب التصرف القانوني آثاره القانونية تحقيقا لهدف المشرع بحمل الأفراد على احترام القواعد القانونية المنظمة لإنشاء التصرفات القانونية.[12] ص20.

فبطلان العقد كون سببه أو محله غير مشروع هو فعلا عقاب للمتعاقدين،غير أن مصطلح الجزاء لا يعني حتمـــا العقاب المسلط على الفرد، بل يقصـــد به ما يترتب عنه من نتائـــج قانونية على التصرفات القانونية التي تمت مخالفة للقانون .[10] ص248.
فهو كما يقول الأستاذانBoulanger et Ripert " الوسيلة التي بها يمكن تحقيق حماية القواعد القانونية".ومنه يظهر أن للبطلان طابعا زجريا، يتمثل في عدم ترتيب التصرف القانوني المخالف للقانون لأي أثررجعي ودورا وقائيا يظهر في امتناع الأفراد عن إبرام عقد يكون محلا للبطـــــــلان في مرحلة لاحقة.[8] ص 39.

2.1. أنواع البطـلان:

إذا كان أثر البطلان هو اعتبار العقد كأن لم يكن، فكان منطقيا أن يكون البطلان درجة واحـدة وليس على درجات لأنه لا تفاوت في العدم.غير أنه لاعتبارات تاريخية، وأخرى ترجع إلى النصوص التشريعية قام الفقهاء بتقسيمه إلى درجات [13] ص245.

ونسجل هنا تباينا كبيـــرا عند الفقهاء، فمنهم من يجعل البطـــلان درجتين وهناك من يجعله ثلاث درجات، كما نجد منهم من ينادي بوحدة البطلان وآخر بتعدده، ولكل فريق أدلته وتبريراته التي يستند إليها في ذلك.

1.2.1. في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي:

نحاول من خلال هذا المطلب، الوقوف على أنواع البطلان في كل من الفقه الوضعي بقسميه التقليدي والحديث، مقارنة بالفقه الإسلامي.

1.1.2.1. في الفقه الوضعي:

1.1.1.2.1. النظرية التقليدية:

عرف القانون الروماني البطلان المطلق،الذي ينشأ معه التصرف القانوني ميتا إذا لم يستوف شكله القانوني، أو نقص فيه ركن من أركان تكوينه، ثم عرف بعد ذلك بطلانا وصفه الفقه بأنه القابلية للإبطال[12] ص347. وعلى ذلك سار الفقه التقليدي ،غير أنه بصدور قانون نابليون، اتجهت بعض كتابات الفقهاء إلى القول بفكرة الانعدام كما في عقد الزواج المثلي.[12] ص351.

ومنه، فالنظرية التقليدية تقسم البطلان إلى ثلاث درجات على أساس أن للعقد أركانا وللأركان شروطا، فهناك بطلان يجعل العقد منعدما كما إذا تخلف ركن طبيعي ، وبطلان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا اختل شرط في الركن، وآخر يجعل العقد قابلا للإبطال إذا كان الاختلال راجعا لعدم صحة التراضي-نقص الأهلية أو عيوب الرضاء [7] ص 325 ،[9] ص84 .

لقد وجهت إلى هذا التقسيم انتقادات من نواح مختلفة، أهمها :

- أنه لا يستند إلى مبررات جدية.
- أن التمييز بينهما يصطدم مع المنطق، إذ في كليهما لا وجود للعقد قانونا، فهما متساويان في الانعدام كما أنه ليس له فائدة عملية، لتشابه أحكامهما [10] ص251، [9] ص489.
- أنه ضيق و جامد. لذلك نادى جانب من الفقه بتعدد درجات البطـــلان، بحجة أن القانـون حدد أركانا و شروطا للعقد، فإذا ما اختل ركن أو شرط كان العقد باطلا بما يتلاءم وهذا الركن أو الشرط .

ومع ذلك قد ينتج العقد بعض آثاره الأخرى؛ وهذا ما يعطي نظرية البطلان مرونة لإخضاع تفسير بعض حالات البطلان الشاذة، التي يصعب تفسيرها طبقا للنظرية التقليدية كما في بطلان عقد الشركة لتخلف الكتابة مع عدم احتجاج الشركاء به في مواجهة الغير، وهو ما يمثل بالنسبة إليهم حلا لتفسيره. [20] 605 ، غير أن هذا لا يصلح أساسا لتحديد حالات البطـلان، كونه لا يستند إلى ضوابط ثابتة يمكن الاعتماد عليها وفق ما يراه د. محمد سعيد جعفور[8] ص64، فضـــلا عن أنه سوف يؤدي لا محالة إلى عدم استقرار المعامـلات. " فهذه الحالات الشاذة، يمكن تفسيرها تفسيرا ملائمـا، دون نقض القواعـد المستقرة في البطلان، لتحل مكانها قواعد غير ثابتة وغير مستقرة"[21] 490.

2.1.1.2.1. النظرية الحديثة:

تجعل البطلان على درجتين، فالبطلان المطلق ينصب على العقد الذي لم ينعقد تماما، فهو منعدم الوجود ولا حاجة لتقريره متى لم يستوف أركانه، وهو يشمل الانعدام[10] ص251،[21] ص489 .

أما العقـــد القابل للإبطـال، فينعقد صحيحـا إلى أن يطعن في صحته ممن تقرر لمصلحته، وينصب على عيوب الرضاء و الإرادة ونقص الأهلية.

و فيما يتعلق بتأسيس هذا التقسيم، انقسم الفقه إلى فريقين:

- الأول،يستند إلى معيار الغاية من القواعد القانونية،التي تؤدي مخالفتها إلى تقرير بطلان التصرف القانونـــي تستهدف إما حماية المصلحة العامة أو الخاصة، وعلى ذلك تتحدد طبيعـة الجزاء المترتب على مخالفتها، فالبطـــلان يكون مطلقا بالنسبة للأولى،و يكون قابلا للإبطال بالنسبة للثانية؛ غير أن صعوبة التمييز بين نوعـــي المصالـح بصفة قاطعـــــة لتداخلهما تجعله منتقدا [5] ص 141 ،[8] ص 62 ، كما هو الأمر بالنسبة للشكلية حسب المادة 793 قانون مدني جزائري فقد يكون الغرض منها كذلك حماية المتعاقد ؛ مما يزيد من تدخل القاضي حيث يستطيع أحيانا تقرير البطلان ولو لم يجد نصا يقضي بذلك صراحة[10] ص253 .

- الثاني، يرى أن البطـلان المطلق يتحقق في حالة تخلف ركـن أو أحد شروطه، فيعتبر العقد غير منعقد، أما القابل للإبطال فيتحقق في حالة تخلف أحد شروط صحة التراضي[10] ص63.

إن تقييد العقد في تكوينه بأركـــــان وشروط مختلفة ومتفاوتة الأهميـــــة، يستند إلى اعتبارات عدة، ذلك أن البطلان المطلق مقرر لحماية المصلحة العامة كما في مشروعية السبب أو المحل، في حين أن القابلية للإبطال مقررة لحماية المتعاقد نفسه كما في صحة التراضي.

ونرى إعمال المعيارين، إذ هما يكملان بعضهما بعضا.

يعلق د. حسنين على أن التقسيم الثلاثي غير منطقي ولا عملي، ويرى أن التقسيم الثنائي تقتضيه الصياغة الفنية لنظرية البطلان من حيث تنوع الحلول، و بالنظر إلى الأثر المترتب عن كل منهما[17] ص76.

وحق التمسك بالبطـــــــلان المطلق ، سواء في النظرية الحديثة أو في التقليدية، مخول لكل ذي مصلحة مع اختلاف الأساس، فالنظرية الحديثة ترده إلى أن التصرف القانوني من شأنه المساس بالمصلحة العامة وليس إلى كونه قد نشأ باطـــــــلا كما ترى التقليدية.أما حق التمسك بالبطــلان النسبي، فمخول لمن تقررت له حماية مصالحه.

على أن أنصار النظريـــة الحديثة، يرون ضرورة توسيع دائرة من لهم حق التمسك بالبطـلان بالنسبة إلى التصرفات القانونية التي يبرمها ناقص الأهلية و من في حكمه.فإن القانون يسمح لممثليهم القانونيين بأن يحلوا محله، حتى لا يؤدي عدم تمسك من تقرر البطلان لمصلحته إلى جعل التصرف القانوني المعيب بمنأى عما يهدده من زوال.

وبالنسبة إلى انقضاء الحق في إثارة البطــلان عن طريق التقادم والإجازة، ففي النظرية الحديثة فإن التقادم يرد على كل من دعاوى البطلان المطلق والنسبي مع اختلاف المدة المقررة لكل منهما.

وأما الإجازة، فإنهــا لا ترد إلا على التصرف القانونـــــي القابل للإبطـال فقط ، ولا ترجــع إلى أن هذا التصرف قد نشأ فاقدا لركن أو شرط فيه جعله يولد ميتا كما يقول التقليديون، وإنما لكونها قررت لحماية المصلحة العامة[5] ص143 .

هذا وقد نادى بنظرية وحدة البطلان في الفقه العربي، د.جميل الشرقاوي ، ودافع عنها الأستاذ السنهوري الذي لا يقر إلا بوجود حالتي الصحة والبطلان، باعتبارأن العقد القابل للإبطال ليس حالة قائمة بذاتها بينهما[21] ص491، إذ يبطل عند استعمال الحق في ذلك ممن تقرر لمصلحته، وتزول آثاره ويصبح مثل العقد الباطل، ومن ثم فلا حاجة للتمييز بينهما، وإن كان كل منهما يخضع لأحكام خاصة به.

كما أن هناك حالات خاصة للبطلان، أقرتها أغلب التشريعات الحديثة تنص على البطلان الخاص في حالات محددة على سبيل الحصر، يختلف عن البطلان المطلق وعن القابلية للإبطال، وذلك لما تراءى للمشرع حماية طرف معين في العقد أو تحقيق مصلحة معينة كان يبتغي تحقيقها من وراء ذلك .

2.1.2.1. في الفقه الإسلامي:

يتدرج العقد في الفقه الإسلامـــي، من غير الصحيح الذي يشمل الباطل والفاسد، إلى الصحيح الذي يتضمن الموقوف غير النافذ و النافذ غير اللازم، فالنافذ اللازم وهو أعلى مراتب الصحة.

جمهور فقهاء المسلمين يجعل البطلان درجة واحدة، أما الأحناف فيجعلون التصرفات غير الصحيحة درجتين، تتمثلان في البطلان والفساد[19] ص 13.

وأساس الاختلاف في تقسيم العقد غير الصحيح، منحصر في الأثر المترتب عن نهي الشارع بشأن العقد الذي لم يستكمل أركانـــــه أو شروطه، فجمهور الفقهاء يراه في انعدام مشروعية العقد مطلقا؛ في حين يرى الحنفية أن النهي إذا كان راجعا إلى أصل العقد اقتضى البطلان، أما إذا كان النهي لوصف ملازم للعقد فإن ذلك يقتضي بطلان هذا الوصف فقط [8] ص122.

1.2.1.2.1. عند جمهور الفقهاء:

العقد الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كما إذا تعلق الأمـــــر بعدم أهلية المتعاقدين أو أحدهما لمباشرة العقد لجنون،أو إذا كان المحل غير صالح لحكم العقد شرعا كأن يكون المبيع مالا غير متقوم في حق البائع كالخمر بالنسبة للمسلم، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر شرعي[18] ص287.
وهكذا كل عقد لم يتوافر فيه ركنه أو شروطه يكون باطلا، دون أن يملك أحد المتعاقدين إجبار الآخر على تنفيذه، فإذا نفذه ولو اختيارا وجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، ولو كان يعلم بالبطـلان فيكون له أن يسترد ما سلمه تنفيذا للعقد الباطل. و في هذا يقرر المذهب المالكي حماية الغير، فيفوت الرد بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع أو هبة مع وجوب أن يرد المشتري للبائـع إما القيمة أو المثل بحسب ما إذا كان المبيع قيميا أو مثليا، إذ لا ترد عليه الإجازة، و يتمسك به كل ذي مصلحة ، كما أنه لا شفعة في بيع باطل[19] ص21.

ومع ذلك، هناك حالات يترتب فيها على العقد الباطل بعض الآثار الفرعية كواقعة مادية، تتمثل في:
- يتقرر الضمان على المشتري في حالة هلاك المبيع في يده بالتسليم،كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.
- إعمال نظرية تحول العقد متى توافرت شروطها، عملا بالقاعدة الشرعية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"[7] ص195.
- قد يرتب العقد الباطل أحكاما كما في الزواج، إذ يثبت النسب وتجب العدة والمهر بعد الدخول، وفقا للقاعدة الشرعية" ليس يخلو وطء من مهر أو عقوبة"، ويأخذ الحكم نفسه العقد الفاسد[19] ص21.
كما أن هناك نتائج متفرعة عن النتيجة الأساسية للبطلان:
- من اشترى وقفا وشرط له شروطا، فإنه تبطل الشروط لبطـــلان المتضمن وهو شراء الجامع ووقفه، وهو قول الحنفية.
- الاعتداد بمبدأ الأثر الرجعي عند إبطاله[7] ص199 .
- لا ترد عليه الإجازة و لا يكون محلا للتقادم.
- قال المالكية بأن العقـد الباطل لا يحتاج فسخه إلى القضـــــاء، واختلفوا في هل يعتد بفسـخ القاضي أو أن تراضي المتعاقدين بالفسخ كفسخه[7] ص201.

2.1.2.1. 2. عند فقهاء الحنفية:

العقـد الفاسد يكون جزاء تخلف أحد شروط صحـــة العقد فقط - الوصف-، و يرتب كل آثاره إلى أن يتقرر إبطاله قضاء[13] ص178، كما لو كان منهي عنه شرعا-جهالة فاحشة- [18] ص237؛ إذ جعل له المذهب الحنفي وجودا شرعيـــا ورتب عليه بعض الآثار، وحددوا مجاله في المعاملات فقط دون العبادات، ذلك أن العبادات لا تكون إلا صحيحة أو باطلة ويلحقون عقد الزواج بها[19] ص27.

وللحكم الفاسد عند الحنفية :

- وجوب القيمة أو المثل لا الثمن عند تعذر الرد، لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البيوع .
- إباحـة التصرفات التي ليس فيها انتفاع بعين المبيـــع، كالبيع والهبة ونحو ذلك، فتصح بالعقد الفاسد، بخلاف إذا ما كان هناك انتفاع كأكل الطعام ولبس الثوب وغيره، لأن في الانتفاع به تقرير للفساد.
- شرط التملك في العقد الفاسد التسليم بإذن المالك صراحة أو ضمنا، فلا يثبت قبله، لأنه واجب الفسخ رفعا للفساد[7] ص211،إما من أحد المتعاقدين من غير رضاء الآخر،أو من القاضي إذا علم بذلك محافظة على حق الله تعالى،لأنه منهي عنه شرعا، ما لم يوجد أحد موانع الفسخ التالية:
- إذا تغير شكل المحل على ما كان قبل التسليم، بأن هلك أو استهلك.
- إذا تعلق حق الغير به، كما لو وهبه المشتري لآخر مثلا وتم تسلمه من الموهوب له[18] ص238.
- لا يبطل الفسخ في العقد الفاسد بصريح الإبطال أو الإسقاط، لأن حق الفسخ ثبت لله تعالى دفعا للفساد، ومادام كذلك لا يقدر العبد على إسقاطه[18] ص216.

ويظهر التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد فيما يأتي:

من حيث أوجه الشبه :

- لا يقبلان الإجازة لأنّ كلا منهما معدوم.
- لا يسري عليهما التقادم، كما أن العقد الفاسد يظل مستحق الفسخ شرعا، إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ.

من حيث أوجه الاختلاف :

- أن سبب البطلان إما تخلف أحد أركان العقد، أو أحد شروطه كصدور العقد من عديم الأهلية، في حين أن سبب الفساد مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية مكملة[8] ص104.
- العقد الباطل كالمعدوم لا يرتب أي أثر؛ أما الفاسد، فيرتب نقل الملكية بالتسليم.

- العقد الباطل معدوم لا يحتاج إلى فسخ. وأما الفاسد، فواجب الفسخ رعاية لأحكام الشرع، ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه، إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ.
- البطلان محله كل أنواع التصرفات القولية والفعلية عقدية أم غير ذلك،أما الفساد فمحله العقود المالية المنشئة لالتزامات متقابلة أو الناقلة للملكية[18] ص281.

2.2.1. نظرية البطلان في التشريع الجزائري:

تناول المشرع نظرية البطـــــلان، في القسم الثاني مكرر تحت عنوان إبطال العقد وبطلانه في المواد من 99 إلى 105 قانـــــون مدني جزائـــــري، وهو ترتيب يتفق مـــــع المنطق القانونـي، الذي يستوجب الفصل بين الأركـان أو شروط الصحـــة والجزاء المترتب عن تخلفها حسب كل حالة. و من جهـــة أخرى، فقد أحسن المشرع في عرض البطـلان بعد شروط العقد، لكونه لا يعد من أسباب الانحلال.

1.2.2.1. موقف المشرع الجزائري من أنواع البطلان:

من استقراء أحكام المواد 99 إلى105 قانون مدني جزائري، يتضح أن المشرع تبنى التقسيـم الثنائي، متجنبا في ذلك التعقيد و الجدل الفقهي بين البطلان و الانعدام ،إذ أنه يميز بين البطـلان المطلق والقابلية للإبطال بتحديد حالات كل منهما؛ ومعتمدا كأساس في ذلك التمييز بين أركان العقد وشروط صحته.
فتبنى المعيار التقليدي لتحديد درجات البطـلان، إذ أفاد ضمنا أن القابلية للإبطال هي الجزاء المترتب عن تخلف شروط صحـــة التراضي حسب المادة101 قانون مدني جزائري بعد تعرضـــه لمدة تقادم الحق في الإبطـال ثم حدد في الفقرة الثانية وقت سريانها كمـــــا فعل في المادة90 قانون مدني جزائري، وهي قرينة قاطعة على أنه لم يقصد البطلان المطلق رغم عدم نص المشرع على شروط الصحة على سبيـــل التخصيص، فإن الجزاء المترتب عن تخلفها يفهم بداهـة من النصوص. كما اعتبر أن البطلان المطلق هو الجزاء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد أو اختلاله، وإن لم يضبطه بأحكام خاصة تحت عنوان مستقل [5] ص176.
ومن ثم، فإن البطلان جزاء، وضعه المشرع لجميع العقود، يختلف باختلاف الأركان أو شروط الصحة التي لم تراع عند تكوين العقد[14] ص118.

1.1.2.2.1.تبيان حالات البطلان:

المشرع الجزائري، لم يقم بتعداد الحالات التي يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا ولا تلك الخاصة بكل من القابل للإبطال أو البطـــــــلان الخاص، بل ورد النص عليها في نصوص متفرقة من القانون المدني يعالج كل منها حالة معينة.

وعلى ضوء ذلك يكون العقد باطلا:

- إذا كان المتعاقد عديـــم الأهلية، صبيا غير مميز كان المادة42 قانون مدني جزائري أم راشدا مصابا بجنــون أو عته أو سفه بعد شهر حكم الحجر المادتين106 و107 قانون أسرة جزائري.
- إذا تخلف أو اختل أحد أركان العقد، كالتراضي المواد من 93 إلى98 قانون مدني جزائري.
- إذا تخلف الشكل الرسمي المواد 324 مكرر1، و833 قانون مدني جزائري، أو تخلف التسليم المادة 206 قانون أسرة جزائري.

و يكون قابلا للإبطال:

- حالة تصرف المميز الدائر بين النفع والضرر المادتين43 و 101 قانون مدني جزائري.
- إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين أحد عيوب الإرادة، المواد من 81 إلى 91 قانون مدني جزائري.

بعض حالات البطلان الخاص:

- حالة عقد الشركة المادة 418 قانون مدني جزائري.
- إذا وجـد نص خاص يقضي بذلك، كما في بيـــــع ملك الغير المادة397 قانون مدني جزائري، بيـع المريض مرض الموت المادة 408 قانون مدني جزائري، وعند عدم تحقق شرط العلم الكافي بالمبيـــع المادة 352 قانـون مدني جزائري.
- إذا وجد نص خاص، حالـــة المادة92/ 2 قانون مدني جزائري التعامل في تركـــــة إنسان على قيد الحياة[22] ص70، بيع الوفاء المادة396 قانون مدني جزائري ، أو إذا اشترط شرطا رتب على تخلفه البطـلان كما في شرط تعيين المدة في عقد الوعد المادة 71 قانون مدني جزائري،كذلك إذا تعلق بشراء الحقوق المتنازع فيها المادتين402 و403 قانون مدني جزائري.

فبعض أسباب البطـــــلان ترجع إلى اعتبارات فنية يقتضيها إبرام العقد، والبعض الآخر يرجع إلى هدف حماية المجتمـــــع من مخالفـــة النظام العام والآداب، كما في حالتي عدم مشروعيـــــة محل العقد و سببه [15] ص251.

ويثار التساؤل، عما إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى معيار المصلحة في تحديـــــد نوع البطـلان من عدمه؟

الحقيقة أن المشرع لا يمكنه حصر كل حالات البطلان،فقد تظهر حالات أخرى لم يواجهها بنصوص صريحة، فتبدو الحاجة ملحة للقضاة للبحث عن معيار يكمل المعيار العددي،متمثلا في فكرة المصلحة،فمتى كانت عامة فالجزاء المقرر البطلان المطلق، وإذا كانت خاصة كان الجزاء القابلية للإبطال.ومنه، يتبين أن المشرع الجزائري لم يحترم المعيار العددي على إطلاقه[5] ص177، كما أخذ بالبطلان القانوني على سبيل الحصر، وبالمقابل أعطى للقاضي سلطة القضاء به في باقي الأحوال[6] ص27،[23] ص214،[24] ص30.

2.1.2.2.1. تقرير البطلان:

إذا تقرر بطـلان العقد زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين، باستثناء ما ترتب عنه من آثار عرضية أو أصلية [9] ص114.

يذهب أنصار النظرية التقليدية، إلى أن حكم القاضي في البطـــلان المطلق كاشف، بينما يكون منشئا إذا تعلق بالقابلية للإبطـــــال[10] ص257؛ في حين يرى أنصار النظرية الحديثة،أن حكمه كاشف في كليهما، لأننا نكون بصدد خرق أحكام قاعدة قانونية، ذلك أن القضـاء بإبطال العقد يؤدي إلى زوال التصرف بأثر رجعي،ومن ثمّ تكون سلطة القاضي التقديرية واحدة بصدد نوعي البطلان معا، إذ القاضي هو المرجـع في ذلك.وما صدور الحكم بعد ذلك إلا تأكيد عدم شرعية ذلك العقد الباطل.

الأصل أن البطلان لا يقع بقوة القانون، وإنما يجب أن تقضي به المحكمة بناء على طلب صاحب المصلحة فيه، فالعقد المعيب يبقى قائما منتجا لكل آثاره إلى أن يقضى ببطلانه، ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من تقرر لمصلحته ، باستثناء حالات البطـلان المتعلق بالنظام العام الذي يكون التمسك به إما عن طريق الدعوى أو الدفع[24] ص507.

وهذه المصلحة لا بد أن تكون متصلة بالبطلان، مثل شخص رتب له المشتري أو البائع حقا شخصيا أوعينيا بالنسبة إلى العين المبيعة كالمستأجر؛ وعلى ذلك لا يجوز للجار أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من جاره حتى ولو كان له مصلحة في ذلك[25] ص135.

لما كان العقد الباطل عدما،كان في غير حاجة لتدخل القاضي لتقريره[13] ص187، لكن تدخله يكون حتميا عندما يدّعى أحد المتعاقدين صحة العقد، ويطالب المتعاقد الآخر بالتنفيذ أو بالاسترداد الذي تبين له أنه باطل.أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح إلى أن يتقرر إبطاله ،ويتدخل القاضي لتقريره بموجب حكم عند رفع دعوى البطلان أو عند الدفع به [21] ص530. ونشير إلى أن البطلان الخاص يحتاج إلى حكم لإبطاله، إذ أنـه لا يتقرر بإرادة منفردة[25] ص144.

غير أن أغلب الفقه الحديث، يرى ضرورة الالتجاء إلى القضـاء، للحصول على حكم بشأن نوعي البطــلان، رافضا أن يكون هناك بطـــلان بقوة القانون، لأنه لا يجوز للمرء أن يقتضي حقه لنفسه بنفسه، باستثناء العقد الباطل مطلقا قبل التنفيذ ورغب أحد الطرفين في استرداد ما أوفى به، لأن الطرف الآخر يستطيع دفع مطالبته بالبطلان،فلا يحتاج فيه الأمر إلى استصدار حكم قضائي بشأنه، بخلاف العقد القابل للإبطال[15] ص255. متى تقرر إبطاله ، زالت أهمية التمييز بينهما، وتصبح الآثار المترتبة عنهما واحدة، لأن الحكم بإبطال العقد، معناه زوال كل الآثار التي ترتبت عليه بأثر رجعـــــي حسب المادة 103 قانون مدني جزائري.

ولذلك، فإن القضاء ببطـلان العقد، يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن من قبل، ويعـود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، فيطالب كل متعاقد الآخر برد ما تسلمه منه،فإن استحال ذلك، جاز الحكم بتعويض معادل حسب المادة102 قانون مدني جزائري. تطبيقا لقاعدة رد ما دفع بغير حق حسب المادة 1/103قانون مدني جزائري، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة الإبطال لنقص الأهلية،فلا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد حسب المادة 2/103 قانون مدني جزائري تطبيقا لأصل عام قرره المشـرع في المادة 148 قانون مدني جزائري وجب عليه تعويض الدائن عن التأخير في الوفاء من وقت رفع الدعوى حسب المادة 186 قانون مدني جزائري[17] ص 79.

وهذا الحكم كقاعدة عامـــة، ليس قاصرا على المتعاقدين فقط، فقد يمس الغير أيضا مع استثناء عقود المدة التي يتقرر إبطالها وكذلك الغير حسن النية، الذي لم يكن يعلم بأن العقد باطل أو قابل للإبطال[14] ص119.

فإذا طالب أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد، دفع المتعاقد الآخر ببطلانه أو إبطاله[10] ص258،ذلك أن العقد الباطل لا ينقلب صحيحا. فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم ،كما في بيع باطل لأرض دون تسليمها للمشتري مضت عليه خمس عشرة سنة يسقط دعوى البطلان بالتقادم، والحال هذه، كان في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان، فإذا ما طالب المشتري البائع بتسليمه الأرض دفع هذا الأخير ببطلان البيـــع بعد انقضاء خمس عشرة سنة. أما بعد التسليم، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري لا بدعوى بطلان البيع التي سقطت بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق. أما إذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع فيتمكن عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب[7] ص233.

يرى د.السنهوري أن الإجازة تصحح العقد القابل للإبطال بأثر رجعي، ومن ثم فهي لا تضر بحقوق الغير[21] ص518، غير أن جانبا من الفقه يرى عكس ذلك، لأن العقد القابل للإبطال ينعقد صحيحا ويظل كذلك إلى أن يتقرر إبطاله، فالإجازة تزيل خطر الإبطال الذي كان يهدد العقد فيستقر وجوده نهائيا. والقول بغير ذلك، يتعارض مع صحة العقد منذ إبرامه[17] ص82.

والمشرع في المادة 100 قانون مدني جزائري نص على أن الإجازة تصحح العقد بأثر رجعي دون أن تخل بحقوق الغير مع أنه نشأ صحيحا، وهو قول غير دقيق و في غير محله، لأن العقد كان دائما صحيحـــــــا مرتبا لآثاره ذلك أن أثر الإجازة ينصرف إلى المستقبل، فيزيل حق الإبطال ابتداء من وقت صدور الإجازة،وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف الفقه الإسلامي في فكرة العقد الموقوف بحيث لا يكون نافذا ومرتبا لآثاره إلا من يوم إجازته[8] ص147.

كما نجد أن المشرع في المادة 100 قانون مدني جزائري أورد مصطلح" الإجازة" في غير محله، ذلك أن العقـــــــد القابل للإبطال مشوب بعيب ليس في العقد نفسه، وإنما هو في أحد المتعاقدين ، الذي له أن يطالب القضـــــــاء بإبطال العقد لهذا العيب ، وإذا قضي له به زال العقد بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، دون أن يخل بحقوق الغير حسن النية،و يستمر صحيحا إذا لم يطالب به، ومنتجا لكل آثاره دون حاجة إلى إجازة، لأنها لن تزيده صحة إذ هو صحيح من يوم انعقاده،أي أن الأثر الرجعي الذي يخل بحقوق الغير إنما هو خاص بالإبطال فحسب ، ولا محل للقول بإجازة لها أثر رجعي لا يخل بحقوق الغير[26] ص198.

ويمكن الإشارة إلى أوجه التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال كما يلي:

- البطلان المطلق يتحقق في حالة تخلف أو اختلال ركن في العقد، أما القابل للإبطال فيتحقق إذا ما اختل شرط صحة فيه.
- العقد الباطل عدم لا يرتب أي أثر في الحال ولا في المستقبل، في حين أن القابل للإبطال منتج لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله فتزول بأثر رجعي.
- البطلان المطلق تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ويتمسك به كل ذي مصلحة حسب المادة 102 قانون مدني جزائري في أية حال تكون عليها الدعوى ، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام المجلس، أما القابل للإبطال فيجب أن يقضى به بناء على طلب من تقرر لحمايته أو خلفه العام فقط ، كما لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حسب المادة 99 قانون مدني جزائري.
- القابل للإبطال ترد عليه الإجازة ويصححه التقادم حسب المادتين 100، 101 قانون مدني جزائري، عكس البطلان المطلق.
- العقد القابل للإبطال يمكن تصحيحه بإدخال عنصر جديد عليه، بينما لا يتصور التصحيح بالنسبة لعقد باطل، بل لا بد من عقد جديد[13] ص176،[17] ص85.

2.2.2.1. الآثار المترتبة على تقرير البطلان:

الأصل أن ما بني على باطل فهو باطل، ومنه لا يرتب العقد الباطل أثرا؛ لكن العدالة أحيانا تصطدم بهذا المبدأ، خاصة وأنه قد يكون مرتبا لمراكز قانونية يؤدي البطلان إلى الإضرار بها وزوالها-

مصالـــــــح الغير حسن النية- ، وتكون حمايتها أولى من المصالــح التي يهدف تقرير البطـــــلان إلى حمايتها[12] ص08.

فالعقد الباطل قانونيا لا وجود له، ولكنه يوجد كواقعة مادية، وهو بهذه الصفة قد ينتج أثرا قانونيا عرضيا وليس أصليا.على أنه قد ينتــج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره تصرفــا قانونيا وفق ما تقتضيه ضرورة استقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية[9] ص98.

لذلك حاول المشرع الجزائري التخفيف من نتائج البطلان، بترتيب آثار عرضية عليه لم يقصدها طرفاه،أو بترتيب آثار جوهرية كتلك التي يرتبها العقد الصحيح.ودور القاضي حاسم في تقرير البطـلان أو رفضه، طبقا لسلطته التقديرية ولملابسات وظروف كل قضية متعلقة بالبطلان، غير أنه متى تثبت القاضي من علة الإبطال تعين عليه القضاء به[13] ص178.

1.2.2.2.1. الآثار الأصلية:

وهي تترتب استثناء على العقــد الباطل، بوصفه تصرفا قانونيا قائما حكما، وهو ما يمثل خروجا عن القواعد العامة، تبرره فكرة احترام الظاهر حماية للغير حسن النية واستقرارا للمعاملات.من ذلك الشركة التجارية الباطلة بسبب عدم استيفاء الإجراءات الواجبة قانونــا ، تتم تصفية حقــوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان وفقا لشروط الشركة التي قضي ببطلانها، باعتبارها شركة فعلية[20] ص642 ،[9] ص108 .

فبالنسبة للمتعاقدين، يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأن يرد كل منهما ما أخذه تنفيذا للعقد، مع التعويض إن كان له مقتضى [16] ص62، فمتى قضي بالبطلان زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين باستثناء ما ورد أعلاه؛ وأساس التعويض هنا المسؤولية التقصيرية[7] ص236. وذلك من يوم المطالبة القضائية،فإن استحال ذلك،كما لو هلك المبيع في يد المشتري،قضى القاضي بتعويض معادل، فيلزم المشتري برد المبيع وقت هلاكه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الباطل، والبائع يلتزم برد الثمن على أساس دفع غير المستحق[21] ص534.

ومتى قضي ببطلان العقد، اعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، وزال العقد بأثر رجعي[16] ص64، باستثناء الغير حسن النية، كما إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال مثلا، وقام المشتري بتقرير حق رهن على العقار لصالح شخص وكان حسن النية، فإن بطلان التصرف الذي تملك بمقتضاه المشتري،لا يؤثر على حق الدائن المرتهن، فيعود العقار إلى البائع مثقلا بهذا الحق[15] ص284.

2.2.2.2.1. الآثار العرضية:

قد ينتج العقد الباطل آثارا باعتباره واقعة مادية، تتمثل في أثرين يتمثلان في نظريتي انتقاص العقد و تحوله.

نص المشرع الجزائري على انتقاص العقد في المادة 104قانون مدني جزائري، فاشترط أن يكون البطلان جزئيا وقابلا للانقسام، وعلى من يدعي البطلان إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال منفصل عن جملة التعاقد[13] 189، ومثال ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، تقع باطلة فيما يتعلق بالموقوف وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك،هذا ما لم يثبت من يطعن في القسمـــــة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقـــوف[9] ص99. هذا وقد يتقرر الانتقاص بقوة القانـــون، مثل ما نصت عليه المادة 110 قانون مدني جزائري من بطـــلان الشرط القاضي بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، كذلك اشتراط عدم جواز تعديل العقد إلا بحكم القاضي ولو حدثت ظروف استثنائية حسب المادة3/107 قانون مدني جزائري، وكذلك المادة722 قانـون مدني جزائري[19] 23.

ففي مثل هذه الحالات ينتقص العقد مادام قابلا للتجزئة، أما إذا لم يكن كذلك بأن تبين أن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل فإن العقد يبطل بأكمله.

فإذا تضمن العقد شرطا باطـلا، اقتصر البطـلان عليه وحده، وظل العقد قائما إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى إبرامه فيقع العقد باطلا كله، مثل هبة مقترنة بشرط غير مشروع.

أما تحول العقد، نص عليه المشرع في المادة105 قانون مدني جزائري، ومفاده أن التصرف القانونـــي الباطل قد ينطوي برغم بطـلانه على عناصر تصرف قانونـي آخر فيتحول إليه[7] ص299، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونيا لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني ولكنه أنتج أثرا عرضيا لا أثرا أصليا.

ومن شروطه :

- أن يكون التصرف الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال .
- أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر صحيح.
- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة– وليس الحقيقية- إلى العقـــــد الآخر الذي تحول إليه العقد الباطل، وإلا لما كان هذا تحولا بل كان إعمالا للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها[19] ص636.

ومن أمثلة التحول، تحول الوعد بجائزة إلى إيجاب وتحول القسمة الباطلة لنقص أهلية أحد المتعاقدين إلى قسمة مهايأة صحيحة ترد على المنفعة لا على الملك، والبيع بثمن تافه إلى هبة بتوافر شروطها.

التحول لا يرد إلى مجرد تعبير لإرادة المتعاقدين، بل الواقـــــع أن القاضي يحل محلهما ويبدلهما عن عقدهما القديم عقدا جديدا[13] ص197.

الفصـل. 2.

تطبيق جزاء البطلان على عقد الشركة التجارية

ينظم التقنين التجاري الجزائري أشكـــــــالا مختلفة ومتمايزة من الشركات التجارية،وردت على سبيل الحصر[27] ص81، الأمر الذي تطلب أن يكون تنظيـــــم تأسيسها محكما، وأحيانا صارما، تقتضيه خصوصية الميدان التجاري، بغية احترام القانون وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

لذلك أوجب المشرع لقيام عقد الشركة صحيحا، أن تتوافر فيه الأركان العامة في العقود مضافا إليها الأركان الخاصة التي تميزه عن غيره ،مع إفراغــه في الشكل الرسمي وإشهاره على الوجه المقرر قانونا، مرتبا في حالة تخلف أي منها جزاء البطلان بدرجات متفاوتة.

1.2. حالات بطلان عقد الشركة التجارية:

تتحدد حالات البطـــــلان حسب تخلف الأركان والشروط الواجب احترامها للقول بصحــة عقد الشركة، فقد يترتب بطلان عقد الشركة عن تخلف الأركان الموضوعية لتأسيس عقد الشركـة، أو تخلف أركانه الشكلية[23] ص8.

فتبنى المشرع الجزائري في المادة 733 قانون تجاري مبدأ لا بطلان إلا بنص صريح في القانون التجاري أو القانون المدني فيما يخص عقد الشركة التجارية، التي تمثل القاعدة الخاصة ، ومبينا موقفه الهادف إلى التضييق من نطاق البطلان والحد من أثره في بعض الشركات من جهة أخرى، لذلك تباينت طبيعته بحسب حالاته.

1.1.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الموضوعية:

عقد الشركـة كسائر العقود، يجب أن تتوافر فيه أركان التصرف القانوني العامة، لذلك نجد المشرع رتب جزاء البطلان على تخلف أحدها أو اختلاله أو تخلف شرط صحة فيه، مع إضفاء مرونـة خاصة به، وهو ما سيتم تفصيله لاحقا.

1.1.1.2. البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال الأركان الموضوعية العامة:

طبقـــــا للقواعــد العامة، يتقرر البطــلان المطلق بتخلف كل من الأهلية والتراضي، المحل والسبب؛ أما القابلية للإبطال فتتقرر في حالة نقص الأهلية أو إذا شاب التراضي أحد عيوب الإرادة.

1.1.1.1.2.البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال التراضي و الأهلية:

لا ينفي تطور الشكلية في ميدان الشركات اعتبار العقد توافق إرادتين[28] ص3، ومنه يكتسي التراضي[26] ص28 أهمية بالغة في ميدان الشركات،خاصة شركات الأشخاص لقيامها على الاعتبار الشخصي؛ لذلك وجب أن ينصب على جميع شروط عقد الشركة[29] ص22، [4] ص74،التي يرتبط قيامها وجودا وعدما بالتراضي[28] ص3، كما إذا كان صوريا بالنسبة للشركة الوهمية[30] ص64.

و تخضع أحكام الأهلية في ميدان الشركات للقواعد العامة،ولما كان عقد الشركة دائرا بين النفع والضرر، فإن القول بصحته، يقتضي أن يكون الرضاء صادرا ممن له أهلية التصرف، إذ قد تتطلب حصة الشريك نقل ملكية أو حق عيني، فلا تكفي أهلية الإدارة[31] ص250.

وفي هذا الصدد يطرح التساؤل التالي: ماهي الأهلية التي يعتد بها للمشاركة في تأسيس شركة ؟ المشرع أوجب أن يتوافر لدى الشريك أهلية كاملة مناطها بلوغ سن الرشد حسب أحكام المادة 40 قانون مدني جزائري وهي تمثل الأهلية المدنية. ذلك أن المشرع لم يقرر أهلية تجارية خاصة.

و تنعدم الأهلية في حالـــة الشريك غير المميز، المجنون والمعتوه وفق ما تقضي به المادة 42 من القانون المدني الجزائري؛ وحكم جميع تصرفاته البطلان المطلق حسب نص المادتين 82و85 قانون أسرة جزائري ، فلا يمكن لمن يمثله قانونا حسب ما تنص عليه المادة 81 قانون أسرة جزائري إبرام عقود التصرف، كعقد الشركة نيابة عنه، إلا بإذن خاص من القاضي وذلك استنادا إلى ما تقضي به المادتين 88 مقطع03 و89 من قانون الأسرة الجزائري.

والاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة العامة، خاص بدخول القاصر كشريك في الشركة التجارية، فنجد المشرع يقرر في المادة 5 قانون تجاري جزائري بإجازته للقاصر البالغ ثماني عشرة سنة كاملة مزاولة التجارة بشرط حصوله على إذن قضائي بالترشيـــد، وأن لا يكون قد اعتراه عارض من عوارض الأهلية؛ وقصد المشرع في ذلك حمايته من المخاطر التي تنجم عن مباشرة الأعمال التجارية وخشية على أمواله،فالأهلية اللازمة تتحدد تبعا لمسؤولية الشريك تجاه الغير، ففي شركات الأموال تكون مسؤوليته عن ديون الشركة محدودة،ومن ثم حق للقاصر- المميز- أن يكون شريكـــا فيها ويستثمر أمواله ، كذلك يحق له بعد الترشيد فقط وبموجب إذن خاص أن يكون شريكا في شركة أشخاص حيث

تكون مسؤولية الشركاء جميعا شخصية تضامنية ومطلقة[32] ص149، ذلك أن دخوله فيها يكسبه صفة التاجر.

على أن القاصر المرشد،لا يعتبر كامل الأهلية إلا في حدود الإذن الممنوح له، ومنه فأي تصرف يقوم به خارج نطاق الإذن يقع قابلا للإبطال لمصلحته،و يكون باطلا بطلانا مطلقا في حالة عدم حصوله على الإذن أصلا[32] ص106.

غير أن الإبقاء على سن الترشيد ثماني عشرة سنة، أصبح غير مجد، خاصة وأن المشرع قد خفض سن التمييز إلى ثلاث عشرة سنة بتعديله للمادة 43 قانون مدني جزائري.

كذلك يشترط المشرع الجزائري لصحة التراضي أن يكون صادرا عن ذي أهلية وأن يكون غير معيب بأحـــــد عيوب الإرادة التي يترتب عنها قابلية أي عقـد للإبطـــال، ومنه فشرط صحة التراضي، ضروري في سائر مراحل تكوين الشركة وتأسيسها[33] هامش ص105.

وفي هذا الصدد، نجد أن المشرع الجزائري قد أحال أهم أحكام التصرفات المالية التي يباشرها ناقص الأهلية على تقنين الأسرة ، في حين نجده أورد بعضها فقط في التقنين المدني رغم أنه المختص في ذلك، أما قانون الأسرة فيتولى تحديـــد حالة الشخص إذا ما كان قاصرا أو راشـدا وما إلى ذلك [26] ص 18.

ويثار التساؤل عن مصير الشركـــــة بعد القضاء ببطلانها، فهل يقتصر التمسك بالبطـــــلان على الشخص المعيب رضاؤه أو الناقصة أهليته، أم أن أثره يتعدى إلى العقد برمته ؟

وفقا للقواعـــد العامة، يكون العقد قابلا للإبطال، و هو مقرر في جميع الأحوال لمصلحة الشريك الذي قضي له بالبطلان بسبب عيب في رضائه أو بسبب نقص أهليته ؛أما بالنسبة للأثر المترتب عنه فيتوقف على نوع الشركة، ففي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة بالنسبة لفئة الشركاء المتضامنين يؤدي إلى انهيار العقد برمته وكذا الشركـــــة، لا على أساس نقص أهلية الشريك، وإنما على أساس تخلف رضاء الشركاء بالشركة، لقيامها على الاعتبار الشخصي.وفي كل الأحوال، يقتصر أثر البطـــلان على المستقبل، حيث يتوجب حل الشركة وتصفيتها، وتعتبر الشركة في الفترة ما بين إبرام عقدها وبطلانه قائمة فعلا[34] ص23.

وحسب المادة 733 قانون تجاري جزائري، نجد أن المشرع نص على حكم خاص،إذ لم يعد يعتمد تعيب الرضـــاء و نقص الأهلية سببا في بطـــلان الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، إلا إذا شاب هذا العيب جميع الشركاء، وهذا أمر نادر الوقـــوع عمليا وحسنا فعل، باعتبـار أن نيته انصرفت إلى التضييق من نطاق البطلان في هاتين الشركتين[35] ص73، لذلك نجده يقر ببقاء الشركة قائمة وصحيحـة بين الشركاء،بحيث جعل أثر البطلان ينصرف إلى الشريك المعيب رضاؤه

فقط ، مما يترتب عنه زوال صفة الشريك و استرداد حصته أو الأسهم التي اكتتب بها كاملة والتي تعرض من جديـد على الاكتتاب أو البيع، كما ألزمه برد الأرباح التي حصل عليها طبقا للأثر الرجعي للبطلان[1] ص153.

وعليه، يكون المشرع قد اعتبر عيب الرضاء سببا من أسباب انقضاء الشركة كشخص معنوي بالنسبة للشركاء وسبب بطـــــلان بالنسبة للشريك المعيب رضاؤه[35] ص72؛ وتتحمل الشركة الالتزامات في الفترة السابقة عن الحكم كما تكتسب الحقوق التي ترتبت لها،دون أن يكون للشركاء أو الغير الاحتجاج بالبطلان [36] ص73.

وفي الحالتين، فإن حق التمسك بالبطلان يسقط بإجازة العقد صراحة أو ضمنا، أو بتقاعس الشريك عن التمسك به خلال ثلاث سنوات من تاريخ حصول البطـلان حسب المادة 740 قانون تجاري جزائري إذا لم يتم الإنذار أما في حالة إنذاره فالأجل الذي حددته المادة 738 قانون تجاري جزائري يكون واجب الإعمال.

2. 1.1.1.2. البطلان المؤسس على تخلف أو اختلال كل من المحل والسبب:

يجب أولا، تحديد مفهوم المحل[22] ص27،[10] ص166 في عقد الشركة، بالنظر إلى تباين موقف الفقه بشأنهما، ومهما يكن فهو يتمثل في مجمـوع النشاطات- الغرض- الذي تم تأسيس الشركة من أجله [29] ص23، وبهذا فهو يختلف عن محل التزام كل شريـك، فقد يكون محل الشركـــــة غير مشروع رغم مشروعية التزام الشريك فيلحقه البطلان رغم ذلك[33] ص107.

وبصرف النظر عن التفرقة بين سبب التزام الشريك وسبب عقد الشركة[13] ص170،فإن الذي تعتد به النظرية الحديثة هو السبب الدافع [37] ص36 إلى انضمام الشريك إلى الشركة، المتمثل في تحقيق الربح أو المنفعة الاقتصادية المرجوة من هذه الشركـة واقتسام الشركاء له والذي يختلف باختلاف العقـود والأطراف، وهذا الذي تبنته التشريعات الحديثة بما فيها العربية[22] ص88.

وقد ثار خلاف فقهي بشأن ماهية السبب في إطار عقد الشركة،هل المقصود به التزام الشريك بمعنى الباعث الدافع على الدخول في الشركة أم يقصد به الغرض من تكوينها؟

يرى الفقه الراجح بأن سبب عقد الشركة يختلط بمحلها، على اعتبار أنه يتمثل في تحقيق غرض الشركة المتجسد في رغبة الشركاء في استغـــــــلال مشروع مالي معين لتحقيق الربح، وطبقا لذلك فإن غرض الشركـــة أو محلها هو سبب عقدها، ومنه فإذا كان محلها غير مشروع فسببها يكـون كذلك بالضرورة،ويترتب على ذلك البطلان الذي ينصرف إلى العقد كنتيجة حتمية[38] ص52، [39]،ص35،[40] ص29.

ويرى البستاني أن هذا القول ليس بصحيـــــح [41] ص257. فمحل الشركـة قد يكون مشروعا، ومع ذلك تبطل الشركة لعدم مشروعية السبب، كتكوين شركة بقصد الإضرار بحقوق الغير، أو لإقامة تفاهم بين شركة وأخرى بقصد الإضرار بحرية المنافسة.

وعلى ذلك، فالسبب هو رغبة الشركاء في الحصول على الربح وتوزيعه فيما بينهم، أما المحل فهو القيام بالمشروع المالي المشترك وهما أمران منفصلان كل عن الآخر[42] ص23،[43] ص5.

و تطبيقا للقواعد العامة، يبطل عقد الشركة مطلقا وفق نص المادة 94 فقرة1 قانون مدني جزائري،إذا لم تعين الشركة محـــــلا يكون هدفا من أجله تسخير جهود الشركــاء فيه، أو إذا كان محله مستحيــلا من حيث الطبيعة أو الموضــوع،أو غير مشروع تطبيقا لأحكام المادة 93 قانون مدني جزائري ، بل حتى ولو كان النشاط مشروعــا في ذاته،كما إذا كان القانون يحظر مزاولته على أشخاص معينين أو يستوجب القانون فيه ترخيصا مسبقا ؛ كذلك يبطل عقد الشركة إذا انعدم السبب ، وفق ما هو مستفاد بمفهوم المخالفة لنص المادة 97 قانون مدني جزائري.[44] ص13 .

ولقد ثار التساؤل عن المحل الذي يجب الاعتداد به في حالة التعارض، هل هو المبين بالعقد التأسيسي للشركة أم الفعلي ؟

بالنسبة للمشرع الجزائــري، يمكن إعمال نص المادة 98 فقرة 02 قانون مدني الذي يعتد بالسبب الوارد في العقد وعلى من يدعي سببا آخر يقع عليه عبء إثباته؛ وفي غياب نص مماثل بشأن المحل، فإننا نميل إلى إسقاط حكم النص المذكور أعلاه قياسا عليه.

بالنسبة للقضاء الفرنسي، فإنه يعتد بالمحل الفعلي أساسا لتقدير المشروعية، فيبطل العقـد مطلقا متى كان غير مشروع ،حتى وإن كان المحل الوارد بالعقد التأسيسي صحيحا ومشروعا[30] ص72.

غير أن محكمة العدل الأوروبية، تبنت تعريفا ضيقا لمحل عقد الشركة- المبين بالعقد التأسيسي أو بنظام الشركة- الذي يترتب عن عدم مشروعيته بطلان عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب قرار «Marleasing» الصادر في 13 نوفمبر1990.[45] ص532.

إن هذا الاتجاه أضعف من مدى المحل الفعلي، ويكون بذلك قد اتجه إلى إعدام هذه الحالـــة من بين حالات البطــلان، ذلك أن المحل الفعلي لن يكون غير مشروع إلا بصفة استثنائية ولن يظهر البطلان إلا نتيجة لعدم انتباه مؤسسي الشركة. فعقد الشركة التجارية قد يصرح ببطلانه حتى وإن كان محلها الفعلي مشروعا،كما إذا اقتصر استغلاله على شكل معين من أشكال الشركات، فتكون باطلة كل شركة أخرى يكون محلها القيام بأعمال البنك أو القرض أو أي نشاط مالي آخر، ما لم تكن شركـة مساهمة.

لا يثار أي إشكال إذا لم ينفذ عقد الشركة الذي يكون محله أو سببه غير مشروع، لكن يثار التساؤل في مدى جواز مطالبة الشريك الملوث باسترداد الحصة التي قدمها من المدير؟.

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة، فنجد الفقه التقليدي يقرر بقاء جميع الحصص في يد المدير الذي له أن يدفع مطالبة الشركاء له بالبطـــلان، تطبيقـــــا للقاعدة الرومانية التي تقرر أن الشخص لا يمكن له أن يطالب بحق استنادا إلى فعله غير المشروع، إذ الأصل أن العمل الشائن لا يكسب حقا ولا يصلح سندا للتقاضي.

هذا الرأي ليس بمنطقي، إذ يستحوذ المدير- ولعله أكثر الشركاء تلوثا بالعمل الشائن-، على رأس مال الشركة، فيكون ذلك إثراء له على حسابهم، رغم أنه شريك في الخطأ؛ لذا استقر الرأي الراجح، بجواز مطالبة الشركاء باسترداد حصصهم، حتى لا يكون العمل الشائن مبررا لأحدهم في الحصول على كسب دون وجه حق[42] ص41 .

طبقا لنص م 103 فقرة أخيرة ق م ج، يكون المشرع الجزائري قد تبنى ما ذهب إليه الفقه التقليدي ، غير أنه لم يقدم الحل في مثل هذه الحالة بشأن الحصص المقدمة؛ وهو الحكم الذي سايره الاجتهاد المصري، في حين اعتد كل من الاجتهاد الفرنسي والمشرع اللبناني بالرأي الراجح[4] ص190.

ونرى أنه كان على المشرع الجزائـري، في مثل هذه الحالات أن يقرر أحد حلين، إما إجازة الاسترداد مع توقيع عقوبة جزائية على الشركاء المتسببين في البطلان، وإما وضعها في حساب الخزينة العمومية.

حقيقة أن عقد الشركة لم يرتب آثاره الأصلية بسبب البطلان، غير أن آثارا أخرى ترتبت، لأن العقد أنشأ شخصا معنويا عاش فترة من الزمن ودخل في معامـــلات مع الغير، وقد يكون حقق أرباحا أو مني بخسائر لذلك لا يسري البطلان إلا بالنسبة المستقبل[46] ص22.

تساؤل يطرح كذلك، مفاده هل يجوز للشريك أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الغير؟

الأصل أن البطلان هنا مطلق، فقد يكون للشريك مصلحة في التمسك به للتحلل من تنفيذ التزام يطالبه بأدائه الغير، ولكن ذلك يؤدي إلى أن يستفيد الشريك من بطلان اشترك بخطئه في تقريره.

أما بالنسبة لحقوق الغير في مواجهة الشركة، يجب التمييز بين سيئ النية وحسن النية، فالأصل أنه يجوز الاحتجاج بالبطـلان المطلق على الغير ولو كان حسن النية، إلا أنه من أجـــل عدم إهدار حقوق هذا الأخير، يتجه الرأي الراجح فقها إلى عدم جواز احتجاج الشريك بالبطـلان لعدم مشروعية المحل في مواجهته ، وكان سبب العقد الذي تم بينه وبين الشركة مشروعا[1] ص153.

هذا الحكـــم تبناه المشرع الجزائري في المادة 742 قانون تجاري بحيث لم يستثن من الأسباب التي يجوز الاحتجاج بها على الغير سوى البطلان المترتب عن عيب في الرضاء أو عدم الأهلية. ونلمس في ذلك تقرير أولوية الحماية لهذين الشريكين على حساب الغير، ومنه يكون هذا الحكم منطقيا ومعقولا.

كما يثار من جهة أخرى، تساؤل في غاية الأهمية يتعلق بتوزيع الأرباح في حالة ما إذا كانت الشركة دخلت في معاملات مع الغير وحققت أرباحا.

في هذا الصدد، يرى حسين عطا أن توزيعها يكون بنسبة حصة كل واحد من الشركاء في رأس المال إذا كانوا حسني النية، أما في الحالة العكسية فيرى أيلولة هذه الأموال للخزينة العمومية مع توقيع الجزاء عليهم [25] ص253.

ذلك أن القضاء بالبطلان في هذه الأحوال يؤدي إلى انهيار عقد الشركة بأثر رجعي، وتعتبر الشركة كأن لم تكن، ولا تتم تصفيتها في هذه الحالة وفقا لعقد الشركة، لأن في ذلك إهدارا للبطلان وخلطا بينه وبين الانقضاء،وإنما تتم طبقا للقواعد العامـــة عند عدم اتفاق الشركاء،وبمقتضاها يكون نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر بنسبة حصته في رأس المال [34] ص23،[29] ص40.

2.1.1.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الموضوعية الخاصة :

إذا كان القانون يشترط توافر عقد الشركة على أركان عامة، فإنه فضلا عن ذلك يستوجب توافر أركان خاصة تتعلق بوجود التصرف القانوني في حد ذاته، تضفي على عقد الشركـة ذاتيته التي تميزه عن غيره من العقود التي تتشابه معه، والتي درج كثير من فقهاء القانون التجاري على حصرها في أربعة أركان،تتمثل في تعدد الشركاء، تقديم الحصص، المساهمة في الأرباح والخسائر وأخيرا نية المشاركة.

2.1.1.2. 1.البطلان المؤسس على تخلف الأركان المشتركة بين الشركات:

يرى د.علي البارودي أن تخلف أحد الأركـان الموضوعية الخاصة المنوه عنها أعلاه، لا يؤدي إلى البطلان فحسب، بل إلى انتفاء فكرة الشركة من أساسها[1] ص135.

هذا القول لا يجب التسليم به بصفة مطلقة، ذلك أن الكثير من التشريعات أصبحت تتبنى شركة الشخص الواحد و تتعامل بمرونة كبيرة مع هذا الركن من خلال منح فرص لتصحيح الأوضاع أو تحويل الشركة إلى شكل آخر، الأمر الذي لا يؤثر كثيرا على ركن تعدد الشركاء[32] ص 152،[47] ص157.

أما بالنسبة للحصص فالأمر يقتصر على عدم تقديمها من طرف جميع الشركاء وليس من طرف البعض فقط،وفيما يتعلق بنية المشاركة فلم تعد وحدها الفاصل في اعتبار عقد ما عقد شركة أم لا، وسنرى أنه في هذه الأحوال تثار مشكلة التكييف، إذ غالبا ما ينشأ عقد صحيح آخر كعقد عمل مثلا، ولكن البطلان يثار بصدد توزيع الأرباح والخسائر،إذ لابد أن يكون لكل شريك نصيب في كل منها[42] ص41،بل أن المشرع يوجب ألا يقل عدد الشركاء عن عدد معين في بعض الشركات،كما في شركة التوصية بالأسهم التي تشترط ألا يقل الحد الأدنى للشركاء عن ثلاثة شركـاء موصين وشريك متضامن حسب ما يستفاد من نص المادة 715 ثالثا قانون تجاري جزائري ، كما وضع حدا أقصى في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. أما بالنسبة لشركة المساهمة فوفق نص المادة 592 قانـــون تجاري جزائري يجب ألا يقل عن سبعة باستثناء الشركات ذات رؤوس أموال عمومية.

يعتقد جانب من الفقه أن تعدد الشركاء ليس ركنا خاصا بعقد الشركـــــة، وإنما هو عام لابد من توافره في سائر العقود، في حين يرى جانب آخر أن التعدد ركن لنشأة الشخص المعنوي الجديد[1] ص135، إذ هو لازم لقيام الشركة، بل ولاستمرارها[42] ص25.

لكن الصحيح أن التعدد شرط تأسيسي وليس شرط استمرار، مادامت الشركة قد نشأت صحيحة ومستوفية لجميع الشروط التي يتطلبها القانون واكتسبت الشخصية المعنوية[48] ص100.

ويثار التساؤل في حالة توافر ركن التعدد عند تأسيس الشركة،ثم زال بعد ذلك واكتساب الشركة الشخصية المعنوية، كما لو اجتمعت كل الحصص في يد شخص واحد أيا كان السبب المؤدي لذلك.

من المنطق القول بانقضاء الشركة، ذلك أن انتفاء التعدد يعد سببا من أسباب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة.

بالنسبة للمشرع الجزائـــري، نجده قد خفف كثيرا من آثار هذا الحكم وإن لم يستبعده تماما، إذ أوجب على الشركاء في حالة انخفاض عدد هم عن النصاب المفروض في بعض الشركات، أن يوفقوا أوضاعهم مع أحكام القانون في هذا الشأن باستكمال النصاب خلال ستة أشهر على الأكثر أو اتخاذ إجراءات تغيير شكل الشركـــة إلى شكل آخر، وفي حالة عدم القيام بذلك ، يكون لكل ذي مصلحة طلب حل الشركة قضاء ؛ ويسأل من بقي من الشركاء في جميع أمواله عن التزامات الشركة خلال هذه المدة.

في الحقيقة أن هذا الحكم يتعلق بوضع عارض، قصد به المشرع استمرار الشركة، عن طريق منح الشركاء مهلة لإصلاح الخلل اللاحق بركن تعدد الشركاء، باستثناء شركة التضامن.

نجد قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 في المادة 09 منه و قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات الممسؤولية المحدودة المصري لسنـــة1981. تنص على أن اجتمـــــاع كل الحصص أو الأسهم في يد واحدة، لايؤدي إلى حل الشركة بقوة القانون؛ ويكون لكل ذي مصلحة طلب حل الشركة، إذا لم يتم معالجة هذا الوضع خلال مهلة عام[49] ص40.

ويثار التساؤل كذلك، ما الحكم لو أن أحدا لم يتقدم بطلب حل الشركة بعد انقضاء مهلة العام؟.

بالرجوع إلى المادة 590 قانون تجاري جزائري مثلا، نجدها تعطي لنا حلا يتمثل في انحلال الشركة بقوة القانون مالم يصبح عدد الشركاء مساويا لعشرين شريكا أو أقل.

إن حكم المادة 09 أعلاه، يقضي بوجوب صدور حكم قضائي بالحل دائما،مستبعدا اعتبار واقعة اجتماع الحصص سببا لانقضاء الشركة، فتبقى متمتعة بالشخصية المعنوية طالما لم يصدرحكم قضائي بحلها.

تساؤل آخر يثار، إلى أي تاريخ يرجع الحل ؟

في نظـــر الفقيه Hemard ، يرجع ذلك إلى تاريـخ اجتماع الحصص أو الأسهم في يد شريك واحد، بينما يعتد البعض بانقضـــــاء مدة العام من هذا التاريـــخ. وإذا كان يمتنع طلب الحل خـلال هذه المهلة،فإنه من باب أولى يمتنع الدفع بانقضاء الشركة لزوال التعدد، لأن المشرع حصن هذا الوجود بنص صريح خلافا للقواعد العامة،غيرأن هذه الحصانة تسقط بعد انقضاء المهلة ويمكن الدفع بانقضاء الشركة لزوال التعدد إذا لم يتقدم أي أحد بطلب الحل.

وبهذا الحكم أخذ المشرع المصري،غير أنه في فرنسا يتيح ق ش ف لسنة 1966 لذوي الشأن تصحيح الوضع خلال سنة على الأكثر من تاريخ واقعة اجتماع الحصص، وإلا كان لكل ذي مصلحة طلب حل الشركة قضاء وهو حكم معقول ويتفق مع متطلبات النشاط التجاري والاقتصادي[29] ص62.

أما بالنسبة لتقديم الحصص[37] ص39، فبدونها لا ينعقد عقد الشركة صحيحا أصلا ولن تستطيع تحقيـــق غرضها الذي أنشئت من أجله، لكونها تمثل الضمان العام للغير[27] ص68،[50] ص112، لذلك أوجب المشرع الجزائـــري على كل شريك تقديـــم حصته التي تعهد بها[51] ص94 من غير أن يشترط فيها أن تكون متساوية القيمة أومن طبيعة واحدة، لكن أوجب في كل الأحوال تقديرها وتحديد طبيعتها، ورتب جزاء البطلان عند تخلفها[40] ص32.

وعدم تقديم الحصص من طرف جميع الشركاء في شركة الأشخاص فقط، يترتب عليه بطـلان الشركة كذلك إذا كانت صورية ؛أما إذا تخلف عن تقديمها أحد الشركاء أو بعضهم أو كان بعضها حقيقـي والبعض الآخر صوري ،فإن الشركـة تقوم بالنسبة للذين قدموا الحصص الحقيقية فقط ما لم يكن الشريك المتخلف محل اعتبار، فعندئذ تبطل الشركـة وتطبق في ذلك القواعـد العامة التي نصت عليها المادة 1/438 قانون مدني جزائري، أما إذا كانت شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة فإنها تبطل بسبب عدم حصول الاكتتاب في كل رأس المال بالنسبة للأولى، أو بسبب عدم الوفاء بكل رأس المال عند تكوين الشركة بالنسبة للثانية على ألا يقل عن الحد الأدنى[25] ص267،[46] ص13.

ولهذا منع المشرع المصري المؤسسين، من التصرف في حصصهم أيا كانت طبيعتها قبل مضي سنتين ماليتين كاملتين من تاريخ تأسيس شركة المساهمة، رغبة منه في صلاحية تأسيسها وفي تقوية ضمان الغير تجاهها[52] ص16.

لذلك، فإن جزاء البطلان لعقد شركة لم يقدم فيه أي نوع من الحصص متوقع بل وحتمي، فإحجام شريك عن تقديم عقار في شركة موضوعها استغلال العقارات، يترتب عليه البطلان. ويؤكد ذلك الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة،إذ يجب في عقد التأسيس ذكر قيمة الحصص العينية حسب المادة 568 قانون تجاري جزائري ،كما يجب أن يتضمن عقد شركة المساهمة ملخصا للحصص العينية وتقدير قيمتها الإجمالية وطريقة استخلاصها.

فضلا عن وجود الحصص ومشروعيتها، يجب أن تقدم للشركة ميزة ومنفعة فعلية، ولا تكون صورية كأن تكون عقارا تم بيعه قبل أو بعد تكوين الشركة [53] ص696.

في مثل الحالات السابقة، يعتبر الاكتتاب بهذه الحصص باطلا؛ غير أنه يثار السؤال عن مدى تأثير البطلان على عقد الشركة؟

يجيب على ذلك الفقه بأن المسألة تتوقف على أهمية الحصة موضوع البطلان في نشاط الشركة مستقبـــلا، وفي هذا يرى جانب من الفقه الفرنسي، أن الحصة الصوريــة تضاهي غياب الحصص الذي يكون جزاؤه بطلان الشركة، ما لم يكن في صورة زيادة تقدير الحصة التي لا تعد في حد ذاتها سببا للبطلان، إلا إذا أدت إلى الغياب التام للحصة[54] ص491.

ويرى جانب آخر من الفقه، أن الاكتتاب بحصة فاقدة لكل قيمة باطل، فإذا ما كان استمرار نشاط الشركة ممكنا بفضل تواجد حصص بقية الشركاء، فليس هناك سبب لإبطال عقد الشركة،أما إذا كانت ضرورية لتحقيق غرض الشركة،فإن بطلان الحصة يمتد آليا إلى عقد الشركة [44] ص5.

تساؤل: هل يمكن أن تنشأ شركة التضامن من حصص عمل فقط أي دون تقديم حصص ؟

الرأي الفقهي الراجح يرى إمكانية ذلك، مادام الشركاء ضامنون لالتزامات الشركة ولأن ذمة الشخص بها مال[2] ص370. وهو ما يمكن اعتماده بالنسبة للمشرع الجزائري الذي قرر صراحة في المادة 563 مكرر1 قانون تجاري على أنه في شركة التوصية البسيطة لا يمكن أن يكون تقديم الحصص في شكل عمل، كذلك الأمر بالنسبة للشركـة ذات المسؤولية المحدودة بموجب المادة 567فقرة1 قانون تجاري ، وذلك باعتبار رأس المال فيهما لا يحقق ضمانا كافيا مقارنة بشركات المساهمة.

يثار تساؤل آخر:ما حكم تضمين عقد شركة التضامن شرطا يحظر على الشريك التنازل عن حصته كلية، ولأي سبب من الأسباب؟

يمكننا الإشارة إلى أن حظر تصرف الشريك في حصته، كأصل عام يمثل المبدأ المقرر في إطار شركة التضامن الذي يترتب عليه البطـــلان بسبب الاعتبار الشخصي، غير أنه يجوز تضمين الشرط في العقد بموافقة الشركاء جميعهم أو بعضهم [38] ص251.

كذلك ما حكم تضمين عقد شركة التضامن شرطا يبيح للشريك أن يتنازل عن حصته لمن يشاء دون اشتراط موافقة مطلقة أو نسبية من باقي الشركاء قبل التنازل؟

المشرع الجزائري يجيز في المادة560 قانون تجاري للشريك ذلك، لكن بشرط موافقة جميع الشركاء، ورتب على مخالفته اعتبار الشرط كأن لم يكن فلا يعتد به مطلقا، بمعنى أن الشرط يبطل ويصح العقد، استنادا إلى أن شركة التضامن نظمها المشرع كشركة مغلقة على الشركاء، والنص هنا من النظام العام.

هذا الحكم تبناه المشرع الفرنسي في نص المادة 19 من قانون الشركات؛ والحقيقة أن الاعتبار الشخصي تم تقريـــره لمصلحة الشركاء أصـــلا، فلهم أن يقرروا ما يرونه مناسبا لهم في ذلك[29] ص94.

والدليل في ذلك أن المشرع الجزائـــري أقر للشركاء بهذا الحق في المادة 562فقرة2 قانون تجاري على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى رغم مخالفة ذلك للاعتبار الشخصي.

لا يمكن أن تنشأ شركـــة تجارية بدون اتحاد نية الشركاء من أجل تقاسم الأرباح وتحمل الخسائر[55] ص142، فمن يقدم مالا لتاجر بقصد الاشتراك معه في الربح فقط، يكون مقرضا لا شريكا [31] ص223 ،[56] ص06.

ولقد أقر المشرع الجزائري مبدأ المساواة بين الشركاء في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر، بأن جعل نسبة الشريك فيما حققه من أرباح أو تكبده من خسائر، تكون بقدر مساهمته.

ويرى محمد السيد الفقي، أنـه لا يشترط ضرورة مساواة الشركاء في توزيـع نسبة الربـــح أو الخسارة ، فمن الجائز الاتفاق على توزيع الأرباح أو الخسائر بين الشركاء بنسبة مغايرة لنسبة اشتراكهم في الحصص المقدمة، كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون نصيب أحد الشركاء أكبر من نسبة مساهمته في الخسارة والعكس صحيح [57] ص233.

ومع ذلك قد يتضمن عقد الشركة أو العقد اللاحق، شرطا يهدف إما إلى منع أحد الشركاء من الحصول على أي ربح أو إعفائه من تحمل أي خسارة ، وهو ما يعرف بشرط الأسد الذي يتخذ عدة صور منها:

- استئثار أحد أو بعض الشركاء بالأرباح كلها،أو الحرمان من الحصول على أي نصيب منها أو تقرر له نسبة تافهة منها لا تتناسب مع قيمة حصته في الشركة.

- الاتفاق على أن يحصل أحد الشركاء على ربح إجمالي عن الحصة التي قدمها سواء حققت الشركة أرباحا أم لا، وهو ما يعرف بشرط الفائدة الثابتة، لأنه يجعل الشريك بمنأى عن تقلبات وتغير أرباح الشركـة، غير أنه يجوز في حالة نسبة معينة ثم يشترك بعد ذلك مع غيره من الشركـاء في اقتسام الباقي، لمساهمتهم جميعا في الأرباح. وهو ذائع في شركات المساهمة تحت مصطلح أسهم الامتياز[58] ص308.

- إعفاء شريك من تحمل أي قدر من الخسارة، أو أن يسترد حصته كاملة سالمة من كل خسارة.

يثار التساؤل عن أثر هذا البطلان، هل يقتصر على الشرط وحده مع بقاء الشركة صحيحة، أم أنه يستتبع بطلان عقد الشركة كله؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن شرط الأسد وحده يقع باطلا دون عقد الشركة، وتوزع الأرباح والخسائر بنسبة نصيب كل شريك في رأس المال كما لو لم ينص عقد الشركة على كيفية توزيعها، أما الرأي الراجح فيذهب إلى أن بطـلان الشرط يمتد إلى عقد الشركـة برمته اعتبارا من أن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزأ ، وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل[57] ص230. ذلك أن أهم ما يجتمـــع عليه رضاء الشركـــاء عادة هو توزيع الأرباح والخسائر، وبه أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني في م 895 منه [59] ص 240.

هذا الأمر غير منطقي، لأن من مصلحة باقي الشركـــــــاء أن تستمر الشركـــة ليحصلوا على نسبة من الأرباح سنويا،كذلك من مصلحة دائني الشركة لاستيفاء ديونهم وبصفة خاصة إذا كنا بصدد شركات الأموال[25] ص273.

يتضح أن المشرع الجزائري من خلال المادة 1/426 قانون مدني جزائري اعتبر عقد الشركة المتضمن شرط أسد باطلا بطلانا مطلقا، بالنسبة لشركات الأشخاص والتوصية بالأسهم لعدم ورود نص خاص بها، أي أن أثر البطلان ينصرف إلى الشرط والعقد معا،أما فيما يتعلق بشركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة فقد خصها بنص المادة 733 قانون تجاري جزائري الذي يقضي ببطلان الشرط دون العقد[34] ص24،[35] ص 70، وهذا البطلان من النظام العام . هذا وتضع المادة 2/426 قانون مدني جزائري استثناء على شرط الأسد بالنسبة للشريك بالعمل، بجواز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر، بشرط عدم تقرير أجرة له مقابل ذلك.

الملاحظ أن النص غير موفق، لأنه يفترض تلقي الشريك بالعمل أجرا عن عمله وهذا غير جائز، لأن العمل حصة يقدمها للشركة، والحال هذه لا يعد شريكا وإنما أجيرا؛ فضلا عن أن الشريك بالعمل يشترك في الخسارة حتما عند تصفية الشركة، ذلك أن جهده ووقته قد ذهبا أدراج الرياح،أما أصحاب الحصص النقدية أو العينية، فيستردون ما بقي من حصصهم[1] ص 142،[60] ص56.

غير أن د. محرز يرى أن النص يعتبر تطبيقا لمبدأ تحريم شرط الأسد، لأن الشريك صاحب الحصة بالعمل يكون قد خسر مقابل ما قدمه، خاصة إذا كان لا يتقاضى مقابلا عن عمله، و لم يقدم إلى جانبها حصة نقدية أو عينية[33] ص146.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي، لا يجيز أي اتفاق على إعفاء الشريك الذي قدم حصة عمل من تحمل نتائج الخسارة ، لأن إعفاءه يؤدي إلى حصوله على مقابل في كافة الأحوال ، وهذا يخرج به عن طبيعة عقد الشركة الذي يقتضي مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر، كما أنه في حالة تحقق الخسارة فصاحب حصة العمل سيستفيد من رأس المال وهو أمر غير جائز،لأن التوزيع يكون من الأرباح وليس من رأس المال[36] ص17.

بالنسبة للمشرع الفرنسي، يختلف أثر البطلان بشأن شرط الأسد حسب الغرض المخصص أحد الشركاء بكامل الربح أو نسبة منه أو بخسارة تفوق نسبة مساهمته، فإن هذا الشرط يكون باطلا، ويمتد إلى عقد الشركة[61] ص281، أما إذا خص إعفاء أحد الشركاء من تحمل جميع الخسائر يبطل الشرط فقط.

وقد كانت المادة1855 قانون مدني فرنسي، تنص على بطلان الشركة بسبب شرط الأسد، فكان جانب من القضاء يعتد بهذا الأساس[44] ص54، فيما سعى جانب آخر منه إلى تفاديه بطريقة غير مباشرة كأن يصف هذا الشريك بالمقرض لا بالشريك[44] ص55. أما بعد تعديل المادة 1855 بالمادة 1844، أصبحت مثل هذه الشروط تعتبر غير مكتوبة، بمعنى أنها لا تبطل الشركة[60] ص57.
و بمقتضى أمر 20 ديسمبر 1969، أدخل المشرع الفرنسي على المادة 360 فقرة01 حكما جديدا ، مفاده أن بطلان شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة لا يمكن أن يترتب عن شرط الأسد الوارد بالمادة 1855 من القانون المدني.

المشرع الجزائري لم يذكر نية المشاركة صراحـــة،إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد أكدا أهميتها وضرورتها .

لقد تعددت تعريفات الفقه والقضاء لنية المشاركة كركن جوهري في الشركة، بسبب عدم وحدة مفهومها. فهي ركن معنوي جوهري يكمل الركن المادي المتمثل في باقي الأركان الموضوعية الخاصة الأخرى.وهو يلتقي بركن الرضا بمعناه الواسع [62] ص229.

ثار جدل فقهي بشأن تحديد مفهوم نية المشاركـــــة،انصرف إلى استلزام توافرهذه النية ركنا في عقد الشركة.بالنظر إلى تزايد أهمية شركات الأموال والشركات المختلطة، التي يتضاءل فيها دور الاعتبار الشخصي، مما دفع بالبعض إلى القول بأن مثل هذه النية لم تعد لها أية أهمية إلا في حدود دائرة شركات الأشخاص[49] ص60. وذلك مع تضاؤل الصفة التعاقدية في الشركة[39] ص52.

يرى د.محرز عكس ذلك، بأن نية المشاركة تعد السبب الأساسي لنشوء الالتزامات في عقد الشركة أيا كان نوعها،ويبقى ضروريا من تأسيس الشركة إلى انقضائها، وانتفاؤها يعني بطلان عقد الشركة[33] ص141.

ووجودها عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذي اشتركوا فيه، وهي مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[31] ص222.

وينهار عقد الشركةأيضا، إذا توافرت كل أركانه،مع تضمنه أحد شروط الأسد، وهوما يعني انعدام نية المشاركة، إذ لا يتصور مع وجودها وجود تعاون وقبول المخاطر،ولعل هذا يبرز الدور الذي يقوم به ركن نية المشاركة،ليس فقط في شركات الأشخاص،لأنها هي جوهر عقد الشركة بصفة عامة، فهي بحق المحك الذي تقاس به مدى جدية الأركان الأخرى وكفايتها لتكوين شركة حقيقية، تعبرعن وجود مصلحة جماعية، وليس مجرد خلق إطار جماعي وهمي مكرس لخدمة مصلحة فردية، لا تكفي قانونا لوجود شركة تتمتع بكيان قانوني مستقل[49] ص63،[2] ص382.

فالاتفاق على عدم مساهمة أحد الشركاء أو بعضهم في الأرباح أو الخسائر أو معا يجعل العقد باطـلا لانتفاء نية المشاركة، ما لم يعتبر الشريك مقرضا للشركة لا شريكا، كما يبطل العقد إذا كان هذا النصيب تافها إلى حد يكون معه صوريا[56] ص111.

والعبرة بنية المشاركة لدى الشركاء، إذ أنهم لا يلتزمون إلا لأسباب يريدون تحقيقها، لذلك فهي السبب المباشر الذي لا يختلف فيه من شريك إلى آخر في كل الشركات،أما الأسباب الأخرى فلا أهمية لها في عقد الشركة، فإذا تخلفت لدى أحد الشركاء في أي مرحلة من مراحل حياة الشركـة، فإن ذلك يؤثر على بقائها،كما إذا طلب أحدهم بعدم مساهمته في خسائر الشركة أو الحصول على جميع أرباحها فتعتبر شروطا باطلة ويحق للشركاء طلب إبطال الشركة [33] ص140.

لكن التساؤل الذي يطرح، هل أن تخلف هذا العنصر يعد سببا من أسباب بطلان عقد الشركة ؟
المسألة مختلف بشأنها،فيرى الأستاذ J. Honorat، أن مفهوم نية المشاركـة يقوم بدور حاسم في تكوين عقد الشركة، لكن وفي نفس الوقت فإنه نادرا ما يمثل تبريرا وحيدا للإبطال، ذلك أن انعدام نية المشاركة ليس إلا نتيجة غياب تام للرضاء [44] ص7.
و جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أنه يشترط " للقول بوجود شركـة من عدمه لا بد من التثبت من توافر عنصرين أساسيين هما نيـــة المشاركة بين الطرفين وقبولهما باحتمالات الربــح والخسارة عن العمل في إطار الشركة"، فهذه النية تميز عقد الشركة عن كثير من العقود المشابهة له كعقد القرض وعقد العمل[63] ص221.
يرى جانب من الفقه الفرنسـي، أن عقد شركة ينعدم بانعدام نية المشاركـــة، وقد يتعلق الأمر بعقـد من نوع آخر.والقاضي يعيد التكييف الصحيح له.والقضاء الفرنسي قد طبق جزاء الانعدام بالنسبة للشركة التي انعدمت بها نية المشاركة، مستبعدا بذلك تطبيق القواعد الحمائية لبطلان الشركات التجارية [64] ص19.
بينما يرى جانب آخر[54] ص502،أنه لا يترتب عنه بطلان عقد الشركة، إلا إذا أراد الأطراف تكوين شركـة بالرغم من انعدام هذا العنصر.
وبالنسبة للمشرع الجزائري، لا نجد حكما خاصا و صريحا، ومع ذلك فإننا نميل إلى القول بإمكانية التصريح بتحول عقد الشركة إلى عقد آخر متى أمكن ذلك طبقا للقواعد العامة.

2.2.1.1.2. البطلان المؤسس على تخلف القواعد الخاصة ببعض الشركات:

إن إنشاء شركة صحيحة، يستوجب احترام إرادة المشرع فيما أوجبه من توافر الأركان المقررة قانونا لقيامها، وكذا القواعد الخاصة ببعض أنواع الشركات التجارية.
فلقد خص المشرع الجزائري،كلا من شركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة بقواعد تأسيس، ورتب على عدم احترامها بطلان الشركة، وهو بطلان من نوع خاص لإمكانية تداركه عن طريق التصحيح.

بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة،تبطل في حالات خاصة:

- إذا تجاوز عدد الشركاء عشرين شريكا، وهو الحد الأقصى الذي نصت عليه المادة 590 قانون تجاري جزائري، بسبب الإرث أو بيع الحصص، وجب على الشركاء تصحيح أوضاعهم مع أحكام القانـــون في هذا الشأن، خلال سنة من تاريخ الزيادة أو أن يتخذوا إجراءات تغيير شكل الشركـــــة إلى شركـة مساهمة،أو تنحل وجوبا في حالة عدم قيام الشركاء بذلك.

ـ إذا تم تأسيسها أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، إذ يجب الاكتتاب بجميع الحصص حسب المادة 567 قانون تجاري جزائري.

ـ إذا تم إحالة الحصص إلى الأجانب بغير موافقة أغلبية الشركاء حسب المادة 571 قانون تجاري جزائري.

- إذا قل رأسمالها عن الحد الأدنى، أو لم يقسم إلى حصص اسمية متساوية حسب المادة 566 قانون تجاري جزائري. أي مخالفة الشركة للحظر الخاص بتمثيل حصص الرأسمال أو مخالفة قواعد تقدير الحصص العينية.

لا يجوز لها إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول بالطرق التجارية كالتظهير، التسليم، البيع والشراء، التنازل...الخ

هذا وقد قصد المشرع من الحظر تحقيق اعتبارين:

- يتعلق بالحفاظ على الطابع الشخصي الذي تتسم به هذه الشركة فلا يقتحم دائرة الشركاء شخص غير معروف أو غير مرغوب فيه لسبب أو لآخر.

- يتعلق بحماية الاقتصاد الوطني من أية اهتزازات قد تؤثر فيه بالسلب نظرا لضعف ائتمان مثل هذه الشركات وعدم استقرار مركزها المالي بصفة قاطعة فهو لا يحقق ضمانا كافيا لدائنيها[29] ص357.

نقول ذلك، تطبيقا لنص المادة 733 قانون تجاري فقرة 2، كون أن النصوص السابقة أعلاه جاءت بصيغة الوجوب.

في المادة 590 مكرر1 قانون تجاري جزائري، قرر المشرع عدم تطبيق أحكام المادة441 قانون مدني جزائري والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة. وهذا النص يعبر عن وضع اقتصادي قائم،إذ أنه أثناء حياة الشركة قد تجتمع كل حصصها في يد شريك واحد بسبب حادث طارئ كالانسحاب الجماعي للشركاء، فطبقا للقواعد العامة تبطل الشركة وتنحل بقوة القانون لتخلف ركن تعدد الشركاء.

كما قرر عد م توقيع الجزاء، بموجب المادة 590 مكرر والمادة 590 مكرر2/2 قانون تجاري جزائري، أين نص على استمرار الشركة في استغلال المشروع التجاري الذي قد يدر ربحا على صاحبه وعلى الاقتصاد الوطني.

ما هو الجزاء المترتب على مخالفة الحظر المنصوص عليه في المادة 590 مكرر02:إن الجزاء يكمن في الحل القضائي للشركات التي لجأت إلى التكوين غير القانونـي، سواء كان ذلك ناتجا عند التأسيس أو أثناء نشاط الشركة.ففي كلتيهما، منح القانون لكل من يهمه الأمر طلب الحل قضاء .

فإذا أصيبت بخسائر وأصبح رأس مالها أقل من الحد الأدنى ما هو الحل؟ في هذه الحالة لا تبطل الشركة وتعطى مهلة سنة لزيادة رأس مالها، فإذا لم يقم الشركـاء بهذه الزيادة وجب عليهم تحويل هذه الشركة إلى شكل آخر وليس أمامهم سوى شركة التضامن حسب المادة 2/566 قانون تجاري جزائري. أما الحد الأدنى الذي نص عليه المشرع بالنسبة للحصة 1.000د.ج ما هو الحل ؟

الأخذ بحرفية النص ، إبطال الشركـة ؛ غير أنه لا داعي أن تدفع الحصص كاملة وقت الاكتتاب وكان من الأجدر بالمشرع اشتراط وفاء جزئي 50 % حسب المادة 596 قانون تجاري جزائري.

وأما بالنسبة لشركة المساهمة، فتبطل في الحالات التالية:

- إذا قل عدد الشركاء عن الحد الأدنى،تعتبر الشركة منحلة بقوة القانون إن لم تبادر خلال ستة أشهر على الأكثر إلى استكمـــال هذا النصاب، ويكون من تبقى من الشركـــــاء مسؤولا في جميع أمواله عن التزامات الشركة خلال هذه المدة[33] ص197.

-إذا لم تحترم قواعد التأسيس القانونية، إذ أن البطلان لمخالفة قواعد التأسيس يتعلق بالنظام العام، لأنه يقصد به حماية الادخار العام.

- أو إذا باشرت شركة المساهمة عملها دون أن يصدر ترخيص بتأسيسها[58] ص303.

- إذا قل رأس مالها عن الحد الأدنى، أو إذا لم يتم الاكتتاب بكامل رأس المال، أو إذا لم يوف بـ 4/3 القيمة الأساسية للأسهم عند الاكتتاب،أو إذا لم تودع المبالغ المدفوعة من المكتتبين في أحد البنوك المقبولة، أو إذا لم تؤد الحصص العينية كاملة قبل انتهاء التأسيس أو لم تقدر بشكل صحيح.أو لم يعمل على إشهار الشركة.

- إذا لم تجتمع الجمعية التأسيسية،و لم تمارس صلاحياتها المتعلقة بتعيين أعضاء مجلس الإدارة واختيارهم من بين المساهمين،أو بتعيين مجلس المراقبة،أو بالتدقيق في المقدمات العينية[50] ص167.

تختلف التشريعات في تحديد الآثار المترتبة على مخالفة إجراءات تأسيس شركات المساهمة، فبعضها يجيز طلب بطلان الشركة ويحمل المسؤولية المدنية لمن تنسب إليه المخالفة ،وبعضها الآخر لا يجيز الطعن به بعد الإشهار،أي أن التسجيل يطهر الشركة من هذا البطلان.

و تنحصر الآثار المترتبة على مخالفة إجراءات التأسيس،في طلب بطلان الشركة والمسؤولية المدنية للمتسبب فيها، فضلا عن العقوبات الجزائية[65] ص279.

يذهب الرأي الراجح إلى اعتبار هذا البطلان كالمطلق، لتعلقه بالنظام العام لأنه يقصد به حماية الادخار العام، كما لا يصح التنازل عن حق الادعاء أو الدفع المستند إليه، كما لا يصح النص في نظام الشركـــــة على منع التمسك به، وكالنسبي من جهة أن تصحيـح العيب الذي يستند إليه جائز ويؤدي إلى زوال البطلان، وأنه لا يصح للشركاء أن يحتجوا به تجاه الغير حسن النية،كما لا يجوز للمحكمـــة

أن تقضي به من تلقـــاء نفسها، بل يجب على ذي المصلحة أن يتمسك به. بل ويمتنع الحكم بالبطـــلان إذا زال سببه قبل الحكم به، ومن ثم فهو بطلان من نوع خاص[50] ص167، [41] ص363.

إذا شاب شركة المساهمة عيب في التأسيس، فيجوز لكل ذي مصلحة مالية وقانونية مشروعة أن يرفع دعوى البطلان.كالمساهمين للتخلص من بقاء الشركاء في شركة مهددة بالبطلان.كذلك لدائني الشركـة طلب الإبطال من أجل التوصل إلى استخدام حقهم ضد المسؤولين عن أسباب هذا البطـلان من مؤسسين و أعضاء مجلس إدارة، أو للتحلل من تنفيذ عقد طويل أبرموه مع الشركـة، ومحافظة على رأس المال الذي يمثل ضمانهم العام ولتجنب الدخول في مزاحمة دائني المساهمين الشخصيين.

والحكم الصادر من المحكمة برفض البطلان ذو أثر نسبي، لا يتعدى إلى الغير.غير أن الحكم ببطلان الشركة ذو أثر مطلق بالنسبة لجميع المساهمين، مع عدم جواز تمسك الشركاء به في مواجهة الغير.

وتتقادم دعوى البطلان بمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ التأسيس. ويجب توجيه إنذار إلى الشركة لتصحيح العيب وذلك قبل إقامة الدعوى. وتعطى للشركة مهلة مدتها شهر بعد الإنذار للقيام بتصحيح البطلان، فإذا مر شهر ولم يصحح العيب جاز رفع الدعوى.

في كل هذه الحالات يمكن لكل صاحب مصلحة سواء كان من المساهمين أو الغير، وفي مهلة خمس سنوات أن ينذر الشركة بوجوب تصحيح الإجراء والقيام به.فإذا لم تقم بذلك جاز له أن يطلب الحكم ببطـلانها.و متى قضي ببطلانها فإنها تصفى كشركة فعلية أي بدون أثر رجعي.ويعتبر هذا البطلان من نوع خاص .

وإذا كان يجوز للمساهمين التمسك بهذا البطـلان، غير أنهم لا يستطيعون الاحتجاج به في مواجهة الغير، وبمضي خمس سنوات على تأسيس الشركة تسقط دعوى البطلان عندها يعتبر التأسيس صحيحـا حتى ولو كان مشوبا ببعض العيوب[50] ص168،[41] ص363.

2.1.2. البطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية:

لا يكفي توافر الأركان الموضوعية بنوعيها، لقيام عقد الشركة صحيحا في مأمن من البطلان، بل يجب توافر أركان شكلية، وهي ضرورية في حياة الشركة في جميع مراحلها،إذ يتعرف من خلالها الشركاء على حقوقهم والتزاماتهم عن طريق كتابة عقد الشركة أو نظامها الأساسي ، كما يطمئن الغير (بنوك، عملاء وغيرهم) في تعاملهم مع الشخص المعنوي الجديد عن طريق إجراءات الإشهار.

وقد أفرد المشرع الجزائـــري عن تخلفها أحكاما مغايرة لما هو مستقر عليه الأمر في القواعد العامة، ويتبين ذلك من خلال المسائل التي سنتناولها لاحقا.

1.2.1.2. البطلان المؤسس على تخلف الكتابة وإجراءات الإشهار:

1.1.2.1.2. البطلان المؤسس على تخلف الكتابة:

نص المشرع الجزائري في المادة 418 قانون مدني جزائري على أن الكتابة شرط وجوبي لكينونة عقد الشركة أيا كانت طبيعة نشاطها وشكلها من غير تحديد إن كانت رسمية أم عرفية؛غير أنه أوجب الشكل الرسمي على عقد الشركة التجارية بنص المادة 545 قانون تجاري جزائري، كل ذلك تحت طائلة البطلان، مما يعد خروجا عن مبدأ حرية الإثبات المقرر في المادة 30 قانون تجاري جزائري.

والكتابة لازمة لإثبات عقد الشركة، وفي كل تعديل لاحق يدخله الشركاء عليه[62] ص230 ؛ فبديهي أنه متى اشترطت للانعقاد، أفادت بالضرورة الإثبات الذي يرتبط بالشكل كأصل عام [42] ص38.

وحسب رأى بعض الفقهاء، فمعرفة إن كان الأثر المترتب عن تخلف الكتابة هو بطلان عقد الشركة أم لا غير مجد عمليا،باعتبار أن إجراءات الإشهار التي رتب عليها المشرع الاحتجاج بالشخصية المعنوية للشركة، لا يمكن إتمامها دون الكتابة التي هي مقدمة ضرورية في ذلك[1] ص144، وما ذلك إلا رغبة من المشرع في إقامة نوع من الرقابة الأولية، أمام تراجع الفكرة التعاقدية في عقد الشركة [43] ص26.

ومع ذلك، نجد تباين الفقه والتشريعات بشأن جزاء تخلف الكتابة بسبب الاختلاف الحاصل حول طبيعتها،فإن كانت للإنعقاد يكون الجزاء البطلان المطلق، ولا يترتب ذلك إذا كانت لمجرد الإثبات.

بالنسبة للمشرع الأردني ، يرى فوزي محمد سامي بأنه نص على وجوب الكتابة، من غير أن يرتب عن تخلفها بطلان العقد صراحة، ومنه فعقد الشركة غير المكتوب لا يكون باطلا، ويمكن إثبات وجوده من الغير بكافة الطرق، ويكون صحيحا بين الشركاء إلى أن يطلب أحدهم إبطاله قضاء، فمتى قضي به سرى أثره من تاريخ رفع الدعوى، من غير أن يحتج به الشركاء في مواجهة الغير إلا إذا كان مكتوبا.أما بالنسبة للغير، فله إثبات وجود الشركة بكافة الطرق،و أمكنه الاحتجاج على الشركاء [66] ص42.

غيرأن د.الكيلاني يرى عكس ذلك،فـ م 584فقرة 02 قانون مدني أردني تنص على البطلان ،وإن كان لا يحول دون أن يرتب العقد آثارا فيما بين الشركاء أنفسهم[67] ص200.

2.1.2.1.2. البطلان المؤسس على تخلف إجراءات الإشهار:

قرر المشرع الجزائري تمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية من تاريخ قيدها في السجل التجاري حسب المادة 549 قانون تجاري جزائري، غير أن المادة 02/11 من القانون 08/04 تجعل

الاعتداد بالقيد بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشره القانوني ، ومن ثم فلا يحتج بالشركة في مواجهة الغير إذا لم تقيد،وهذا خلافا للقواعـد العامة في المادة 417 قانون مدني جزائري، فأوجب تحت طائلة البطلان ضرورة القيام بإيداع العقد التأسيسي لجميع الشركات في المركز التجاري بموجب المادة 548 قانون تجاري باستثناء شركـــــة المحاصة والتي باستيفائها يمكن الاحتجاج بالشخصية المعنوية للشركـة على الغير، رغم اكتسابها لها بمجرد تأسيسها[68] ص444 ؛ إذ الإشهار مقرر لمصلحة الشركاء والغير على حد سواء[65] ص187.

المـلاحظ،أن المشرع تشدد في حماية الغير الذي تعامل مع الشركة غير المقيدة في السجل التجاري، إذ نص على أنه يكون في هذه الحالة الشركاء الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، وتعتبر بمثابة تعهدات الشركة بعد تأسيسها إذا قبلت بذلك. رغم اختلاف إجراءات تأسيس كل منها .

غير أن هذا البطلان يختلف باختلاف ما يجب إيداعه ونشره في السجل التجاري.ففي حالة إيداع العقد التأسيسي أو التعديلي للشركة دون نشره في السجل ، يجوز للغير التمسك ببطلان الشركة إذا كانت له مصلحة في ذلك حسب نص المادة 24 قانون تجاري جزائري[27] ص114.

إن خطورة هذا الجزاء، تبرره أهمية الإشهار ومساسه بمصالح العديد من الأطراف، في مقدمتهم الغير.ومن ناحية أخرى، فمن شأنه أن يوفر مناخا من الثقة والاستقرار في المعاملات مع هذا الشخص المعنوي. فإذا كان صحيحـــا أن القانون التجاري يرمي إلى تطويـر ائتمان التجار، فإنه من الضروري أن يقع إعلام الغير بكل ما من شأنه أن يمس من وضعية هؤلاء التجار[68] ص444.

والمشرع رد بطلان الشركة لعدم الإشهار،إلى سبب خارج عن ذات العقد، وقدر أن الشركة غير المشهرة قد تظل قائمة مدة طويلة تباشر فيها نشاطها، وتدخل في معاملات من المصلحة أن لا تنهار دفعة واحدة إذا قضي ببطلانها بسببه،فمنح الشركاء فرصة لتصحيح الوضع بإجراء الإشهار في أي وقت و قبل طلب الحكم بالبطلان سواء من الشركاء أو من الغير.فمتى تم ذلك،امتنع على المحكمة القضاء بالبطلان .

هذا الحل يوافق كثيرا ما تبناه المشرع الفرنسي الذي يميز بين شركات الأشخاص التي يؤدي فيها الإخـــلال بإجراءات الإشهار إلى البطـلان حسب المادة 361 من قانون 1966، وشركات المساهمـة التي لم يرد في خصوصها نص مماثل ، وهذا إعمالا لمبدأ" لا بطلان إلا بنص". كذلك قرر المشرع المصري في المادة 51 قانون التجارة ، صراحة بطلان الشركةالتجارية لعدم الاشهار مسايرا المشرع الفرنسي[36]ص 464.

وأمام ذلك، فإن جانبا من الفقه قد التزم مقتضى القواعد العامة حيث يترتب على الحكم بالبطلان تقرير انقضاء الشركة منذ تكوينها[38] ص305، في حين قصره رأي آخر على المستقبل فقط مع تطبيق أحكام الشركة الفعلية على الفترة السابقة على صدور الحكم بالبطلان حتى يمكن تسوية كافة المراكز القانونية. وإذا تعارضت مصالح الغير، فيرجح طلب من تمسك منهم بالبطلان باعتبار أنه الأصل [29] ص112.

كل هذه المصالح سيقع الإضرار بها، في صورة الإخلال بإجراءات الإشهار التي فرضها المشرع، والتي تشكل كل واحدة منها حالة من حالات البطلان.

ذلك أن السهو عن ذكر أحد النصوص التي تهم الغير يجب ألا يجازى ببطلان الشركة، " لذلك فإن البطلان لا يمكن التصريح به إلا إذا كانت الخلاصة ناقصة نقصانا يؤدي إلى تحريف خصائص ونظام تسيير الشركة" [27] ص117.

والمشرع المصري نص في المادة 23 قانون الشركات، على أن إشهار عقد الشركة والنظام في السجل التجاري يطهر الشركات المساهمة و ذات المسؤولية المحدودة من كل بطلان ، وذلك رغبة منه في بقاء الشركة ودعما للائتمان التجاري.

ويبدو أن الحكمة التي توخاها المشرع من ذلك ترجع إلى سببين:

- سبب فني، يكمن في حماية الوضع الظاهر لجميع المتعاملين مع الشركة، والذين يجهلون عدم إتباع المؤسسين لإجراءات التأسيس وفقا للقانون، فضلا عن أن الرقابة التي وضعها المشرع والشروط التي فرضها على المؤسسين في مرحلة تأسيس الشركة كافية بذاتها للتحقق من سلامة الشركة.

- سبب مصلحي اقتصادي، فحواه أن المشرع لا يلتمس الأخطاء للشركة حتى يحكم ببطلانها، بل يشجعها دعما منه للائتمان التجاري وتنشيط التجارة.

ورغم ذلك، ينتقد د. محمود سمير الشرقاوي- حكم المادة 23 من قانون الشركات المصري، بحجة أن هذا الحكم قد يدفع إلى التلاعب في إجراءات تأسيس الشركات التي تخضع للقانون الجديد مع الاطمئنان إلى تطهير الشركة من البطلان بالقيد في السجل التجاري[33] ص200.

لذلك، فإن المشرع نص في المادة 548 قانون تجاري جزائري على أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المترتب عن تخلف الإشهار، سواء عن طريق رفع دعوى أصلية أو عن طريق الدفع، لأنه التزام يقع على عاتق الشركاء، ومن ثم يعد تقصيرا وإهمالا في جانبهم, يحرمهم الاستفادة منه، ويجوز تصحيح العيب الذي أدى إلى البطلان،ويظل هذا الحق قائما إلى اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في دعوى البطلان وفق حكم المادة 739 قانون تجاري جزائري.

فإذا قضي بالبطلان بعد مباشرة الشركة أعمالها فعلا، فقد أثره الرجعي، احتراما للمراكز القانونية التي نشأت واستقرت قبل ذلك ، أي أن الشركة في الفترة السابقة على الحكم تعد صحيحة قائمة فعلا بين الشركاء .ويجب حلها وتصفيتها طبقا لأحكام العقد التأسيسي بمجرد صدور الحكم[69] ص49.

ولعل الدافع الذي جعل المشرع يقضي بهذا الحكم رغبته في تقليص دائرة البطلان في ميدان الشركات بدليل أنه أجاز للمحكمة أن تمنح مدة 06 أشهر لتصحيح وضعية الشركة حتى لا تتعرض للحل، بل أكثر من ذلك فرض عليها عدم إصدار قرار الحل إذا تم تصحيح وضعية الشركة يوم الفصل في الموضوع[27] ص113.

وتتلخص إجراءات إشهار عقد الشركة وكل تعديل يطرأ عليه في التشريع الجزائري في ما يلي :

- إيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري، ولا يعتد بالتسجيل تجاه الغير إلا بعد يوم كامل من تاريخ نشره القانوني.

- نشر ملخص عقد الشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.و يبدأ سريان الإشهارات القانونية بعد مرور يوم كامل ابتداء من تاريخ هذا النشر.

- نشر ملخص عقد الشركة في جريدة يومية،أو أية وسيلة ملائمة.

يتضح من نص المادة 734 قانون تجاري جزائري،أن عدم إتمام إجراءات النشر الخاصة بعقد شركة التضامن يترتب عنه البطلان ، وهو اتجاه يطبق على شركات الأشخاص فقط، ولا يتسع لشركات الأموال.

كذلك،يجب شهر كل تعديل يدخله الشركاء على عقد الشركة فيما يخص بيان من البيانات بنفس الطريقة التي تم بها شهر ملخص عقد الشركة. وإذا كان للشركة عدة فروع في جهات مختلفة غير المركز الرئيسي فيجب في حالة التعديل في أحد هذه الفروع أن تتم إجراءات نشر هذا التعديل ، فإذا تخلف الشهر بالنسبة لأحد الفروع فإن ذلك يستوجب بطلان الشركة ولو كان شهرها قد حصل في المركز الرئيسي ، لأن القانون04/08 المتعلق بممارسة الأنشطة لا يبين و لا يفرق في وجوب الشهر بالنسبة لكل من المركز الرئيسي أو الفروع.

لكن هذا القول يجافي المنطق القانوني، ومن جهة أخرى يتنافى والقصد الذي أراده المشرع من وراء الإشهار الذي ما وجد إلا لحماية الغير أصلا، لذلك يتوجب التفرقة بين ما إذا كان الإجراء أو البيان المراد إشهاره يترتب عنه ضرر للغير أم لا، ففي الحالة الأولى أمكننا القول بأنه في حالة تخلفه يؤدي إلى البطلان ، بخلاف الحالة الثانية.

كما أن المادة595 قانون تجاري جزائري لم توضح مسألة إذا وجد للشركة فروع ، فهل يلزم الإيداع في كل فرع أم يكفي في المركز،سواء كان الفرع معاصرا لتكوين الشركة أم لاحقا، إذ في كليهما مصلحة للغير تقتضي الحماية، كما لم تحدد الجزاء صراحة. وحسب المادة 548 قانون تجاري جزائري والتي تسري على جميع الشركات ففي حالة تخلف الإيداع أو النشر فإن حكم الشركة هو البطلان ومع ذلك يمكن تصحيحه ولم تحدد مدة للإيداع بل تبقى المدة مفتوحة حتى قبل النطق بالحكم حسب المادتين 734و735 قانون تجاري جزائري .ويمكن القول أن هذا البطلان ليس من النظام العام، لجواز تصحيحه[25] ص288.

2.2.1.2. طبيعة البطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية و أثره:

رتب المشرع على الإخلال بالأركان الشكلية البطلان؛ كما أجاز تصحيحه من جهة أخرى مهما يكن سببه لاعتبارات رآها دعما منه للائتمان والثقة[33] ص193.

1.2.2.1.2. الطبيعة القانونية للبطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية:

بإمعان النظر في المادة 418 قانون مدني جزائري، نستنتج مايلي:

- أن المشرع في الفقرة الأولى منها، قرر مبدأ عاما مفاده ترتيب البطلان المطلق على عقد الشركة غير المكتوب وكل تعديل لاحق عليه.

- أنه في الفقرة الثانية،عدل عن ذلك، فقرر عدم احتجاج الشركاء بهذا البطلان على الغير،وقصر أثره فيما بين الشركاء على المستقبل فقط، أي من اليوم الذي يتقدم فيه أحدهم بطلب البطلان قضاء ،واعتبرت الشركة عندئذ بالنسبة إليه كأن لم تكن أصـــلا، وتعين حلها وتصفيتها قبل انقضاء الميعاد المقرر لها،أما في الفترة ما بين انعقاد العقد وطلب البطـــلان، فإن العقد يظل قائما منتجا لجميع آثاره؛ أما بالنسبة للغير، فله أن يدفع ببطلان الشركة عند مطالبة الشركاء له، ولا ترجـــع الشركة عليه إلا بما تقضي به القواعـــد العامة في العقد الباطل، كما له أن يتمسك بوجود الشركة دون أن يدفع الشركاء ببطلانها، بل تكون ملزمة بالوفاء بالتزاماتها[5] ص 146،[32] ص231.

- أنه بهذا الحكم، يكون المشرع قد خرج فيه عن القواعد العامة، التي تجعل للبطلان أثرا رجعيا، الأمر الذي يبين أن المشرع اعتبر البطلان المترتب عن تخلف الكتابة من نوع خاص.وهو ما يشكل استثناء اقتضته حماية الغير من جهة، و استقرار المعاملات من جهة أخرى[32] ص139،[33] ص152.

وفي هذا، يرى د.أنور طلبة أنه حل طبيعي، إذ أن الشركاء يتعاملون حتى ذلك الوقت على اعتبار أن الشركة صحيحة قائمة[56] ص87 ، وهو الحكم نفسه الذي تبناه المشرع المصري[1] ص155.

ومهما يكن، فإن هذا البطلان يتميز عن البطلان المطلق والقابلية للإبطال بالخصائص التالية:

- أنـــه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، بل لابد من طلبه قضـــــاء إما بدعـــوى أصلية أو عن طريق الدفع[58] ص 204.

- أن هذا البطلان يزول إذا استوفيت الكتابة أو إجراءات الإشهار قبل القضاء بالبطلان عن طريق التصحيح.

- أنه لا يجوز للشركاء الاحتجـــاج به على الغير، حتى لا يستطيعوا التحلل من التزامات الشركة تجاهه ، بسبب إهمالهم في كتابة عقد الشركة وعدم القيام بإجراءات الإشهار الملزمين بها قانونا ، إذ أنها واجب يقع على كل شريك ، عملا بقاعدة أنه يمتنع على الشخص أن يفيد من إهماله وتقصيره[58] ص238.

- إذا ما طلب أحد الشركاء البطـلان وقضي به، فلا يرتب أثره الرجعـي، و يبقى العقد صحيحا للفترة ما بين تكوينها و القضاء بالبطلان [42] ص91.

-أنه إذا طلب الغير البطلان ، فإن أثره لا يتجه إلى العقد ولكن إلى الشخص المعنوي فيعدم وجوده بالنسبة للمستقبل من وقت طلب البطـلان ، ويلزم الشركاء في مواجهة الغير بالتعهدات أو التصرفات التي أبرمتها الشركة، كما يكون الغير مسؤولا أمام الشركاء عن الحقوق التي تقررت عليه للشركـة[36] ص75.

-لا يجوز للشركاء أن يحتج كل منهم على الآخر بهذا البطلان إلا من وقت طلب الحكم به[12] ص709.

هذا الاختلاف حدا ببعض الفقهاء إلى اعتباره بمثابة حل الشركة قبل انتهاء أجلها المحدد في عقد تأسيسها وهو صحيـح على إطلاقه، لأن مصطلح Caduque لا يعني البطـلان الذي يعبر عنه بمصطلح Nullité، بل يعني الإلغاء[42] هامش ص87.

2.2.2.1.2. أثر البطلان المؤسس على تخلف الأركان الشكلية:

متى تم التمسك ببطـــــلان عقد الشركة،فإن أثره يختلف باختلاف الشخص الذي يتمسك به أو يطلبه،وذلك على التفصيل الآتي:

- إذا تمسك به أحد الشركاء، اقتصر أثره على المستقبل فقط دون الماضي، فيبقى العقد والشخص المعنوي المترتب عنه صحيحين في الفترة ما بين انعقاد العقد والقضاء ببطلانه فكأن البطلان يعتبر بمثابة حل للشركة، على أساس وجود شركة فعلية.

- أما إذا تمسك به الغير، وقضي له به، ترتب على ذلك زوال العقد وما نشأ عنه بأثر رجعي[42] ص42.

2.2. المسؤولية المترتبة عن بطلان عقد الشركة التجارية:

إن تأسيس شركـة تجارية عمل يتطلب من الشركاء احترام ما ألزمهم به القانـون من قواعـــــد و إجراءات، ضمانا لميلاد شخص معنوي صحيح، من شأنه أن يعود عليهم بالخير والمنفعة، أو يرتب مسؤوليتهم الجسيمة بخطأ أو جهل أو سهو منهم عن إغفالها في زواله .

فبطلان عقد الشركة،يلزم المتسبب فيه بتعويض الضرر المترتب عن التصريح به ، ذلك أنه "أمر طبيعي أن يتحملوا مسؤولية أخطائهم تجاه من تضرر من جراء ذلك الأمر"[54] ص552.

وتطبيقا للقواعد العامة فإن الملزم بالقيد، قد يسأل مدنيا في حالة إهماله نشر البيانات الواجب نشرها في السجل التجاري، متى تم إثبات وجود علاقة سببية بين عدم التسجيل والضرر.وفيما يتعلق بممثلي الشركات فقد تولت تنظيم أحكام مسؤوليتهم المادة 715 مكرر21 قانون تجاري جزائري.

نقصد في بحثنا المسؤولية المدنية التي تجد لها أساسا في بطلان عقد الشركة المترتب عن الإخلال بقواعد التأسيس فقط والتي يتسبب فيها الشركاء والرامية إلى تعويض الضرر الذي ترتب للغير بسبب التصريح به.

وفي هذا الشأن،يثار التساؤل حول أساس مساءلة المتسبب في البطلان، إذا كان الطرف الآخر حسن النية ؟

ذهب الفقيه Ihering، إلى تبني أساس الخطأ عند تكوين العقد، تأسيسا على أن كل متعاقد عند إبرامه العقد يلتزم بخلوه من أي سبب للبطـلان من جهته، فإذا وجد اعتبر مخلا بالتزامه[20] ص624،[17] ص88.

لم يمنع بعض الفقهاء[64] ص19،من القول أن الضرر الناتج عن بطلان عقود الشركات، يمكن تعويضه بالرجـوع إلي القواعد العامة للمسؤولية، بحجة أن قانون 1966 بوضعه لنص خاص المادة 370 والذي يبين أجل تقادم دعوى المسؤولية، أراد أن يضفي عليها صبغة عامـة. وبذلك يكون قد اعترف بأن مثل هذه الدعوى مسموح بها في حالة شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة.

وبشأن القانـون الفرنسي، يؤكد الفقه على تقلص الفائـــــدة العملية لدعوى المسؤولية المترتبـة عن البطلان،فهذه الدعوى حسب البعض[53] ص984."يجب أن تفقد كل أهمية لتقلص حالات البطـــلان"، وفي المقابل يؤكدون على الأهمية المتزايدة لدعـــــــوى المسؤولية المترتبة عن خلل في التأسيـس، معتبرين أن تصعيد مسؤولية الأشخاص الذين يتدخلون في إنشاء الشركـة يشكل موازنـة لعملية الحد من حالات البطلان، فهي تمثل الجزاء الذي يؤمن بطريقـة ناجعة صحة تأسيس الشركة.

كما يعتبر البعض الآخر[70] ص120 ، أن النزاعات تجد حلا أكثر فأكثر عن طريق دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد المتسببين في الإخلال بقواعد التأسيس.

1.2.2. قيـام المسؤولية المدنية:

المشرع الجزائري الذي يعرف حالات متعددة ومتنوعة للبطـلان، جعل من دعوى المسؤوليـــة المترتبة عن البطلان مبدأ عاما يطبق في جميـع الحالات، وهو الحكم المستشف من المادة 743فقرة01 قانون تجاري والتي لا يمكن أن تكون إلا مسؤولية تقصيرية.

إن قيام مسؤولية المتسبب في بطـلان عقد الشركـــة، يتطلب توافر شروط معينة، ويقتضي البحث عن أطراف دعوى هذه المسؤولية .

1.1.2.2.شروط دعوى المسؤولية :

حتى تقوم المسؤولية في حق المتسبب في بطـلان عقد الشركـة، يستوجب توافر شرط أولي يضاف إليه شروط جوهرية.

1.1.1.2.2. الشرط الأولـي:

لا ترتبط دعوى المسؤولية بدعوى البطلان، وهذا ما يستشف من المادة 2/743 قانون تجاري جزائري ،إذ هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها عن دعوى البطلان التي تبرز كدعوى أصلية.
هذا الحكم تبناه المشرع الفرنسي بعد صدور قانون 24 جويلية 1966،إذ أن "دعوى المسؤولية لم تعد رهينة التصريح الفعلي بالبطـلان، بما أن اختفاء سببه لا يمنـع من ممارسة دعـوى التعويض الرامية إلى جبر الضرر الناتج عن عيب اعترى عقد الشركة". لكن قبل ذلك كان يستثني حالة تسوية البطلان. أين تكون غير مرتبطة ببطـلان سابق، وتبقى إمكانية رفعها مسموحـا بها خلال ثلاث سنوات بدايـة من اليوم الذي وقع فيه البطلان[71] ص51.

2.1.1.2.2. الشروط الجوهرية:

يقصد بها تلك الأركان المتصلة مباشرة بقيام المسؤولية، وهي بالرجوع إلى القواعد العامة تتعلق بالضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما.

والقانـون التجاري الجزائري في هذا الخصوص، يشير إلى الأشخاص الذين يتحملون المسؤولية والأشخاص الذين لهم حق إثارتها وأجل التقادم.أما بالنسبة لأركـان قيامها، فإنه لا يعطي حلا إجماليا، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بالمسؤولية المدنية.
فنجد أن مسؤولية المتسبب في بطلان عقد الشركة، لا تعتبر قائمة إلا إذا توافر خطأ في حقه مع وجود ضرر لحق الغير، وأخيرا وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وهناك شبه إجماع من الفقه والقضـاء في فرنسا، على أن المسؤوليـة عن الأفعال الشخصية تقوم على ركن الخطأ[22] ص92.

1- الخطأ:

بالرجوع إلى المادة 715 مكرر21 قانون تجاري جزائري، نجدها تؤسس دعوى مسؤولية جوازية، ذلك أن المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة الأوائل، يكونون مسؤولين بصورة آلية و بقوة القانون عن البطلان الذي تسببوا فيه .

وتثار هذه المسؤولية بمجرد التصريـــــح بالبطلان لخرق قاعدة من قواعـد التأسيس الخاصة بالشركات، ويبدو وكأن ذلك يتم بدون البحث عما إذا كان الخلل المؤسس للبطلان يجد مصدره في خطأ ارتكبه هؤلاء الأشخاص أم لا .

إن هذا التحليل بكل تحفظ، يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان المشرع قد أنشأ مسؤولية موضوعية تثار بعيدة عن الخطأ، يعفى فيها المدعي من إثبات وجـود خطأ في جانب المدعى عليه المتسبب في البطلان.

ومنه، فأساس المسؤولية التقصيرية في التشريع الجزائري، يتمثل في الخطأ الواجب الإثبات ، وفق المادة 124 قانون مدني جزائري التي أضيف إليها مصطلح خطأ بعد تعديل2005 ،أي المسؤولية الشخصيــة، ومؤداها ألا مسؤولية بغير خطأ، يستوي في ذلك أن يكون الخطأ ثابتا أو مفترضا، فهي تبحث في مسلك الشخص المسؤول [17] ص144.

ويقتصر مجهوده على إثبات العلاقة السببية بين سبب البطلان والضرر اللاحق به، خاصة وأن ضرورة إثبات وجود خطأ لا يظهر على مستوى النصوص ولا تجد أثرا إلا بالنسبة للضرر الواجب التعويض بصورة تضامنية.أم هل يمكن القول بأن المشرع يفترض الخطأ في جانب المتسببين في البطلان، واضعا بذلك قرينة خطأ ضدهم.

إن القول بوجود مسؤولية موضوعية أمر صعب ، ذلك أن التقنين التجاري قد حافظ على المبدأ العام للمسؤولية وهو الخطأ الذي ينفي المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر.

غير أنه يمكن القول بإمكانية افتراض الخطأ في جانب المتسبب في البطلان، وذلك بوجود سبب للبطـلان أي خلل في عقد تأسيس الشركة كان هو المتسبب فيـه، والذي أدى إلى زوال الشركة.

فوجود سبب البطلان هذا يكفي لإثبات الخطأ، خاصة وأن التصريح ببطلان عقد الشركة يتم عن طريق القضاء الذي يكون قد تثبت مسبقا من وجود عيب في التأسيس.

ومع ذلك، فإمكانية التحلل من هذا الخطأ تبقى ممكنة، كما إذا أثبت المدعى عليهم أنه لم يكن بإمكانهم العلم بالخلل الذي اعترى عقد تأسيــس الشركة[45] ص29. كما أن الشركاء الذين قدموا بصورة منتظمة مساهماتهم،لا يمكن مؤاخذتهم من أجل البطلان لعدم التحرير الكامل لرأس مال الشركة[72] ص44 .

هذه المسؤولية يمكن التخفيف منها،خاصـــة عند ما يرتكب المدعـــي نفسه خطأ. فالشخص الذي كان على علم مسبق بالعيب الذي يعتري عقد الشركة،وقبل رغم ذلك أن يكون مساهما فيه،لا يمكن له المطالبة بالتعويض في حالة بطلان عقد الشركة[64] ص 22.

بشأن القانون الفرنسي، اعتبر القضاء السابق لقانـون 24 جويلية 1966 أنه توجد ضد المسيرين المتسببين في البطـــــلان قرينة خطأ[44] ص22 ، غير أن بعض الفقهاء تساءلوا عن إمكانية الإبقاء على هذا الاتجاه بعد تنقيــح 1966، خاصة بالنظر إلى كتابة المادة 242 من هذا القانــون والتي تنص

على أن مؤسسي شركة المساهمة المتسببين في البطلان والمديرين المباشرين زمن حصوله يمكن التصريح بمسؤولياتهم بالتضامن عن الضرر الناتج للمساهمين أو الغير من جراء بطلان عقد الشركة.

وقد رأى البعض من الفقهاء، أن هذا النص "لا يؤسس قرينة قانونية للخطأ لكن يضع على كاهل أولئك الذين يؤسسون شركـة، التزاما يقضي بتفادي كل عيب في تأسيسها قريب جدا من الالتزام بتحقيق نتيجة، ويكفي لإثبات الخطأ وجود سبب للبطلان"[44] ص 29.

وفي نفس الاتجاه يري جانب آخر من الفقه الفرنسي، بأن المشرع أراد أن يجعل من هذه المسؤولية مسؤولية اختياريـــة ، يبقى حيالها القاضـــي حرا في تحميل المتسبب في البطـــلان المسؤوليـــة من عدمها، بدون أن يكون هناك سبب لافتراض هذه المسؤولية[64] ص22.

ويعتبر الفقيه F.Leumennier، أن أساس المسؤولية في قانون 1966 لم يعد نفسه كما كان الشأن قبل التنقيح ، ذلك أن المشرع في ظل القانون القديم قد أنشأ مسؤولية مجحفة بقوة القانون منشأ بذلك حالة خاصة يكوّن فيها الفعل الشخصي مسؤولية صاحبه بعيدا عن كل خطأ.

غير أنه في ظل قانون 1966، فإن المسؤولية أصبحت اختيارية بالنسبة للقاضي،الذي يبقى حرا حسب تقديره للوقائـع المعروضة عليه أن يحمل المدعى عليهم المسؤولية أم لا.ومن هذا المنطلق يرى هذا الفقيه،أنه من المنطقي القول بأن المسؤولية المقررة بمقتضى المادة 242 في خصوص شركـة المساهمة لا يمكن التصريح بهـا إلا إذا تم إثبات وجود خطأ في جانب المتسبب في البطلان[71] ص51.

أما في خصوص شركات الأشخاص، وفي غياب نص صريح بخصوصها فيمكن القول بأن تعويض الضرر الناتج عن التصريح ببطلانها، يتم بالرجوع إلى القواعد العامة والتي تقتضي إثبات الخطأ.

مهما يكن الأساس الذي يقدمه طالب التعويـض، فالمسؤولية لا يمكن أن تقوم إذا لم يقم بإثبات الضرر الذي لحقه من جراء التصريح بالبطلان.

2 – الضرر:

لا يكفي توافر الخطأ لتتحقق المسؤولية، إذا لم يترتب عنه ضرر.والضرر هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعـــــة وهو إما مادي أو أدبي.و تتنوع الأضرار المترتبـــة عن بطلان عقد الشركة، فقد تتمثل في تفويت فرصة إبرام صفقة مماثلة للصفقة الباطلة بشرط أقل مثلا[17] ص160.

وطبقا للقواعـــد العامة في المسؤولية المدنية، لكي يقوم الضرر ويمكن المطالبة بالتعويـــض يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، فلا بد أن يكون الضرر الواجب التعويض محققا وحالا،أي الذي وقع فعلا فيتبين المتضرر جسامته، وقد يكون مستقبلا وهو ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد، بخلاف الضرر المحتمل الوقوع فلا تعويـض عنه، لأنه ضرر لم يقع بعد ولا يعرف إن كان سيقـــع في المستقبل أم لا.

كما يجب أن يكون مباشرا ومتعلقا بمصلحة مشروعة،أي غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.
في المسؤولية التقصيرية التعويض يكون عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، عكس المسؤولية العقدية التي يكون فيها التعويض عن الضرر المتوقع فقط إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

3- العلاقة السببية :

يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر، أي أن علاقة السببية تكون قائمة كلما أمكن الجزم بأنه لولا الخطأ لما وقع الضرر[15] ص332، وإثباتها يقع على المدعي:
- قرينة قانونية تقبل إثبات العكس في حالة الخطأ المفترض.
- قرينة قضائية تنشأ من مجرد إثبات المدعي للخطأ والضرر بحيث يكون على المدعى عليه أن ينفيها بإثبات السبب الأجنبي [17] ص169.

وفي ميدان المسؤولية المدنية المترتبة عن البطلان، فإن الضرر الذي لحق طالب التعويض، يجب أن يجد مصدره في بطلان عقد الشركة.
وهذه العلاقة السببية يجب أن تكون محققة ومباشرة، فيجب إثبات أنه كان للبطلان دور في حدوث الضرر، وأن الضرر ما كان ليتحقق لو لا ذلك البطلان.

ولقد أكد الفقه الفرنسي على ضرورة توافر علاقة السببية، لأن مسؤولية المتسبب في البطلان تنعدم بانعدامها. فالمتضرر من البطـــلان بإمكانه طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه، لكن بشرط أن يجد هذا الضرر مصدره في بطـــلان عقد الشركـــة. ذلك أنه لا " يمكـــن قيام هذا النوع من المسؤولية،إذا لم يتم إثبات ضرر وجد كسبب له العيوب التي شابت عقد الشركة فجعلته باطلا "[71] ص51.

ومنه فلا مسؤولية،إذا كان السبب الحقيقي لزوال الشركة ليس العيب الذي اعترى تأسيسها،وإنما سبب آخر كسوء تصرف أو أزمة اقتصادية[64] ص22. كما أنه لا تعويض، إذا كانت الشركة عاجزة إلى يوم التصريح ببطلان العقد، دون أن يكون الخلل سببا في هذا العجز.

إن التصريـح ببطـلان عقد الشركـة لعدم احترام إحدى قواعد التأسيس ،لا يكفي لكي يتحصل كل من يدعـــي ضررا على التعويـض، كما لا يكفي أن يلحق الغير أو الشركـــات أو المساهمين ضرر حتى يطالبوا بالتعويـض، فليس كل ضرر يقبل التعويـــض على أساس المسؤولية المدنية المترتبـــة عن البطلان، بل يجب أن يكون البطلان سببا مباشرا في وقوع الضرر.
ذلك أن هذه المسؤولية،لا تغطي كل ضرر وخسارة حصلت لهؤلاء الأشخاص،وإنما تقتصرعلى تغطية الضرر الناتج مباشرة عن سبب البطلان. وهو الاتجاه الذي اعتمدته محكمة الاستئناف الفرنسية في قرار صادر في سنة 1937. فبعد أن أقرت المحكمة بطـــلان عقد شركة ذات مسؤولية محدودة، للتأخير في تحرير رأس مالها، وبعد أن اعترفت بمبدأ مسؤولية الشركاء في تعويض الضرر الحاصل، خاصة

للغير من جراء ذلك البطلان،استدركت بالقول " أنه يظهر جليا من خلال الوقائع المعروضة أن الضرر الحاصل للمدعي لم يكن نتيجة للتأخير في تحرير رأس مال الشركة، ولذلك فإن بطلان الشركة لم يكن سبب الضرر".

غير أن السؤال يطرح في صورة ما إذا كان الضرر يجد مصدره في أسباب متعددة من بينها بطلان عقد الشركة، أو حالة الضرر غير المباشر.

لقد أجاب الفقيه F. Leumennier، بالقول بأن المحكمة يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، الإمكانات والفرص التي تسبب الخلل الذي اعترى عقد تأسيس الشركة في ضياعها، وكذلك مدى تأثير سير الشركة المعيبة، ومدى تأثير العوامل الخارجية في تعكير وضعية الشركة أو بالعكس في تحسينها[71] ص54.

إن هذا الإشكال، يذكرنا بمثيله في نطاق المسؤولية المدنية في القواعد العامة والذي كان مرده تعدد الأسباب في إحداث الضرر.

وقد حاول الفقه حل هذا الأشكال، بالاتجاه أولا إلى نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، ثم تم الالتجاء إلى نظرية السبب المنتج أو الفعال.

وربما يكون هذا الاتجاه، هو الذي اعتمدته محكمة الاستئناف في قرارها المذكور سابقا،عندما قررت بأن التأخير في تحرير رأس مال الشركة لم يكن السبب الفعال في إفلاس الشركة وإحداث ضرر للغير،وبالتالي نفت كل مسؤولية للشريك الذي أحدث ذلك الخلل في التأسيس، واستبعدت عنه مهمة التعويض.

2.1.2.2. أطراف دعوى المسؤولية :

وهي تتعلق بالأطراف المسؤولة من جهة،والأطراف التي لها حق رفع دعوى المسؤوليةُ من جهة أخرى.

فمتى تحققت شروط الدعوى، فيمكن مساءلة المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة الأولين ومجلس المراقبة والمساهمين العينيين والخبراء والمسؤولية المترتبة تضامنية[50] ص170 .

1.2.1.2.2. الأطراف المسؤولة :

لقد حدد المشرع،الأطراف التي تتحمل المسؤولية المدنية المترتبة عن بطلان عقد الشركة.وهذه الأطراف تختلف حسب أشكال الشركات. غير أن التركيز سيكون على شركتي المساهمة وذات المسؤولية المحدودة لأهميتهما.

في حال تأسيس شركة المساهمة على وجه غير قانوني فقد أجاز القانون للشركاء وللغير معا أن يقيموا بالإضافة إلى دعوى البطلان، دعوى المسؤولية التضامنية خلال ثلاث سنوات من تاريخ تأسيس شركة المساهمة على المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة الأولين ومجلس المراقبة الأولين ،وكذلك على

المساهمين العينيين والخبراء ، إذا كانت معاملات التحقيق لم تتم بصدق وأمانة. وذلك عندما يتضح وجود مبالغة كبيرة ومقصودة في تقدير المقدمات العينية كالعقارات.

ولكن القانون اشترط على المدعي أن يثبت توافر العلاقة السببية بين عيب التأسيس والضرر الذي لحق به، وأكد على أن لدعـــوى المسؤولية نفس المدة المحددة لدعوى البطـــلان ،على أن لا تنقص عن ثلاث سنوات لإصـــلاح عيب التأسيس[1] ص131. ومنه يتضح أن البطـــــلان مقرر لمصلحة ذي العلاقة أو الغير وليس من حق أحد الشركاء الإدلاء به لمصلحته.

إن عدم الإشهار يستلزم بطلان الشركة أو بطلان الشرط المغفل ، كما يؤدي إلى إلقاء المسؤولية التضامنية على الأعضاء الأولين لمجلس الإدارة، وعلى مجلس المراقبة الأولين الذين يجب عليهم مراقبة القيام بجميع المعاملات[1] ص134.

لقد تعرض المشرع إلى المسؤولية في خصوص شركة المساهمة،فنص أنه إذا وقع التصريح ببطلان عقد الشركة أو بطلان الأعمال والمداولات، فإن المؤسسين المتسببين في بطلان عقد شركة المساهمة وأعضاء مجلس الإدارة الأوائل[57] ص190، يتحملون بالتضامن فيما بينهم مسؤولية الأضرار اللاحقة من جراء ذلك بالغير أو بالمساهمين، متى تحققت شروط الدعوى.

يسأل المؤسسون، تجاه الشركـــة والمساهمين فيها أو الدائنين لها،عن تعويـــض الضرر الناشئ عن بطلان الشركة، أو عن أي عيب في التأسيس لا يؤدي بذاته إلى البطلان كنشر بيانات كاذبة إغراء للجمهور على الاكتتاب أو المبالغة في تقدير الحصص العينية تطبيقا للقواعد العامة وإذا تعدد من تنسب إليهم المخالفة كانوا مسؤولين بالتعويض بالتضامن[58] ص304،[50] ص169، وكذلك يسأل أعضاء مجلس الإدارة ومجلس المراقبة الأولون، لأنهم يلتزمون بالتحقق من صحة إجراءات التأسيس ، كما يجوز رفع دعوى المسؤولية كذلك على المساهمين مقدمي الحصص العينية وعلى الخبراء المكلفين بتقدير الحصص العينية إذا كانت الإجراءات المقرة بتقدير هذه الحصص لم تتم بصدق وأمانة. ولقيام المسؤولية لابد من توافر أركانها ، حيث يقع عبء إثبات قيام الرابطة السببية بين عيب التأسيس والضرر الذي لحق به ،على عاتق المدعـــــي. وترفع الدعوى على من ارتكب عيب التأسيس عن عمد أو إهمال، وفي حالة تعدد المسؤولين الذين تنسب إليهم المخالفة كانت مسؤوليتهم عن التعويض تضامنية فيما بينهم[41] ص363.

إن جسامة المسؤولية الملقاة على عاتق المؤسسين، تقتضي تحديد من يكتسب صفة المؤسس.

لقد ألقى المشـرع على كاهل المؤسسين مهمة تأسيس الشركة، فوجب أن يقوموا بها على أحسن وجه،وذلك باحترام جميـــع قواعـــد التأسيس التي يترتب عن الإخلال بأي منها بطـــــلان الشركة.إذ من المنطقي ومن باب أولى أن يحملهم مسؤولية تأسيس شركة معيبة.

ويعتبر في حكم المؤسس جميع الأشخاص الذين أدوا دورا فعالا في عملية التأسيس وبالقيام بالمعاملات أو في الدعاية لتوظيف الأسهم. ولا يدخل في عداد المؤسسين الأشخاص الذين كانوا فقط المكتتبين الأولين بالأسهم ، أو الذين اشتركوا في الجمعية التأسيسية أو أعطوا استشارات فنية للتأسيس[50] ص170.

ولقد اعتمد القضاء الفرنسي في ظل قانون1867،وتحديدا في ميدان المسؤولية المترتبة عن بطلان الشركات، تعريفا موسعا للمؤسسين أقرب إلى الواقع منه إلى التعريف الذي يستنتج من التطبيق الضيق للنص القانوني.

ولقد توصل القضاء الفرنسي إلى هذا التعريف الموسع، لعدم وجود تحديد تشريعي له سواء كان ذلك صلب قانون 1867 أو قانون 1966، وفي هذا القانون الأخير نجد تحديدا دقيقا لمهام هؤلاء الأشخاص بالنسبة لشركة المساهمة، لكنه يتجاهلهم في إجراءات تكوين شركات المساهمة الخصوصية.

إن تحميل المؤسسين، مسؤولية الضرر الناتج عن بطلان عقد الشركة يبدو أمرا منطقيا، خاصة بالنظر إلى المهام المختلفة والمتعددة المنوطة بعهدتهم في تأسيس الشركة، فهم من يقوم بإجراءات شهرعقد تأسيس الشركة، وكذلك بإيداع الأموال المجمعة لفائدتها لدى مؤسسة بنكية أو مالية.

كما أنهم يقومون بإثبات الاكتتاب وعمليات الدفع، بواسطة تصريح كتابي ممضي من طرفهم، و بدعوة المكتتبين لحضور الجمعية العامة التأسيسية في أجل خمسة عشر يوما بداية من تاريخ ختم الاكتتاب.

ولقد توصل القضاء إلى إسناد صفة المؤسس، إلى أولئك الذين بأنفسهم أو بواسطة غيرهم تصوروا وأنشأوا الشركـــــــة وهيأوا قانونها الأساسي و أودعوا رؤوس الأموال كذلك الأشخاص الذين شاركوا بطريقة مباشرة ونشيطة وواعية في تكوين وتنظيم الشركة[64] ص21.

غير أنه وإذا كان من الممكن، الاعتراف بهذه الصفة لكل أولئك الذين ساهموا في تنظيـم وتنشيط الشركـة ، فإن ذلك لا يكون وحسب قول محكمة النقض الفرنسية إلا بشرط أن تمكن طبيعة المساهمة من منحهم نسبة من المبادرة في القيام بالأعمال التي أدت إلى إنشاء الشركة.أو قدموا عن كل دراية للباعثين الحقيقيين للشركة مساعدة مباشرة وثابتة تفترض قبولا واعيا بالمسؤولية المترتبة عن إنشاء الهيكل الاجتماعي[71] ص52.

يتضح إذا، أنه لكي يقع الاعتراف بهذه الصفة ،لا يكفي وجود أعمال مادية لكن يجب أيضا توافر إرادة لقبول المسؤولية كمؤسس ، وهو ما قامت باعتماده المحاكم فلقد أسندت صفة المؤسس لشخص ، بالرغم من أن هذه الصفة لا تظهر على مستوى النظام الأساسي للشركة، وذلك ببيان الطريق المتبع من طرف هذا الشخص بغاية تأسيس الشركة بناء مصنع البحث عن رؤوس أموال استغلال المقاطع،القيام بالتأمين.وهي أعمال مادية تبرز إرادته في الحصول على صفة مؤسس،وتحمل المسؤوليات المترتبة عنها.

و يرى الفقهاء الفرنسيون، أن هذه الحلول التي لم تفقد حداثتها في ظل التشريع الجديد[64] ص21 و يظهر نوعين من المؤسسين:

*أولئك الذين تم تعيينهم في العقود التأسيسية، والذين يوكل لهم القانون مهمة محددة في تأسيس شركة المساهمة العمومية ، وهو دور لا يمكن أن يقوم به الأشخاص الذين فقدوا حقهم في إدارة الشركات والتصرف فيها، أو أولئك الذين يحجر عليه القيام بهذه المهمة.

*أولئك الذين تظهر الظروف المحيطة بتأسيس الشركة أنهم مؤسسون، وهي الطريقة الوحيدة للتعرف عليهم بالنسبة لشركة المساهمة الخصوصية.

على أن هذا التعريف الموسع، يحمل في طياته خطرا قد ينتج عن عدم وضوح هذا المفهوم وتحديده، فإسناد هذه الصفة من الممكن أن يؤدي إلى بطلان قرارات الجمعية العامة الصادرة بتسمية مراقب للحصص العينية الذي لا يجب أن يكون مؤسسا أو أصلا أو فرعا أو أخا أو صهرا له .

ودائما في القانون الفرنسي ، فلقد ثار جدل حول معرفة ما إذا كان القاضي مجبرا على اعتبار كل الأشخاص الذين اعترف لهم بصفة المؤسس في معناها الموسع و المبين أعلاه، أطرافا مسؤولة عن الضرر الناتج عن بطلان عقد الشركة.

و مصدر الجدل العبارات المستعملة في المادة 42 من قانون 1867 والمادة 242 من قانون 1966.

ولقد مكن القضاء السابق لقانون 1966، بعد أن اعترف للمدعي بصفة المؤسس من التقصي من تحمل المسؤوليات اللصيقة بهذه الصفة،لأن هذا المؤسس لم يتسبب في بطلان عقد الشركة، بل خول له حق استرجاع المبالغ التي بذلها، أي حق التعويض عن الضرر الناشئ عن بطلان عقد الشركة.

وهو حل انتقده الفقيه Bosvieux، معتبرا أنه حل فقهي مؤسس على تأويل خاطئ للجملة الاعتراضية الواردة بالمادة 42[73] ص751.

أما في ظل قانون 1966.فإن الفقهاء يرون بأن حرية التقدير التي منحها القانون للمحكمة. تدفع إلى القول بأن المسؤولية التي تنشئها المادة 242 ترتكز على الخطأ، ولذلك فلا يعتبر مسؤولا إلا من تسبب شخصيا في بطلان عقد الشركة.

يعد مجلس الإدارة وكيلا عن الشركة يتقاضى أجرا عن إدارته، لذا فإن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تتحدد على ضوء القواعـد العامة للوكيل بأجر، فضـلا عن النصوص القانونيـــة التي وردت في قانون الشركات. وعلى ذلك إذا بذل أعضاء مجلس الإدارة في تنفيذ واجباتهم عناية الرجل المعتاد والتزموا حدود سلطاتهم كما حددها القانون ونظام الشركة واحترموا الأحكام الواردة فيهما،فلا مسؤولية عليهم سواء حققت الشركة أرباحا أم منيت بخسائر،لأن الشركة تمارس نشاطا تجاريا.

وعلى هذا الأساس، يسأل أعضاء مجلس الإدارة عن أخطائهم في الإدارة، وعن جميع أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن كل مخالفة للقانون أو نظام الشركة.

والذي يعنينا من مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، المسؤولية المدنية الناجمـة عن أخطائهم في الإدارة والتي يترتب عليها إلحاق الضرر بالشركة أو بالمساهمين أو بالغير،فيسألون عن تعويض هذا الضرر.

كما أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تجاه من أصابه الضرر إما أن تكون مسؤولية شخصية تلحق عضوا بالذات، متى كان الضرر بسبب خطأ وقع منه أثناء قيامه بأعمال الإدارة، وإما أن تكون مسؤولية مشتركة وعلى وجه التضامن متى كان الضرر نتيجة خطئهم المشترك .أما إذا صدر القرار الخاطئ بموافقة أغلبية الأعضاء ، فلا يسأل عنها إلا الأعضاء الذين وافقوا على القرار، أما الأقلية فلا تكون مسؤولة، متى أثبتت اعتراضها في محضر الجلسة الذي صدر فيها القرار.

ولا يحول دون إقامة دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة صدور قرار من الهيئة العامة بإبراء ذمة مجلس الإدارة بعد أن يقدم لها حسابا عن إدارته وتصادق على هذا الحساب الذي يعد بمثابة إبراء لذمة الأعضـاء عن جميع الأعمال التي[65] ص314 يتحمل مسؤولية الضرر الناتج عن بطلان عقد شركة المساهمة ،بالإضافة إلى المؤسسين وبالتضامن معهم أعضاء مجلس الإدارة الأوائل .

وأعضاء مجلس الإدارة بشركة المساهمة، هم الذين يتولون إدارة الشركة ويتم تعيينهم من قبل الجمعية العامة التأسيسية، أو الجمعية العامة العادية للمدة التي حددها العقـد التأسيســي، والتي لا يمكن أن تتجاوز ثلاث سنوات.

ويمكن أن يشغل هذه الخطة شخص معنوي أو أجير بالشركة، إلا إذا نص عقدها التأسيسي على خلاف ذلك،كما لا يشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون من المساهمين،إلا إذا نص العقد التأسيسي للشركة على خلاف ذلك.

إلا أن المسؤولية المترتبة عن بطلان عقد الشركة، لا تلقى على كاهل كل أعضاء مجلس الإدارة دون تمييز، بل أنها مسؤولية يتحملها فقط الأعضاء الأوائل، وذلك لأنهم قبلوا تسميـة و مهام عضو بدون أن يتأكدوا ويتثبتوا من سلامة إجراءات عقد تأسيس الشركة.

وبتمعن المادة 715 مكرر21 قانــون تجاري جزائري ، تبدو هذه المسؤولية دائمــة وثابتــة، إذ حددت مسؤولية المؤسسين و القائمين بالإدارة الذين كانوا في مهامهم وقت وقــوع البطــلان، فهذه المسؤولية تنسحب على كل عضو من الأعضاء الذين تولوا إدارتها بما فيهم أعضاء مجلس الإدارة الأوائل، يتحملون دائما مسؤولية الضرر الذي أصاب الغير والمساهمين،من جراء التصريح ببطلان عقد الشركة سواء ارتكبوا خطأ أم لا، كذلك المساهمين.

فالمسؤولية يجب أن تحمل على كل مدير باشر أعماله دون التثبت من شروط تكوين المؤسسة.ذلك أن الوقوف على مسؤولية أول المديرين، من شأنــــه أن يجعل قيام دعوى المسؤولية نظريا فقط، إذ أن زوال الأشخاص الذين باشروا أول إدارة من شأنه التخفيض من جدوى المسؤولية.
غير أن هذا الخطأ، يثبت بقبولهم لمهامهم دون التأكد من صحة تأسيس الشركة.ولقد كلفهم القانون بمهمة خطيرة وهي إدارة الشركة، ويفترض فيهم أن يمارسوا مهامهم ويعتنوا بها عناية صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيـــــه، فمن باب أولى أن يتقرر هذا الحرص وهذه النزاهــة منذ اللحظة الأولى التي يباشرون فيها مهامهم، وذلك بالتأكد من صحة إجراءات عقد تأسيس الشركــة وسلامته، حتى تستطيــع أن تواصل نشاطها بصورة طبيعية وسليمة .

و يقول الفقيه Escar في هذا الإطار : "يكون المؤسسون مسؤولين لأنهم خرقوا التعليمات القانونية الآمرة، أما المديرون (أعضاء مجلس الإدارة الأوائل في القانـــــون الفرنسي) فلأنهم افتقدوا إلى الحرص. ففي الحالــة الأولى هناك خطأ مبني على فعل شيء أي عمل إيجابي " faute par commission"، أما في الحالة الثانية فهناك خطأ بالتخلي عن فعل شيء أي عمل سلبي " faute par omission"[64] ص151.

وإذا حدد المشرع المسؤولية في دائرة أعضاء مجلس الإدارة الأوائل، فمعنى ذلك أن أعضاء مجلس الإدارة الذين تمت تسميتهم خـــــلال سير الشركـــة ، أي بعد مدة ولو قصيرة من تأسيس الشركة ، لا تطبق عليهم هذه المسؤولية .
إن السبب في ذلك، يرجع إلى أن هؤلاء الأعضاء بإمكانهم وبصورة مشروعة أن يطمئنوا إلى أن التثبت والتأكد من سلامة عقد تأسيس الشركة واحترام القواعد المقررة لذلك قد تم من طرف سابقيهم[71] ص52، كما أنه ليس من العدل تحميلهم مسؤولية مخالفات لا يستطيعون منعها.
بالنسبة للقانون الفرنسي، الذي يتحمل فيه المسؤولية المترتبة عن بطلان عقد شركة المساهمة المؤسسون المتسببون في البطلان والمديرون المباشرون عند حصوله.

فقد رأى بعض الفقهاء ، أن مسؤولية هؤلاء المديرين يجب إقصاؤها لوجود سبب حتمي يبرر ذلك، وهو أن هؤلاء الأشخاص لم يرتكبوا خطأ، بما أن شكليات التأسيس قد تمت قبل قبولهم

لوظائفهم،فهم لا يتحملون إلا مسؤولية بطـــلان الأعمال والمداولات التي تم القيام بها بعد تأسيس الشركة، وأن المؤسسين وحدهم يتحملون مسؤولية بطلان عقد الشركة.

كما رأى البعض الآخر[73] ص752، أنه يجب التمييز بين المديرين الذين تم تعيينهم عن طريق العقود التأسيسية، والذين يجب مماثلتهم بالمؤسسين، ويتحملون تبعا لذلك المسؤولية، لأنهم يشغلون وظائفهم عند التصريح بالبطـلان. والمديرين الذين تم تعيينهم من طرف الجمعية العامة، والذين لا يتحملون المسؤولية، لأنها ترتبط بأحداث سابقة عن تسميتهم.

هذا الاتجاه لم يجد رواجا، ويعتبر كل من الفقه و القضـاء في فرنسا، أنه مهما كانت طريقة تعيينهم،فإن المديرين يتحملون المسؤولية عندما يتم التصريح بالبطلان وقت ممارستهم لهذه الوظيفة،لأن واجبهم يفرض عليهم التأكد قبل قبولهم لمهامهم من أن الشركة مؤسسة بصورة قانونية.

لقد تكفل القضاء الفرنسي ، بمهمة تحديد هل أن شخصا ما تمت تسميته كمدير وهل أنه قام بمهامه وهل يعتبر مسؤولا أم لا، و ذلك بعد تقدير الوقائـع بكل حرية، وعلى هذا الأساس اعتبر غير مسؤول عن بطلان الشركة،المدير الذي بعد إعلامه بتسميته قدم استقالته قبل أن يقوم بأي عمل من أعمال الإدارة والتسيير، كذلك المديـر الذي لم يقبل مهامه منذ الجمعية التأسيسية بسبب الإخلالات التي قام بتبليغها للمساهمين[71] ص52.

أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ، يكون الوكلاء والشركاء، المتسببون في بطلان عقد الشركـة مسؤولين بالتضامن، تجاه الغير وباقي الشركاء عن الضرر الناشئ عن هذا البطلان.

فيتحمل الوكلاء هذه المسؤولية ، لأنهم مطالبون بالسهر على صحة إجراءات تأسيس الشركة ، سواء عينوا في العقـد التأسيسي أو بعقد لاحق، وسواء تعلق الأمر بوكيل شريك أو غير شريك، ذلك أن المشرع لم يميز بين هذين الصنفين.

كما يتحمل الشركاء بالتضامن مع الوكلاء هذه المسؤولية. ويبرز الشريك عادة بأنه ذلك الشخص الذي يجمع الثلاثة عناصر الأخرى المميزة لعقد الشركة، أي هو الذي قدم حصة وساهم في اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر والذي كانت له نية الاشتراك.

و ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع، لم يميز بين الشركاء الأصليين وبين أولئك الذين ينضمون لاحقا للشركة.

المشرع يعني هنا الشركاء الأصليين الذين كانوا موجودين بالشركة عند تكوينها،أما فيما يخص الشركـاء الذين دخلوا الشركة بعد تكوينها و الشركاء الذين غادروها، فإن الحل من الممكن أن يستمد من المبادئ العامة للقانون التجاري فالشريك الذي غادر الشركة يبقى مسؤولا في حدود المدة التي تنقضي بها دعوى المسؤولية والشريك الذي يدخل الشركة يصبح مسؤولا ما دام لم يتحقق من سلامة تأسيس الشركة" .

2.2.1.2.2. الأطراف المخولة برفع دعوى المسؤولية:

كما حدد المشرع الأطراف التي تتحمل مسؤولية التعويض عن الضرر الناشئ عن بطـلان عقد الشركـة، حدد أيضا الأطراف المقابلة الذين لهم حق رفع دعوى المسؤولية للمطالبة بتعويض ما لحقهم من ضرر من جراء التصريح ببطلان عقد الشركة.

فتكون هذه الدعوى مفتوحة، للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والذين لم يتسببوا في بطلان عقد الشركة، وللمساهمين في شركة المساهمة، الذين يجب عليهم إثبات توافر رابطة السببية بين العيب الذي شاب التأسيـس والضرر الذي لحق بهم. وكذلك للغير المتضرر من بطـلان عقد كلتا الشركتين، ومن أبرز فئاته دائنو الشركة والدائنون الشخصيون للشركاء. فدائنو الشركة يجوز لهم رفع دعوى شخصية على المسؤولين عن الضرر الذي لحق بهم بسبب عيب في التأسيس ، ولكن لا يصح رفع الدعوى من جميع الدائنين وذلك لانتقاء التلازم بينهم على الشركة نفسها بواسطة ممثلها، وغالبا ما يكون رفع الدعوى من جانبها من أجل استرداد نفقات التصحيح.

ويجب إقامة الدعوى خلال خمس سنوات من ابتداء تاريـخ التأسيس وإذا حصل تصحيح للعيب فإن المدة تنخفض إلى ثلاث سنوات ويظل الحق في رفعها قائما على الرغم من حدوث التصحيح[50] ص170.

ولقد أجاز القضاء الفرنسي هذا الحق للمؤسسين،بالرغم من أنهم يدخلون في دائرة الأشخاص المسؤولة، لكن بشرط أن لا يكونوا قد تسببوا في البطلان، فإذا ما توافر هذا الشرط فإنه بإمكان المؤسس مرافعـــة الباقين و يطالب بإرجـــاع المبالغ التي قدمها لتغطية حاجيات وتحقيـــق مصالح الشركـــة التي هي في طور التأسيس، أي تعويض الضرر الناشئ له من جراء بطلان عقد الشركة.

كما اعترف الفقه و القضاء الفرنسيين في ظل قانون 1867، للشركة ممثلة في المصفي إذا وقع إبطالهـا أو أمين التفليسة في صورة تصفيتها، بالحق في رفع هذه الدعـــوى، بالرغم من أن المادة 42 من هذا القانون والمتعلقة بشركة المساهمة لا يخول صراحة ذلك.

ويرى جل الفقهاء، أنه لا شيء يمنع من الإبقاء على هذا الحل في ظل قانون 1966[64] ص20،[71] ص54. أما بالنسبة للقانون الجزائري وفي غياب اجتهاد قضائي، تبقى إمكانية قيام الشركـــــة والمؤسسين بدعوى المسؤولية صعبة، لتحديـــد المشرع حصرا الأشخاص اللذين يتمتعون بهذه الدعوى و أولئك الذين يتحملون تبعاتها.

ولقد تساءل الفقه الفرنسي حول طبيعة هذه الدعوى، أي هل أنها دعوى فردية أم دعوى جماعية، وهو تساؤل اعتبره الفقيه P.Macquéron هاما جدا، نظرا للنتائج التي تترتب عن تحديد هذه الطبيعة.

فإذا ما اعتبرنا أن هذه الدعوى هي دعوى جماعية، فإن المبالغ المتحصل عليها بعنوان تعويضات يجب حتما أن يقع التفويت فيها لصالح الشركة.

كما أن اتصال القضاء من شأنه أن يمنع كل شريك (أو مساهم) من ممارسة دعوى المسؤولية من جديد، و أخيرا فإن امتناع الجمعية العامة من القيام بهذه الدعوى أو إجراء مقاصة، من شأنه أن يعرقل كل دعوى يريد ممارستها الشريك بمفرده "[64] ص20.

ولقد أجاب عن هذا التساؤل القضاء و الفقه السابقين لقانون 1966، باعتبار أن هذه الدعوى فردية. وهو اتجاه يؤكد الفقهاء في ظل هذا القانون على مواصلة اعتماده [64] ص20،[44] ص 29،[71] ص53 فالمادة 242 من قانون 1966 حسب البعض[71] ص53 تنشئ لفائدة الغير والمساهمين حقا خاصا في التعويض.

2.2.2. نظام دعوى المسؤولية :

إن قيام المسؤولية في جانب الأطراف المشار إليها سابقا، يجعلنا نتساءل عن آثار هذه المسؤولية و إمكانية انقضائها.

1.2.2.2. آثار دعوى المسؤولية :

1.1.2.2.2.التعويض:

ينشأ الحق في التعويض من وقت توافر أركان المسؤولية، وفي هذا يثار التساؤل عما إذا كان يستطيع أحد المتعاقدين الذي لم يكن يعلم عند إبرام العقد بسبب البطلان، أو لم يشارك فيه الرجوع على المتعاقد المتسبب في البطلان بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الحكم ببطلان العقد[15] ص279.

إذا ما توافرت شروط المسؤولية، فإن الوكلاء والشركاء المتسبّبون في بطلان عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمديرين وأعضاء مجلس الإدارة الأوائل بشركة المساهمة، يكونون ملزمين بتعويض الضرر الناشئ عن بطلان عقد الشركة وذلك بالتضامن فيما بينهم، يكون في حدود الخسارة التي تضرر منها بصورة فعلية الغير، أو الشركاء أو المؤسسين، والذي تسببت فيه الأطراف المسؤولة المذكورة آنفا.

ويرى الفقيه P.Macquéron ، أنه تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية وفي خصوص الشركاء، فإن بإمكانهم المطالبة بمبلغ الحصة التي قاموا بتقديمها، وكذلك مبلغا يساوي النفع الذي كان بإمكانهم الحصـول عليه من جراء استغلال تلك الحصة[64] ص22.

و إذا ما تحملت الأطراف المسؤولة تعويــض الضرر بالتضامن، تطبيقا لـلمادة 715مكرر21 قانون تجاري جزائري، كان للمتضرر مطالبة أي طرف مسؤول بكامل مبلغ التعويض، كما أن وفاء أحدهم بكل المبلغ يبرئ ذمة الباقين مع بقاء حقه في الرجوع عليهم كل بقدر حصته.

لما كان يترتب عن كل من البطــلان والإبطال إعادة الطرفين إلى الحالــة التي كانا عليها قبل التعاقد، فقد يكون أحدهما لا يعلم عند إبرامه العقد بسبب البطلان، أو لم يشارك فيه أي يكون حسن النية.
الثابت أنه في حالة اشتراك الطرف الآخر في سبب الإبطال أو علمه بهذا السبب، فلا يحق أن يتضرر إذا ما طلب المتعاقد الآخر إبطال العقد.وهنا يثار التساؤل عما إذا كان يستطيع هذا الطرف الرجــوع على من تسبب في البطلان بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الحكم ببطلان العقد.
نص القانون على حالات التعويض عن البطلان، نوردها كالآتي:
- حالة استعمال القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فإنه يمكن للمتعاقد الآخر طلب التعويض استنادا إلى نص المادة 86 قانون مدني جزائري، بعض القوانين العربية نصت عليه صراحة المادة 119 قانون مدني مصري.
- المادة 399 قانون مدني جزائــري في بيع ملك الغير، أنه إذا أبطل البيع جاز للمشتري حسن النية أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية.
والتعويض هنا مؤسس على المسؤولية التقصيرية وليس على المسؤولية العقدية[15]،ص279.

2.1.2.2.2. معيار تحديد التعويض:

حاول بعض الفقهـاء الفرنسيين،وضــع طريقة لتحديــد نسبة كل طرف مسؤول ، وذلك بالقول أنه إذا كان من الممكن تحديد نسبة تدخل كل مؤسس أو شريــك أو مدير في الوقائــع التي كانت سببا في البطلان،فإن توزيع مبلغ التعويض يتم حسب درجة مشاركة كل واحد في سبب البطلان، ومدى تأثير خطئه في جسامة الضرر الذي لحق الطالب فإذا كان هناك طرف معسر فإن الأطراف الموسرة تتحمل نصيبه.
أما في حالة الخطأ المشترك وغير القابل للقسمة، أو في حالة عدم التمكن من الكشف عن درجة خطأ كل واحد، فإن مبلغ التعويض ينقسم حصصا متساوية بين مختلف الأطراف المسؤولة [71] ص54.

2.2.2.2. انقضاء دعوى المسؤولية :

ولئن سمح المشرع الجزائري، للمتضررين من جراء التصريح بالبطلان برفع دعوى المسؤولية والحصول على التعويض عن الضرر اللاحق بهم، إلا أنه ورغبة منه في حماية أمن واستقرار المعاملات التجارية، قد وضع أساليب تنقضي بها هذه الدعوى.

1.2.2.2.2. طرق انقضاء دعوى المسؤولية:

على رافع دعـــوى المسؤولية أن يمارس حقه خلال أجل معين، وإلا سقطت بموجب التقادم،كما أن هذه الدعوى لا تقبل إذا ما تم تصحيح العيب الذي اعترى تأسيس الشركة.

وتجدر الإشـــارة، إلى أن المشرع الجزائـــري وإن أقر مبدأ التعويـض عن الضرر الناتـــــج عن البطلان، فإنه أقر أساليب انقضاء هذه الدعـــوى بالنسبة لجميع الشركات بمضي ثلاث سنوات حسب المادة743 قانون تجاري.

ولقد بين القانون التجاري هذه الطرق، سواء بالنسبة للشركـــة ذات المسؤولية المحدودة ، فقرر أن المسؤولية عن الأفعال المتسببة في البطلان لا تكون حرية بالقبول إذا انعدم سبب البطلان قبل تقديم الدعوى أو في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، أو في الأجل المعين لتفادي البطلان، وعلاوة على ذلك بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ حصول البطلان .

وهو ما أقره في خصوص شركة المساهمة و ذلك بـالمادة 743 قانون تجاري جزائري ، أن دعوى الضمان التي ترفع بسبب الأفعال المترتبة عنها البطلان.

وتطبيقا لهذه المادة، فإن دعوى المسؤوليـة تتقادم بمرور ثلاثة سنوات بداية من تاريخ صيرورة الحكم القاضي بالبطلان حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.وهو حكم عام ينطبق على كل حالات المسؤولية المترتبة عن بطلان أي عقد شركة.

وهو نفس الحكم، الذي نجده بالمادة 370 من قانون 24 جويلية 1966 الفرنسي.

2.2.2.2.2. الآثار المترتبة عن انقضاء دعوى المسؤولية:

فزوال سبب البطـلان، يجعل من عقد الشركة عقدا صحيحا، وبالتالي فإن البطلان لا يمكن التصريح به، إذ تنقضي معه دعوى البطلان حسب المادة735 قانون تجاري جزائري، كذلك تنقضي دعوى البطلان، إذا انعدم سبب البطلان قبل يوم نظر المحكمة في الأصل ابتدائيا، أو في الأجل المعين من قبل القاضي لتفادي البطـلان حسب المادة 736 قانون تجاري جزائري .ومع ذلك لا يحول زوال سبب البطلان، دون ممارسة دعـوى التعويض عن الضرر اللاحق من العيب الذي شاب الشركة وفق

حكم المادة 743/فقرة02 قانون تجاري جزائري، وهو ما يؤكد انعدام الصفة التبعية لدعوى المسؤولية بالنسبة لدعوى البطلان .

أما في القانـــون الفرنسي، وتطبيقا للفقرة الثانية من المادة 370 من قانون 1966 فإن التصحيـح لا يضع حدا لدعوى المسؤولية، بل تنقضي هذه الدعوى بأجل ثلاث سنوات من تاريخ التصحيح [71] ص54. فتصحيح العيب الذي اعترى تكوين الشركة لا يكفي وحده لانقضاء دعوى المسؤولية، بل يجب توافر شرط آخر وهو انقضاء أجل ثلاث سنوات.

الفصل.3.

تدارك بطلان عقد الشركة التجارية

لما كان عقد الشركة التجارية عقدا متميزا، يهم العديد من الأعوان الاقتصاديين،فإن تطبيق القواعد العامة عليه في مجال البطلان يترتب عنها حتما نتائج وخيمة، تمس بمصالح مشروعة مختلفة ومتضاربة، تنعكس سلبا على استقرار المعاملات بصورة عامة. ذلك أن جزاء البطـــــلان لا يتلاءم في جميع الأحوال وخصوصية ميدان الشركات التجارية، اعتبارا من أن الشركة تمكنت من العيش زمنا معينا وقامت بإبرام العديـد من التصرفات قبل القضــاء ببطـلانها وهو ما يعني زوالها في حالة التصريـح به، مما يترتب عنه بدوره زوال مراكز قانونية لاحقة.

لذلك يرى جانب من الفقه أنه " ماديا أن تطبيق القواعد العامة للبطلان لا يمكن تصوره، فأمن التجارة يمنع ذلك "[74] ص239.

لكن ضرورة وجود جزاء عن كل إخلال محتمل بقواعد تأسيس الشركات التجارية، يفرض وجود موازنة بين هذا الجزاء من جهة وأمن المعاملات من جهـة أخرى.

فبدافع الموازنة و الواقعية، ارتأى المشرع الجزائري خاصة، ضرورة إضفاء مرونة بشأن القواعد القانونية المتعلقة بتأسيس الشركات التجارية.

ومهمــا يكن، فالقانــون التجاري ليس مجردا، فهو يحتوي على الوسائل الأساسية والضروريــة التي من شأنها أن تطور تشريعا مرنا في هذا الميدان، يمكن الحد من تطبيق الأحكام القانونية،خاصة تلك التي تفرض جزاء مخففا من الحدة المتأتية من آلية تطبيق القاعدة القانونية[75] ص461.

لذلك، تضع التشريعات الحديثة قيودا لتفادي القضاء بالبطلان، إما بإجازة تصحيح المخالفة بتكملة الإجراء الباطل أو بإجازة التمسك بعدم الاعتداد بها[24] ص515.

1.3. حالات تفادي التصريح ببطلان عقد الشركة التجارية:

المشرع الجزائري في ميــدان الشركات التجاريــة، يسعى لتفادى التطبيق الآلي لجزاء البطلان، مضفيا عليه خصوصية، تجعل منه بطلانا يمكن تفادي التصريـح به من جهة، كما يمكن تفادي آثاره متى تم التصريح به من جهة ثانية.

من أجل ذلك، عنى بمحاصرة أسباب البطلان، عن طريق وضع آليات بغرض الحد من آثار دعوى البطـــلان و التصريـح به، ففتح الباب لإمكان تصحيــح الأوضاع المخالفة لقواعد وإجراءات التأسيس و قرر التقادم في مباشرة دعوى البطـلان ، حتى يحقق إستقرار المعاملات التي تتم مع الشركات المعيبة.

فقد منع حل الشركـــة عن طريق اللجوء إلى القضـــاء، ولا يسوغ طلب الإبطـال إلا بعد مرور سنة من اجتماع الحصص، وللمحكمة حق منح أجل 06 أشهر قصد تصحيح هذه الوضعية بمعنى أن تستمر الشركة مع شريك آخر أو أكثر أو تعلن رغبتها في التحول إلى شركـــة معينة. وقد ذهب المشـــرع أبعـــــد من ذلك، إذ قضى بعدم إمكانية القضـــاء بالحل إذا ما تم التصحيـــح يوم النظر في الموضوع [27] ص83.

1.1.3. حالــة التصحيح:

يعد التصحيـــــح [70] ص111، آلية موضوعية تهدف إلى تفادي بطـــــــلان التصرف القانوني، وبالنتيجة إلى إزالة العيب أو إصلاح الخلل الذي اعتراه عند نشأته بصفة لاحقة، ومجال تطبيقه ضيق في القواعد العامة،لأنه اعتبارا من أن صحة التصرف القانوني يقع تقديرها عند تكوينه، وليس بصفة لاحقة[76]،ص34.

ولما كان ميدان الشركـــــــات التجارية، يقوم بالأساس على السرعة والثقة في المعاملات، فإن هذه الآلية تجد لها مجال تطبيق واســع، أراد من خلالهـا المشرع الجزائـــري التصدي للآثار الناجمة عن بطلان عقد الشركــة.إذ من السهل تصحيح عقد الشركة الباطل، عن طريق إزالة العيب الذي اعتراه عوضا عن إعادة إنشائه من جديد؛ فأقرها بـالمادة 735 قانون تجاري وما يليها.
وبتمعن المادة 735 قانون تجاري وما يليها ، يمكن لنا إبداء الملاحظتين التاليتين :

1-أنه اعتمد تسمية غير واضحة وغير دقيقة" التصحيح"، ذلك أن الصيغة الفرنسية للنصوص تعتمد استعمال مصطلح"La regularisation " أي التسوية وهو ما تبناه المشرع الفرنسي.
2-أنه عمّم إمكانية التصحيح على جميع الشركات، كما فعل ذلك المشرع الفرنسي. فهو بذلك يقر مبدأ عاما للتصحيح في مجال الشركات التجارية، وحسنا فعل.
-3

1.1.1.3. طرق التصحيح:

قد يكون التصحيح نابعا من إرادة الأطراف، وقد يتحقق تحت سلطة القضاء.

1.1.1.1.3. التصحيح الإرادي:

إن تعريف Valérie Simonart للتصحيح، يتماشى والمقصود من التصحيح الإرادي، الذي قرره المشرع للشركـــاء مانحا لهم فرصة إنقاذ التصرف من البطـــــلان. فإرادة الشركاء هي التي يعتد

بها في تصحيح التصرف القانونـــــي، عن طريـــق إكمال النقص الحاصل به، أو إزالـــــة العيب الذي اعتراه، حسب ما تقتضيه مصلحتهم في ذلك.

وقد بسط المشرع الجزائـري، هذه الآلية على جميع الشركات، ورتب على إعمالها سقوط دعوى البطلان بزوال سببه، والقول بهذا لا يحتمل معنى آخر غير إزالة الخرق الحاصل للمصالح المشروعة مصدر البطلان، أي أن حق الاحتجاج أصبح بدون أساس.

وبالرجوع إلى نص المادة 735 قانون تجاري جزائري، نجدها تسمح بتطبيق آلية التصحيح على كل أسباب البطلان الموضوعية والشكلية، وحتى تلك التي تجد مصدرها في القانون المدني، ما عدا تلك المتعلقة بعدم مشروعية الموضوع .

نصت المادة 362 من قانـون 24 جويلية 1966 على هذا الاستثناء، المنتقد من طرف الفقه الفرنسي على اعتباره تضييقا جاء نتيجة تأويل خاطئ للتوصية الأولى للسوق الأوروبية المشتركـــة، التي تنص المادة 10 فقرة 02 منه على إحدى صور البطلان المحددة حصرا، والمتعلقة بالموضوع غير المشروع والمخالف للنظام العام. فهذا النص حسبهم يذكر حالة بطلان مسموح به و لا يمنع أي طريقة لتصحيح العيب[54] ص519.

ماعدا هذا التضييق، لم يفرض المشرع شكلية معينة لإجراء التصحيح، بل إن مجرد إزالة سبب البطلان يصحح به عقد الشركة التجارية المعيب، وتنقضي به دعوى البطلان.

كما أن عقد الشركة الباطل، بسبب الإخلال بقواعد الإشهار المنصوص عليها بالمادة739 قانون تجاري جزائـــري، يتم تصحيـــح وضعيته بإزالة سبب البطـــــلان، وذلك بإشهاره إذا لم يقع إشهاره بالمرة، أو بتصحيح إجراءات الإشهار، وذلك بإكمال ما نقص منه أو تصحيح ما كان منه مختلا.

ويتم التصحيح الإرادي إما بمبادرة من الشركاء، أو بدعوة من المحكمة.

التصحيح بمبادرة من الشركاء ، وتتضمن هذه الحالة صورتين :

تتمثل الأولى في القيام بالتصحيح قبل تقديم طلب البطـــــلان، أو أثناء سير الدعـــــوى بمبادرة من الشركاء ولكن دون دعوة الجمعية العامة للانعقـاد أو استشارة الشركاء.فالتصحيح يكون ولو في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا حسب المادة 734 قانون تجاري جزائري.

أما الثانية ، فتخص الحالة التي تكون فيها دعوة الجمعية العامة للانعقاد أو استشارة الشركاء لازمة لتفادي البطلان، ففي هذه الحالة إذا كانت دعوة الجمعية العامة قانونية،أي تمت وفقا للشروط المقررة بالنسبة لكل شكل من أشكال الشركات، فحسب المادة 2/736 قانون تجاري جزائري، تقضي المحكمة بمنح أجل كاف للشركاء للقيام بالتصحيح،وفق سلطتها التقديرية.كما أن المادة737 قانون تجاري

جزائري بينت في صورة انقضاء الأجل الممنوح من طرف المحكمة ولم يقم الشركاء بالتصحيح، تقضي المحكمة بالبطلان بناء على طلب الطرف المستعجل.

أمّا بالنسبة لشركة المساهمة،فطبقا للمادة 2/736 قانون تجاري جزائري فإن دعوة الجمعية العامة لتدارك سبب البطـلان يوقف النظر في دعوى البطلان، من تاريـخ توجيه الدعوة بصورة قانونية لانعقـاد الجمعية، أو إرسال نص مشاريع القرار مصحوبا بالمستندات التي يجب تسليمها للشركاء لكون أن لها مفعولا انقضائيا في ظل القانون التجاري، فتنقضي في صورة ما إذا توصلت الجمعية العامـــة إلى إزالة سبب البطلان، و تستأنف الدعوى سيرها بعد انعقاد الجلسة إن لم تتوصل إلى تسوية الوضع .

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد، هو أن المشـرع لم يبيّن بـالمادة 2/736 قانون تجاري جزائري، الحالات التي تستوجب دعوة الجمعية العامـــة للانعقاد أو استشارة الشركـــاء، ولا الأجل الذي يمكن أن تتفاوض خلاله الجمعية العامة. وربما يكون المشرع، قد ترك هذه المهمة لاجتهاد المحكمـــة، التي يرجـــع إليها أيضا تقدير ما إذا تمت دعـــوة الجمعية العامة على الوجه الصحيـح أم لا، والتي يمكنها أيضا دعوة الشركـــاء إلى التصحيح، والمهم أن تكون خلال أجل معقول.

التصحيح بدعوة من المحكمة ،إذا لم يتخذ الشركاء أي مبادرة لتفادي البطلان، يجوز للمحكمة ولومن تلقاء نفسها أن تعين أجلا للشركاء للتمكن من إزالة بطلان عقد الشركة ، الذي لا يمكن التصريح به قبل مضي شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى وذلك تطبيقا للمادة 1/736 قانون تجاري جزائري ، بل أن المشرع يلزمها بعدم القضـــاء به في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعـــوى، كما أنه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان لعدم النشر في حالة انتفاء أي تدليس.

ومنه فمسألة تعيين أجل لتفادي البطـلان، تخضـع لسلطة المحكمة التقديريـــة، إذ بإمكانها أن لا تمنح هذا الأجل إذا رأت عدم لزومه أو عدم نجاعته.

إن المادة السابقة، وإن أجازت لطرف ثان غير الشركاء المتمثل في المحكمة بمنح الشركاء أجلا للتصحيح، فإنها لا تخرجنا عن إطار التصحيح الإرادي، إذ أن المحكمة في هذه الحال لا تفرض التصحيح على الشركاء،وإنما تبقي لهم السلطة المطلقة في ذلك.

فالمشرع بذلك يكون قد قدر تقاعس الشركاء في اتخاذ إجراءات التصحيح، وأمام ذلك أعطى للمحكمة سلطة منح أجل للتصحيح دون فرضه، محاولة منها إنقاذ الشركة من البطلان،وهو بهذا يقدم للشركاء فرصة الحفاظ على كيان الشركة، وذلك بدعوتهم لتصحيح وضعيتها خلال الأجل الممنوح لهم

من طرف المحكمة، مع احتفاظهم بسلطة اتخاذ القرار المناسب لها،لأن لهم حق الخيار بين تصحيح الوضع أو رفضه[77] ص312.

ونسجل هنا ملاحظتين:

- تتمثل الأولى، في عدم تحديد الحد الأقصى للأجل الممنوح من طرف المحكمة .

- أما الثانية، فتتمثل في أن المشرع أتى بإضافة هامة، مفادها أن المحكمة لا يمكن لها التصريح بالبطلان قبل مضي شهرين من تاريخ رفع الدعوى؛ هذا الأجل اعتمده المشرع الفرنسي صراحة في المادة 363 منقانون1966.

وقد وصف الفقه الفرنسي هذا النص بالحكيم، معتبرا أنه " يؤسس لفائدة الشركات الباطلة تأخيرا حقيقيا للتصريح ببطلانها". كما أنه يوفر وسيلة هامة،تجعل من التصحيح أكثر فاعلية،ذلك أن "الاهتمام بالحد من الآثار المهدمة للبطلان، يجعلنا لا نكتفي بتعميم التصحيح على جميع العيوب و إنما يجب توفير الوسائل الملائمة، لكي يتحقق التصحيح بصورة ناجعة وفاعلة.وهذا ما تعنى به المادة 363 من قانون 1966"[74] ص249.

2.1.1.1.3. التصحيح القضائي:

يقول الفقيه Dupeyron، أن هناك فرضيات يقوم فيها المشرع بتعويض دعوى البطلان بدعوى التصحيح، فالبطلان يكون في هذه الحالة مجردا، فهو بطلان لأنه جزاء للإخلال بشروط صحة التصرف،وهو مجرد لأن حق التمسك به عوض بحق طلب ملاءمة التصرف بالقاعدة القانونية[76]، ص173.

يمكن القول، بأن هذه الفرضية تبنّاها المشرع الجزائري صلب المادة 739 قانون تجاري جزائري ، الذي أنشأ نوعا من التصحيح القضائي في مجال محدد، عندما يتعلق الأمر بمخالفة قواعد النشر.

هذا التضييق،وإن أمكن لنا فهمه من حيث ميدان تطبيقيه، أي حصره في العيوب الشكلية ذات الصلة بمخالفة قواعد الإشهار،لأن مثل هذا التصحيح يكون خارجا عن إرادة الشركاء، وهذا لا يكون ممكنا إلا إذا تعلق الأمر بعيب شكلي ، خاصة وأن الشكل من وضع المشرع وهو الذي يحدد له الجزاء المناسب عند تخلفه.

غير أن المادة 739 قانون تجاري جزائري، وإن ضيقت في ميدان هذا النوع من التصحيح، فإنها قد وسعت من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم المطالبة به، وذلك بالسماح لكل من له مصلحة، أن يطلب من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل يعهد له بإتمام إجراءات التصحيح.

غير أن الوصول إلى هذه المرحلة المتقدمة،يحتم على كل من له مصلحة في التصحيح،أن يمر بمرحلة أولية وأساسية، تتمثل في إنذار الشركة بمباشرتها لإجراءات تصحيح وضعيتها في أجل ثلاثين يوما.

لقد اعتمدت هذه المادة المرحلية والتدرج التصاعدي في طلب إتمام التصحيح، دون أن تصل حد الأمر والجبر، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 6 من قانون 24 /07/ 1966 الفرنسي الذي مكن المحكمة من أن تأمر بإجراء التصحيح في صورة وجود نقص في إحدى النصوص الآمرة، أو سهو عن إحدى شكليات التأسيس أو خطأ في إجرائها،وذلك تحت طلب كل من له مصلحة بما فيها النيابة العامة.

2.1.1.3. آثار التصحيح

يهدف التصحيح إلى إزالة العيب أو الخلل الذي اعترى التصرف القانوني بصفة نهائية، مما يترتب عنه سقوط دعوى البطلان و عدم قبول دعوى المسؤولية .

1.2.1.1.3. سقوط دعوى البطلان:

متى تم مباشرة التصحيح زال سبب البطلان،وسقطت تبعا له دعوى البطلان، وهو ما تؤكده المادة 735 قانون تجاري جزائري .

و زوال الحق في طلب البطلان يكون في مواجهة الكافة، فالتصحيح ينتج أثارا مطلقة تسقط بها دعوى البطلان بصفة كلية، ذلك أنها تصحح العيب بصورة موضوعية عبر إصلاح العيوب التي طرأت عليه، مما يجعل من انتقاد العقد أمرا غير ممكن، باعتبار أن دعوى البطلان فقدت كل سند لها. فإذا ما تم تكوين شركة تجارية دون احترام إحدى قواعد التأسيس الواجب توافرها لصحة الشركة،ثم وقع تصحيح وضعيتها بإكمال الشكلية الناقصة، فإن هذا التصحيح يسري على الكافة، ولا يحق لأي كان سواء من الشركاء أو الغير التمسك ببطلان عقد الشركة.

وكما ينتج التصحيح أثرا مطلقا، فإنه ينتج أثرا رجعيا يجعل من التصرف الواقع تصحيحه تاما منذ تاريخ نشأته، ودليل ذلك أنها تعدم الحق في طلب البطلان، في حين أنه حق سابق في نشأته عن التصحيح.

2.2.1.1.3. عدم قبول دعوى المسؤولية :

الأصل أن التصحيح يكون حجة على الكافة، ومنه متى تم التصحيح لم تقبل دعوى المسؤولية، لكن ومع ذلك يمكن أن تقبل حتى ولو زالت الأسباب المؤدية إلى البطلان سواء قبل نظر المحكمة في الأصل ابتدائيا،أو في الأجل المعين من طرف المحكمة لتفادي البطلان،وهو المستشف من المادة 743 فقرة2 قانون تجاري جزائري.

وهو أمر منطقي، ذلك أن دعوى المسؤولية تقوم على أساس ضرر نتج عن بطلان عقد الشركة، فإذا ما تمكن الأطراف من إزالة سبب البطـلان، وبالتالي تفادي التصريح به ودون أن تترتب عنه أضرار للغير، فلا مجال لمساءلتهم.لكن ومع ذلك، قد يحدث أن يترتب ضرر للغير من هذا البطـلان، الأمر الذي يستلزم التعويـــــض، لذلك نصت المادة 2/743 قانون تجاري جزائري صراحة على حكم خاص، مفاده أن زوال سبب البطلان لا يحول دون ممارسة دعــوى المسؤولية لتعويض الضرر المترتب عن العيب أو الخلل الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به، وهو ما يعني عدم ارتباط دعوى المسؤولية بدعوى البطلان ،كما سبق ذكرها.

2.1.3. حالة التقادم المسقط لدعوى البطلان:

للزمن في مجال القانون أهمية قصوى، نظرا لأنه يمثل عاملا في إكساب الحقوق أو انقضائها.
وقد وردت في القانون المدني الأحكام الخاصة بتقادم الحقوق، والتي ترتكز أساسا على اعتبارات عملية تقوم على استقرار المعاملات[78] ص 3 ،[5] ص132.
ومحل التقادم في إطار بحثنا، التقادم المسقط الذي يترتب عليه زوال حق المطالبة، بناء على استمرار سكوت صاحبه خلال مدة يعينها القانون.

فهذا التقادم يؤدي إلى سقوط الدعوى دون الحق نفسه[5] ص426،[10] ص267،أي أنه لا ينقضي به الالتزام ذاته، ولكن تنقضي به الدعـوى التي تحميه، ومن ثم يرتب التزامـــا طبيعيا على عاتق المدين؛ هذا المفهوم يقترب من مفهوم الفقه الإسلامي الذي يجعل التقادم لا يسقط الحق ذاته ولكنه يقتصر على منع سماع الدعوى عند الإنكار،مع اختلاف في القانون المدني إذ يستطيع المدين أن يقر بالحق ويتمسك رغم ذلك بانقضائه بالتقادم فيما عدا الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء[17] ص371.
الفقه الإسلامي لا يعرف نوعي التقادم المسقط والمكسب[78] ص3،ذلك أنه في جميع الأحوال يقرر بقاء الحق لصاحبه مهما طال الزمن، ولكن يعرف ما يصطلح عليه بعدم سماع الدعوى، الذي ليس مبنيا على بطـــلان الحق، وإنما هو نهي عن سماع الدعوى من طرف القاضي، إذ لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه[78] ص7وص599.

فالتقادم المسقط،في ميدان الشركات التجارية نظام تنقضي به دعوى بطلان عقد الشركـة بمرور الزمن،وذلك رغبة من المشرع في الحد من الحالات التي يمكن التصريح فيها بالبطلان،و دعما لاستقرار المعاملات حتى لا تبقى الشركة مهددة بالبطلان إلى ما لا نهاية.
غير أن هذه الآلية التي اعتمدها المشرع الجزائـري، تبدو آلية ناقصة،ذلك أن هناك حدودا تعتريها. وهو ما يجعلنا نتعرض إلى اعتماد آلية التقادم وإلى حدودها .

1.2.1.3. اعتماد نظام التقادم في ميدان الشركات التجارية:

إن الإحاطة بهذا الموضوع،تجعلنا نبحث في مرحلة أولى عن أساسه،وعن آجاله في مرحلة ثانية.

1.1.2.1.3. أساس إقرار نظام التقادم :

قد يبدو غير عادل، القول بأن عقد الشركة التجارية غير المكتمل لشروط صحته، لا يمكن المطالبة ببطلانه بعد انقضاء فترة معينة من الزمن، لأن فيه تدعيما للمراكز غير المشروعة وحرمانا لمن له الحق في انتقاد التصرف الباطل من الإتيان بذلك.

و تبرير ذلك، رغبة المشرع في إرساء أمن اجتماعـــي ، يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضت عليها مدة من الزمن، وذلك لتفادي وضعيات عدم الاستقرار التي تتعارض ومتطلبات الصالح العام،وأيضا متطلبات ميدان الأعمال الذي يقتضي الطمأنينة والثقة في المعاملات [79] ص997، فمجمل هذه الأهداف لا يمكن بلوغها إلا بوضع حد زمني لاستعمال الدعوى.

إن استقرار الأوضـــاع بفعل مرور الزمن، يفترض أن الشركة أصبحت تبرز في صورة مشروعة، وأصبحت مصدر معاملات قانونية تمنح الثقة والطمأنينة، ويتعذر بالتالي محوها بالتصريح ببطلان العقد. فبفعل الزمن استعادت الشركة نشاطها باكتسابها مظهر الشركة القانونية.

إن تبني هذا الأساس للتقادم، يجعلنا نبتعد عن ما قدمه بعض الفقهاء الذين ركزوا على أن أساس التقادم المسقط للقيام بدعوى البطلان، يكمن في التصديق الضمني من طرف صاحب الحق القيام بالإبطال،وذلك أن سكوته عن ممارسة حقه يعني في نظر المشرع أنه تجاوز الخلل الذي يعتري العقد[80] ص503.

وهو اتجاه لا يمكن تبنيه بالنسبة لدعاوى البطلان المقامة ضد شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة ،لأن تقادم هذه الدعوى ليس موكولا لإرادة فردية بل هو تقادم تمليه مقتضيات الصالح العام الذي يفرض التقادم للأهداف السالفة الذكر والذي يحدد آجاله .

2.1.2.1.3 آجال التقادم:

بالنسبة لأجل القواعد العامة، يخضع عقد الشركـة التجارية عند تكوينه، للقواعد العامة المقررة لصحة العقود في القانون المدنـي، وبالتالي فإن دعوى البطـلان المقامة على أســـاس مخالفة إحدى هذه القواعد، تخضع بدورها لنظام التقادم المنصوص عليه في المادتين 101و102فقرة02 منه.

ومما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه أطال كثيرا في مدد تقادم دعاوى الإبطـال في القانون المدني، وهو ما يؤدي إلى زعزعة المعاملات وعدم استقرارها بين الأفراد[26] ص84، وإن كان قد تم تخفيـض المدة في المادة 101فقرة02 بموجب تعديل 2005 إلى خمس سنوات.

و هذا التقادم يخص حالات القابلية للإبطال، التي يسقط فيها حق رفع الدعوى بمضي خمس سنوات أو عشر سنوات، وبالنسبة لحالات البطـلان المطلق فبمضي خمس عشرة سنة،أما بدء سريان مدة التقادم، فإنه يختلف حسب حالات البطلان.

فبالنسبة لعيوب التراضي، فإن سريان أجل التقادم يبدأ في حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي حالة الغلط أو التدليـس من يوم اكتشافهما، غير أنه لا يجـوز التمسك بحق الإبطـال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد.أما بالنسبة للبطـــلان على أساس نقص الأهلية، فإنـه يبدأ في السريان من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب أي بلوغ سن الرشد.

إلا أن هذا التقادم سواء المستمد من القواعد العامة، أو الخاص بشركة المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، يجب ألا يضر بمصالح الغير، لذا فإن حكمه لا يسري إلا في حق المتعاقدين حسب عبارة المادة 742 قانون تجاري جزائري، إذ لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير حسن النية، باستثناء البطـلان المترتب عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء.

أما بالنسبة لأجل القانون التجاري، فإن ما يمكن ملاحظته، أن المشرع الجزائري في المادة 740 قانون تجاري وضع حكما موحدا ومشتركا بين جميع الشركات التجارية، تنظم شروط تقادم دعوى البطلان الخاصة بها، بمضي ثلاث سنوات التي اعتمدها المشرع كأجل سقوط واحد ينطبق على جميـع أشكال الشركات مع مراعاة انقضـاء الميعاد الوارد بـالمادة 738 قانون تجاري إما بالتصحيح أو دعوى البطلان. هذا الأمر يعكس حرص المشرع في الحد من حالات التصريـح بالبطلان تفاديا لآثاره الخطيرة، كذلك اعتبارا لخصوصية الميدان التجاري فجاءت المدة قصيرة، وهو حكم خاص يستثني تطبيق الحكم الوارد في المادتين 101 و 102 قانون مدني جزائري طبقا لقاعدة الخاص يقيد العام مادام قد ورد النص عليه في القانـــون التجاري، ومنه فهو الأولى بالتطبيق ، وحسنا فعل المشرع، كون المدد المذكورة في القواعد العامة طويلة .

وهو الحكم نفسه الذي أقره المشرع الفرنسي، الذي حدد بدء سريان مدة التقادم بتاريخ حصول البطلان من خلال المادة 367 من قانون 1966. التي وردت بصيغة عامة,حيث أن كل دعاوى بطلان الشركات تندرج تحت لوائها،وتخضع لنفس الشروط التي حددتها،سواء كان البطلان مؤسسا على خرق القواعد العامة للعقد، أو الخاصة بعقد الشركة، أو بالقواعد الواردة بقانـــون 1966،[54] ص539 وهو حل تم تعميمه على جميع الشركات في سنة 1978[81] ص46.

2.2.1.3. حدود الأثر المسقط للتقادم:

يثار التساؤل التالي: هل يفقد التقادم أثره المسقط في حالة الدعوى المؤسسة على سبب من أسباب البطلان المطلق أم في حالة الدفع به .

1.2.2.1.3. حالة الدعوى المؤسسة على سبب من أسباب البطلان المطلق :

يبطل عقد الشركـة التجارية بطـــلانا مطلقا، متى تخلف أو اختل أحد أركانه، أو إذا نص القانون على بطلانه في حالات خاصة.

وطبقا للقواعد العامة، تسقط دعوى البطلان المطلق بمضي مدة التقادم الطويل أي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد حسب المادة 102فقرة02 قانون مدني جزائري.لكن المشرع قرر أن دعوى البطـــلان تسقط بمرور ثلاث سنوات في نص المادة 740 قانون تجاري وهو حكم خاص بكل الشركات، والحال هذه يكون هو واجب الإعمال، وما ذلك إلا مراعاة لخصوصية الميدان التجاري.

والتساؤل الذي يثار ، هل يجوز التمسك بالحق الذي سقط بالتقادم عن طريق الدفع:

الجواب هو أن الحق الذي سقط بالتقادم فقد حمايته القانونية، فالمنطقي هو أنه لا يجوز التمسك به أمام القضاء لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع[17] ص83،[5] ص132 .

ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل أصبح صحيحا ، فإذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ عقد باطل بطلانا مطلقا أمكن دفعها بالبطلان مهما طال الزمن فالدفع بالبطلان لا يتقادم ، وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم [9] ص116.

2.2.2.1.3. حالة الدعوى المؤسسة على سبب من أسباب الإبطال :

العقـد القابل للإبطال قائم، غير أنه مهدد بالزوال بإعمـال الحق في إبطاله الذي يسقط بالتقادم إذا لم يتمسك به من تقرر الإبطال لمصلحته، فمتى انقضت مدة التقادم استقر العقد صحيحا وسقطت دعوى الإبطال بالتقادم ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعـــوى ولا عن طريق الدفع، ويصبح العقد في حكم المجاز ويثبت وجوده بأثر رجعي كما في حالة الإجازة حسب المادة 101 قانون مدني جزائري[17] ص84،إذ تقادم دعوى البطـلان لا تقلب العقد صحيحا بخلاف دعوى الإبطال [9] ص118.

هذا الاتجاه تبناه أيضا القضاء بفرنسا، وقد استند إلى أن جميع "الدعاوى عينية كانت أو شخصية تسقط بمرور ثلاثين سنة".

إلا أن هذا التأويل لم يقنع محكمة النقض الفرنسية دائمـــا، فقد جاء بأحد قراراتها أن العقـــد الباطل لا تسري عليه أحكام المادة 402 قانون مدني فرنسي التي لا تتعلق إلا بالعقود التي ولدت صحيحة.

وقد ساند الفقه الفرنسي الاتجاه الثاني،الذي يرى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا " ليس له وجود، فلا يتصور التمسك به ويبقى هكذا باطلا على الدوام لا تصححه إرادة الطرفين ولا مضي المدة فهو كالجنين الذي يولد ميتا ".

وهذا الموقف الذي يكرسه القضاء الفرنسي، والذي يمكن أن يمت إلى دعوى البطلان المطلق للشركات التجارية يبدو الأسلم، فالأسباب التي تكون أساس دعوى بطلان مطلق تهم أساسا حماية الصالح العام.[81] ص49.

لذلك، فإن دعوى البطـلان المؤسسة على الموضـوع المخالف للنظام العام والآداب العامة لا تقبل التقادم، ذلك أن الأمر يتعلق بعيب متواصل ومتجدد، بحيث أن دعوى البطلان تدوم كلما تواصل تنفيذ العقد بدون توقف[72] ص442.

غير أن بعض الفقهاء الفرنسيين، اعتبروا أن التقادم يسري حتى على الموضوع غير المشروع، لعدم استثنائه الصريـــح من طرف المشرع[54] ص539. في حين يعتبر الفقيه **Charley Hannoun**، أن عدم مشروعية الموضــوع يشكل حدا طبيعيا لميدان التقادم وأن غياب أحكام صريحة في خصوص هذه النقطة، يمثل في الحقيقـــة نسيان إرادي من طرف المشرع، بما أنه من البديهـــي أن الشركــة لا يمكن لها أن تتحرر من قواعـد النظام العام والآداب العامـــــة بدون عقاب، وذلك بعد أن مارست نشاطا غير مشروع أكثر من ثلاث سنوات دون أن يتم انتقادهما[81] ص54.

وإذا كان المشرع قد أجاز سقوط دعوى البطلان بالتقادم، فإن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم ، وهو ما يمثل حدا ثانيا للتقادم، غير أن د. السنهوري يرى بأن لا دعـوى البطلان ولا الدفع به يسقطان بالتقادم، فيجوز لكل ذي مصلحة في أي وقت رفع دعوى البطلان المطلق ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، كون ذلك نتيجة منطقية من أن البطلان عدم لا ينقلب موجودا مهما طال عليه الأمد[20] ص672.

والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم تأسيسا على أن ميعاد التقادم لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يتمكن فيه صاحب الحق من مباشرته.ومن له حق الدفع لا يباشره إلا عندما ترفع عليه الدعوى، ولذا فقد تقررت منذ القدم قاعدة أن الدفوع لا تسقط بالتقادم- قاعدة أبدية الدفوع- وعلى هذا سار القضاء الفرنسي[17] ص84.

والدفع بالتقادم دفع موضوعي، يجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف في أي حالة كانت عليها الدعـــوى حسب ما تقضى به المادة 321/فقرة2 قانـــون مدني جزائري وإن لم يسبق إثارته ، بشرط عدم التنازل عنه صراحة أو ضمنا أمام محكمة أول درجة. كمن فاته الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى أو أخفق فيه،أو كان يجهله أو كان يعلمه ومبقيا على التمسك به أمام جهة

الاستئناف. والحكم الذي اعتبر الدفع بالتقادم من قبيل الطلبات الجديدة التي يمتنع إبداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف من دون التنازل عنه مخالف للقانون[78] ص605 .

ويثار التساؤل عما إذا كان يستطيع من تقرر له الإبطال أن يتمسك بالبطـلان عن طريق الدفع به في دعوى مرفوعة بعد سقوط حقه في طلب الإبطال بالتقادم.

غالبية الفقـــه المصري والفرنسي يرى عدم جواز ذلك، غير أن محكمـــة النقض الفرنسية تذهب إلى جوازه، تطبيقا لقاعـــدة رومانية مؤداها " الحقوق المؤقتة عن طريق الادعاء مؤبدة عن طريق الدفع"، وهي تستند إلى اعتبارات العدالة ، لأن الدائن يستطيع انتظار مدة التقادم ثم يطالب المدين بالتنفيذ دون أن يستطيع هذا الأخير التمسك بالإبطال[15] 266.

إن التقادم المسقط وإن كان يؤدي إلى سقوط دعوى البطلان، فإنه لا يسقط حق الدفع به بالنسبة للملزم بتنفيذ العقد، أما إذا نفذ العقد فإنه يتعذر معه على أي كان إثارة دعوى بطلان التصرف بالدفع بذلك.

وتجد هذه القاعدة أصولها في القضاء الفرنسي، الذي أقر مبدأ عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم. ويعتبر الفقهاء أن هذا المبدأ متوخي من قواعـــد الإنصاف، وأن إلغاءها يشكل دعمـا لأولئك الذين ينتظرون نهاية أجل التقادم، ليطالبوا بتنفيـــذ الالتزامات الناشئة عن تصرف لم يقع فيه احترام الشروط الأصلية أو الشكلية اللازمة لصحته.

فهو يضع قيدا يمنع أحد الأطراف من طلب تنفيذ عقد غير مشروع أو غير أخلاقي قضائيا وذلك بعد انقضاء أجل التقادم.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ في ميدان الشركات، في قرار بتاريخ 20 نوفمبر1990 بخصوص بطـــلان مداولة صادرة عن الجمعية العامة لخرقها لنظام الشركـــة[75] ص531. مما يجعلنا نتساءل عن إمكانية تطبيقها في ميدان الشركات التجارية في القانون الجزائري.

إن المتأمل في النصوص المنظمة للشركات التجارية، لا يجد أحكاما مخالفة تمنع من تطبيق عدم قابلية الدفع بالبطـــلان للتقادم، ولهذا يمكن القول بإمكانية تطبيق مثل هذه الأحكام على الشركات التجارية.مع الملاحظة أن لهذا المبدأ حدا يتمثل في أنه حق مخول للمدعـــى عليه، وهي وسيلة لا تعدم عقد الشركة بل تعدم فقط الالتزامات الناتجة عن العقد.

لكن بالرغم من النقائص التي يبرزها نظام التقادم المسقط لدعوى بطلان الشركات التجارية، فإنه يشكل آلية تمكن من تفادي التصريـــح بالبطـلان، فمتى تم التصريـح به فإن المشرع وضع آليات أخرى للحد من أثاره.

يترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه، فيبقى العقد صحيحا ملزما للمتعاقد الذي وقع في غلط...الخ

لكن هل يجوز عند تقادم حق الإبطـال الدفع به، القانــون المدني الفرنسي القديم يعتد بقاعـدة رومانية "أن دعوى الإبطال مؤقتة، بينما الدفع بالإبطال أبدي"[15] ص 266 .

فطبقا لـلمادة 100 قانون مدني جزائري، التقادم يلحق حق الإبطال، وعليه فإنه يترتب على تقادم الحق عدم جواز المطالبة به، وكذا استحالة الدفع به[10] ص270.

يرى د.العربي بلحاج أن"الدفع بالإبطال في حقيقته دعــوى ، وهو كذلك من ناحية الإجراءات، إذ يجب أن يتخذ صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيه إبطال العقد،ولهذا فهو يسقط بالتقادم"[13] ص184.

إن الدفع ببطـــــلان العقد لا يسقط ،فمثلا إذا نفذ البيع الباطل ثم أراد البائع أن يتمسك بالبطــلان في دعواه لاسترداد المبيع، أو المشتري في دعواه باسترداد الثمن،لم تسمع دعواه إذا رفعت بعد خمس عشرة سنة[21] ص520.

ذلك، لأن الأوضاع قد استقرت منذ تاريــخ إبرام العقــد الباطل واستمرت مدة طويلة، فيجب العمل على إنهائها عن طريق إسقاط دعوى البطلان.والتقادم لم يصحح العقد الباطل بالرغم من عدم سماع الدعوى، فهو لا يزال باطلا، ولكن الدعوى بالبطلان هي التي سقطت بالتقادم.

أما إذا لم ينفذ العقد، وطالب أحد المتعاقدين بالتنفيذ، بعد مضي خمس عشرة سنة على إبرامه ، فللمدعى عليه التمسك بالبطلان لدفع هذه الدعوى، لأن الدفوع لا تسقط بمرور الزمن تطبيقا لمبدأ أبدية الدفوع [15] ص264.

يجب التمييز من الناحية العملية بين العقد الباطل الذي لم يتم تنفيذه بعد والعقد الباطل الذي تم تنفيذه. بالنسبة للحالة الأولى إذا طلب الدائن تنفيذ العقد بعد مدة التقادم، فيكفي المدين الدفع بالتقادم، وأما بالنسبة للحالة الثانية فلا يستطيع المدين أن يسترد ما أداه تنفيذا لالتزامه، لأن ذلك يقتضي القيام بدعــوى البطلان ، وقد انقضت هذه الدعوى بالتقادم [10] 270.

لا يزول البطلان بالتقادم، فالمشرع الجزائري فرق بين دعوى البطلان وبين الدفع بالبطلان، وإذا كان المفروض هو أن مضي المدة لا يحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، لأن الزمن ليس من شأنه أن يعيد إلى الوجود ما هو غير موجود إلا أن المشرع الجزائري أخذ عن المشرع المصري الذي قرر مجاراة الفقه والقضاء الفرنسيين،إذ اعتبر أن دعوى البطـلان كغيرها من الدعاوى تخضع للتقادم بمضي خمس عشرة سنة حسب المادة 2/102 قانون مدني جزائري.

القاعدة أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصحح بالتقادم ،لأنه عقد معدوم، والعدم لا ينقلب موجودا مهما طال عليه الزمن ،وهذا ما هو موجود في الفقه الإسلامي، بمعنى أنه يجوز التمسك بالبطـلان دائما مهما مضى من الزمن على العقد الباطل ، سواء كان عن طريق الدعوى أو الدفع[25] ص131.

أغلبية التشريعات العربية، لا تجيز رفع دعوى لتقرير بطـــلان عقد إلا بعد مضي خمس عشرة سنة على إبرامه.وليس المقصود من ذلك أن العقد الباطل أصبح صحيحا، وإنما المقصود هو وضع حد زمني للدعوى حتى لا تتأبد وهذا ما يتفق مع استقرار المعاملات.

إن سقوط دعوى البطلان بالتقادم، لا يعني أن العقد الباطل أصبح صحيحا أو موجودا، بل لا زال العقد باطلا ولكن الدعوى بالبطلان لا تسمع لسقوطها بالتقادم، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم، ومن هنا قيل بأبدية الدفوع[25] ص133.

فإذا سقط حق التمسك بالبطلان بالتقادم، دعوى كان أو دفعا، زال البطلان، واستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددا بالزوال، وأصبح العقد في حكم المجاز، يثبت وجـوده منذ صدوره إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة. ولكن هناك فرقا بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير،إذ أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير المكتسبة، أما في حالة زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر.كما إذا باع القاصر عينا ولم يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بالبطلان ومضى على ذلك خمس عشرة سنة،فإن البطلان يزول، ويعتبر البيع صحيحـا من وقت صدوره، فلو فرض أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل زوال البطلان كان قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر،فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بهذا الحق العينـــي، وهذا عكس ما تقرر في حالــة الإجازة على خـلاف في الرأي [21] ص676 .

2.3. حالات تفادي ترتيب آثار بطلان عقد الشركة التجارية:

إن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة لا يستقيم عمليا،بالنظر إلى العقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير، فضلا عن أنه يؤدي إلى احتفاظ المدير بالأرباح التي جنتها الشركة أو تحمله للخسائر التي منيت بها دون سبب،ولذلك استقر القضاء على الحد من أثر البطلان وقصره على المستقبل فقط،واعتبار الشركة موجودة فعليا لا قانونا في الفترة ما بين الانعقاد والقضاء ببطلانها.الأمر الذي يتطلب الاعتداد بنشاطها السابق ووجوب تصفيتها، كما لو أنها وجدت قانونـا ثم طرأ عليها سبب من أسباب الانقضاء،أي أن البطلان في هذه الحالة من قبيل حل الشركة قبل أوانها.

وتبرير هذا الخروج الصريح عن القواعد العامة في البطلان، حماية الظاهر الذي اطمأن إليه الغير رعاية لاستقرار المراكز القانونية.

إذا ما تم التصريح ببطلان عقد الشركة رغم الحلول التي قررت لإنقاذه، فإن هذا البطلان لا يمكن الاحتجاج به على الغير ،وهو بطلان يفقد أثره الرجعي لتقرير المشرع نظرية الشركة الفعلية .

1.2.3. حالة عدم الاحتجاج على الغير ببطلان عقد الشركة التجارية:

البطلان مقرر كجزاء على تخلف إجراءات الإشهار كلها أو بعضها،فإذا وقع الإشهار كاملا، وأغفل الشركاء إشهار بيان يتضمن تعديلا كعزل مدير الشركة،ويستمر الغير في تعامله مع الشركة على أساس وجود المدير القديم، فالجزاء عدم جواز الاحتجاج بهذا البيان على الغير فقط إذ لا بطلان بغير نص،وله مطالبة الشركة بنتيجة ما أبرمه مع المدير الجديد [42] ص87.

ولقد عرّف الفقيه الفرنسي Bastian،عدم الاحتجاج بأنه "عدم نجاعة حق نشأ إثر إبرام تصرف قانوني أو إثر بطلانه تجاه الغير"[82] ص710. وبالتالي فهو يبقي على آثار التصرف أو البطـــلان بين الأطراف مع حماية الغير من الآثار التي من شأنها الإضرار بمصالحه.وبهذا يتميز عن القابلية للإبطال الذي لا يمكن المطالبة به إلا من طرف بعض الأشخاص،إلا أن أثره يكون عاما عندما يتم التصريح به.

فعدم الاحتجاج يفترض وفي كل الحالات تمييزا بين الأطراف من جهة،والذين تنتج الوضعية القانونية أثارها تجاههم والغير من جهة أخرى، والذين تفقد حيالهم نفس هذه الوضعية نجاعتها وكأنها لا توجد بالمرة.

ويجد عدم الاحتجاج تطبيقا واسعا له في ميدان الشركات التجارية،إذ أن المشرع أراد به حماية الغير، الذي تعامل مع شركـــــة برزت له بمظهر الشركة القانونية في حين أنها في حقيقة الأمر معيبة، فقرر هذه الحماية في المادة 734قانون تجاري جزائري بخصوص البطلان المؤسس على خرق قواعد الإشهار.

إن دراسة عدم الاحتجاج، كآلية لتفادي آثار بطلان الشركات التجارية، يتطلب معرفة مضمونه ثم حدوده.

1.1.2.3. مضمون مبدأ الاحتجاج

متى تم التصريـح ببطـــلان الشركـة لعدم الإشهار- شركة التضامن-، فإن أثره يسري في حق الشركاء، كذلك في العلاقة القائمة بينهم والغير، لكن فقط عندما يثيره هذا الغير ضد الشركة أي من وقت طلبه.فالغير الذي اعتقد صحة الشركة التي تعامل معها، يمكنه التمسك بظاهر الأشياء وبالتالي تجاهل بطلان الشركة، كما له الحق في التمسك به ضد الشركة، حسب ما تقتضيه مصلحته.

1.1.1.2.3.حق الغير في التمسك بالظاهر :

بقصد منع الشركاء من الاحتجاج ببطلان عقد الشركة في مواجهة الغير الذي تعامل معها، ومن ثم التحلل من التزاماتهم؛ قرر المشرع للغير حماية ناجعة،تمكنه من تجاهل هذا البطلان، وبالنتيجة إلزام الشركة بتنفيذ التزاماتها تجاهه، وذلك تفاديا لما يمكن أن يواجهه به الشركاء من إنكار لحقه، بحجة انعدام الوجود القانوني للشركة نتيجة التصريح ببطلانها.

و بتحليل المادة 734 قانون تجاري جزائري، يتبين أنّ المنتفع بهذه الحماية هو الغير وحده فقط. وهو ما يجرنا حتما لتبيان من هو هذا الغير وشروط انتفاعه بهذه الحماية.

للغير وحده حق التمسك بالظاهر المتمثل في صحـــــة الشركــة، دون أن يكون للشركـاء الحق في الاحتجاج بجهلهم لسبب البطلان.

وإذا كان هذا الأمر منطقيا، باعتبار أنه ليس من العدل أن يستفيد الشركـــاء من خطأ ارتكبوه؛ فإنه على عكس ذلك تماما يستحق الغير هذه الحماية، نظرا للثقة التي منحها للشركـــة التي تعامل معها على أساس أنها ظاهريا مستوفية لكامل أركان صحتها[82] ص723.

لقد رأى جانب من الفقه أنه ليس من السهل الوقوف عند حدود مفهوم الغير. في حين ذهب جانب آخر[83] ص80 إلى إمكانية اعتبار المساهمين في شركـــة المساهمة من الغير،وهو ما يمكنهم بالتالي من الانتفاع بعدم الاحتجاج بالبطلان، و مرد ذلك العدد الكبير للمساهمين الذي قد تشمله الشركة.

كما رأى جانب آخر، " أن وضعية الأقلية من المساهمين في شركـة المساهمة لا تختلف كثيرا عن وضعية الغيـر، ومن جهة أخرى فإن الأجراء هم غير من طبيعة خاصة بما أنهم ينتمون إلى الشركة ويتمتعون بهيكل خاص من القواعد".

إلا أن هـذا الاتجاه يستدرك ليتبنى مفهوما ضيقا للغير، مقصيا المساهمين والمستخدمين من دائرة هذا المفهوم،ليحصره في ممولي الشركة ودائنيها.وهو اتجاه صائب، ذلك أنه لا يمكن سحب صفة الغير على المساهمين مثلا في شركة المساهمة، والذين كانت لهم الفرصة للتعرف على العيب الذي يعتري الشركة من خلال الالتقاء بالجمعيات العامة، ومن خلال اطلاعهم على القانون الأساسي للشركة .

إن الغير إذن، هو كل من لم يكن طرفا في عقد الشركـة، وهو كل من تلقى حقوقا أو ارتبط بالتزامات مع الشركة، ومن أبرز فئاته دائنو الشركة والدائنون الشخصيون للشركاء.

إلا أن توافر صفة الغير، قد لا تكفي لكي يتمتع هذا الأخير بالحماية الممنوحة له من خلال تطبيق عدم الاحتجاج، ذلك أنه لا بد من توافر شروط أخرى.

حتى يستفيد الغير من تطبيق عدم الاحتجاج بالبطلان في مواجهته، ومن ثم إعمال حقه في التمسك بالظاهر، قرر المشرع الجزائري في المادة 742فقرة01 قانون تجاري صراحة وجوب أن يكون حسن النية عند تعامله مع الشركة وذلك بعدم علمه بسبب البطلان.

لكن هذا الحكم ليس على إطلاقه في جميع الأحوال،إذ أن المشرع استثنى في المادة نفسها البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء، الذي يمكن الاحتجاج به تجاه الغير سواء كان في ذلك حسن النية أم سيئها ، وقرر حق الاحتجاج لمن عددتهم المادة أعلاه فقط وحسنا فعل.

كما نجد المشرع الفرنسي قد اشترط عنصر حسن النية صلب م 369 من قانون 1966، وذلك بالنص على أنه " لا الشركاء ولا الشركة بإمكانهم أن يحتجوا بالبطلان ضد الغير حسن النية ".

"فلأنّ عدم الاحتجاج يجد أساسا في الحماية على الظاهر، كان من الطبيعي أن ترتبط إمكانية الاحتجاج به بحسب إدراك الغير للظاهر. فإذا ما اتضح أن الغير له معرفة بالحقيقة ولم يكن بالتالي ضحية ظاهر مغلوط، فهنا لا بد من رفض كل حماية له"[74] ص253.

2.1.1.2.3. حق الغير في التمسك بالبطلان :

إن الحماية المقررة للغير تمنح له حق الخيار، فإما أن يتمسك بالظاهر وكأنه تعامل مع شركة قانونية ،وإما أن يحتج ببطلان الشركة وهذا بحسب ما تقتضيه مصالحه.

وهذا الخيار يمكن استنتاجه بمفهوم المخالفة لنص المادة 742 فقرة أولى قانون تجاري جزائري، والتي تنص على عدم إمكانية الشركة أو الشركاء الاحتجاج بالبطلان على الغير، إذ تجعل العكس صحيحا؛ ذلك أن بطلان الشركة ينتج آثاره بالنسبة لعلاقة الشركة والغير فقط، عندما يتمسك به الغير ضدها.

و ما تجدر ملاحظته، أن دائني الشركة لا يستفيدون من بطـــلان الشركة في الماضي إلا بصورة استثنائية، وذلك أنه من النادر أن يلجأوا لطلب البطلان ، أما دائنو الشركاء الشخصيين، فمن مصلحتهم التمسك ببطلان الشركة.

ومن المنطق القول بأن حق الخيار غير قابل للقسمة، إذ لا يعقل اعتبار الشركة صحيحة في شق منها وباطلة في الشق الآخر، ومن ثم يكون للدائن أن يمارس حقه في التمسك ببطلان الشركة أو صحتها مرة واحدة، هذا وإن الدائن الذي اختار اعتبار الشركة صحيحة في مواجهة الشركاء، لا يستطيع قسمة اختياره والاحتجاج بالبطلان في مواجهة بقية الدائنين.

قد يكون إذا في صالح فئة من الغير أن تتمسك ببطلان الشركة، لأن الظاهر لا يوفر لها الحماية وهي فئة دائني الشركاء الشخصيين، كذلك مدينو الشركة على خلاف دائني الشركة وكل من تلقى حقا منها،والذي تكمن مصلحته في التمسك بالظاهر وهو ما من شأنه أن يخلق تضاربا بين مصالح فئات الغير المختلفة.

2.1.2.3. حدود مبدأ الاحتجاج بالبطلان

يجد المبدأ حدوده في نطاق تطبيقه ، وفي تضارب مصالح مختلف فئات الدائنين- الغير- .

1.2.1.2.3. من حيث نطاق تطبيق مبدأ الاحتجاج:

لم يجعل المشرع الجزائري من مبدأ عدم الاحتجاج قاعدة عامة، يتم إعمالها مهما يكن شكل الشركة أو السبب المؤدي إلى بطلانها؛ ذلك أنه لا يمكن للغير تجاهل كل حالات البطلان، بل إن المشرع قد حدد مجال انتفاع الغير بعدم الاحتجاج، تاركا للشركة والشركاء حالات أخرى يمكن فيها الاحتجاج على الغير بالبطـــلان ، " فحماية الغير تترك مكانها للحماية المشروعة للشركاء، عندما يتم البطلان لانعدام الأهلية، أو لعيب من عيوب التراضي "[82] ص223.

في هذا الصدد نلاحظ أن الاحتجاج يخص علاقات الشريك بالغير لا العكس، إذ لا يمكن احتجاج الغير ببطلانها، ويبقى للغير الحق في الاختيار بين بطلان التصرفات المبرمة مع الشركة أو الحفاظ عليها.فالشريك وحده هو المؤهل بالاحتجاج بالبطلان على الغير، وهو حل منطقي لأنه في صورة بطلان الاكتتاب مثلا لانعدام الأهلية أو لعيب في الرضاء، فإن الشريك عديم الأهلية أو الذي تعيب رضاؤه فقط، بإمكانه سحب مساهمته خالية من كل تحمل للديون ، ويكون بالتالي في مأمن من كل مطالبة من طرف الغير.

2.2.1.2.3. من حيث تضارب مصالح الغير :

إن حق الخيار المخول للغير،قد يكون مصدر تضارب بين مصالح مختلف فئات الغير،ذلك أن تمسك دائني الشركة بالظاهر أي بالإبقاء على صحة الشركة، قد يعارضه تمسك دائني الشركاء الشخصيين بالحقيقة أي ببطلان الشركة.

إن المشرع الجزائري لم يحسم في هذه المسألة بموجب نص قانوني صريح،عكس ما ذهب إليه القضاء والفقه الفرنسيين في حسم هذا التضارب لفائـــدة دائني الشركاء الشخصيين على دائني الشركة؛ فبرر القضـــاء الفرنسي هذا الاتجاه، من جهة بالخطأ الذي ارتكبه دائنو الشركة بتعاقدهم مع شركـــــــة لم يتأكدوا من شرعيتها، ومن جهة أخرى بضرورة حماية الدائنين الشخصيين الذين لم تكن لديهم أية وسيلة ضد التصرفات التي قام بها مدينهم،بتكوين شركة يعتبرها القانون معيبة لمجرد أنها خالفت الأشكال الخارجية المطلوبة.

كما لاحظ القضاء الفرنسي" أن القانون أراد حماية الغير من دعاوى الشركاء فقط، أما في علاقات الغير فهو يمنح الأفضلية لأولئك الذين يطلبون البطلان " [82] ص24.

هذا الحل وصفه البعض بالغرابة،[74] ص275، لأنه يضع في مواجهة دائنين ليس لهم نفس المدين.

كما يمكن القول، بأن تفضيل دائني الشركاء الشخصيين على حساب دائني الشركة يشكل تجاهلا لنظرية الظاهر،التي وضعت ليس لحماية المصالح الخاصة لدائني الشركة فقط، وإنما لاستقرار وطمأنينة المعاملات في ميدان الأعمال، وهو هدف قد تساعد نظرية الشركة الفعلية على بلوغه .

2.2.3. نظرية الشركة الفعلية:

القاعدة العامة، أن عقد الشركة الصحيح هو وحده الذي ينشئ شخصا معنويا جديدا له مقوماته القانونية دون العقد الباطل. فالقضاء ببطلان عقد الشركة قبل التنفيذ وترتيب آثاره لا يثار بشأنه أية صعوبة مهما كانت طبيعته ،لكن الصعوبة تكمن عندما يظهر سبب البطلان بعد تنفيذ العقد ونشوء الشخص المعنوي، ودخوله في معاملات مع الغير، ذلك أن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان فيه مفاجأة للغير بزوال الشخص المعنوي الذي تعامل معه، رغم وجوده الفعلي قبل القضاء ببطلان عقد الشركة، وفي هذا تعارض مع القول بأن « حياة الشركة حقيقة لا يمكن محوها حتى على المستوى القانوني"؛[74] ص255، كما أنه من جهة يصطدم مع استقرار المراكز القانونيـــة، وفيه إهدار لحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركـــــة، هذا فضلا عن صعوبـــة إعمال الأثر الرجعي في كثير من الأحيان، إن لم يكن مستحيلا إعادة الحال فعلا إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

1.2.2.3. مبررات النظرية وتمييز الشركة الفعلية عما يشابهها

1.1.2.2.3. مبررات نظرية الشركة الفعلية:

إن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان حسب القواعد العامة على عقد الشركة، يتضمن تجاهلا للتصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير حسن النية في الفترة ما بين تأسيسها و القضاء ببطلانها، وفي هذا مساس بالمراكز القانونية التي استقرت نتيجة هذا التعامل، كما قد تترتب عنه آثار اقتصادية سلبية بالشركة والغير معا.

من أجل هذه الاعتبارات وتفاديا لآثار إعمال الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التجارية كان لزاما على القضاء التجاري ضرورة إيجاد وسيلة يحقق بمقتضاها مراعاة حقوق الغير والشركاء على حد سواء تمثلت في وجوب الاعتداد بهذه الحالة الواقعية الناشئة عن عقد الشركة الباطل، والاعتراف بوجود الشخص المعنوي المترتب عنه فعليا لا قانونيا، مقررا أن البطلان إنكار لهذا الوجود بالنسبة للمستقبل

فقط أي أنه يعد استثناء من المبدأ،أي عدم إعمال الأثر الرجعي للبطـلان ، ويكون ذلك في ما بين الشركاء وفي مواجهة الغير. بتبنيه نظرية الشركة الفعلية.

فالشركة الفعلية هي التي باشرت نشاطها في الواقع، ثم قضي ببطلانها. وفي هذا الصدد تثار مسألة معرفة طبيعة وجود شركة فعلية من عدمها، خصوصا بين الأفراد الذين يرتبطون بعلاقات شخصية واقتصادية في حالة الخلافات العائلية، ويطالب أحد الشركاء القسمة تجاه الدائنين الذين يتعقبون ديونهم وتسوية مستحقاتهم بالتنفيذ على ذمة الشركة المالية[33] ص204،[42] ص43.

كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر،يرفض الاعتداد بوجود شركة فعلية بين خليلين، ثم تطور بعد ذلك بشأن الشركات التي تنشأ بحكم الواقع بين الأزواج، حيث أصدر المشرع الفرنسي قانون 12/23/ 1985 وقرر وجود شركــة فعلية بين زوجين ،باعتبارها الآلية القانونية الوحيدة التي تسمح لهما بقسمة هذه الأموال المشتركة والأرباح التي تمت من استغلالها عن طريـــق التصفية، كذلك تلك الناشئة بين الشركات المتعددة الجنسيات التي تقوم بأعمال مشتركة في قطاع الأشغال العامة دون اتخاذ إجراءات الاندماج فيما بينها،فإذا توقفت أحد المشروعات عن الدفع فهل يستطيع الدائنون مطالبة الآخرين بالدفع بالتضامن على أساس وجود شركة فعلية؟.
في بداية الأمر، كان القضاء الفرنسي يقبل بسهولة وجود شركة فعلية، ثم عاد بمفهوم أكثر دقة أن ركن نية المشاركة ليس معيارا محكما،بل يجب أن يجتمع معه أركان أخرى تكون في مجموعها أركان الشركة.

2.1.2.2.3. تمييز الشركة الفعلية عن الشركة التي تنشأ بحكم الواقع:

كثيرا ما يقع الخلط بينهما، وفي هذا نجد أن محكمة النقض المصرية قررت قيام شركــة فعلية بين شخص وولديه، بمجرد اتخاذ المحل التجاري لعنوان"فلان وأولاده لتجارة البويات"، في غياب عقد شركـــة بينهم، كذلك ما ذهبت إليه في قرار آخر من اعتبار الشركـــــــة فعلية حالة استمرار الورثة في استغلال مطحنة كان يملكها أخوان على الشيوع عن طريق الإرث[33] هامش ص212.
ويمكن حصر أوجه التمييز بينهما في ما يلي:

- تنشأ الشركـــة الفعلية عن بطلان عقد شركة مستوف جميـــــع الأركان لكن معيب- إما بسبب الشكل أو الموضـوع- أو تكون قد انقضت وتبقى مع ذلك مباشرة لنشاطها، أو شركــة تقوم بالفعل دون عقد ما بين الشركاء فتكسب المظهر الخارجي للشركة[31] ص250 ؛ بخلاف الشركة التي تنشأ بحكم الواقع،

فهي شركة نشأت بصورة تلقائية، وتعبر عن الوضع الذي يوجد فيه عدة أشخاص بقصد استغلال مشروع معين باعتبارهم شركاء دون انصراف إرادتهم إلى تكوين أي شركة بالمعنى القانوني الصحيح[53] ص533،[38] ص103. فهي حالة واقعية يستنتج منها القضـــاء وجود شركة شريطة أن تجتمع في هذه الحالة الواقعية جميع الأركان الموضوعية الخاصة للشركة[42] ص44.

- أن الشركـــة الفعلية تأخذ جميـع أشكال الشركات، وتتم تصفيتها طبقا للشروط التي وضعها الشركـاء في عقد الشركة ،أما الشركة التي تنشأ بحكم الواقع فغالبا ما تكون شركة أشخاص وتتم تصفيتها وفقا للأحكام العامة للشركات [33] ص212.

والشركة الفعلية تستجمع في مظهرها مقومات الشركة القانونية الصحيحة. فالشركاء قد أنشأوا نظاما للشركة ،وقد يكونون أتموا بعض الإجراءات الأخرى لكن فشلوا في إنشاء شركة صحيحة لغياب جزئية تمكن من تمام العقد الذي تم التصريح ببطلانه قضاء، لكنه بطـلان يسري في المستقبل فقط ، إنه نوع من "الانحلال" لا تأثير له في الماضي.

- كما أن الشركات الفعلية فقط دون الشركات التي تنشأ بحكم الواقـــع، تتمتع بالشخصية المعنويـة حتى تنتهي أعمال التصفية[49] هامش ص90.

- الشركة الفعلية تثبت بالكتابة وتتم تصفيتها وفق أحكام عقد الشركة التي نتجت عنها،في حين أن الشركة التي تنشأ بحكم لواقع فيتم إثباتها بكافة طرق الاثبات وتتم تصفيتها طبقا للقواعد العامة[25] ص362.

2.2.2.3.أساس ونطاق نظرية الشركة الفعلية:

تستند نظرية الشركـــة الفعلية إلى حيلة قانونية، تعتد بالوضع الظاهر وحماية المراكز القانونيــة التي ترتبت عن النشاط الذي باشرته الشركـة، ضمانا لاستقرار المعاملات، وحماية للغير حسن النية الذي قد تعامل مع هذا الوضع على أساس أن الشركة صحيحة قبل القضاء ببطلانها.

وتظهر هذه النظرية بوجه خاص بين الشركاء، فإذا وقفنا عند الفكرة التقليدية للبطلان، فإن كل شريك يسترد حصته سالمة من الخسارة، ويمتنع عليه أن يدعي حقا في الأرباح. ويتحقق الحكم نفسه بالنسبة لنقص الأهلية أو الشريك المعيب رضاؤه إذا قضي بقابلية عقد الشركة للإبطال[12] ص710.

لذلك فإن تصفية هذه المعاملات على أساس فكرة الأثر الرجعي، من شأنه أن يضر بمصالح الشركاء من جهة، ومصالح الغير من جهة أخرى، فليس من العدل أن يسترد الشركاء حصصهم كاملة، دون معرفة ما إذا كانت الشركـــة قد منيت بخسائر أم لا. كما أنه ليس من العدل عدم تطبيق ما اتفق عليه الشركاء في توزيع الأرباح والخسائر، بل أكثر من ذلك ليس من المقبول الحكم ببطـلان التصرفات

التي ارتبطت بها الشركة مع الغير، لذلك وتفاديا للأثر الرجعي البطلان، أنشأ القضاء في فرنسا نظرية الشركة الفعلية.

وتعتبر الشركة فعلية حيث يتعين حلها، ويتبع في تسوية حقوق الشركاء التي نشأت خلالها وفق نصوص عقد الشركة الباطل.فهو يعد بمثابة حكم بحل الشركة قبل حلول أجل انقضائها [38] ص96،[42] ص91.

وإذا قضي بالبطلان فلا يكون له أثر فيما بين الشركاء إلا من تاريخ النطق به، أي أنه بمثابة حكم بحل الشركة بالنسبة إلى المستقبل دون أن يستتبع بطلان المعاملات التي أجرتها الشركة[58] ص304. وتصفى الشركة باعتبارها شركة فعلية، كما هو الحكم في بطلان الشركات بوجه عام.

1.2.2.2.3. أساس نظرية الشركة الفعلية:

لقد تصدى القضاء لوضع أسس هذه النظرية نزولا عند اعتبارات العدالة، إذ أن التطبيق المجرد لأحكام البطلان في القواعد العامة يترتب عليه القضاء على الشركة بأثر رجعي منذ إنشائها وإهدار كل حقوق ترتبت للغير حسن النية في الفترة ما بين تأسيسها و القضاء ببطلانها، وهو ما لا يتفق والقانون الطبيعي وقواعد العدالة بالتأكيد، مما حدا بالقضاء إلى اعتناق فكرة الشركة الفعلية حيث يمكن من خلالها اعتبار الشركة موجودة فعلا لا قانونا في تلك الفترة. وتكون الشركة خلالها ملزمة بجميع تعهداتها، وهو ما يترتب عليه حماية الوضع الظاهر واستقرار المراكز القانونية التي تمت فعلا[25] ص354.

ومما يضفي طبيعة خاصة على البطلان في إطار مفهوم الشركة الفعلية تفرده بالخصائص التالية:

- لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل لابد أن يطلبه أحد الشركاء أو الغير.
- لا يجوز للشركاء الاحتجاج به في مواجهة الغير، وإن كان لهذا الأخير الخيار في التمسك به في مواجهتهم أو لا وفقا لمصلحته، وبالنسبة لعلاقة الشركاء فيما بينهم فإنه يجوز لكل شريك أن يتمسك بالبطلان في مواجهة باقي الشركاء، إلا أن هذا الأثر لا يتقرر قانونا إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان، أي يكون له أثر فوري ينصرف إلى المستقبل فقط ، أما الفترة السابقة عليه فهي صحيحة بما تتضمنه من علاقات.

وفي حالة استيفاء إجراءات الكتابة والإشهار قبل طلب الحكم بالبطلان،فإن عقد الشركة ينقلب صحيحا، ولا يجوز القضاء ببطلانه في هذه الحالة إلا إذا توافرت أسباب أخرى، أما إذا تم رفع دعوى البطلان بالفعل فلا يجدي القيام بإجراءات الإشهار دون توقي الحكم به[29] ص43.

أما بالنسبة لتوزيع الأرباح والخسائر فإنه يتم على أساس سبب البطلان، فإذا كان البطـلان يرجع إلى تخلف الكتابة أو عدم الإشهار، فإن التصفية تتم على ضوء شروط عقد الشركـة، إذ العيب لاحق على الاتفاق الصحيـح للشركاء.أما إذا كان البطلان لسبب آخر، كعدم المشروعيـة، أو احتواء العقد على شروط الأسد،فإن التصفية تتم على أساس نصوص القانون التي تحدد نصيب كل شريك حسب حصته في رأس المال، وذلك لبطلان عقد الشركة الذي لا يرتب آثاره القانونية في التصفية.

هذا فيما يخص أثر البطلان على حقوق الشركاء، أما بالنسبة للغير فإن له التمسك بالشركة الفعلية وقيامها في الفترة بين إبرام العقد وتقرير البطلان، كما أن له إذا اقتضت مصلحته أن يتمسك برجعية آثار البطلان.وهذا التباين في مصلحة الغير يرجـع إلى اختلاف كل فرد من أفراد الغيـر في الأخذ بما يحقق مصلحته .فلو كان الغير دائنا شخصيا للشريك وليس للشركة فمن مصلحته التمسك برجعية آثار البطلان حتى تعود الحصة إلى الشريك فيستطيع أن ينفذ عليها،أما إذا تعلق حق الدائن بالشركة كشخص معنوي، فإن من مصلحته بقاءها كشركة فعلية حتى يتمكن من التنفيذ على أموالها دون مزاحمة باقي الشركاء.

وإذا حدث التعارض بين التمسك بالشركة أو ببطلانها،رجح القضاء بطلانها، لأنه الأصل لعدم استيفاء الشروط التي تطلبها القانون، وأن الشركة الفعلية مجرد استثناء على أحكام البطلان[12] ص 711.

أما بالنسبة للفقه، فقد ذهب رأي، إلى القول بأن عقد الشركة من العقود المستمرة، فإذا تقرر بطلانه فإن أثر البطلان لا يمتد إلى الماضي حتى ولو تعين حل الشركة وتصفيتها، مثل عقد الإيجار لاستحالة رد المنفعة.إذ لا يمكن رد الحال إلى ما كانت عليه، وتطبق في هذه الحالة القاعدة العامة.

وذهب **رأي** ، من أجل الحد من أثر بطلان عقد الشركة،إلى القول بأن على الشركاء أن يتحملوا المسؤولية تجاه الغير عما يلحقه من ضرر نتيجة تعاملهم مع الشركة التي لم تكتمل أركانها.

وذهب رأي ثالث، إلى القول بالأخذ بنظام حل وتصفية الشركة إذا شابها عيب بدلا من بطلانها الذي يتوجب إلغاؤه أساسا.

كما ذهب رأي رابع، إلى القول بأنه على المشرع أن يقيم نظاما وقائيا للقضاء على آثار بطلان الشركات في حالة تخلف أو اختلال أي ركن من أركانها[25] ص352.

والواقع أن السند القانوني للشركة الفعلية، يكمن في نص المادة 418 فقرة 02 قانون مدني جزائري الذي بموجبه تبنى المشرع الجزائري فكرة نظرية الشركة الفعلية، بغرض الحد من أثر البطـلان الذي تقضي به القواعد العامة، والذي جاء مماثلا تقريبا لما ورد بـالمادة 368 من قانون 1966 بفرنسا والذي يعتبر ترجمة تشريعية للبناء الفقهي القضائي لنظرية الشركة الفعلية.

من خلال نص المادة 418 قانون مدني جزائري يقرر المشرع مبدأين:

- حماية الغير الذي دخل في معاملات مع الشركة مطمئنا إلى أنها شركة قانونية صحيحة.
- اعتبار الشركة موجودة في الماضي قبل القضاء ببطلانها. فلا يترتب على البطلان أي أثر رجعي فيما بين الشركاء ولا تستمر في حياتها التجارية، ولا يكون لها حياة في المجال القانوني إلا بقصد إنهائها.

وبهذا يكون النص قد هدف إلى المحافظة على حقوق الغير والرغبة في استقرار المعاملات والمراكز القانونية التي ترتبت.

المشرع الجزائري لا يقر التوسع في هذه النظرية، وإنما يهدف إلى التضييق من نطاقها إلى أبعد الحدود عن طريق آلية تصحيح البطلان كلما أمكن ذلك، حتى يبقي الشركة صحيحة وقائمة في المستقبل من أجل المساهمة في التنمية الاقتصادية، وأساس ذلك المادة 735 قانون تجاري إذ ينص على التصحيـــــح متى زال سبب البطلان وكأنه اعتمد ضرورة إقامة نظام وقائي للقضاء على آثار البطلان [33] ص208،[25] ص354.

2.2.2.2.3. نطاق اعتماد النظرية:

لم يعترف القضاء بقيام الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، فهو يعترف بها في حالات وينكر وجودها في حالات أخرى [40] ص37.

فهناك أسباب للبطلان لا يجوز معها الاعتراف بوجود الشركة في نطاق القانون والواقع،إذ يتعين معها تطبيق القاعدة العامة في البطلان بصفة مطلقة واعتبار الشركة في حكم العدم [42] ص45 ،[33] ص213.

وفي هذا نجد المشرع الجزائري يحرص دوما على الحد والتضييق من حالات البطلان، الأمر الذي ينتج عنه تضييق في مجال الشركة الفعلية، فلم يعد للبطلان فيهاأي أثررجعي، وإنما تعامل الشركة الباطلة معاملة الشركة المنحلة فيما بين الشركاء فتتم تصفيتها، شأنها شأن الشركات الصحيحة.

كذلك نجد القضاء يحصر نطاقها في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة البطلان ومدى الجزاء المترتب عليه، كما إذا كان سبب البطلان المطلق متعلقا بالنظام العام ، فتعتبر شركـــة باطلة ولا يعتد بوجودها الفعلي السابق على القضاء بالبطلان ، إذ ينعدم العقد والشركـــة معا في المستقبل وفي مواجهة الكافة غير أن المجال الطبيعي للشركة الفعلية حالات البطلان المتعلقة بالمصلحة الخاصة[25] ص363.

فنظرية الشركـــــة الفعلية لا تجد مجالا للتطبيق إلا في حدود علاقة الشركـــة بالغير فقط، وإنما كذلك في علاقة الشركاء فيما بينهم، والتي يمكن حصرها في ما يلي:

الراجح فقها وقضاء أنه لا محل للاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الحالات الآتية:

- إذا قضي ببطلانها لتخلف أحد أركانها قبل مباشرتها أعمالها فعلا، لأنه في غير ذلك لا يكون لها كيان في الواقع، ولا ضرر في هذه الحالة من تطبيق الأثر الرجعي للبطلان[41] ص274.

- إذا كان سبب البطلان تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة،إذ به تنتفي فكرة الشركة ذاتها- فكرة الشخص المعنوي- كتعدد الشركاء باستثناء مؤسسة الشخص الواحد أو الإخلال بالحد الأدنى المقرر قانونا،أو متى انعدم ركن تقديم الحصص انعداما كاملا، أو كوجود شرط الأسد في العقد باستثناء شركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة[38] ص102.

- إذا كان البطـلان مؤسسـا على عدم توافر أحد الأركان الموضوعية العامـة كعدم مشروعية المحل أو السبب أو مخالفتهما للنظام العام – عدم جواز إنشاء بنك في غير شركة مساهمة. فالأصل أن القضاء لا يقر بوجود الشركة بين الشركاء، لأن في الاعتراف بها ولو في الواقع فقط يعني الاعتراف بالنشاط غير المشروع الذي اتفق عليه الشركاء، وهو مالا يجوز منطقا أو قانونا. وعلى ذلك فلا يمكن أن تسري نصوص عقد الشركة بين الشركاء على الإطلاق [43] ص53.

أما بالنسبة للغير فالأمـر يختلف، فمن المنطقي أنه لا يجوز للغير الاعتـداد بوجود الشركـة الفعلية إذا كانت طبيعة التعامل معها لا تكشف هذا الغرض؛ إذ الراجـح في الفقه والقضـاء، أن للغير حسن النية أن يعتد بالوجود الفعلي للشركة الباطلة إذا كان العقد الذي أبرمه معها صحيحا في ذاته ويستند إلى سبب مشروع.

وعلى العكس، تعتبر الشركة فعلية، في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها، في الحالات الآتية:

- إذا كان البطلان مؤسسا على تخلف إشهار عقد الشركة أو كتابته في الشكل الرسمي[25] ص364.

- إذا كان البطـلان مؤسسا على نقص أهلية أحد الشركاء، أو على عيب شاب رضاءه، وكان من شأن هذا البطـلان أن يؤدي إلى انهيار عقد الشركـة بأكمله كما هو الشأن في عقد شركات الأشخاص. ففي هذه الحالة تعتبر الشركة كأن لم تكن بالنسبة إلى ناقص الأهلية، أو الشريك الذي شاب العيب رضاءه بالنسبة للمستقبل، أما بالنسبة لباقي الشركاء فتعتبر الشركة في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها قائمة فعلا[42] ص 46،[57] ص236 ،[60] ص78.

- يقصر الرأي الراجـح إعمال نظرية الشركة الفعلية على حالات القابلية للإبطال بسبب تعيب الإرادة أو نقص الأهلية[49] ص88.

بالنسبة للمشرع الجزائـــــري، فإن السند التشريعـــي المتمثل في نص المادة 418 قانـون مدني ، يساعدنا على ضبط نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية، والتي يبدو أنه حصرها في حالات تخلف الكتابة والإشهار.

هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن موقف المشرع في مدى اعترافه بالشركة الفعلية المترتبة عن قابلية عقد الشركة للإبطال؟

الظاهـر من النصوص القانونية، أن المشرع الجزائري، لم يحصر تطبيق نظرية الشركـة الفعلية في ميدان شركـة معينة، مما يجعل هذه النظرية تغطي و تستوعب جميـع الشركات الباطلة، الأمر الذي من شأنه أن يكسب النظرية أهميتها التي تتأكد بالنظر إلى آثارها.

لكن بالنسبة للتساؤل المطروح، لا يوجد نص يؤكد أو ينفي، لذلك نرى أنه ليس في اعتماد قابلية العقد للإبطال سببا في الاعتراف بالشركة الفعلية حرجا، خاصة إذا تعلق الأمر بشركات الأشخاص، وهذا مسايرة لرأي الفقه الراجح في ذلك.

إن الشركة الباطلة لعدم الإشهار تعتبر قائمة بين الشركاء في الفترة ما بين إبرام العقد وطلب البطلان بوصفها شركة فعلية ويكون لها شخصية معنوية تبرر الحكم بشهر إفلاسها. ومتى حكم بالبطلان وجب على القاضي أن يأمر بتصفية الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر على الشركاء طبقا لأحكام العقد. هذا عن أثر البطلان بالنسبة إلى الشركاء.أما إذا قضي بالبطلان بناء على طلب الغير فإن له أثرا رجعيا بالنسبة إليـه، ومن ثم لا يحتج عليه بالتصرفات والأعمال التي باشرتها الشركة في الفترة ما بين العقد وطلب البطلان كترتيب رهن على أحد عقاراتها.

بالنسبة للبطـلان المؤسس على الأركان الموضوعية العامة، نرى بشأن عدم مشروعية السبب دليلا على الاعتراف بوجود الشركة الفعلية، ويظهر ذلك أن الكثير من الأفراد يتحصلون على عائدات مالية مشبوهة المصدر، ثم يعمدون إلى إنشاء شركـــات بقصد تبييضها أو ما يعرف بغسل الأموال ، والذي يشكل في حد ذاته جريمة ، ومن جهة أخرى يمكننا القول بأن الأساس التشريعي لنظرية الشركـــة الفعلية في ميدان الشركات التجارية يكمن في نص المادة 545 قانون تجاري وليس المادة 418 قانون مدني الخاص بالشركـة الفعلية في ميـــــدان الشركات المدنية، وذلك إعمالا لنص المادة1 مكرر قانون تجاري بالنظر إلى وجود نص خاص منظم .

3.2.2.3. آثار تبني نظرية الشركة الفعلية:

إن حماية الغير الذي اعتمد على الأوضاع الظاهرة تقتضي الإقرارللشركة بشخصية معنوية فعلية، بحيث يستأثر دائن الشركة بضمانه العام،دون مزاحمة من الدائنين الشخصيين للشركاء،وذلك بشرط حسن نيته أي جهله بعدم إتمام القيد[49] ص89.

إن تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان،على عقد الشركة ليشمل جميع الأعمال التي قامت بها الشركة طوال الفترة التي عاشتها، يترتب عليه مضار عديدة لما ينطوي عليه من إنكار وتجاهل لحقائق وجدت بالفعـل في الفترة السابقة عن البطلان.

لذلك كان من شأن اعتماد نظرية الشركة الفعلية، المساهمة في التوفيق بين الأثر الرجعي الطبيعي للبطلان والمصالح المشروعة للغير، وتنظيم عادل للعلاقات بين الشركاء.
ويترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة، نتائج هامة نوردها في:

1.3.2.2.3. بالنسبة للشركة:

يترتب على اعتبار الشركة قائمة فعلا في الفترة بين تكوينها والقضاء ببطلانها النتائج التالية:
- تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة تماما،ومن ثم تبقى متمتعة بشخصيتها المعنوية المستقلة، وتبقى جميع تصرفاتها صحيحة منتجة لآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير الذي تعامل معها الذي لم يطلب البطلان كما يحق لهم مطالبة الشركاء بتقديم حصصهم ،لأنه من غير الممكن تجاهل ذلك، باعتبار أن مشكلة الشركات الفعلية، هي في الحقيقة وقبل كل شيء مشكلة تصفية وهي التي تبرر وجود النظرية. فالشركة الفعلية تلعب إذا في هذا الإطار، وظيفة تصفية وهي أهم مرحلة تمر بها الشركة الفعلية. وهذه المشكلة،لا تثار إذا كنا بصدد شركة أبطلت لعدم ممارسة شيء من نشاطها.
ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وتظل محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته منذ تأسيسها إلى حين تصفيتها.

- يجب حل الشركة وتصفيتها بمجرد صدور الحكم بالبطلان.و تسري عليها أحكام التصفية المنصوص عليها في عقدها التأسيسي وفي القانون التجاري طبقا لهذا الشكل، كما يتبع في اقتسام الأرباح والخسائر،الأحكام الواردة في عقد الشركة الذي قضي ببطلانه.

وتخضع خلال حياتها لالتزامات التجار كمسك الدفاتر التجارية، وتوقع عليها الجزاءات المدنية والجنائية خلال فترة نشاطها أي قبل القضاء ببطلانها أو أثناء عملية التصفية فإنه يجوز شهر إفلاسها[33] ص214،]25] ص369.متى توقفت عن دفع ديونها، سواء نشأت هذه الديون قبل القضاء بالبطلان أو أثناء عملية التصفية. ويترتب على شهر إفلاسها شهر إفلاس الشريك المتضامن. فإذا أصدرت المحكمة المختصة حكمها بشهر الإفلاس وصار هذا الحكم نهائيا،امتنع بعد ذلك- بالتطبيق لمبدأ الحجية المطلقة لحكم الإفلاس وسريانه على الكافة- طلب بطلان [42] ص46 الشركة بالنسبة إلى الماضي، نظرا لأن وجودها الفعلي قد تأكد بصدور حكم الإفلاس[1] ص158.

2.3.2.2.3. بالنسبة للشركاء:

تترتب آثار النظرية فيما بينهم أيا كان سبب البطلان،ويثار التساؤل بشأن توزيع الأرباح والخسائر، هل يكون وفق شروط العقد أم لا؟

متى قضي ببطـلان الشركة انحلت ووجب تصفيتها، وعلى ذلك تتم التصفية وكذا توزيع الخسائر و الأرباح فيما بينهم بالنظر إلى سبب البطلان ، فإذا تعلق بتخلف الكتابة أو إجراءات الإشهار كان وفق الشروط المتفق عليها في عقد الشركة، لأن العيب الذي شاب العقد لاحق في الحقيقة لاتفاق الشركاء الصحيح ، رغم أن العقد لا يحتج به على الغير فإنه ينتج آثاره بين الشركاء حتى يوم القضاء بالبطلان.أما إذا كان لسبب عدم مشروعية المحل أو وجود شرط أسد فيتم وفق نصوص القانون الخاصة بتوزيع الأرباح والخسائر عند عدم اتفاق الشركاء،وليس وفق العقد حتى لا يكون هناك إهدار للبطلان وخلط بينه وبين مجرد الانقضاء، وبمقتضاها يكون نصيب كل من الشركاء بنسبة حصته في رأس المال.

على أن البعض، يرى أنه إذا كانت الشركة باطلة فليس ثمة محل لإعمال شروط العقد أو لتطبيق نص قانوني موضوع للشركة الصحيحة، وأنه من الأفضل قسمة الأصول و الخصوم الناشئة عن العمليات المشتركة قسمة عادلة بين الشركاء[58] ص206،[41] ص275.

فتكون تصفية الشركة ضرورية لتسوية معاملاتها مع الغير، وحتى لا يفيد الشركاء في علاقاتهم ببعضهم بعضا بالأوضاع غير المشروعة التي تسببوا في حدوثها.

ففي حالة البطلان المطلق أو النسبي، يكون اتفاق الشركاء غير صحيح ابتداء، وبالتالي لا يجوز تصفية الشركة بعد إبطالها طبقا لأحكام التصفية الواردة في عقد تأسيس الشركة، ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد القانون في شأن تصفية الشركات[2] ص394.

لما كان تخلف الكتابة يؤدي إلى عدم الإشهار،وبالتالي إلى بطلان الشركة، فإن القضاء- طبقا لنص م 418فقرة2 قانون مدني جزائري- يجيز للشركاء إثبات الوجود الفعلي للشركة بكافة طرق الإثبات[59] ص246. ويبقى العقد غير المكتوب قائما منتجا لجميع آثاره إلى أن يطلب أحد الشركاء بطلانه قضاء، أي أنه يعتد به ابتداء من هذا التاريخ[36] ص52، إذ أن أثر البطلان يقتصر على المستقبل فقط وفق نص المادة 2/418 قانون مدني جزائري.

فيجوز للشريك أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء فقط، حتى لا يكون في شركة مهددة بالبطلان بسبب عدم اتخاذ الإجراءات الشكلية[33] ص199،[42] ص42 إما بدعوى أصلية و يطالب باسترداد حصته،أوعن طريق الدفع للتخلص من التزامه، كما لو طلب منه المدير تقديم الحصة أو ما تبقى منها.

باعتبار أنه حق خوله إياه القانون، فمتى استعمله امتنع على غيره من الشركاء الرجوع عليه بالتعويض، بل أكثر من ذلك، لا يجوز منعه من التمسك به بمقتضى شرط في العقد[42] ص88. لكن يجوز له التنازل عن استعمال حقه لأنه مقرر لحماية المصالح الفردية، إذ أن إجازة الشركاء لا تصحح البطـلان ومن ثم تبقى الشركة،رغم امتناع أو تنازل الشريك عن حقه مهددة بالبطلان [38] ص230،[39] ص260.

فالتصفية والتوزيع يتمان وفق شروط عقد الشركة، طالما توافر بهذا العقد شروط الصحة اللازمة لكل عقد.وذلك فيما عدا الشريك الذي أبطلت الشركة في مواجهته إذ يسترد حصته دون المساهمة في الأرباح والخسائر[60] ص80.

ففي حالة بطلان الشركة وتصفيتها،تقسم موجودات الشركـة والأرباح والخسائر طبقـا للشروط الواردة في العقد التأسيســي، ويلتزم الشركــاء الذين لم يقدموا حصصهم بتقديمها، ويكون كل شريــك مسؤولا عن ديون الشركة بحسب نوع الشركة وطبيعة الدين وشروط العقد.

إعمالا للفكرة التقليدية للبطـــــلان في العلاقات بين الشركاء، فإن كل شريك يسترد حصته سالمـــــة من الخسارة ويمتنع عليه أن يدعـــــي حقا على الأرباح، وهو حل واجب الإتباع بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاؤه إذا حكم بالبطـلان على ضوء ذلك.غير أن هذا الحكم لا يعمل به بالنسبة إلى الشركاء الذين لا يحميهم القانون بصفة فردية.ذلك أن استرداد الشركاء لحصصهم منوط بتصفية الشركة ابتداء وتحديد نصيب كل منهم في الأرباح والخسائر.

فتكون تصفية الشركة ضرورية لتسوية معاملاتها مع الغير، وحتى لا يفيد الشركاء في علاقاتهم ببعضهم البعض بالأوضاع غير المشروعة التي تسببوا في حدوثها.

3.3.2.2.3. بالنسبة للغير:

أما بالنسبة للغير، فلا تورد المادة 54 قانون تجاري مصري حكما خاصا، ومن ثم يتعين تطبيق القواعد العامة.فإن كانت مصلحته في البطلان وقضي له به، ترتب عنه زوال العقد وما نشأ عنه من آثار- الشركة- وبأثر رجعي، ولا يحتج عليه بالتصرفات التي أجرتها في الفترة بين نشأتها والقضاء ببطلانها[42] ص91.

إذا كان جائزا للشريك الاحتجاج بالبطلان على باقي الشركاء؛ فإنه يمتنع على الشركاء الاحتجاج به على الغير حماية له[46] ص55، غير أن الغير يمكنه الاحتجاج به في مواجهتهم ومن ثم دفع مطالبة الشركة له[36] ص53، بسبب أن تخلف الركن الشكلي الذي هو التزام يقع على عاتقهم وهو ما يمثل تقصيرا وإهمالا من طرف الشركاء.

والحال هذه، يكون للشركاء إثبات وجود الشركة تجاه الغير بالكتابة فقط، في حين أن للغير إثباتها بكافة الطرق، لأنها بالنسبة إليه واقعة مادية طبقا لنص المادة 545 فقرة02 قانون تجاري جزائري [32] ص168.

أما بالنسبة للغير، فإن له أيا كان سبب البطـلان الخيار بين الإبقاء على الشركة واعتبارها صحيحـة في الماضي أو طلب البطلان بأثر رجعي حسبما تقتضيه مصلحته.

فلدائن الشركة مصلحة في اعتبار الشركة قائمة حتى يتمكن من التنفيذ على أموالها دون تعرض لخطر مزاحمة دائني الشركاء الشخصيين. كذلك يكون للدائن الشخصي للشريك مصلحة في التمسك بالبطلان حتى يستطيع التنفيذ على المال الذي قدمه الشريك كحصة في الشركة. [58] ص207.

فيما يخص العلاقة بين دائني الشركة وفيما بينهم، تكون جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير صحيحة ومنتجة لآثارها رغم القضاء ببطلانها، وعلى ذلك يكون لدائن الشركة الخيار في استعمال حقه في البطلان أو عدمه، تبعا لمصلحته في ذلك[46] ص55.

فقد تكون له مصلحة في طلب البطلان كما إذا تعلق الأمر بإزالة رهن قررته الشركة على بعض أموالها من أجل استيفاء حقه، فيرفع عليها دعوى البطلان،فإن قضي له بذلك،اعتبرت الأموال المرهونة كأن لم تكن للشركة، ويكون الرهن باطلا لوقوعه من غير مالك ويحرم من ثم الدائن المرتهن من امتياز الأولوية في استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين [60] ص؛159 كما يحق له التمسك ببقائها- وهو الغالب عادة- لكي تظل الحصص المقدمة من الشركاء في ذمة الشركة وضامنة لحقوقه وحده حتى يتجنب مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء، ويكون له حق التنفيذ على أموال الشركة، كما له حق شهر إفلاسها وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونه[32] ص233.

وهذا الخيار لا يقبل الانقسام، إذ لا يمكنه الاحتجاج به تجاه باقي الدائنين مع تمسكه في الوقت نفسه ببقاء الشركة في علاقته مع الشركاء[63] ص268.

ولكن ما الحل إذا تعارضت مصالح دائني الشركة، فتمسك بعضهم ببطلان الشركة وتمسك البعض الآخر بصحتها ؟

ذهب رأي في الفقه إلى الاعتداد بقول من يتمسك ببقائها، بصرف النظر عن تمسك غيرهم ببطلانها.ذلك أن عدم الاحتجاج بالبطلان على الغير مقرر أصلا لمصلحة دائنيها، وتبعا لذلك فلا يجوز حرمانهم مما خصهم به القانون دون مبرر. في حين ذهب رأي آخر، إلى وجوب القضاء بالبطلان لأنه هو الأصـــل طبقا للرأي الفقهي والقضائي في كل من فرنسا ومصر[29] ص111،و الرأي الأول يكون أولى بالإتباع، كونه يتماشى ومبدأ التضييق من نطاق البطلان الذي يسعى إليه المشرع الجزائري.

أما في علاقة دائني الشركاء الشخصيين مع الشركة ودائنيها، فطبقا للفقه الراجح، يحق لدائني الشركة الشخصيين، التمسك بالبطلان متى كانت لهم مصلحة جدية في ذلك، كما لو أرادوا التنفيذ على حصة

الشريك المدين بعد تصفية الشركة إثر القضاء ببطلانها[33] ص215. ذلك أنه إذا أبطلت الشركة استرد الشريك المدين حصته المقدمة إلى الشركة، و بالتالي استطاعوا التنفيذ عليها[46] ص55. بعد أن ترجع إلى ذمته الخاصة ودخولها في نطاق الضمان العام المقرر لهم على أمواله الخاصة دون أن يستأثر بها دائنو الشركة[32] ص233.

ويكون لهم ذلك في مواجهة الشركاء ودائني الشركة. سواء عن طريق استعمال حق مدينهم بموجب دعوى غير مباشرة، دون الاحتجاج به على الغير من دائني الشركة.حيث لا تكون لهم حقوق أكثر مما لمدينهم الأصلي-الشريك-، في حين أن مصلحتهم في البطلان تنحصر في إمكان التمسك به في مواجهة هؤلاء الدائنين بقصد إقصائهم عن حصة الشريك، أو بموجب دعوى مباشرة ويتمسكون ببطلان الشركـــة بصفتهم من الغير في مواجهة الشركاء ودائني الشركة على السواء.وفق الرأي الغالب فقها وقضاء[42] ص 89 ،[1] ص174.

في حين يكون من مصلحة دائني الشركـــــــة التمسك ببقائها قائمة حتى ينفردوا بالتنفيـذ على حصص الشركاء فيها.والواقع أن دائني الشركـــــاء الشخصيين لايعلمون بوجود الشركاء، لأن الفرض هو تخلف ركنها الشكلي – خاصـة الإشهار- وبالتالي لا يعلم بتعلق حق الشخص المعنوي على الحصص المقدمـة إليه ، ويختلف الأمر بالنسبة إلى الشركاء أنفسهم الذين أسسوا الشركـــــــة وأغفلوا كتابة عقدها وبالتالي شهرها، فإن لم يجز المشرع للشركـــــاء التمسك بالبطـلان في مواجهة الغير لا يجــوز مد هذا الحظر إلى دائني الشريك بحجة أن هؤلاء ما هم إلا خلف للشريك لا يتمتع بأكثر مما يملكه الشريك المدين[2] ص390.

غير أن استعمالهم هذا الحق يثير بعض الخـــــلاف، متى تناقض ذلك مع اختيار دائني الشركــة الذين يتمسكون في الغالب ببقاء الشركة، فأي فريق يرجح؟.

يرى الفقه الغالب، ترجيح طلب فريق الدائنين الشخصيين للشركـــاء- البطـلان-، لأنه هو الأصل. في حين يفضل د.رضوان أبو زيد تغليب فريق دائني الشركة، لأن القصد من تقرير بطلان الشركة لعدم الإشهار حماية الغير من دائني الشركة، فضلا عما في ذلك من تغليب للظاهر.ولا يصح أن يحرموا منها، كما أن حق دائني الشركاء الشخصيين في طلب البطلان، لا يصح أن يطغى على حق دائني الشركة الذي قصده المشرع أساسا بجواز تقرير بطلان الشركة بناء على طلبه[38] ص108. ولعل التحليل الذي أتى به د.أبو زيد أقرب إلى المنطق وأولى بالعمل به.

فإذا تمسك أحد من الغير ببطـلان عقد الشركة وتمسك البعض الآخر ببقائه، وجب وفقا للرأي الراجح في الفقه والقضاء على السواء، القضاء بالبطلان لأنه هو الأصل في حالة عدم استيفاء الأوضاع القانونية.

أن المقصود بالغير في مجال طلب البطلان هم دائنو الشركـة وليس الدائنين الشخصيين للشركاء. وعليه إذا تمسك دائنو الشركــة ببقائها, وتمسك دائنو الشريك ببطلانها، وجب تغليب مصلحة دائني

الشركة. وبديهي أنه يشترط لإمكان التسليم بهذه النتائج أن تكون الشركة الفعلية قد زاولت أعمالها فعلا. لأنه إذا لم تكن الشركـــة قد باشرت أعمالها بعد فلا يتوافر لها كيان في الواقـع و ولا يوجد ثم ما يمنع من تطبيق الأثر الرجعي للبطلان[42] ص 47،[58] ص207.

والتساؤل الذي يمكن طرحه، ما هو حال مدين الشركة؟

ولقد استقر الفقه والقضـــاء على أنه لا يجوز له التمسك بالبطـلان، حتى لا يتحلل من الوفاء بالديون التي عليه للشركة انسجاما وحسن النية. كما لو أصبح دائنا للشركة وأراد التمسك بالمقاصة بين دينه الشخصي على الشريك وبين حقه لدى الشركة، وهو ما لا يستقيم إلا بإبطال عقد الشركة وما يترتب عليه من زوال شخصيتها المعنوية.

لكن في واقع الأمر يكون لمدين الشركة ذات المصلحة في التمسك بالبطلان إذا صار دائنا لأحد الشركاء وأراد إعمال المقاصة بين الدينين،وليس من العدالة حرمان مدين الشركة وإجازته بالنسبة لمدين الشريك. ويلاحظ أن المقاصة تكون بين حق مدين الشركة في ذمة الشريك ونصيب هذا الأخير في ديون الشركة الباطلة[2] ص390 ،إذ أن مدين الشركة لا يستطيع أن يتمسك بها تجاه الشركـة الدائنة بسبب دين له في ذمة أحد الشركاء،وكما أن مدين الشريك لا يستطيع ذلك بما قد يكون له في ذمة الشركة،وذلك بسبب شخصية الشركة المعنوية المستقلة[63] ص 269.

و يمتنع القضاء بالبطلان، متى زال سببه بقيام الشركاء باتخاذ إجراءات الإشهار،عملا على استقرار المعاملات.

لا يكون لوجود الشركة وشروط عقد تأسيسها حجة على الغير إلا إذا تم شهر الشركة.لذلك يرى دويدار أنه لا يجوز للشركاء التمسك بالشركة غير المشهرة في مواجهة الغير، لكن يجوز للغير التمسك بالشركة الفعلية التي تعامل معها بالرغم من عدم إشهارها[2] ص394.

تقوم نظرية الشركـة الفعلية في هذا الإطار، بوظيفة حمائية تمكن من إنقاذ العقود التي أبرمها الغير مع الشركة من البطلان ، طالما أن الشخصية المعنوية للشركة تبقى ممتدة إلى الماضي.

للغير أيا كان سبب البطلان، الخيار بين الإبقاء على الشركة واعتبارها صحيحة في الماضي، أو طلب البطلان بأثر رجعي حسبما تقتضيه مصلحته.فلدائن أحد الشركاء التمسك بالبطلان حتى يستطيع أن ينفذ على المال الذي قدمه كحصة في الشركة. ولدائن الشركة اعتبار الشركـة قائمة حتى يتمكن من التنفيذ على أموالها دون التعرض لخطر مزاحمة دائني الشركاء.

وهذا الخيار لا يقبل من دائن الشركة مثلا أن يتمسك ببقاء الشركـة ويطالب شريكا فعليا بتقديم حصته من جهة ويطالب من جهة أخرى ببطـلان الرهن الذي رتبه المدير الفعلي على عقار الشركـة استنادا إلى بطلان الشركة.

ويلاحظ أن القابلية للإبطال المقررة لحماية ناقص الأهلية أو من فسد رضاؤه يجوز الاحتجاج بها دائما على الغير، ولو قصد هذا الغير إلى اعتبار الشركة صحيحة[41] ص275.

الحل يكمن في تطبيق مقتضى القواعد العامة، إذ لا يوجد نص صريح في هذه المسألة، والمنطق القانوني السليم يقول أنه إذا تمسك أحد الغير بوجود الشركة في الفترة السابقة على البطلان باعتبارها شركة فعلية وتمسك الآخر ببطـلانها من تاريـخ تكوينها فإنه يجب في هذه الحالة القضاء ببطلانهـا بأثر رجعي إذ أن ذلك هو الأصل وهو حكم القواعد العامة كما هو معروف[29] ص44.

هذا القول لا يمكن أن يطغى على مصلحة دائني الشركة ، لأن المشرع قرر الحماية لهم خاصة.

الخاتمـة

تبنى المشرع الجزائري، رأي الفقه التقليدي الذي يعتمد العمل الإرادي معيارا أساسيا لتحديـــد ماهية الشركة من الناحية القانونية في المادة416 قانون مدني ؛ كما تبنى فكرة النظام القانوني وفق نص المادة 564 قانون تجاري جزائري، باعتماده مؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، مسايرا في ذلك أغلب التشريعات الحديثة،وهو اتجاه قد أملته عليه الضرورات العملية التي أعقبت سياسة انتهاج اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمار للمساهمة في التنمية الوطنية.

ولئن كانت الشركة عقدا ، إلا أن المشرع تدخل كثيرا في تنظيم جميع أشكال الشركات بنصوص آمرة وبدرجات متفاوتة، تحقيقا لأغراض تتعلق بالنظام العام ، لذا لم يكتف المشرع بالأركان العامة للعقد، وإنما تطلب أركانا خاصة بعقد الشركة واستلزم كذلك أركانا شكلية؛ ورتب على مخالفتها جزاء البطلان،وفقا للرأي الراجح فقها،عن الإخلال بأركان عقد الشركـة أو أحد شروطها أو بشروط صحته، وكذا المتعلقة بقواعد تأسيس بعض الشركات التجارية، متجنبا التفرقة بين الانعدام والبطلان، ومعتمدا مبدأ " لا بطلان إلا بنص" حسب ما نص عليه في المادة 733/ 01 قانون تجاري جزائري، وذلك رغبة منه في تقييد حالات البطلان .

وتدرج هذا الجزاء بحسب خطورة العيب الذي يعتري العقد، فإذا تعلق بتخلف أحد أركانـه الأساسية أو جميعها أو شرط فيها كان البطلان مطلقا،أما إذا تعلق بتخلف أحد شروط صحة التراضي المقرر لحماية المصلحة الخاصة للمتعاقدين، فإن الحالة تعتبر ذات خطورة أقل فتجازى بقابلية العقد للإبطال ، مع استثناءات بالنسبة لشركتي المساهمة وذات المسؤولية المحدودة .

وبالرجوع إلى الأحكام التي تنظم جزاء البطلان، و من خلال مقارنته ببقية الجزاءات المدنية الأخرى، يتبين لنا صرامة هذه العقوبة المدنية وحدتها؛ بالنظر من ناحية إلى تعدد واختلاف حالات البطلان، ومن ناحية أخرى إلى آثاره المتعلقة بالمسؤولية المدنية المترتبة عنه للمتسببين فيه.

هذه الصرامة، و إن كان لها ما يبررها في القواعد العامة، من حيث أنها تهدف إلى محو آثار العقد المخالف كأصل عـام وإلى ردع عامـــة الأفراد، فإن تطبيقها في ميـدان الشركـات التجارية لا يخلو من ترتيب أضرار، سواء بالنسبة للشركاء أو بالنسبة للغير.

وفي الحقيقة، أن هذه الصرامة تستوجبها أهمية و خصوصية ميدان الأعمال، وما يتطلبه ميدان الشركات التجارية من سرعة و استقرار في المعاملات. و حرصا من المشرع على خلق شركات سليمة تكون لها القوة والقدرة على المنافسة في ظل اقتصاد وطني يتجه نحو الانفتاح.

ومرونة من ناحية ثانية،إذ بدافع ما سبق ذكره أعلاه ،وأيضا بدافع مراعاة مصالح أخرى؛ تراءى للمشرع ضرورة التخفيف من حدة هذا الجزاء و محاولة تداركه كلما أمكـــن ذلك ، بالنظر إلى الآليات التي وضعها المشرع لتفادي كل من التصريح بالبطلان وآثاره، كما في حالة عدم كتابة العقد أو عدم القيام بإجراءات الإشهار. ومنه يكون المشرع قد تبنى التقسيم الثنائي للبطـــلان كأصل عـام، واستثناء في حالات خاصة وردت على سبيل الحصر أخذ بالبطلان الخاص.

كما قرر حماية الغير حسن النية، الذي تعامل مع شركة قضي ببطلان عقد تأسيسها وترتب عنه ضرر له، فأقر بمسؤولية الشركة المدنية وأجاز للمتضرر حق المطالبة بالتعويض، دون أن يفوته تقرير المسؤولية الجنائية للشركاء إن كان لها مقتضى.

كذلك تبنى أسلوب التصحيح، وخفض من مدة تقادم دعوى البطلان.وأسس لنظرية الشركة الفعلية بهدف تحويل البطلان إلى مجرد انحلال بدون أثر رجعي.

كما يعرف التشريع الجزائري نوعا من الرقابة الأولية، والتي تتم على مستوى تحرير العقد عند الموثق، والقيد بالسجل التجاري، ذلك أنه لا يمكن القيام بعمليات القيد إلا بعد التأكد من أنّ الشكليات المبيّنة بالتشريع والتدابير المتعلقة بالشركات التجارية تم القيام بها. مما يبين أن المشرع قد انتهج مبدأ التضييق من نطاق البطلان في ميدان الشركات التجارية عند تأسيسها.

وإن كان الأصل أن التصرف القانونـــي الباطل لا يرتب أثرا،غير أن العدالة أحيانا تصطدم بهذا المبدأ،خاصة إذا كان قد رتب مراكز قانونية ثابتة ومصالح معينة يؤدي التصريح بالبطلان إلى المساس بها وزوالها، وتكون حماية هذه المصالح أولى من المصالح التي يهدف تقرير البطلان إلى حمايتها، فمن أجل ذلك أقر المشرع نظرية تحول العقد كما إذا تعلق الأمر بتحول الشركة ذات المسؤولية إلى مؤسسة

الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة بعد اجتمـــاع كافـة الحصص في يد شريك وحيد لأي سبب كان، وشركة المساهمة وشركة التوصية البسيطة، كذلك أقر للشركة وجودا فعليا– الشركة الفعلية- ورتب عليه أحكاما خاصة ، بهدف تحويله إلى مجرد انحلال بدون أثر رجعي.

فالمشـــرع أقر إذن كل هذه الإجراءات، رغبـــة منه في تجاوز الحلول التقليديـة، وبغرض التخفيف من أثر البطـــــلان ميدان الشركات التجارية؛ لذلك حد من الحالات التي يمكن فيها التصريح ببطلانها كما في المادة 733 فقرة 02 قانون تجاري جزائري ، بل أكثر من ذلك أقصى بعض أسباب البطلان بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركـــات المساهمة وفق ما جاء في المادة 733 فقرة 01 قانون تجاري جزائري، فأقر بأنه لا يمكن أن يترتب البطلان فيهما عن عيب في الرضاء أو عن انعـــدام الأهلية، إلا إذا شاب هذا العيب جميـع المؤسسين و كذلك فيما يخص شرط الأسد. كما رتب حكم البطـلان عن الإخلال بإجراءات الإشهار بالنسبة لشركات الأشخاص فقط.

فبطلان عقد الشركة التجارية، لا يمكن التصريح به إذا مازال سببه بتصحيح وضعية الشركة، كما أنه لا يمكن المطالبة به بعد انقضاء مدة ثلاثة سنوات. أما إذا تم التصريح ببطلان عقد الشركة رغم كل هذه الحلول ، فإنه حرصا من المشرع على تفادي آثاره، جعل أثـره لا يمتد إلى الماضي- تعطيل الأثر الرجعي للبطلان-، فأقرّ في الفترة ما بين تأسيس الشركة والقضاء ببطلانها قيام شركة فعلية، وإن لم يكن ذلك في جميع الحالات.
وهو بطلان يفقد في حالة الشركة ذات المسؤولية المحدودة أثره الرجعي، ذلك أنه في صورة التصريح ببطلان هذه الشركة، فإنها تنحل وفق مقتضيات العقد التأسيسي و أحكام القانون الجاري به العمل .
لقد أحل المشرع محل الجزاء التقليدي بطلانا مختلفا، بقي فيه حق التمسك ببطلان عقد الشركة مفتوحا لكل ذي مصلحة، لكن مع تنظيم خاص وتميز في علاقات أطرافه ومع أساليب انقضاء خاصة.

غير أن المشرع لم يعمّم هذا الحل على جميـــع الشركات التجارية، ولم يجعل منه مبدأ عاما يطبق في كل الحالات، أي مهما كان شكل الشركة ومهما يكن سبب البطلان، فاقصره على تطبيقات متفرقـة تهم في أغلب الحالات الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة.
إن البطـــــلان كجزاء تقليدي حسب القواعد العامة، وإن كان لا يتلاءم تماما وخصوصية ميدان الأعمال وما يتطلبه من ثقة واستقرار، فإنه لا يمكن التخلي عن تطبيقه بصفة مطلقة.

ورغم الإيجابيات التي جسدها المشرع بموجب نصوص قانونية، إلا أنه مع ذلك لم يطور نظرية عامة لبطلان عقد الشركة،ولم يوحّد مصدر الأحكام التي تتعرض لهذا الجزاء،كما لم يقنن جزاء

البطلان بصورة كافية، إذ لم يجعل له مرجعا موحدا يمكن اللجوء إليه عند الاقتضـــاء، وبقيت أحكامه متفرقة بين القانونين المدني و التجاري والقوانين الأخرى ذات الصلة.
كما أنه لم يحدد حالات البطلان ويضبطها بالنسبة لكل الشركات، بالخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة،بالنظر إلى صيغة الوجوب التي يستعملها في كل نص قانوني دون أن يبين بصفة صريحة الأثر المترتب عن تخلف أي شرط .

لذلك، نرى أنه يستوجب على المشرع تدارك بعض المسائل عند تعديله للتقنين التجاري مستقبلا وأخذها بعين الاعتبار، خاصة إذا كانت له النية الجادة في جذب الاستثمارات، وتتمثل فيما يلي:

1- بالنسبة لشرط الأسد، تعميم حكم عدم بطلان عقد شركــة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة الذي خصه المشرع بهما في المادة733 قانون تجاري، على سائر عقود الشركات الأخرى ، خاصة وأن المشرع الفرنسي عدل مؤخرا الحكم واعتبر إدراج شرط الأسد في أي عقد بأنه غير مكتوب ، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد تبنى بطــلان الشرط في عقد الزواج دون انصراف أثر هذا البطلان إلى العقد نفسه وهو الحكم المستنبط من الفقه الإسلامي، كذلك فإن الحكم ببطلان عقد شركة يتضمن شرط أسد يتعارض تماما مع استقرار المعاملات التجارية.
2- توسيع مجال إعمال المسؤوليتين المدنية والجزائية، وبالمقابل التضييق من تطبيق جزاء البطــلان إلا في حالات خاصة.
3- تحديد الآثار القانونية المترتبة عن الشركـــة الفعلية، وكذا عن الاحتجاج بموجب نصوص قانونية فيما يخص أولوية الحماية بالنسبة للغير عند تزاحمهم وتعارض مصالحهم، أي هل يعتد بمن يطلب البطلان أم بمن يطلب بقاء الشركة؟
4- إضفاء مرونة أكبر فيما يخص قواعد تأسيس شركات المساهمة وذات المسؤولية خاصة فيما يتعلق بالحد الأدنى من رأس المال ليكون في حدود 50% كون أن الشركــة عند التأسيــس لا تكون في حاجة كبيرة إلى كل رأس مالها.

قائمة المراجع

1. علي البارودي:" القانون التجاري"،منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر،سنة 1993.
2- هاني محمد دويدار:" التنظيم القانوني للتجارة" المؤسسة الجامعية للدراسات وانشر والتوزيع، بدون طبعة وبلد انشر، (1997).
3. إبراهيم سيد أحمد:" العقود والشركات التجارية: فقها وقضاء، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الطبعة 01، الإسكندرية، مصر،(1999).
4. ناصيف إلياس:"موسوعة الشركات":الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة02، بيروت، لبنان، (2003) .
5. حبار محمد: " نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي": دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر ، (1976).
6. أحمد الشافعي." البطلان في قانون الإجراءات الجزائية": دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة01، الجزائر، (2004).
7. عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعه جي :" بطلان العقد في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة الحقوق، السنة28 ، العدد الثاني، (يونيو2004).
8 . محمد سعيد جعفور:" نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي"،دار هومة، بدون طبعة، بوزريعة الجزائر،دون تاريخ النشر.
9- عبد الرزاق أحمد السنهوري:" مصادر الحق في الفقه الإسلامي":دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 04 ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة وبلد النشر، دون تاريخ النشر.
10- علي فيلالي:"الالتزامات": النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع ، الطبعة 02، الجزائر، (2005).
11. M Planiol et G Ripert : Traite de droit civil.T2.
12. عبد الحكم فودة: "البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ": المبادئ العامة للبطلان تطبيقات، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، مصر، (1993).
13. بلحاج العربي:" النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري": الجزء01، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، ابن عكنون، الجزائر، (2001).
14. بلعيور عبد الكريم:"نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن" المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون طبعة، الجزائر، (1986).
15. محمد صبري السعدي :"شرح القانون المدني الجزائري": النظرية العامة للالتزامات ،الجزء01، دار الهدى،الطبعة01 ،عين مليلة ، الجزائر، (1992- 1993).
16. محمود المصري,محمد أحمد عابدين:"الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية مصر، (1986).
17. محمد حسنين: "الوجيز في نظرية الالتزام ":مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون طبعة، الجزائر،(1988).
18. وهبة الزحيلي ، :"الفقه الإسلامي وأدلته": الجزء04، دار الفكر، الطبعة01، الجزائر، (1991).
19. محمد حسنين:" نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي": دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون طبعة، الجزائر، (1988).

20. عبد الرزاق أحمد السنهوري:"نظرية العقد"، دار الفكر، بدون طبعة، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.
21. عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني": نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء01، المجلد01،دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة،بيروت ، لبنان، دون تاريخ النشر.
22. علي علي سليمان:"النظرية العامة للالتزام ": مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بن عكنون، الجزائر، (1992).
23. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول:" نظرية البطلان في قانون المرافعات"، الطبعة02، دار الطباعة الحديثة،(1997).
24. أحمد أبو الوفا:" المرافعات المدنية والتجارية": بمقتضى قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم25 لسنة 1968، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2007).
25. حسين عطا حسن سالم:" بطلان عقد الشركة على ضوء التحول الاشتراكي الجزائري"،رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر،(1983).
26. علي علي سليمان: " ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري"،ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة،الساحة المركزية ابن عكنون، الجزائر، (1992).
27. فتيحة يوسف المولودة عماري:" الأمر 27/96، والتصور الجديد لمفهوم عقد الشركة": الشركة ذات المسؤولية ذات الشخص الوحيد ذات، مقال مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم03،(1999) .
28. Christian Atias : Juris-classeur des sociétés fascicule 7-20 “Contrat de société”.
29.عباس مصطفى المصري:" تنظيم الشركات التجارية": شركات الأشخاص– شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2002).
30. Ph..Merle.Droit commercial .Sociétés commerciales. 5E ED. 1996
31. عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني": العقود التي تقع على الملكية، الجزء05، المجلد02، الهبة والشركة، دار إحياء التراث العربي،بدون طبعة ، لبنان، دون سنة النشر.
32- عمار عمورة:"الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري" دار المعرفة، بدون طبعة، الجزائر العاصمة، الجزائر،(2000).
33. أحمد محمد محرز:"الوسيط في الشركات التجارية"،منشأة المعارف، الطبعة 02، الإسكندرية، مصر،(2004).
34.أ تليلي مبروك:" بطلان عقد الشركة"، مقال منشور بمجلة الموثق ، (2002)، العدد09.
35. فتيحة يوسف المولودة عماري:"أحكام الشركات التجارية":وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب لنشر والتوزيع، الطبعة01، وهران، الجزائر، (2007).
36.عبد الحميد الشواربي:" موسوعة الشركات التجارية": شركات الأشخاص والأموال والاستثمار، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2003).
37. فوزي عطوي:" الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة01، بيروت ،لبنان،(2005)..
38. أبو زيد رضوان:" الشركات التجارية في القانون المصري المقارن"، دار الفكر العربي، بدون طبعة، القاهرة، مصر، (1998).
39. علي حسن يونس:"الشركات التجارية"، مطبعة أبناء وهبة حسان، بدون طبعة، القاهرة، مصر ،(1991)
40. بسيوني أبو الروس أحمد:" موسوعة الشركات التجارية:، المكتب الجامعي الحديث، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2002).
41. سعيد يوسف البستاني:"قانون الأعمال والشركات"، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بيروت، لبنان، (2004).

42. محمد فريد العريني:" الشركات التجارية":المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الأزاريطة، مصر، (2004).
43. عزت عبد القادر:" الشركات التجارية طبقا لأحدث التعديلات"،دار السلام، بدون طبعة، (2000).
44. Jean Honorat : Nullité recueil, v^{is} société civiles, société commerciales : répertoires sociétés. Dalloz,(Mars 1997).
45.Yves Chaput. Rev. Sociétés (1991).
46.عباس حلمي المنزلاوي":القانون التجاري": الشركات التجارية،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة04،ابن عكنون، الجزائر،(1994)
47. أحمد زيادات،إبراهيم العموش: "الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية"، بدون دار النشر,إعادة للطبعة 01، (1996).
48. نادية فضيل:" شركة الشخص الواحد"،مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء39،العدد04،(2001).
49. محمود مختار أحمد بريري:" الشخصية المعنوية للشركة التجارية": شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها، دراسة مقارنة اقانون المصري- الفرنسي- الانجليزي، دار الفكر العربي،بدون طبعة، القاهرة، مصر، (1985).
50.جلال وفاء محمدين:"المبادئ العامة في القانون التجاري"،الدار الجامعية، بدون طبعة، بيروت، لبنان، (1995)
51. Yves Guyon droit des affaires T1droit commercial général et sociétés, 16eme édition Paris .France- Économica (2003).
52. أحمد محمد محرز:"النظام القانوني لشركات المساهمة"، دار الكتاب الحديثة، بدون طبعة، الكويت، (1996).
53. G.Ripert et Roblot Traite de droit commercial Tome 1,Volume 2 ,les sociétés commerciales.18 edition delta .L.G.D.(2002).
54. J. Hemard, F. Térré P Malibat. sociétés commerciales. Tome3. Dalloz.(1978).
55. محمد فريد العريني:" القانون التجاري"الجزء02، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية ، مصر،(1999).
56. أنور طلبة:" العقود الصغيرة الشركة والمقاولة"، المكتب الجامعي الحديث، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2004).
57. محمد السيد الفقي:" مبادئ القانون التجاري"، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بيروت، لبنان،(2002).
58. مصطفى كمـال طه:" مبادئ القانون اتجاري" : مقدمة- الأعمال التجارية واتجار والمحل اتجاري- الشركات التجارية – الأوراق التجارية- الإفلاس، مؤسسة الثقافة الجامعية، بدون طبعة، مصر، (1979).
59. سمير عالية:"أصول القانـون التجاري"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة02 معدلة ومنقحة، بيروت، لبنان،(1996).
60. نادية محمد معوض:" الشركات التجارية"، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، (2001).
61. Bernard Teyssié, réflexion sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat recueil Dalloz Sirey 1976 Chronique XLV III
62. سليمان بوذياب:"مبادئ القانون التجاري": دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة01،بيروت، لبنان، (2003).

63. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق:"أصول القانون التجاري":الأعمال التجارية-التجار-الشركات التجارية-المحل التجاري- الملكيـة الصناعية، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، (2006).
64. P. Macqueron :Juris-classeur des sociétés : régime de l'action en nullité, effets, les responsabilités fascicul32- B.
65. عزيز العكيلي :" القانــون التجاري"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، عمان، الأردن،(1997).
66. فوزي محمد سامي:"شرح القانون التجاري": الجزء03 في الشركات التجارية-الأحكام العامة للشركات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، بيروت، لبنان(1997)
67. محمود الكيلاني:"التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية"، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة 01، عمان، الأردن،(2004).
68. J.Hamel, G. Lagarde, A Jauffret: introduction : règles communes à toutes les personnes du droit commercial les commerçant individus 1er et 2ème et T1. Dalloz
69. نادية فضيل:" أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري": شركات الأشخاص، دارهومة ، بدون طبعة،بوزريعة، الجزائر، (2005).
70. Valerie Simonart, ordre public et droit des sociétés RDC (1994)
71.François Leumennier : Sociétés Anonymes : Constitution répertoire des sociétés : Dalloz (1990)
72. Jean Leblond : de la nullité des sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité civile qui en découle : RTD Com.

73.H. Bosvieux, C. Houpin traité général des sociétés civil et commerciales et des associations 5èmes édition TI Paris, (1925)
73.J.P.Arrighi : apparence et réalité en droit privé : contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparente thèse 1974 faculté de droit et des sciences économique de Nice
75. Bernard Saint Ourenes: commentaire de l'arrêt de la cour de cassation de 20 Novembre (1990). Rev. Sociétés (1991).
76. Christian Dupeyron : la régularisation des actes nuls, thèses Paris (1973). Préface Pierre Hebbrand.
77. Jean Pierre Legros: La nullité des décisions de société: Rev. Sociétés n°2 (.1995).
78. عدلي خليل :" التقادم الجنائي والمدني في ضوء أحكام النقض"، دار الكتب القانونية، بدون طبعــة، المحلة الكبرى، مصر، (2001).
79. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري :" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد": نظرية الالتزام بوجه عام : الأوصاف – الحوالة – الانقضاء المجلد الثالث،الجزء03، المحلد03، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر.
80. Marty et Rayseaud, les obligations n°230, statut : Obligations
81. Charley Hannoun : remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés :Rev. Sociétés (1991).
82. René Reblot : Application et fonction de la notion d'inopposabilité en droit commerciale mélange voirin Paris L.G.D.J(1967).
83. G. Ripert : Les sociétés commerciales Paris LGDJ (1968) n° 1027