ISSN:2335-1462 مجلة القانون والمجتمع eISSN: 2600-609X
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 343-379

الشكلية في القانون التجاري الجزائري

The Formalism in Algerian Commercial Law

منصور داود *
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الجلفة - الجزائر.
m.daoud@univ-djelfa.dz
بن حفاف سماعيل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الجلفة - الجزائر.
smail_yugo@yahoo.fr

MANSOUR Daoud
Faculty of Law and Political Science
University of Djelfa, Algeria.
m.daoud@univ-djelfa.dz
BEN HAFEF Smail
Faculty of Law and Political Science
University of Djelfa, Algeria.
smail_yugo@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2019/10/ 21 **تاريخ القبول:** 2020/05/ 18

ملخص باللغة العربية:

لا نقاش في أن الرضائية هي الأصل في المعاملات المدنية، بما في ذلك تلك المندرجة ضمن سلطان القانون التجاري، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل في العديد من العقود والمعاملات التجارية، واشترط وجوب الشكلية، ذلك وعياً منه أن الرضائية وحدها غير قادرة على المحافظة على التوازن العقدي والتوفيق بين مصالح الأطراف المتعاقدة.

الكلمات المفتاحية: الشكلية؛ الكتابة؛ الشهر.

ABSTRACT:

There is no argument that consensual is the origin, as in the commercial law, but the legislator has departed from this origin in many contracts and commercial transactions, and the requirement that formalism must be aware of the fact that consensual alone is unable to maintain the contractual balance and reconcile the interests of the parties Contracting.

KeyWord: *Formalism; Writing; Publicity.*

* المؤلف المرسل.

مقدمـــــة:

نظراً لما تمتاز به الحياة المدنية من الثبات والإستقرار، وما تستغرقه التصرفات التي يبرمها غير التجار من وقت طويل في معظم الأحوال، فإن المشرع المدني وضع قواعد خاصة لإثبات هذه التصرفات حماية للمتعاقدين من جهة، وتبصيراً لهم بخطورة ما يقدمون عليه من تصرفات من جهة أخرى. وقد تجسد ذلك في القاعدة العامة التي أوردتها المادة 333 من القانون المدني، والتي يجرى نصها بالآتي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

أما في المعاملات التجارية فالأمر مختلف تماماً عما هو حاصل في المسائل المدنية، نظراً لما تطلبه الحياة التجارية من السرعة والثقة. وعلى هذا اعتنق المشرع التجاري الجزائري من خلال نص المادة 30 من القانون التجاري مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، فيجوز للأشخاص في المسائل التجارية إثبات حقوقهم عند نشوء نزاع بينهم بكافة طرق الإثبات ودون النظر لمقدار قيمة الإلتزام؛ وهذا يعني أنه يمكن لأطراف الدعوى إثبات التزاماتهم بالشهود وبالقرائن والمراسلات.

إلا أن قاعدة حرية الإثبات في التعاملات التجارية وردت عليها استثناءات تمثلت أساساً في الشكلية التي فرضها المشرع في مجالات معينة في القانون التجاري. ولاشك بأن الشكلية تعد من الأمور المهمة في التشريعات الحديثة، وما وضعها المشرع إلا لتحقيق مصلحة معينة يبتغي حمايتها من خلال إخضاعها لشكلية معينة، وعلى سبيل المثال نجد أن العقود المتعلقة بالأموال المؤثرة والفعالة في المجتمع اعتبرها المشرع عقوداً شكلية، كالعقود المتعلقة بالتصرفات العقارية، أو عقود بيع المركبات أو غيرها من العقود، ورسم لها إجراءات معينة لا تتم بدونها.

لقد أصبح القانون التجاري اليوم من أكثر القوانين تطلباً للشكلية في الكثير من المعاملات والعقود التجارية المندرجة تحت بابه، والسبب في ذلك هو أن الشكلية تسهل كثيراً العمل التجاري لما توفره من وضوح من حيث البنود التي قد تتضمنها، وربحاً للوقت في حالة النزاع، بحيث يسهل الرجوع إلى السند للتأكد من مشتملاته، وكذا التثبت من مقتضياته، وعلى هذا الأساس اتسعت دائرة التعامل بالعقود النموذجية في الأعمال التجارية، كعمليات البنك، وتداول الأوراق التجارية.

فالائتمان كمميز للقانون التجاري، يقتضي من الضرورة بمكان توفير نوع من الأمن والسلامة من أجل تسهيل المبادلات والمعاملات التجارية، ودرءاً للخلافات التي قد تحدث بسبب نشأة العقد أو تنفيذه، وهو ما سوف يتحقق لا محالة بتوفير شكلية معينة أو التنصيص على شكلية معينة ولو كانت بصورة نسبية.

كما أن السرعة كمميز للقانون التجاري، تقتضي من الضرورة العمل على توفير نماذج مطبوعة سلفاً من طرف جهات تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين، كما أن الوسائل الإلكترونية الحديثة تجعل من السهل جداً القيام بالعديد من العمليات التجارية وفي أسرع وقت ممكن، من دون الإخلال بمبدأ حرية الإثبات الذي يسود القانون التجاري، ومبدأ السلامة والأمن، الذي يجب أن يسود أيضاً ميدان المعاملات التجارية.

وعليه تظهر أهمية دراسة موضوع الشكلية التجارية باعتبارها قيد على الإرادة خاصة عند تكوين العقود من الأهمية المتزايدة لفكرة الشكلية في المعاملات التجارية على الرغم من استثنائها في الميدان التجاري، إلا أنها عادت للظهور من جديد نظراً للمزايا العديدة التي تقدمها الشكلية بوصفها وسيلة فنية وقانونية يهدف المشرع من فرضها إلى تحقيق أغراض ومزايا عديدة، خصوصاً وأن نظرية العقد بشكل عام تشهد تزايداً في القيود المفروضة على الإرادة، ولا سيما بعد صدور القوانين التي تنظم التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، وقوانين حماية المستهلك، هذا من الناحية العلمية. أما أهمية الموضوع من الناحية العملية فتأتي من الدور الذي تلعبه التصرفات الشكلية في الحياة العملية، من حيث قيمة هذه المادية والمعنوية، وكذلك في دورها في استقرار التعاملات في المجتمع.

وتكمن مشكلة البحث في الشكلية ومكانتها في القانون التجاري ما يؤدي بنا إلى طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى تعتبر الشكلية التي فرضها المشرع عائقاً أمام السرعة والائتمان في القانون التجاري ؟ وهل هي غاية في ذاتها أم وسيلة لتحقيق غاية معينة في مجال القانون التجاري ؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقترح التساؤلات التالية:

- ما مدى تكريس المشرع التجاري للشكلية في القانون التجاري ؟
- ما هي مجالات التكريس التشريعي للشكلية في القانون التجاري ؟

- ما هو الهدف من اتخاذ الشكلية رغم أنها تعتبر قيداً على الإرادة وهو ما يتعارض ومبادئ القانون التجاري ؟
- ما مدى فعالية الشكلية في القانون التجاري ؟

وإجابة منا على هذا الإشكالية ارتأينا تقسيم دراستنا إلى مبحثين، نعالج في الأول التكريس التشريعي للشكلية في القانون التجاري، وذلك من خلال التطرق إلى شكلية الكتابة وشكلية الشهر، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى هدف الشكلية وفعاليتها، أين سنناقش فيه الحماية باعتبارها هدف الشكلية، والفعالية باعتبارها آلية.

المبحث الأول: التكريس التشريعي للشكلية في القانون التجاري.

إذا كان مبدأ الرضائية هو الأصل في المعاملات التجارية، فإن القانون التجاري يتطلب في العديد من الحالات والتصرفات شكليات معينة، هذه الشكلية التي تتمحور بين الكتابة والإشهار[1].

المطلب الأول: شكلية الكتابة.

لقد أوجد القانون التجاري مجموعة من العقود الشكلية، والسندات التجارية وذلك من أجل حماية السرعة والائتمان الذي يميز العمل التجاري، فالشكلية في المعاملات التجارية أكثر مرونة، وحتى في الحالات التي يشترط فيها شكل معين فهي سهلة وبسيطة، حيث أنه في العديد من الحالات تمنح حرية الاختيار بين العقد الرسمي والعقد العرفي للإنشاء.

1 إن التمييز بين نظام الشكل ونظام الشهر يبدوا واضحاً من جوانب عدة، فالشكل يتصل بتكوين العقد وقيامه، وبالتالي يجب توافره لحظة تكوين العقد، أما إجراءات الشهر فتقضي وجود تصرف سابق منتج لآثاره، وبالتالي هي إجراءات لاحقة على تكوين العقد وليست معاصرة لتكوينه، كما أن إجراءات الإشهار لا تتصل بالعقد ذاته إنما تنصب على سند إثباته، فلا بد من تحرير سند يثبت وجود العقد، الأمر الذي يجعل إجراءات الإشهار أجنبية على البناء القانوني للعقد. **انظر:** مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، حزيران 2018، ص 166.

الفرع الأول: الشكلية المكرسة في القانون المدني.

لقد أخضع المشرع بعض المعاملات التجارية للشكلية، لا سيما التصرفات التي تقع على المحل التجاري والشركات التجارية.

أولاً: التصرفات الواردة على المحل التجاري.

يعتبر المحل التجاري مالاً منقولاً معنوياً، فهو يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، ولقد أشار المشرع الجزائري إلى بعض التصرفات القانونية التي يمكن أن ترد على المحل التجاري كالبيع أو الرهن.

1. بيع المحل التجاري:

نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة، أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

والملاحظ أن المشرع اعتبر تخلف الكتابة الرسمية في أحد العقود الواردة في نص المادة أعلاه باطلة.

وإضافة إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، تنص المادة 79 من القانون التجاري على ما يلي: " كل بيع اختياري، أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلق على شرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة، أو بالمزايدة، أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة، يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً".

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أوجب إثبات العمليات التي ترد على المحل التجاري بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

وقد احتدم جدل فقهي حول مسألة الشكلية المفروضة في عقد بيع المحل التجاري، وموقعها في مجال التصرفات القانونية الواردة عليه، هل هي رسمية مستوجبة للإثبات، أم هي ركن في العقد بحيث يفضي تخلفها توقيع البطلان المطلق عليه ؟

ذهب الإتجاه الأول إلى اعتبار الشكلية ركن لانعقاد بيع المحل التجاري؛ ذلك أن عدم كتابة العقد رسميا ًيؤدي إلى بطلانه، فكلمة إثبات الواردة في المادة 79 المذكورة سابقاً تعني تثبيت العقد بمعنى انعقاده ولا تعني إثباته بمعنى الدليل للاسترشاد بواقعة معينة، فلو أراد المشرع من عبارة "إثباته بعقد رسمي"، الدليل الذي يثبت واقعة معينة؛ لأشار إلى بطلان الدليل وليس إلى بطلان العقد، أو أشار إلى النص الخاص بالإثبات وهو المادة 30 من القانون التجاري[1]، كما يستند هذا الرأي إلى نص المادة 96 من القانون التجاري المتعلقة بامتياز البائع والتي تشترط رسمية عقد البيع لاحتجاج البائع بامتيازه على دائني المشتري.

أما الإتجاه الثاني فاعتبر الرسمية شرط للإثبات وليس للانعقاد، وأن هذا الأمر مسلم به وأن بيع المحل التجاري يعد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادتي البائع والمشتري[2].

وأمام هذا الغموض الوارد بالمادة 79 من القانون التجاري والذي دام لسنوات دون توضيح، تدخل القضاء بإصدار المحكمة العليا قرار يفصل في مسألة الشكلية في بيع المحل التجاري بتاريخ: 1997/02/18، ملف رقم: 156136 الغرف المجتمعة، قضت فيه أن العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية من النظام العام، ولا يمكن تبعاً لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع[3].

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها تحت رقم: 80160 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلاً، كل تنازل عن محل

1 سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 127-128.

2 فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 208.

3 حمدي باشا، القضاء التجاري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 62.

تجاري ولو كان معلق على شرط، أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة، أو المزايدة، أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة.. لذا فإن القرار الذي فصل في طلب الطاعنين الرجوع إلى الأمكنة وقضي بالرفض صدر مستوجبا للنقض والإبطال[1]".

وهناك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 136139 عن الغرف المجتمعة قضى بما مضمونه: "وضمن هذه الظروف فإنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية، ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانو عليها قبل إبرام العقد وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني، وبما أن القرار المنتقد لم يراعي القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض"[2].

2. رهن المحل التجاري:

جاء في نص المادة 120 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي"، ووفقاً لهذا النص فإن الرسمية شرط لانعقاد عقد الرهن وصحته ووسيلة لإثباته، غير أن المشرع الجزائري أورد استثناءً على هذه القاعدة في نص المادة 1/123 من الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 10-04 المؤرخ في 2010/08/26، والأمر رقم: 17-10 المؤرخ في 2017/10/11، فأجاز أن تتم عملية رهن المحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانوناً[3].

فالمشرع يتطلب تحرير عقد رهن المحل التجاري في شكل رسمي أو عرفي، شأنه في ذلك شأن بيع المحل التجاري، وبغض النظر عن كون الكتابة للانعقاد، أو الإثبات فقط، وهذه الكتابة هي التي تجعل العقد يتضمن مجموعة من البيانات التي من شأنها حماية امتياز البائع، وكذا حقوق الدائنين المرتبطة بآجال محددة منصوص

1 قرار المحكمة العليا رقم: 80160، المؤرخ في: 1992/01/05، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1995، ص 177.

2 قرار المحكمة العليا رقم: 136169، المؤرخ في: 1997/02/18، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1997، ص 10

3 مقدم مبروك، المحل التجاري، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 75.

عليها قانوناً، والتي لا يمكن التأكد منها إلا من خلال مستند رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، ومن شأنها أيضا الوقاية من العديد من النزاعات التي قد تثور حول إبرام عقد الرهن أو عدمه، كما أن نفاذ الرهن في مواجهة الغير تتطلب قيده في السجل التجاري وفقاً لإجراءات محددة، ولا يتم ذلك إلا بمستند كتابي.

ثانياً: تأسيس الشركات التجارية.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الشركة في القانون التجاري، واكتفى في ذلك بالتعريف الوارد في المادة 416 من القانون المدني، والذي يصفها بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر، على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل، أو مال، أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي ينتج، أو تحقيق اقتصاد، أو بلوغ هدف اقتصادي ذو منفعة مشتركة.

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن يتحمل الشركاء الخسائر التي قد تنجر عن ذلك، فالشركة باعتبارها توافق إرادتين أو أكثر لا بد أن تتوافر فيها الأركان العامة والخاصة، حتى لا يلحق بها أي جزاء من الجزاءات المنصوص عليها قانوناً، فإذا كان كل من الأهلية والرضا والمحل والسبب يعبرون عن الأركان العامة للعقد، فالكتابة تعبر بدورها عن الأركان الخاصة للعقد.

وباعتبار أن عقد الشركة هو الذي يترجم توافق إرادة الشركاء، بات من الضروري أن يتم صياغته بشكل دقيق، وهو ما لا يمكن أن يتم إلا باعتماد شكلية الكتابة، والغاية من اشتراط الكتابة كشكلية لازمة لإبرام عقد الشركة تكمن في توفير الحماية للشركاء، باعتبار أن العقد المكتوب يشكل الوثيقة التي تحدد حقوق الشركاء والتزاماتهم والمرجع لبعض الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الشركاء[1].

وفي هذا الإطار نصت المادة 418 من القانون المدني على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد. غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

1 مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص ص 44-45.

ونصت المادة 545 من القانون التجاري على أنه: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة". فالمشرع الجزائري، جعل من عقود الشركات التجارية شكلية يترتب على تخلف ركن الكتابة الرسمية البطلان[1]، كما يقتضي كل تعديل يرد على العقد ضرورة كتابته بذات الشكل الذي تم كتابة العقد الأصلي به[2].

الفرع الثاني: الشكلية المكرسة في القانون التجاري.

تقوم الأحكام الخاصة بالأعمال التجارية على اعتبارين أساسين هما: السرعة والائتمان، وعلى هذا الأساس فالشكلية تنصرف إلى تناول السندات التجارية وقواعد الإثبات.

أولاً: السندات التجارية.

تعرف السندات التجارية بأنها مجموعة من السندات التي يتداولها التجار فيما بينهم كبديل للسيولة النقدية، وقد أوردها المشرع الجزائري في القانون التجاري تحت مسمى السفتجة، السند لأمر والشيك؛ والتي هي عبارة عن سندات بها بيانات معينة.

والملاحظ على هذا النوع من الأسناد التجارية أنه ليس مشروطاً فقط لإثبات الإلتزام الثابت فيه، بل هو شرط وجود الأمر الذي دفع الشراح إلى القول بأن الورقة التجارية تصرف شكلي، ولذلك لا تنطبق أحكام القانون الخاصة بالأوراق التجارية ما لم تكن هناك ورقة متضمنة البيانات المطلوبة قانوناً، ولو ثبت مضمون الورقة بدليل آخر كالإقرار[3].

ولم يحدد المشرع نوع الكتابة ما إذا كانت رسمية أو عرفية، فالأمر يضفي الصحة على الحالتين، إلا أنه نظراً لما تتطلبه الكتابة الرسمية من إجراءات وتعقيدات، فإن المحرر العرفي هو الأرجح للاستعمال نظراً للمرونة والسهولة في تجسيده.

---

1 نادية فضيل، أحكام الشركات طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط 7، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 103.

2 هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 569.

3 علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1995، ص 7.

1. السفتجة:

هي ورقة تجارية مكتوبة تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد، وذلك بمجرد الإطلاع أو في تاريخ محدد. وبالرجوع إلى المادة 390 من القانون التجاري فإن المشرع يتطلب أن تتضمن الكمبيالة مجموعة من البيانات الإلزامية

- تسمية "سفتجة" مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحرير،
- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين،
- اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،
- تاريخ الاستحقاق،
- المكان الذي يجب الدفع،
- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره،
- بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه،
- توقيع من أصدر السفتجة "الساحب".

فالمشرع الجزائري لم يتطلب في إنشاء السفتجة الكتابة فقط للتثبت من إرادة المدين في الالتزام[1]، بل اشترط وجوب توافرها على مجموعة من البيانات الإلزامية حتى تكون مثبتة للدين الذي تتضمنه. وقد رتب المشرع الجزائري على تخلف أحد البيانات الإلزامية ما تضمنه المادة 2/390 من القانون التجاري كالتالي: "إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة، فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية: إن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الاستحقاق تكون مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها، وإذا لم يذكر فيها مكان خاص بالدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكاناً للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه.

1 *Duriac Isabelle, La signature, Thèse de doctorat en Droit privé, Paris 2, 1997, p 70-72.*

وإذا لم يذكر فيها مكان إنشائها تعتبر كأنها منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب. أما السند الذي يخلوا من أحد البيانات الإلزامية لا يصبح سفتجة، وبصيغة أخرى فإن انتفاء بيان إلزامي في السفتجة تؤدي إلى بطلانها، إلا أن ذلك لا يفقدها كل القيمة القانونية[1] فالأمر متوقف على طبيعة البيان الناقص ذاته:

- السند الخالي من ذكر كلمة سفتجة باطل كسند تجاري وصحيح كسند عادي.
- السند الخالي من تعيين المبلغ الواجب دفعه في السفتجة تعيينا دقيقا يعتبر إقرارا أكيدا بمديونية الساحب قبل المستفيد.
- السند الخالي من تاريخ الإنشاء لا يعتبر سفتجة بل يتحول إلى سند عادي.

2. الشـــيك:

وهو أمر مكتوب من الساحب إلى المسحوب عليه بأن يدفع هذا الأخير بمجرد الإطلاع عليه مبلغاً من النقود لفائدة شخص ثالث هو المستفيد، أو لفائدة شخص آخر، ويطلق عليه بالحامل الشرعي للسند، وقد أصبح في ظل التشريع الجزائري يمثل سنداً مسحوباً على بنك أو مؤسسة مالية مؤهلة (م 474 ق.ت.ج)

وبالرجوع إلى المادة 472 من القانون التجاري نجد أن المشرع يتطلب أن يتضمن الشيك مجموعة من البيانات الإلزامية، المتمثلة في:

- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها،
- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين،
- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،
- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع،
- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه،
- توقيع من أصدر الشيك (الساحب).

---

1 إن المادة 105 من القانون المدني نصت على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن المتعاقدين قد اتجها في نيتهما إلى إبرام هذا العقد"، للمزيد انظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 29.

فالمشرع لم يتطلب في الشيك الكتابة فقط بل تطلب ضرورة توافر مجموعة من البيانات الإلزامية حتى تكون مثبتة للدين الذي يتضمنه السند. وقد رتب المشرع على تخلف أحد البيانات الإلزامية ما تضمنته المادة 473 من القانون التجاري بقولها: "إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة فلا يعتبر شيكاً إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات الآتية: إذا خلا الشيك من بيان مكان الوفاء فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان الوفاء، فإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه فيكون الشيك واجب الدفع في المكان المذكور أولا. وإذا لم تذكر هذه البيانات أو غيرها يكون الشيك واجب الدفع في المكان الذي به المحل الأصلي للمسحوب عليه. إن الشيك الذي لم يذكر فيه مكان إنشائه يعتبر مكان إنشاؤه قد تم في المكان المبين بجانب اسم الساحب. إن انتفاء بيان إلزامي سوف يؤدي لا محالة إلى بطلانه، مع إمكانية تحوله إلى سند عادي لإثبات الدين إذا توافرت فيه شروط هذا السند وقفاً للقواعد العامة.

3. السند لأمر:

هو ورقة تجارية مكتوبة تتضمن أمراً من شخص يسمى المتعهد إلى شخص آخر يسمى المستفيد بأن يدفع له مبلغاً من النقود لمجرد الإطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين.

وبالرجوع إلى المادة 465 من القانون التجاري نجد أن المشرع يتطلب أن يتضمن السند لأمر مجموعة من البيانات الإلزامية:

- شرط الأمر أو تسمية السند مكتوبة في نفس النص وباللغة المستعملة لتحريره،
- الوعد بلا قيد ولا شرط لأداء مبلغ معين،
- تعيين المكان الذي يجب فيه الأداء،
- اسم الشخص الذي يجب أن يتم الأداء له أو لأمره،
- تعيين المكان والتاريخ اللذين حرر فيهما السند،
- توقيع من حرر السند؛ أي (الملزم).

فالمشرع لم يتطلب في السند لأمر مجرد الكتابة بل لا بد من توافر مجموعة من البيانات الإلزامية حتى تكون مثبتة للدين الذي يتضمنه السند.

وقد رتب المشرع عن تخلف أحد البيانات الإلزامية ما تضمنته المادة 466 من القانون التجاري والتي نصت: "إذا خلا السند من أحد البيانات المبينة في المادة السابقة فلا يعتبر سند لأمر إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات التالية:

- إن السند لأمر الذي لم يعين فيه تاريخ الاستحقاق يعد واجب الدفع عن الاطلاع عليه.
- إذا لم يكن بالسند تعيين خاص فيعد مكان إنشائه هو مكان الدفع وهو نفسه المكان الذي به مقر الملزم.
- إن السند لأمر الذي لم يذكر به مكان إنشائه يعتبر محرراً بالمكان المعين بجانب الملزم.

وبانتفاء أحد البيانات الإلزامية سيؤدي لا محالة إلى بطلان السند لأمر، مع إمكانية تحوله إلى سند عادي لإثبات الدين إذا توفرت فيه شروط هذا السند .

ثانياً: الدفاتر التجارية.

أوجب القانون على التاجر مراعاة القواعد الشكلية عند مسكه للدفاتر التجارية لاعتبارها دفاتر منتظمة، حيث أنه نص في المادة 11 من القانون التجاري شكلاً معيناً يجب أن تكون عليه الدفاتر التجارية، وبدون هذا الشكل لا يمكن للدفاتر أن تستوفي الشروط القانونية، لذلك فقد نصت المادة 11 فقرة 02 على أن: "ترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد".

1. الترقـــيم:

يجب قبل استعمال دفتري اليومية والجرد أن ترقم كل صفحة من صفحاتها، وذلك قبل البدء في استعمال الدفترين، والمقصود من ذلك ألا يتمكن التاجر المتلاعب من إعدام بعض الصفحات أو إعدام الدفتر بأكمله واصطناع آخر، بدلاً منه أو استبدال بعض صفحاته بغيرها، وفي هذه الحالة فقد نص المشرع في المادة 369 من القانون التجاري على جزاء شديد يخص التاجر الذي حاول إتلاف أو حرق أو طمس معالم الدفتر تهربا من الضرائب وما إلى ذلك.

2. التوقيع:

كما يجب على التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أن يقدم الدفتر للتوقيع عليه من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد (نص المادة 2/11 ق ت ج)، كما يجب أن يقدمه أيضاً أو ورثته في حالة وقف نشاط المتجر أو المشروع إلى القاضي ليوقعه أو يؤشر عليه بما يفيد ذلك.

3. لغة تدوين قيود الدفاتر التجارية:

يتضح من الأحكام القانونية أنه يجب مسك محاسبة طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري العمل بها، وإذا كانت ممسوكة بلغة أجنبية فهي مقبولة، ولكن يجب تقديم ترجمة من قبل مترجم معتمد عند كل طلب من المفتش التابع لإدارة الضرائب، كما يجب أن تكون المحاسبة مفصلة بشكل كاف لتسمح بتسجيل ومراقبة العمليات التي تقوم بها المؤسسة.

المطلب الثاني: شكلية الإشهار.

بالإضافة إلى شكلية الكتابة أوجب القانون التجاري في العديد من النصوص القانونية عملية الإشهار، بحيث لا يمكن للتصرفات القانونية في العديد من الحالات أن تنتج آثارها لا فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير، إلا من تاريخ القيام بهذه العملية. وهو ما سنحاوله تلمسه من خلال التعرض للقيد في السجل التجاري ولإشهار بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري، وكذا لتأسيس الشركات التجارية.

الفرع الأول: القيد في السجل التجاري.

من بين التزامات التجار المفروضة من قبل المشرع القيد في السجل التجاري لكل شخص تاجر بحسب الشكل، أو بحسب الموضوع، ودون شركة المحاصة ذات الطبيعة المستترة، تخضع الشركات التجارية لإجراءات الشهر المنصوص عليها قانوناً، والمقصود بالشهر إعلام الغير بتكوين ونشاط الشركة[1].

تنص المادة 19 من القانون التجاري على أنه: "يلزم بالتسجيل في السجل التجاري:

1 سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 93.

- كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجاري داخل القطر الجزائري.
- كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو أن يكون موضوعه تجارياً، ومقره في الجزائر، أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت".

يعتبر القيد في السجل التجاري الوسيلة الكفيلة بالتعرف على المركز القانوني للتاجر، نظراً للعلنية التي يتميز بها، بحيث يمكن لكل شخص أن يحصل على نسخة أو مستخرج مشهود بصحته للقيود التي يتضمنها السجل التجاري أو شهادة تثبت عدم وجود أي قيد أو أن القيد الموجود قد شطب عليه.

فالشهر القانوني للبيانات والمعلومات المتعلقة بالتاجر تعد الوظيفة الرئيسية لإقرار نظام السجل التجاري، مما يوفر الحماية الكاملة للتاجر للاستثمار باسمه التجاري وشعاره، ونود الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ألزم التاجر من خلال المادة 27 من القانون التجاري إلى أن يذكر في عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة منه أو باسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذي حصل عليه.

الفرع الثاني: إشهار بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري وكذا تأسيس الشركات التجارية.

أولاً: إشهار التصرفات الواردة على المحل التجاري.

أوجب القانون التجاري أن يتم إشهار التصرفات القانونية التي قد ترد على المحل التجاري، فقد ألزم القانون كل تاجر انطلاقاً من مبدأ الائتمان والثقة بين المتعاملين التجاريين، القيام بالقيد والنشر.

1. القيد في الدفتر العمومي لبيوع ورهون المحلات التجارية:

أسندت للمركز الوطني للسجل التجاري مهمة القيد في الدفتر العمومي لبيع ورهن المحل التجاري، بحيث يقوم بتسجيل بيع ورهن القاعدة التجارية في دفتر خاص يدعى بالدفتر العمومي. وعليه على بائع المحل التجاري قيد امتيازه، فيلتزم في ظرف 30 يوماً من تاريخ عقده بقيد العقد لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري وإلا كان باطلاً، وهذا ما نصت عليه المادة 97 /1 من القانون التجاري.

يجب على البائع أن بتقدم إلى مأموري المركز لقيد الامتياز بطلب منه شخصياً أو بواسطة الغير أن يقدم نسخة من عقد البيع لمأموري المركز، وهذا الأخير يقوم بالاحتفاظ بعقد البيع، وأن يقدم جدولان يحرران على ورقة غير مدموغة، وهذا حسب نص المادة 98 من القانون التجاري.

كما تقيد لدى مصالح المركز كل عناصر المحل التجاري المحددة في عقد البيع، وللمتعاقدين الحرية في تحديد العناصر محل الإمتياز، وفي حالة عدم تحديد هذه العناصر بدقة فيقع الامتياز على عنوان المحل واسمه والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، حسب ما ورد في نص المادة 2/96 من القانون التجاري.

ونفس الأمر فيما يتعلق بقيد رهن المحل التجاري، فقد وضعت دفاتر وسجلات للرهن الحيازي للمحل التجاري تسمى الوثيقة التأمينية على الرهون المختلفة التي تسجل فيها كل المعلومات التي ترد على المحلات التجارية، بحيث أسندت مهمة مسك وتسيير الدفتر العمومي لرهن المحل التجاري للمركز الوطني للسجل التجاري، وذلك كضمان لجميع العقود الواردة على المحل التجاري[1].

وقد أوجب المشرع في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إتباع إجراءات أمام المركز؛ إذ يجب قيد رهن الرهن في سجل يخصص لهذا الغرض. وحددت المادة 120 من القانون التجاري إجراءات قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري، التي تنص على ما يلي: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق المحل التجاري. ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي".

يفهم من نص المادة أن الرهن الحيازي يثبت بعقد رسمي، ولا يتقرر الامتياز المترتب عن الرهن إلا بعد القيد في السجل العمومي الخاص بالرهون، الذي تمسكه الهيئة المكلفة بالسجل التجاري، ويتم إتمام نفس إجراءات القيد في حالة ما إذا كان

1 عودي عبد الله، مهام المركز الوطني للسجل التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 23.

المحل التجاري المرهون له فروع أخرى يشملها الرهن الحيازي. يجب قيد الرهن خلال 30 يوما من إبرام العقد الرسمي تحت طائلة البطلان، وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون التجاري.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أخضع عملية بيع ورهن المحل التجاري للقيد في الدفتر العمومي دون غيرها من العمليات الواردة على المحل التجاري، من عقد تأجير التسيير، تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة، الهبة، الوصية؛ نظراً لكون عملية بيع ورهن حيازة المحل التجاري الأكثر تداولاً في المعاملات التجارية.

2. القيد في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

تقيد بعض العناصر المعنوية المتعلقة بالمحلات التجارية من علامات ورسوم ونماذج صناعية وبراءات الاختراع لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

3. النـــــشر:

أوجب القانون ضرورة نشر مضمون العقود الواردة في المحل التجاري من بيع أو رهن حيازي أو تأجير التسيير أو تقديم المحل التجاري كإسهام في الشركة، وذلك بعد قيدها في السجل التجاري والدفاتر العمومية بالنسبة للبيع والرهن. ويقوم المركز الوطني للسجل التجاري بمهمة نشر مضمون العقود الواردة على المحل التجاري، ويقصد بالنشر نشر مضمون العقد في النشر الرسمية للإعلانات القانونية، أو الصحف اليومية الوطنية، أو أي وسيلة أخرى ملائمة.

وتنشر عملية بيع المحل التجاري بنشرتين، حيث ذكرت في نص المادة 83 من القانون التجاري، حيث تنص على: "كل تنازل عن المحل التجاري في الوجه المحدد في المادة 97 أعلاه، يجب إعلانه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه بسعي من المشتري تحت شكل ملخص، أو إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري".

وتنص هذه المادة على وجوب إعلان عملية البيع الواردة على المحل التجاري خلال 15 يوماً من تاريخ التصرف وذلك بسعي من المشتري، ويتم الإعلان في النشرة الرسمية لإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري ويجب تسجيل العقد وإلا كان باطلاً.

أما بالنسبة لعقد تأجير تسيير المحل التجاري فينشر أيضاً خلال 15 يوماً من تاريخ إبرامه على شكل مستخرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، كما يتعين على المؤجر إما بتسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل قيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير.

ثانياً: إشهار تأسيس الشركات التجارية.

تنص المادة 548 من القانون التجاري على أنه: "يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة". وعليه رتب المشرع التزاماً على الشركة التجارية يتمثل في القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري أو ملحقاته.

كما تنص المادة 04 من القانون رقم 13-06 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية على أنه: "يجب على كل شركة تجاريةأاو أية مؤسسة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري القيام بالإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، وتستثنى الشركات حديثة التسجيل في السجل التجاري، والتي لا تقوم بالإيداع القانوني ولا الإشهار لحساباتها الخاصة بالسنة الأولى من تسجيلها في السجل التجاري. وتستثنى الشركات المنشأة في إطار دعم تشغيل الشباب التي تخضع لإجراء نشر الحسابات خلال 03 سنوات الموالية لقيدها في السجل التجاري، وهذا بحسب ما جاء في المادة 04 من القانون رقم 13-06 أعلاه".

وترمي إجراءات الإشهار في القانون التجاري الجزائري لتحقيق نفس الأهداف فكل الشكليات المتعلقة بالأعمال التأسيسية للشركة وكل عمل تعديلي أو تداولي يخصها يتم وفقاً لإجراءات قانونية إلزامية معينة:

- تسجيل القانون الأساسي والقوانين المعدلة له بمصلحة التسجيل لدى الخزينة.
- تسجيل القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري.
- نشر إعلان يحرره الموثق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية والذي يتضمن بيانات معينة.

على أن يكون عقد إنشاء الشركة وجميع العقود المعدلة له في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، حيث قرر القضاء إبطال الكثير من العقود الخاصة بالشركات التجارية والتي لم تتم بشكل رسمي.

المبحث الثاني: الشكلية هدفها الحماية وتحقيق الفعالية.

إن المشرع عندما يتبنى نظاماً قانونياً معيناً فإنه قطعاً يسعى من خلال ذلك إلى تحقيق أغراض معينة، بيد أن تحققها لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال تبني هذا النظام، وتتمثل هذه الأغراض في مصالح معينة وجد المشرع إنها الأجدر بالحماية.

وعليه فالشكل بوصفه نظاماً قانونياً لا يخرج عن هذه القاعدة، إذ أن المشرع يسعى من خلال فرض الشكل إلى تحقيق الحماية لمصالح معينة، وهذه الغايات تتحدد في ضوء طبيعة الشكل والدور الذي يضطلع به في العقد، وذلك على الصورة التي سبق أن حددناها للشكل، فهذه الطبيعة هي التي تحدد وظيفة الشكل.

المطلب الأول: تحقيق الحماية هدف الشكلية.

ترتبط الأغراض التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال فرض الشكل ارتباطاً وثيقاً بدور التعبير عن الإرادة في التصرف القانوني[1]، فالشكل هو شكل التعبير عن الإرادة، وهو لذلك يؤدي وظائف عديدة تدخل في إطار المصالح الخاصة للأفراد، من حيث أن خصوصيتها تصب في مجرى المصلحة العامة للمجتمع، ومن ثم لا يمكن أن ينكر على الشكل دوره في تحقيق المصالح العامة للمجتمع من خلال توفير الاستقرار في المعاملات وتحقيق العدالة الموضوعية، لذا باتت الوظيفة الأساسية للشكل في وقتنا الحاضر وظيفة حمائية بامتياز[2]، سواء على صعيد المصالح الخاصة للأفراد أو المصالح العامة للمجتمع، وهو ما سنتولى تسليط عليه الضوء عليه من خلال الفرعين الآتيين، حيث سنعالج في أولهما الشكل بوصفه

1 ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 68.

2 عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000، ص 419.

وسيلة لحماية المصالح الخاصة، ونكرس ثانيهما للشكل بوصفه وسيلة لحماية المصالح العامة للمجتمع.

الفرع الأول: الشكل وسيلة لحماية المصالح الخاصة.

قد يكون الهدف من الشكل هو حماية المتعاقدين أو حماية الغير:

أولاً: الشكل وسيلة لحماية المتعاقدين.

الحقيقة أن الغرض من الإلزام باستيفاء الشكل في جميع صوره هو حماية المتعاقد، وهذه الحماية تتجسد في جوانب شتى بدءً من تحديده مضمون التصرف وتوفيره وسيلة إثبات مسبقة، إذ قد يكون الهدف من الشكل ضمان أن يأتي التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقية للمتعاقد، وقد يكون الهدف منه حماية المتعاقد من التسرع والاندفاع، وتوفير الظروف المناسبة أمام المتعاقد ليقدم على إنشاء التصرف بإرادة حرة مستنيرة.

إن التعبير عن الإرادة في ظل مبدأ الرضائية الذي يمنح مساحة واسعة أو حرية كبيرة للإرادة في اختيار وسيلة التعبير إنما قد يأتي في الحقيقة غير مطابق للإرادة[1]. حيث أن المشرع يرى في بعض التصرفات خطورة كبيرة على مصالح المتصرف، وأن التعبير يمكن أن يأتي غير مطابق للإرادة الحقيقية، وعليه فإن المشرع يوثر الاحتياط في مثل هذه التصرفات، فيشترط لضرورة إنشائها توافر إجراءات شكلية معينة، كما هو الشأن كذلك في اشتراط الكتاب الرسمية[2]، إذ أن من شأن تدخل الموظف المختص ضمان توجه إرادة الشخص إلى إبرام العقد وعلمه بمحتوياته وإدراكه لنتائجه، وهو ما ينطبق بدوره على الكتابة العرفية، إذ أن من شأن وجوب صب اتفاق الأطراف في شكل كتابة عرفية أن يضمن سعي الإرادة إلى الالتزام الذي تتضمنه الكتابة بالإضافة إلى معرفتها التامة به.

1 ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص101 .

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 280، **وأيضاً**: محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1979، ص 220.

كما يستلزم القانون أن تكون الإرادة عند توجهها نحو إحداث الأثر القانوني حرة ومدركة تماماً لما أقدمت على الالتزام به، أو بعبارة أخرى أن تكون الإرادة بعيدة عن كل ضغط يمكن أن يمارس عليها في إبرام التصرف القانوني، وأن يكون المتعاقد على بينة تامة لما قد يلزم به نفسه بموجب هذا التصرف.

ولهذا نجد المشرع قد لجا إلى اشتراط الشكل في تصرفات أولاها أهمية خاصة تقديراً منه لخطورتها الكبيرة، ومن ثم سعياً منه لإظهار أنها قد نشأت بإرادة حرة خالية من الضغوط، ويبدو هذا واضحاً بالأخص في اشتراط الكتابة الرسمية في مجموعة من التصرفات، وهذا أمر من شأنه أن يضمن صدور التصرف من إرادة حرة مستنيرة وعلى بينة بحقيقة الالتزام الذي تقدم عليه[1].

وإلى جانب ما تقدم يظهر دور الشكل في حماية حرية إرادة المتعاقد إذا كانت العقود قد أبرمت بين طرفين غير متساوين في المراكز الاقتصادية، حيث يكون أحد المتعاقدين ذا وضع اقتصادي واجتماعي يفضل على وضع المتعاقد الآخر، ويضفي عليه قدراً من السلطة بالنسبة إلى هذا الأخير ويضعه موضع الأقوى منه، ومن ثم يمكنه من التأثير على إرادته، بحيث يبرم معه عقداً تكون له فيه حصة الأسد أو يكون فيه الطرف الآخر (الضعيف) تحت رحمته، وهذا يعني عدم المساواة بين المتعاقدين[2]، وحيث أن ترك أمر الشكلية لإرادة الأطراف قد يؤدي أحياناً –كما يتوقع المشرع– إلى مثل تلك النتائج، فإننا نجد هذا المشرع كثيراً ما يلجا إلى فرض الشكل –وبالأخص الرسمي منه– في التصرفات المهمة .

كما يمكن تحقيق هذا التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية من خلال اشتراط الكتابة العرفية لإنشاء التصرف، حيث تسمح هذه الكتابة للمتصرف بتثبيت نصوص الإتفاق بما يشتمل عليه من التزامات متبادلة[3]، كما أن من شأنها أن تحيطه علماً بكل ما قد يترتب على العقد من آثار، وهو ما يبدو واضحاً في تطلب البيانات الإعلامية في بعض العقود، إذ يفرض المشرع على واضع العقد بأن يورد فيه بعض البيانات التي من شأنها إعلام المتعاقد الآخر بالالتزامات المتبادلة والأحكام القانونية

1 حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص 179.

2 حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص 180.

3 عبد الرشيد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 423.

المعدة لحمايته، ومن هنا وجب إيراد البيانات الإلزامية في مستند خطي وإلا وقع العقد باطلاً[1].

إن الشكلية معدة كذلك لحماية المتعاقد من التسرع والإندفاع، فالشكل يترك للأطراف وقتاً للتفكير والتأمل قبل الإقدام على إبرام التصرف[2]، وهذا ما يتحقق من اشتراط شكلية الكتابة الرسمية أو الكتابة العرفية.

إن الوظيفة الأكثر وضوحاً للشكلية هي تقديم إثبات ودليل وجود العقد وفحواه في حالة النزاع، فالشكل في هذه الوظيفة يوفر الدليل الذي يثبت وجود العقد وطريقة وضعه عند الاعتراض، وهو ما يبدو واضحاً في الكتابة سواء أكانت رسمية أم عرفية[3].

ثانياً: الشكل وسيلة لحماية المتعاقد الآخر.

إن الشكل بأغراضه التي تقدم بيانها يوفر الحماية للمتعاقد الآخر شأنه في ذلك شأن المتصرف، فكل من المتصرف والمتعاقد معه طرف في إبرام التصرف الشكلي، فالشكلية توفر لمن تعاقد مع المتصرف قوة خاصة وثابتة ضد جميع الإعتراضات ما دام أن العقد قد تم من قبل موظف عام في الكتابة الرسمية، وذلك لأن الموظف عندما يقوم بتحرير العقد وتثبيت الواقعة كما جرت بحضوره وإخباره بهذا الشأن يكون له قيمة مهمة، إذ يكون له قوة ثابتة كمحرر رسمي ما لم يثبت تزويره[4]، فشكلية الكتابة الرسمية في بيع المحل التجاري تضمن للمشتري حقوقه وذلك لأن العقد يؤمن له وسيلة دفاع ضد الاعتراضات التي يمكن أن توجه ضد العقد.

فمن المقرر في القواعد العامة أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع ثابت له انطلاقاً من كونه الطرف الضعيف عادة في العلاقة التعاقدية وهدف المشرع من تقرير هذا الحق هو تمكين المشتري من الإحاطة الشاملة بالمبيع على نحو تستنير من خلاله إرادته عن قناعة تامة لإبرام العقد.

ولما كان المحل التجاري مالا منقولا معنويا بحيث يصعب على المشتري تحديد قيمته الحقيقية وبخاصة القيمة المالية المستحقة لمشتملاته المعنوية، وإذا كان

1 حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، 180.

2 حسين عبد القادر معروف، نفس المرجع، ص 181.

3 حسين عبد القادر معروف، نفس المرجع، ص 181.

4 حسين عبد القادر معروف، نفس المرجع، ص 182.

شراء المحل التجاري يرمي من ورائه المشتري إلى استثماره أو إعادة استغلاله على نحو يدر عليه ربحاً أكثر، لذا أوجب المشرع الجزائري على البائع لمحله التجاري وجوب ذكر بعض البيانات المتعلقة بالمحل، بحيث يترتب على إهماله أو عدم ذكرها أو التصريح بها على خلاف الحقيقة والواقع جزاء قانوني خطير يهدد أحيانا قيام عقد البيع برمته.

وعليه وسعياً من المشرع لحماية مشتري المحل التجاري من الوقوع في الخديعة والتدليس الذي يبادر به التاجر من خلال رفع ثمن المبيعات والأرباح المحققة في السنوات السابقة، أو من خلال إخفاء الأعباء والديون التي ترهق المحل عن طريق التلاعب بالأرقام المدونة في دفاتر الحسابات أو التخفيف من شروط الإيجار حتى يزيد من قيمة المحل ويحصل على ثمن مرتفع عند بيعه[1]، استوجب بصريح نص المادة 79 فقرة 02 من القانون التجاري وجوب تضمن العقد البيانات اللازمة.

ويهدف المشرع من وراء إلزام البائع بذكر كافة هذه البيانات إلى حماية المشتري، وذكر هذه البيانات يعتبر أمراً إجبارياً نظراً لجوهريتها، لذا يجب متابعة البائع كلما كتم عن المشتري أمراً هاماً في وضعية المتجر لأن الكتمان يعتبر تدليساً.

واستكمالاً للأدوات القانونية التي منحها المشرع لمصلحة المشتري قصد حمايته من التلاعب والاحتيال الذي قد يبادر به التاجر بائع المحل التجاري عند قيامه بالإدلاء بالبيانات الإجبارية في عقد البيع، أعطى المشرع التجاري للمشتري الحق في مباشرة دعوى البطلان، وذلك خلال السنة الموالية من تاريخ إبرام العقد كجزاء على مخالفة البائع للالتزام الواقع عليه، والمتمثل في ذكر البيانات المنصوص عليها في المادة 79 من القانون التجاري.

وكذلك فيما يتعلق بالشريك في الشركة التجارية، فإن الغاية من اشتراط الكتابة كشكلية لازمة لإبرام عقد الشركة هو توفير الحماية للشركاء باعتبار العقد المكتوب يشكل الوثيقة التي تحدد حقوق الشركاء والتزاماتهم، والمرجع لفض الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الشركاء، وبما أن الشركاء هم المالكين الفعليين للشركة جاز لهم التدخل في كل مرحلة من مراحل الشركة لمراقبة سير إدارتها ومحاسبتها، كما يكرس العقد المكتوب ضمان إعلام كامل للشركاء حول الوضعية العامة

1 فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 213.

للشركة– سواء تعلق الأمر بإخبار الشركاء بالتقارير المحاسبية للشركة–[1]، أو إطلاع المساهمين بالمعلومات الضرورية الخاصة بالشركة[2]، والحق في الإطلاع على الوثائق الضرورية التي تمكنه من مناقشة وإبداء الرأي في الجمعية[3]، كما أقر لهم حق المشاركة في النشاط العام للشركة وذلك من خلال المشاركة في حسن تسييرها واتخاذ القرارات اللازمة لحسن تدبيرها والمصادقة على الحسابات المنجزة من طرف المتصرفين والمسيرين[4].

ثالثاً: الشكل وسيلة لحماية الغير حسن النية.

إن الأهمية التي يحتلها الغير في المعاملات التجارية دفعت المشرع للاهتمام بوضع نظام قانوني يهدف لحمايته وكسب ثقته، خاصة بعد التطور الذي أصاب مفهوم الغير في القانون التجاري، والذي أدى لظهور بعض الأنظمة التي تتضمن قواعد قانونية شكلية وأخرى موضوعية ترمي لحماية حقوق المتعاملين في المجال التجاري، ونفس السبب جعل كل من الفقه والقضاء يهتم بحماية حقوق الدائنين من خلال البحث عن الحلول والوسائل القانونية لضمان تلك الحماية.

ومن أجل نجاح حماية الغير، كان لا بد من توفير نظام حماية سابقة ولاحقة لأي معاملة تجارية، ضماناً للثقة ولاستقرار المعاملات والمراكز القانونية؛ حيث نجد المشرع قد اشترط تحت طائلة البطلان على المتعاقدين الذين أبرموا عقد يتضمن تنازلاً عن محل تجاري ضرورة إفراغ هذا العقد في شكل رسمي، وإدراج جملة من البيانات التي من بينها قيمة كل عنصر من عناصر المحل التجاري، إضافة إلى وجوب إشهاره في النشرة رسمية في الإعلانات القانونية، وحقيقة الأمر إن مثل هذه الإجراءات الشكلية وإن كانت من حيث الأصل مقررة لحماية المتعاقدين، وذلك بتنويرهم بخطورة التصرف القانوني الذي يقدمون عليه نظراً لما يترتب عليه من خسارة يتكبدها البائع أو المشتري، يقصد المشرع التجاري الجزائري من ورائها أيضاً إعلام دائني البائع بما يقوم به غريمهم من تصرف قانوني قد يشكل تهديداً لحقوقهم

1 المادة 715 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري.

2 المادة 778 من نفس القانون.

3 المادة 680 من نفس القانون.

4 المادة 581 من نفس القانون.

وديونهم، خصوصاً أن المحل التجاري يعد بمثابة الضمان الهام لهم، الأمر الذي يتيح لهم التقدم باعتراضات قانونية إذا رأوا أن تصرف البائع بالمتجر من شأنه الإهدار بحقوقهم.

ومن بين الوسائل التي كفلها المشرع الجزائري للدائنين حتى يتوقوا أي تصرف قانوني صادر عن مدينهم البائع قد يشكل خطراً على حقوقهم المالية، حق الاعتراض على دفع الثمن الذي نصت عليه المادة 1/84 من القانون التجاري، وإيداع الثمن في مصلحة الودائع والأمانات (نص المادة 2/90 من القانون التجاري)، وحق المزايدة بالسدس (المادة 86 من القانون التجاري)

وأيضاً فيما يتعلق بالسندات التجارية على سبيل المثال، وهي تصرفات شكلية تصدر بالإرادة المنفردة، فالنص على ضرورة توافر بيانات معينة في الورقة التجارية ووجوب تدوين جميع التصرفات التي يكون موضوعها الورقة التجارية على هذه الورقة يمنح الثقة والأمان للغير الذي يتعامل بهذه الورقة، إذ أن ذلك يعطي صورة واضحة عن العمليات التي جرت على هذه الورقة.

وإلى جانب شكلية الكتابة هناك شكلية الإشهار القانوني، والذي يمثل أكبر حماية للغير وهي التي تجنبه البحث عن الوضع الظاهر وصعوبات إثباته، ويهدف الإشهار القانوني في المجال التجاري إلى إعلام الغير بتصرف قانوني من أجل حمايته.

إن الالتزام بالإعلام له تأثيره بين الأطراف المتعاقدة منذ إبرام العقد لغاية تنفيذه، ومن أهم الالتزامات التعاقدية المرتبطة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. وتظهر أهمية المعلومة في مادة الشركات التجارية من حيث التطور الذي أصابها أين انقلبت من واجب استعلام إلى حق في إعلام، لأن حق الغير في الحصول على المعلومة عن طريق إجراءات الإعلام والشهر القانوني يؤدي إلى وجود الثقة والشفافية التي تتوفر عندما يكون المتعامل مع الشركة على علم كامل ودقيق بوضعها.

ولقد اهتم المشرع بتعزيز أساليب حماية المتعاملين مع الشركة التجارية ضماناً لعنصر الثقة في هذه العلاقات، ومن أجل خلق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة لجميع الأطراف من بينهم الغير الذي تعامل معها. فنجد المشرع يتناول علاقة الشركة التجارية بالغير عن طريق أحكام شكلية مهمة، فلضمان فعالية حماية

الغير بشكل عام اهتم المشرع أولاً بالشكل الذي تظهر به الشركة منذ نشأتها وقيامها بتنظيم أجهزتها، نظراً لأن علاقات الشركة تتكون منذ فترة تأسيسها.

كما اهتم المشرع بالمظهر العام للشركة، والذي أحاطه بأحكام أهمها الالتزام بإعلام الغير بطرق قانونية ودقيقة بكل ما يهمه، وكل ما يخص الشركة وأجهزتها وتصرفاتها بعد نشأتها صحيحة، وفي حالة عدم انتظامها عند تعاملها مع الغير وظهورها بمظهر قانوني، فكان تدخل المشرع ضرورياً من أجل توفير ضمانات تتعلق بالصورة الخارجية للشركة.

كما المعلومة تعتبر من أهم الضمانات التي نص عليها المشرع لحماية الغير، فهي الوسيلة التي يتم الإعلان من خلالها عن كل ما يخص المعاملة التجارية ويهم المتعاملين معها، كما يمكننا اعتبارها الوسيلة التي تضمن وجود علاقة الثقة والشفافية بين الشركة والغير، وتتيح لهم هذه المعلومة فرصة العلم بكل التصرفات التي يمكن أن تعرض حقوقهم للخطر.

الفرع الثاني: الشكل وسيلة لحماية المصالح العامة للمجتمع.

يهدف المشرع من اشتراط الشكل في بعض التصرفات القانونية إلى جعله بمثابة الوسيلة المؤدية إلى تحقيق المصالح العامة للمجتمع، ويبدو ذلك في جوانب عديدة لعل أبرزها انه بمثابة وسيلة لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة، وأنه بمثابة وسيلة لتسهيل التعاقد وتبسيطه.

أولاً: دعم استقرار المعاملات التجارية وتحقيق العدالة.

لقد أصبح من المسلم به اليوم أن من شأن اشتراط الشكل أن يؤدي من حيث النتيجة إلى استقرار المعاملات وتحقيق العدالة، أو بعبارة أكثر دقة أنه بمثابة الوسيلة المؤدية إلى ذلك، ففرض الشكل يحول في كثير من الأحيان دون وقوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد كنتيجة لدخولهم في عملية التعاقد، أو على الأقل يؤدي إلى تقليل تلك المنازعات والتخفيف من شدتها، وذلك لأن الشكل يهدف لحماية المصالح الخاصة، ويضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد، كما يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف القانوني، ويوفر وسيلة إثبات مسبقة مع تحديد دقيق لمضمون التصرف، وتحقق هذه الأغراض يجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملة بما له وما عليه من حقوق والتزامات ثابتة لا يرقى إليها الشك في أغلب

الأحيان، وهو ما يؤدي حتماً إلى التقليل من المنازعات بين الأفراد ومن ثم تحقيق قدر من الاستقرار في التعامل على صعيد هذه التصرفات التي قدر المشرع أهميتها وخطورتها بالنسبة إلى الأفراد.

كما أن فرض الشكل يؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بين أطراف التصرف، من خلال التقليل من فرص استغلال الطرف القوي اقتصادياً للطرف الآخر الذي يكون في مركز أقل منه قد يسمح بالتغرير به أو الضغط عليه من أجل الحصول على مكاسب تتنافى مع منطق العدالة، فتحقيق هذه الأخيرة بات أمر لازم لاستقرار المجتمعات.

ثانياً: دور الشكل في تسهيل التعاقد وتبسيطه (العقود النموذجية التجارية).

لا ينكر ما يلعبه اشتراط الشكل في الوقت الحاضر من دور فاعل متسم بقدر كبير من الأهمية، فالشكل يعد أمراً ضرورياً أو مطلوباً لتيسير العلاقات العقدية وتبسيطها ودعم للائتمان التجاري، ويبدو هذا الدور على نحو بارز في نطاق المعاملات التجارية لأنه يتمثل في التوفيق بين التبسيط والسرعة الضروريين لها[1]. والحقيقة أن من شأن إجراء التعامل بطريق السندات التجارية أن يؤدي إلى تسهيل المعاملات التجارية وتبسيطها، فهذا التعامل يرد على تصرفات شكلية.

ولعل التطور الحاصل في ميادين الأنشطة التجارية، هو الذي أدى إلى انتشار ظاهرة العقود النموذجية (النمطية)، من أجل توفير الوقت والجهد في صياغة العقود، لذلك يلجأ أطراف العقد إلى صياغة بنود العقد بما يتفق مع الحاجة العملية لها وبما لا يخالف النظام العام والآداب والأنظمة القانونية السائدة في بلد ما..

إن العقود النموذجية تلعب دوراً كبيراً في إبرام عقود التجارة الدولية، إذ أنها تقتصر الوقت، وتقلص النفقات فلا تستغرق المفاوضات لإبرام العقد زمناً طويلاً، بحيث تستخدم هذه الشروط النموذجية كأساس للتعاقد[2].

1 حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص 182.

2 محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص 194.

المطلب الثاني: الفعالية آلية للشكلية.

إن عدم احترام قواعد الشكل المحدد قانوناً (لا سيما شروط الصحة) يكون جزاؤها البطلان، كونها تمس الجوانب الضمانية والحمائية التي تهدف إليها الشكلية، من هنا جاءت العقوبات أكثر تكييفا وطبيعة المعاملات التجارية، وذلك من أجل تعزيز فعالية الشكلية، هذه الأخيرة غيرت طبيعتها وأصبحت أكثر مواءمة والتطورات الحاصلة للتكنولوجيا.

الفرع الأول: تكييف العقوبات لعدم احترام الشكليات.

يشكل النشر والإشهار القانوني وسيلة لاطلاع الغير[1]، كما لا تكون للشركة الشخصية المعنوية إلا من تاريخ القيد في السجل التجاري وإجراء الشهر الضروري الذي يشترطه المشرع، فأول جزاء مترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام يتمثل في عدم تمتع الشركة بشخصية، وبالرغم من أن الشهر جزء مهم من الإجراءات الشكلية للشركة التي لا تستكمل إجراءاتها وشخصيتها القانونية إلا من خلاله، إلا أن الجزاء المدني هنا يعتبر من نوع خاص نظراً لعدم تقرير المشرع البطلان المطلق في حالة تخلف هذا الإجراء، لما في ذلك من اضطراب المراكز القانونية والإضرار بالغير، باعتبار أن النشر وجد أساساً لحماية الغير يطلع على البيانات الخاصة بالشركة، ويبني قراره على أساس المعلومات المنشورة[2] .

من هنا يمكننا أن نقول بأن الإخلال بأحد أركان الشركة الموضوعية وحتى الشكلية اللازمة يؤدي إلى البطلان وزوال جميع آثار العقد حتى في المدة السابقة لإعلان البطلان، ولكن باعتبار عقد الشركة مختلف عن باقي العقود وسبب الاختلاف في كونه ينشأ شخصية قانونية تتمثل في الشركة، فلا يمكن إنكار وجودها خلال الفترة السابقة لإعلان البطلان فإن اعتبار العقد باطلا يؤدي لزوال الشخصية المعنوية بأثر رجعي، لا يمكن تطبيق هذا الأثر القانوني حيث يسري على الشركة في هذه الحالة بطلان من نوع خاص لا هو نسبي ولا مطلق المعروف في القواعد

1 عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر 2002، ص 105.

2 مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دراسة مقارنة، ط 1 دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 268.

العامة. أسس هذا البطلان الخاص كل من الفقه والقضاء وتبعتهما معظم التشريعات، وهو يتميز بخصائص تتماشى مع خصوصية عقد الشركة، فبالنسبة للمشرع الجزائري فإن البطلان موجود لكنه مقرر لمصلحة الغير، باعتبار أن الشهر في حد ذاته قرر لمصلحته بالتالي فإن البطلان كذلك من نوع خاص.

تنص المادة 549 من القانون التجاري على الوضع القانوني المتعلق بالشركة التجارية في حالة عدم استكمالها إجراءاتها الشكلية بما فيها الشهر، عند قيام المؤسسين بالتعهد باسمها تجاه الغير، فضماناً لحقوق الغير أجاز المشرع أن تلتزم الشركة بما قام به هؤلاء الأشخاص من تعاقدات رغم أنها لم تتمتع بعد بالشخصية المعنوية، وهذا ما يعبر عنه بالبطلان خاص للشركة التجارية على أساس أنها تبطل أو تصحح بحسب ما تستوجب مصلحة الغير. هذا البطلان الخاص، أوجدته التشريعات بهدف استقرار المعاملات وحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، خاصة إذا قامت الشركة بتدارك الإهمال وسعت للقيام باستكمال النشر قبل طلب الحكم ببطلانها، كما أن هذا البطلان الخاص لم يقرر لمصلحة الشركة بالدرجة الأولى، كما لا يجوز أن يستفيد منه المتسبب فيه وهم الشركاء المؤسسون، لأنه لا يجوز أن يستفيدوا من إهمالهم .بل قرر حماية للغير الذي يتمسك بإبطال الشركة أو تصحيحها وفقا لمصلحته[1].

تجدر الإشارة هنا إلى أن القيد في السجل التجاري لا يغني عن القيام بإجراء الشهر، وهذا ما أكدته المادة 548 من القانون التجاري. كما يخضع أي تعديل لاحق لعقد الشركة بنفس الإجراءات المقررة عند التأسيس، وفي حالة الإخلال به يترتب نفس الأثر والمتمثل في البطلان الخاص فلا هو بطلان مطلق ولا بطلان نسبي؛ لأن التمسك به يكون من كل ذي مصلحة، وهم الشركاء والغير، لكن آثار البطلان تختلف باختلاف الشخص الذي يطلبه، ولا يعتبر هذا البطلان من النظام العام حيث يجوز التنازل عنه.

ويتميز هذا البطلان بخصائص تجعله أهم أحكام الشركات التجارية التي تهدف لحماية الغير حسن النية فأول خصائص هذا البطلان هو أن للغير حق التمسك به، في حالة عدم القيام بإشهارها، لكن يستطيع هذا الغير التنفيذ على الشركة عن طريق

1 عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 110.

القضاء، وفي الوقت ذاته من حق الغير أن يتمسك بوجود الشركة، فيثبته بكل طرق الإثبات لكي يتسنى له أن يطالبها بالتزاماتها باعتبارها شخص معنوي له ذمة مالية يمكن أن تسدد ديونها، ومن خصائص البطلان كذلك أنه لا يجوز للشركاء أن يستفيدون منه، فلا يجوز لهم التمسك به تجاه الغير للتخلص من التزاماتهم، ولا يمكن أن يستغلوا إهمالهم لإجراءات شهر ضد مصلحة الغير.

كما يجوز للشريك أن يتمسك ببطلان الشركة تجاه باقي الشركاء، هذه الخصائص أكد عليها المشرع في المادة 734 التي تنص على أنه: "يطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلاً إتمام إجراءات النشر الخاصة بالعقد أو المداولة حسب الأحوال دون احتجاج الشركاء والشركة تجاه الغير بسبب البطلان، غير أنه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس"، هذا بالنسبة لشركة التضامن، وتنص المادة 742 على أنه: "لا يجوز للشركة ولا للشركاء الإحتجاج بالبطلان اتجاه الغير حسن النية"، هذا بالنسبة لكل أشكال الشركات التجارية".

والملاحظ أن الحكم الأخير لا يخص إلا المتعاملين مع الغير قبل اكتمال إجراءات التأسيس فكل الشركاء أو المؤسسين أو حتى مدراء تم تعيينهم في القانون الأساسي، وكل شخص تعامل مع الغير باسم الشركة قيد التأسيس، كلهم لا يستفيدون من هذا البطلان لأنه مقرر لحماية الغير. وعليه فإن إمكانية تصحيح الشركة من طرف الغير يمكن اعتباره أهم خصائص هذا البطلان؛ لأنه يخفف من نتائجه، فحتى لو تم رفع دعوى إبطال من الغير لا يمكن للقاضي النطق بإبطال الشركة في حالة تصحيحها، خاصة إذا اتخذ الشركاء الإجراء اللازم بالتسجيل والشهر، فتكون الشركة قانونياً صحيحة يوم النطق بالحكم؛ لأن سبب إبطالها يكون قد زال، هذا ويمكن للقاضي منح مهلة للشركاء من أجل التصحيح أو إتمام الإجراءات.

نشير هنا إلى أثر آخر مخفف للبطلان وهو عدم وجود الأثر الرجعي له على خلاف ما هو مطبق في القانون المدني عند إبطال العقود، فالبطلان في الشركات التجارية لا يكون بأثر رجعي بل بأثر فوري، فحتى وإن قرر القاضي الإبطال فإن

ذلك لا أثر له على الحقوق التي نشأت قبل الحكم .به، كل هذه الأحكام عبارة عن حلول جاء بها المشرع لتجنب إبطال الشركة[1].

كذلك في حالة إغفال أحد البيانات الواجب شهرها لا يترتب عليه بطلان الشركة كلها، وإنما يقتصر البطلان على البيان الذي لم يتم شهره، وذلك لعدم تعريض الشركة للتهديد ببطلانها[2].

أما بالنسبة للجزاء المترتب عن الإخلال بواجب الإشهار بالنسبة لكل التعديلات والتغييرات التي تطرأ على الشركة، واللاحقة لإنشائها وتأسيسها فإنه يلحقها كذلك البطلان الخاص، نظراً لتأكيد المشرع على إمكانية تصحيح عقد الشركة عن طريق القضاء، وهذا بحسب المادة 739 من القانون التجاري: "إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنياً على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمه الأمر تصحيح العمل أن يندر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل 30 يوماً، وإذا وقع التصحيح في هذا الأجل فيجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء".

وعليه فإنه بمقتضى هذه المادة يمكن لأي شخص يهمه الأمر تصحيح التصرف الذي صدر عن الشركة والخاضع لقواعد النشر ولم يتم نشره أن يقوم بتصحيح التصرف وإنذار الشركة بالقيام بالتصحيح في أجل 30 يوماً، لم يحدد المشرع تاريخ بداية احتسابها فمن الممكن اعتبارها من يوم العلم بوجود مخالفة لقواعد النشر، ثم في حالة عدم القيام بهذا التصحيح من طرف الشركة يلجأ كل من يهمه الأمر للقضاء، وهذا ما يفهم من النص الفرنسي للمادة 739 من القانون التجاري.

الفرع الثاني: تغير طبيعة الشكلية (المحررات الإلكترونية).

مع تزايد حجم النشاط التجاري في العالم، وظهور الحاسوب والإنترنت وثورة المعلوماتية، وبروز نوع جديد من التجارة سمي بالتجارة الإلكترونية، صارت هذه الأخيرة عماد الاقتصاد في عصرنا الراهن، لنموها وتطورها المتزايد، فتضاعفت

1 *Marie. Helene, Droit des sociétés et groupement, collections dirigées par Bernard Monsérie, Montchrestien, Paris,2009 p,* 62.

2 عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 107.

المستندات الالكترونية المتبادلة، وزادت الحاجة إلي القيد الالكتروني للمعاملات التجارية الإلكترونية.

أولاً: المحررات الإلكترونية ودورها في الميدان التجاري.

ارتبط الدليل الكتابي تقليدياً بالورق وبالتوقيع اليدوي، هذا المفهوم الضيق لم يعد يساير التطورات الحاصلة في ميدان العقود، لأن مفهوم الكتابة أصبح يشمل جميع الدعامات، كيفما كان نوعها، فالمهم فيها أن تكون ذات دلالة، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى ضياع حقوق المتعاملين، وعدم الاستفادة من مستجدات وسائل الإتصال الحديثة.

وفي ظل هذا الوضع، كان لزاماً على المشرع أن يتدخل ويضع من القواعد ما يكفل حسن استخدام المعلوماتية في هذا المجال، وهذا ما حدث فعلاً، حيث بدأ المشرع يتدخل شيئاً فشيئاً في مختلف الدول، وقد اتخذ هذا التدخل مظهرين أساسيين، الأول: السماح للشركات التجارية بأن تحتفظ بصور مصغرة بدلاً من الأصول المتصلة بالأعمال التجارية، سواء تمثلت هذه الأصول في دفاتر تجارية أو مراسلات أو برقيات أو كشوفات أو إشعارات، أما الثاني: فهو الإستعاضة عن الإلتزام التقليدي بمسك الدفاتر التجارية بمسك دفاتر تجارية الكترونية، لا سيما إذا كان التاجر يعتمد في إتمام صفقاته التجارية على هذا الأسلوب.

إلى جانب كل هذا ظهر التوقيع الالكتروني كمصطلح جديد، نشأ نتيجة لاستخدام الحاسوب في المعاملات بين الأفراد والمؤسسات، وكذلك نتيجة لاستخدام التلكس والإنترنت، مما يترتب عنه التبادل الإلكتروني للبيانات والمعطيات، وبالتالي كنتيجة حتمية لذلك الإتجاه نحو التوقيع الإلكتروني.

ومست أيضاً الشكلية الأسناد التجارية لا سيما السفتجة الإلكترونية التي لا تختلف في تعريفها عن السفتجة الورقية فهي محرر ثلاثي الأطراف تتم معالجته إلكترونياً بصورة جزئية أو كلية، فالسفتجة الإلكترونية المعالجة جزئياً تظهر في البداية في شكل ورقي كأي سفتجة تقليدية، وعند تقديمها للبنك يقوم هذا الأخير بإدخال مضمونها على دعامة الكترونية، أما السفتجة الإلكترونية المغناطيسية أو

المعالجة بصورة كلية فهي التي تصدر منذ البداية في شكل الكتروني من دون حاجة للورق[1].

وعليه المحررات الإلكترونية يمكن أن تقوم بالدور الذي تقوم به المحررات العادية، حيث أن الكتابة يتم معالجتها بطريقة رقمية، ويتم تخزين البيانات بكيفية إلكترونية، بشكل يمكن أصحاب الشأن من الاطلاع عليها وعلى مضمونها عن طريق جهاز الكمبيوتر، والذي يجعل هذه البيانات تظهر في صورة مقروءة وواضحة لأطراف التصرف، وبالتالي تعبر عن إرادتهم الصحيحة، ويمكن التوقيع الوارد فيها من نسبتها إلى صاحبها.

ثانياً: الشكلية التجارية والمحررات الإلكترونية.

لقد كان للتطور التكنولوجي والتقني أثر كبير على ميدان العقود التجارية، بظهور المحررات الإلكترونية كنتيجة حتمية للدخول في ميدان المعاملات الإلكترونية، وبطبيعة الحال فمادامت المحررات قد وجدت لإثبات التصرفات القانونية فإنه كان من اللازم البحث عن مكانة المحررات الإلكترونية بالموازاة مع المحررات التقليدية (العرفية والرسمية) ضمن منظومة الإثبات ؟

إن غالبية الدول تدخلت لتنظيم المعاملات الإلكترونية واعتبار المحررات الإلكترونية دليلاً من أدلة الإثبات الكتابية بين مضيق وموسع، واختلفت في ذلك بين تعديل القوانين القائمة وإصدار قوانين خاصة تنظم المعاملات الإلكترونية، تبعاً لمدى استجابتها للوظائف التي تحققها نظيرتها الورقية.

إن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، اعترف بالحجية القانونية الكاملة للمحررات الإلكترونية في الإثبات، ويشترط للاعتداد بها إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون صادرة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، كما أن المشرع الجزائري قد أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين السندات الإلكترونية والسندات التقليدية من حيث الأثر والحجية في الإثبات.

1 مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 246.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري اعترف أيضاً بإمكانية تبادل رسائل البيانات في القانون التجاري بعد تعديل 2005 في المادتين 502 و414، حيث نصت المادة 502 على إمكانية تقديم الشيك للوفاء عن طريق وسائل التبادل الإلكتروني، أما المادة 414 من نفس القانون فقد تناولت موضوع تقديم السفتجة للوفاء، وقد سمحت أن يتم ذلك بالطريق الإلكتروني، وهذا يعتبر قبول للسندات التجارية الإلكترونية في إثبات التصرفات التجارية وتشجيع منه لإقبال المتعاملين الاقتصاديين على هذا النوع من المعاملات.

خاتـــمة:

يتحصل لدينا مما تقدم في شأن الأغراض التي يسعى إليها المشرع من وراء اشتراط الشكل في بعض المعاملات التجارية، أن الشكل يعزز الرضا ويضيف إليه حماية من نوع خاص، وإنه بهذا يأتي تأكيداً لسلطان الإرادة وليس إضعافاً لها أو نفياً، فلا شك أنه يمثل مع ذلك ضمانة أكيدة في اختيار وسيلة صادقة في التعبير عن الإرادة وتأمين استقلاليتها وحريتها في التوجه نحو إحداث الأثر القانوني، ولذلك فإنه لا جدل في أن الشكل يضمن تأكيد دور الإرادة في إحداث الأثر القانوني الذي تريد تحقيقه.

ومن خلال دراستنا هذه، تبين لنا بأن الشكلية أصبحت لها مكانة مهمة خصوصا بالنسبة للنصوص المتعلقة بالقانون التجاري، وأن مبدأ الحرية أو الرضائية الذي عبرت عنه المادة 30 من القانون التجاري لا يعتبر إلا استثناءً وفقاً لمختلف مواضيع الدراسة.

وفي الختام، بعد دراسة موضوع الشكلية في القانون التجاري فقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النـتائـج.

- أن المشرع التجاري يتطلب في الكثير من الأحيان الكتابة باعتبارها شكلية ثقيلة خاصة بالنسبة لإبرام بعض العقود، أو القيام ببعض التصرفات القانونية، أو بالنسبة لوسائل الأداء، وإن لم تكن في غالبية الأحيان من متطلبات للانعقاد، حيث أن معظمها للإثبات.

- ما يزكي الطرح السابق أيضاً تمادى الشكلية أو التركيز على الشكلية في القانون التجاري أو اعتبار الشكلية هو الأصل في القانون التجاري، وما يتطلبه المشرع التجاري أيضاً من ضرورة إتباع شكلية الإشهار، هذه الأخيرة التي لا يمكن أن تتم إلا بوجود محررات، أو وثائق مكتوبة تثبت التصرف، وتعتبر المرجع لإمكانية القيام بعملية القيد، أو النشر.
- المشرع التجاري لم يكتف بشكلية موحدة للإشهار، بل عمد إلى التنصيص على جهات عدة من الضرورة التعامل معها من أجل تحقيق نفس الهدف وهو الشهر.
- أن الإفراط في الشكلية من شأنها أن تحد من حرية المبادرة بوصفها سمة مميزة لتطور قطاع المال والأعمال أمام المتغيرات التي أصبح يعرفها النظام العالمي، والتنافسية الحادة التي أصبحت ما بين الشركات في إطار نظام العولمة الاقتصادية من أجل ضمان التواجد داخل السوق.

ثانياً: التوصيات.

- لا بد من تدخل تشريعي من أجل إعادة الاعتبار لعنصر الحرية أو الرضائية، في تنظيم مختلف أوجه التعاملات القانونية التجارية.
- الإبقاء على نوع من الشكلية التي يجب أن تكون مسايرة للأوضاع الاقتصادية والإجتماعية والسياسية التي أصبح يعيشها العالم، ودون المغالاة في ذلك.
- ضرورة إيجاد قواعد قانونية تتماشى ومتطلبات الشكلية الإلكترونية، مع ضرورة إدخال تعديلات تسمح باستخدام التقنيات الحديثة في الدفاتر التجارية خصوصاً، والعقود الإلكترونية التجارية.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب.

- حمدي باشا، القضاء التجاري، دار هومة، الجزائر، 2003.
- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر، 2002.
- عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000.
- علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1995.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001.
- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1979.
- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديث، دار الفكر الجامعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- مقدم مبروك، المحل التجاري، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2009.
- مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات: دراسة مقارنة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- نادية فضيل، أحكام الشركات طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط7، دار هومه، الجزائر، 2008.
- هاني دويدار، القانون التجاري: التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

ثانياً: الرسائل العلمية.

- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
- ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
- عبد الله، مهام المركز الوطني للسجل التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ثالثاً: المجلات العلمية.

- مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، حزيران 2018.

رابعاً: المجلة القضائية.

- المجلة القضائية، عدد 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1995.

خامساً: المراجع الأجنبية.

- *Duriac Isabelle, La signature, Thèse de doctorat en Droit privé, Paris 2, 1997.*
- *Marie. Helene, Droit des sociétés et groupement, collections dirigées par Bernard Monsérie, Montchrestien, Paris,2009.*