

## الشكلية العينية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد.

الأستاذ زحاح محمد / الأستاذ يحياوي يوسف

جامعة الجزائر 1 / جامعة الجزائر 3

### مقدمة :

تعتبر الشكلية خروجاً على مبدأ الرضائية، لذلك فإنه يظهر لأول وهلة أنها تناقضه، وفي الحقيقة هذا ما سقطت فيه بعض التشريعات القديمة التي كانت تميل إلى كل ما هو محسوس ومادي، وتهرب من الأفكار المجردة وعدم الركون إليها، ولكن بعد تطور الفكر القانوني ثبت عكس ذلك، واعتبر الشكل قيدا على حرية الإرادة في التعبير عن نفسها مما يحول دون التعاقد المتسرع وغير المتروي<sup>1</sup>.

فالإرادة وإن كانت فكرة مجردة تتكون داخل الإنسان، إلا أن هذا الإنسان ليس بمعزل عن الظروف والعوامل والمؤثرات الخارجية المحيطة به، لذلك فإنه أحيانا يستوجب حماية هذه الإرادة، بصبها في شكل معين ومن هذا المنطلق، بدأت التشريعات الحديثة تتجه نحو الاعتداد بالشكلية كشرط لصحة بعض العقود أو نفاذها، غير أنه لا يمنع من أن يكون العقد رضائيا إذا اشترط القانون لإثباته شكلا خاصا، حيث يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فمادام يكفي لوجود العقد رضا المتعاقدين، فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة، وعليه فلا بد من التمييز بين الكتابة كركن للانعقاد، والكتابة التي تكون لازمة للإثبات، وقد انقسم الفقه في تحديد الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في الكثير من التصرفات فاعتبرها البعض باطلة بطلانا مطلقا نتيجة لذلك، ورأى البعض الآخر أن تخلف الشكل إنما يحد من فعالية تلك العقود ونفاذها، وهو ما أدى إلى ظهور تقسيمات الشكلية على ذلك الأساس حيث اعتبرت الشكلية اللازمة لانعقاد التصرف فهي شكلية مباشرة<sup>2</sup>.

بينما هناك شكلية اللازمة لنفاذ التصرف أو إثباته فقط شكلية غير مباشرة، وتتمثل هذه الأخيرة في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت هذه الإجراءات عند البعض بالشكلية غير المباشرة، وذلك نظرا لعدم اتصالها المباشر بالتصرف القانوني، بحيث لا تؤثر

- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص 61.  
- الشكلية المباشرة وهي المعنى الحقيقي أو التصور الضيق للشكل، راجع في هذا زاوي محمود، المرجع السابق، ص 238.

على صحته وإنما قد تعمل على الحد من فعاليته ونفاذه، من خلال عدم إنتاج التصرف القانوني لكافة آثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الهدف المقصود من الشكل<sup>3</sup>

يقصد بالشكلية العلنية شكلية الشهر عموماً وفي هذا الصدد يقول جاك غستان "انه ليس لأشكال العلنية جميعها الموضوع نفسه، فبعضها إعلامي لا يفترض صحة العقد ولا حججته، وبعضها الآخر منشئ يتوقف وجود العقد على إتمامها، وهناك نوع آخر يوصف بالتعزيزي وهو لا يتعلق بالحجية"<sup>4</sup>

إذن تعتبر الشكلية العلنية في كثير من الأحيان شكلية غير مباشرة يستلزمها المشرع لنفاذ العقود أو لإنتاج آثارها على نحو معين وهو ما سنبينه مظاهر هذه الشكلية، (المطلب الأول) شكلية الشهر العقاري و(المطلب الثاني) شكلية الشهر التجاري.

### المطلب الأول: شكلية الشهر العقاري

تعتبر شكلية الشهر العقاري إحدى أهم أنواع الشكلية العلنية في مجال نقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية العقارية وقد أصبحت هذه الشكلية في فرنسا تستتبع شكلية أخرى هي الشكلية الرسمية، ذلك أن دائرة الشهر العقاري هناك ترفض شهر العقود إذا لم تكن في شكل رسمي، حيث يظهر أن هذا الإلتزام يفرض على المتعاقدين من الوجهة العملية أن يجريا المعاملات العقارية في عقود رسمية، على أن هذا لا يعني أن البيع العقاري في فرنسا قد غدا عقدا شكلياً، بل هو مازال عقداً رضائياً ينتج كامل آثاره بين المتعاقدين بمجرد التراضي، أما بالنسبة للغير فيظل غير محتج به نحوه ما لم يشهر على النحو السابق ذكره<sup>5</sup>.

ويبدو أن المشرع الجزائري يتفق مع نظيره الفرنسي -جزئياً- فيما يتعلق بعقد البيع العقاري، ويتمثل ذلك في مسألة النفاذ بالنسبة للغير حيث لا يتأتى ذلك إلا من خلال عملية الشهر العقاري التي تعتبر من أهم أنواع الشكلية غير المباشرة، مع أن المشرع الجزائري وعلى نقيض المشرع الفرنسي قد جعل من عقد البيع العقاري عقداً شكلياً لا رضائياً<sup>6</sup>.

فإذا كانت القاعدة أنه في المنقول تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد، إذا ما كان مفزراً، (أو بإفرازه إن لم يكن كذلك) فإن الأمر مختلف بالنسبة للعقار، حيث لا تنتقل الملكية إلا باستيفاء إجراءات الشهر العقاري، وقد صنفت هذه الأخيرة على أنها إحدى أهم أنواع الشكلية غير المباشرة في القانون، وهو ما دعاني لأن أتناولها في

- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987، ص 47.

- راجع في هذا جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 554.

- بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة-2005، ص 104.

- راجع المواد: 16 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المادة 29 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.

هذا المطلب الذي قسمته إلى ثلاثة فروع أساسية (الفرع الأول) مفهوم الشهر العقاري، و(الفرع الثاني) التصرفات الخاضعة لشكلية الشهر وأضفت (الفرع الثالث) الذي تناولت فيه إجراء تسجيل السفن وقيدها لما له من تشابه ونظام الشهر العقاري كما سيأتي بيانه لاحقا.

### الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري

يقصد بالشهر العقاري تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العقارية، والتي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية وذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها.<sup>7</sup>

كما يعرف الشهر العقاري، بأنه نظام قانوني قائم بذاته يتكون من مجموعة الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى المحافظة العقارية، وهو نظام يضمن حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، كما أن له دورا في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار.

وحرى بنا ان نذكر في هذا المجال أن الشهر العقاري في القانون المقارن نوعان مختلفان، نوع يسمى نظام الشهر الشخصي، وفيه يتم الشهر على أساس أسماء طرفي التصرف، دون النظر إلى العقار محل التصرف، أما النوع الآخر فيعرف بنظام الشهر العيني، وهو نظام بخلاف الأول يقوم على أساس العقار محل التصرف لا على أساس الأطراف.<sup>8</sup>

((ويبدو أن الفقه والقضاء، بل وحتى التشريع في الجزائر، لم يستقروا على مصطلح موحد، فأحيانا يستعمل "الشهر"<sup>9</sup> وأحيانا أخرى "التسجيل"<sup>10</sup> للدلالة على نفس الإجراء<sup>11</sup>، ونظرا لكون مصطلح التسجيل يستعمل عندنا في قانون التسجيل الخاص بمصلحة الضرائب فيأني أفضل استعمال مصطلح الشهر، ولو أنني أرى أن أحسن مصطلح هو المصطلح المستعمل في القانون المغربي وهو "التحفيظ" للدلالة على أن الإجراء يتم على مستوى المحافظة العقارية<sup>12</sup>))

ورغم ذلك فإن كلا من الإجراءين-التسجيل والشهر- يعتبر من قبيل الشكلية غير المباشرة والتي يفرضها القانون في كثير من التصرفات القانونية لتنتج أثرها على نحو معين، ولما كان الحال كذلك فيأني سأتناول التصرفات

- علي فيلاي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، الجزء 42، سنة 2000، ص 116.

- يذكر ان المشرع الجزائري يأخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام، وكاستثناء أو كمرحلة انتقالية فقد أخذ بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار الفرنسي، راجع في هذا جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 38.

9 - publicité - الشهر.

10 - la transcription - التسجيل.

- ويعتبر هذا تأثرا واضحا بالمشرع المصري الذي لم يفرق بين التسجيل والشهر لأن كلاهما يتم بمكتب الرهون، أما في الجزائر فكل إجراء منفصل عن الآخر، حيث يتم الشهر على مستوى المحافظة العقارية، بينما التسجيل فيتم لدى مفتشية التسجيل والطابع، راجع أكثر، دوة آسيا، ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع، ص 22.

- نقلا عن محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 172 التهميش.<sup>12</sup>

التي أخضعها المشرع لشكلية الشهر في الفرع الموالي على أن أرجيء الكلام عن شكلية التسجيل إلى حينه حيث أتناوله بالتفصيل عند التطرق للإجراءات الإدارية والجبائية التي تعد هي الأخرى شكلية غير مباشرة .

### الفرع الثاني: التصرفات الخاضعة لشكلية الشهر العقاري

بعد تطرقنا لموضوع الشهر العقاري بإعتباره إحدى الشكليات غير المباشرة في القانون الجزائري، فإنه يكون من المفيد أن نتطرق الى المحل الذي يقع عليه الشهر، فماهي التصرفات و الوثائق التي أوجب المشرع إخضاعها لعملية الشهر العقاري؟.

للإجابة عن السؤال المطروح يتوجب علينا الرجوع إلى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري عموماً<sup>13</sup>، بحيث نجدها تنص على وجوب شهر مايلي :

\_\_ التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو التصريح بها أو تعديلها أو إنهاؤها، والحقوق العينية كما نعلم نوعان ، إما أن تكون حقوقاً أصلية وإما أن تكون حقوقاً عينية تبعية، أما الحقوق العينية الأصلية فهي تلك التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وكذا حق الارتفاق، وكلها حقوق يجب أن تخضع لإجراء الشهر العقاري إن هي كانت محل تصرفات قانونية .<sup>14</sup>

أما الحقوق العينية التبعية، فهي تلك الحقوق التي تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به، ولذلك سميت بالتأمينات العينية أيضاً، وتشمل هذه الأخيرة كلا من الرهن الرسمي العقاري، والرهن الحيازي في المنقول، وحق التخصيص، وحقوق الامتياز<sup>15</sup> وكلها حقوق أخضعها المشرع لإجراء القيد<sup>16</sup> وهو شكلية غير مباشرة.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، والتي تنص على " أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثراً بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " يفهم من النص أن التصرفات التي يجب إخضاعها لشكلية

- راجع مثلاً المادتين 415،422 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 13

عدد78، والمادة 41 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/17 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21.

- راجع نص المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. 14

- جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 71 وما يليها. 15

16 - l'inscription - القيد.

الشهر العقاري، هي تلك التصرفات المنشئة<sup>17</sup>، أو الناقل<sup>18</sup>، أو المعدلة<sup>19</sup>، أو المنهية<sup>20</sup>، أو المصرحة<sup>21</sup>، بالحقوق العينية العقارية الأصلية<sup>22</sup>، أو حتى التبعية وذلك لعموم النص الذي ذكر الحقوق العينية بصفة عامة.

هذا وتجدر الإشارة أيضا أن جميع الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية أو تضمنت حقوقا شخصية أو غيرها من الحقوق المذكورة آنفا يجب أن تخضع للشهر حتى تنتج أثرها بين الأطراف وفي مواجهة الغير<sup>23</sup>، بل إن عملية الشهر العقاري لا تقتصر على ذلك فحسب بل تشمل الدعاوى القضائية التي يكون موضوعها يتعلق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق من الممكن أن تكون قد أشهرت بالمحافظة العقارية<sup>24</sup>، كما نجد أن بعض العقود الادارية على وجه التخصيص، ولكي تكون منتجة لآثارها القانونية كاملة فإنه يتوجب أن تمر بعملية الشهر العقاري، ومن ذلك عقود التعمير والبناء مثلا<sup>25</sup>.

كما نشير هنا إلى أن المادة 17 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه تنص على أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثرا بين الأطراف، ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم شهرها،<sup>26</sup> ويضاف الى هذا بعض السندات التي تشبه في حكمها حكم الإيجار، والتي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني، وهي ما يعرف بالمخالفات والحوالات<sup>27</sup>، كما أن القانون يوجب في عقد الاعتماد الإيجاري<sup>28</sup>، وكذا الرهون القانونية المؤسسة لصالح البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى أن تكون مشهورة أيضا<sup>29</sup>.

وفي الأخير يكون من الضروري أن نشير أيضا إلى أن حق الإرث وإن كان ينتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، دون اشتراط أي إجراء شكلي، إلا أن المشرع في المقابل يشترط على كل وارث شهر حقه من الإرث كلما أراد التصرف فيه<sup>30</sup>.

- ومثالها العقود المنشئة لحق الانتفاع أو الاستعمال أو حق الارتفاق، وهي جميعا حقوق عينية أصلية منقولة عن حق الملكية، ولو أن هذا الأخير لا ينشأه التصرف القانوني.

- ومثال ذلك العقود والقرارات الإدارية التي يكون محلها حق عقاري أصلي.

- ومثال ذلك العقد الذي يعدل المدة اللازمة للانتفاع من عقار ما، سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان.

- العقد المتضمن إنهاء حق الاستعمال السكني مثلا، يعتبر عقدا منهيًا لحق عيني عقاري أصلي.

لحق الملكية، وبالتالي فإنها ليست منشأة له. - تعتبر القسمة مثلا من التصرفات المصرحة، أو الكاشفة

- أنظر جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 65 وما يليها.

- راجع نص المادة 14 فقرة 2 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

- المادة 85 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

- من ذلك مثلا رخصة التجزئة المنصوص عليها في المادة 57 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

- هناك اختلاف في مدة الإيجار الواردة في هذه المادة والمدة المنصوص عليها في المادة 896 من القانون المدني التي حددتها بـ9 سنوات فقط

وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فان مدة 12 سنة هي التي تؤخذ بعين الاعتبار.

- راجع نص المادة 897 من القانون المدني.

- المادة 06 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10/01/1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

- المادة 96 من القانون 02-11 المؤرخ في 24/12/2002 المتضمن إعداد قانون المالية لسنة 2003، وكذا المواد 1، 2، 5، 6، 7، من المرسوم

التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 03/04/2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى.

- المادة 39 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

## الفرع الثالث: تسجيل السفن البحرية وقيدها

السفينة هي ذلك المركب أو العمارة المخصص للملاحة البحرية، وهي منقول من نوع خاص، لا يخضع للقواعد العامة التي تحكم المنقولات، لان السفينة تتميز بمواصفات تجعل كل سفينة عبارة عن وحدة مستقلة متميزة عن غيرها من السفن، ومن هذه المواصفات، الاسم، الجنسية، الموطن والحمولة وغيرها، وهذا ما دعا المشرع الى تخصيص نظام قانوني لها أشبه ما يكون بالنظام الذي تخضع له العقارات، وقد عاملها معاملة العقار في بعض الحالات<sup>31</sup>، إذ نجده يوجب تسجيل بعض التصرفات التي ترد عليها في سجلات معينة، تشبه السجل العيني الخاص بالعقارات إلى حد كبير<sup>32</sup>، كما نجده يشترط شهر بعض تلك التصرفات أيضا في سجل معد لذات الغرض، وذلك تحت طائلة البطلان أو عدم النفاذ.

ان أهم ما يميز النظام القانوني الذي تخضع له المعاملات الواردة على السفن هو تعدد الأشكال التي فرضها المشرع كالشكل الرسمي المشترط لانتقال ملكية السفينة وتسجيلها في ميناء ربطها<sup>33</sup> وكذا الترخيص الإداري المسبق<sup>34</sup> لشرائها حيث تحقق هذه الشكليات الغرض الذي ابتغاه المشرع والمتمثل أساسا في مراقبة التصرفات الواردة على السفن وتوجيهها لتحقيق المصلحة العامة لان أهمية السفينة بالنسبة لأفراد تتطلب ان تكون التصرفات الواردة عليها واضحة وبعيدة عن الغموض والنزاعات<sup>35</sup>.

لقد نصت معظم التشريعات البحرية، على إلزامية تسجيل كل السفن التي تقوم بالملاحة البحرية، غير أن بعضها استثنت صراحة السفن الشراعية المخصصة للصيد وسفن النزهة ذات الحمولة المحددة<sup>36</sup>، أما المشرع الجزائري فلم يفصل في هذا الأمر، وإنما اكتفى بالتأكيد على القواعد العامة حيث نصت المادة 34 من القانون البحري على أنه " يجب قيد السفن الجزائرية في دفتر التسجيل الجزائري ، للسفن والممسوك من قبل السلطة الإدارية البحرية المختصة ..."<sup>37</sup>.

ويبدو أن المشرع الجزائري غير مستقر في استعمال المصطلحات المتعلقة بالإجراءات القانونية الخاصة بالسفن، حيث أنه يستعمل مصطلحين مختلفين هما "القيد" و"التسجيل" فنجد أن المادة 44 من القانون البحري تنص على أنه " يتم قيد السفينة في دفتر تسجيل السفن... " بينما تنص المادة 47 من نفس القانون على أنه " لا يمكن تسجيل سفينة جزائرية على دفتر تسجيل أجنبي إلا بعد شطبها من دفتر التسجيل الجزائري للسفن ".

- للسفينة طبيعة قانونية خاصة فهي تتميز بمميزات العقارات والمنقولات معا، إلا ان مميزات المنقولات هي الغالبة عليها راجع أكثر بومعزة 31 عود، النظام القانوني للسفينة، دراسة في إطار القانون البحري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003، ص 41 .

- أنظر زاوي محمود، المرجع السابق، ص 54.

المادة 12 من القانون 27/88، المؤرخ في 12/07/1988، المتضمن قانون التوثيق.

المادة 50 من القانون البحري الجزائري.

تجدر الإشارة الى ان الشكلية اللازمة في عقد البيع او التنازل عن السفينة هي شكلية مباشرة يتوقف عليها انعقاد العقد وهي بذلك على خلاف 35 شكلية التسجيل التي تعد شكلية غير مباشرة.

- بومعزة عود، النظام القانوني للسفينة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، سنة 2007، ص 70.

- راجع أكثر حامي حياة، نظام تسجيل السفن وآثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2007.

ومن خلال هذين النصين، يتضح أن المشرع لا يفرق أيضا بين المصطلحين رغم اختلافهما<sup>38</sup>، إلا أن ما يهمنا في هذا المجال هو القصد الذي ابتغاه المشرع من ذلك الإجراء فهو من قبيل الشكلية غير المباشرة التي ينبغي مراعاتها.

### المطلب الثاني: شكلية الشهر التجاري

علمنا أن النشاط التجاري إنما يقوم على عاملي السرعة والثقة، مما يقتضي أن يكون التجار على بينة من أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك نظم المشرع القيد في السجل التجاري (الفرع الأول)، وبين طرق القيد وإجراءاته إذا تعلق الأمر بالملكية الصناعية (الفرع الثاني)، ونظم في سبيل ذلك عملية الشهر عن طريق النشر في الصحف الخاصة و الجرائد اليومية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: القيد في السجل التجاري

وهو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص والذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا<sup>39</sup>، من أجل اكتساب صفة التاجر و يترتب على عدم القيد في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر، وعدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية، كما يترتب على عدم قيد التصرفات القانونية الواردة على المحلات التجارية عدم نفاذها في مواجهة الغير وبطلان الاحتجاج ضده<sup>40</sup>.

مما لا شك فيه أيضا أن السجل التجاري يلعب دورا هاما في دعم الائتمان عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر، والعناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري، فمن شأن ذلك أن يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معه، ويسهل المعاملات التجارية، فلهذه الاعتبارات أنشئ نظام السجل التجاري<sup>41</sup>.

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن قوانين السجل التجاري الجزائري تطرح مسألة قواعد النظام القانوني للسجل الذي يبدو تارة أنه يخضع لجهة وصية معينة، ويظهر تارة أخرى أنه يخضع لجهة مختلفة عن الأولى؟ ولعل ذلك راجع الى الطبيعة المزدوجة للسجل التجاري الجزائري، بين النموذجين الفرنسي و الألماني في آن واحد، وهذا ما ترتب عنه وظيفتان للسجل التجاري، وظيفية إدارية، وأخرى إشهارية<sup>42</sup>.

كما يعد القيد إحدى الآليات التي يعتمد عليها في وضع إستراتيجية اقتصادية للدولة، ومعيار تقاس به قوة الاقتصاد الوطني، ووسيلة قانونية لإضفاء الشرعية على الشخص الممارس لنشاط اقتصادي خاضع للقيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، إلى جانب ما يؤديه من وظائف مختلفة، يمكن حصرها

- سبقت الإشارة الى الخلط بين مصطلحي الشهر والتسجيل بالنسبة للعقارات<sup>38</sup>

- راجع أحكام المواد من 19، إلى 22 من القانون التجاري.<sup>39</sup>

- بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 107.<sup>40</sup>

- زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006.<sup>41</sup>

- زايدي خالد، نفس المرجع ص115.<sup>42</sup>

إجمالاً في بعدين أساسيين، هما ذلك البعد التحكيمي باعتباره أداة تنظيمية، إحصائية، رقابية وتوجيهية لهذه الأنشطة بهدف خدمة الاقتصاد الوطني وتطويره وتوجيهه، وبعد آخر تعاملي، كونه أداة قانونية استعلامية إخبارية<sup>43</sup>.

هذا وتعتبر التصرفات الواردة على المحل التجاري من بين أهم التصرفات الخاضعة لشكلية القيد في السجل التجاري، وفي هذا الصدد نصت المادة 147 من القانون التجاري على إلزامية تسجيل العناصر التي يتضمنها بيع المحل التجاري، وفق التشريع السائد فإذا تضمن المحل التجاري حقوق الملكية الصناعية فينبغي تسجيلها لدى الديوان الوطني للتوحيد والملكية الصناعية، إضافة إلى تسجيلها ضمن المحل التجاري في السجل التجاري<sup>44</sup>.

### الفرع الثاني: النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية

سبقت الإشارة إلى أن الشهر مقرر في الأصل بالنسبة للأموال العقارية، لإعلام الغير بحركة هذه الأموال وانتقالها، أما المنقولات فإن تسليمها يعد بمثابة شهر لها وتلعب الحيازة في المنقول دور الشهر بالنسبة للغير، إلا أن هذه الطريقة لا تشمل كافة الأموال المنقولة، حيث أن المنقولات المعنوية لا تقبل الحيازة المادية بطبيعتها وهذا ما دفع بالمشروع إلى تنظيم عملية الإيداع من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالأموال المنقولة المعنوية في مجال الملكية الصناعية والتجارية والفنية<sup>45</sup>.

وفي هذا الصدد نجد أن نظام العلامات مثلاً يشترط من مالك العلامة أن يقوم بإجراءات شكلية، حتى يستعمل حقه على خلاف نظام حق المؤلف الذي لا يخضع إلى أي قيود شكلية، وبالتالي على المؤلف أو الناشر الذي يود أن يودع عنوانه كعلامة أن يتبع الإجراءات التي نص عليها قانون العلامات<sup>46</sup>، إذ يكون لزاماً عليه التوجه إلى المعهد الوطني للملكية الصناعية، لاستيفاء الشكليات الإدارية التي ينبغي على المؤلف مراعاتها، من إيداع وتسجيل ونشر، كل ذلك طبقاً للمادة 13 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 التي تحدد شكليات إيداع العلامة و كفاءات إجراء فحصها وتسجيلها ونشرها لدى المصلحة المختصة عن طريق التنظيم<sup>47</sup>.

كما أن شكلية النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية، تظهر بشكل جلي، لا سيما إذا ما تعلق الأمر بإحدى عناصر المحل التجاري، كعنصر الملكية الصناعية، وما يستلزمه ذلك من وجوب التسجيل لدى هذا المعهد، وقد جاءت النصوص القانونية، صريحة في اشتراط هذه الشكلية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 99 من

- نور الدين فاستل، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2008، ص 04.

- بومعزة رشيد، مرجع سابق ص 95.

- زواوي محمود، المرجع نفسه، ص 54.

- راجع المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2005/08/02 الذي يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية رقم 54 الصادرة بتاريخ 2005/08/07.

- تواتي كريمة، حماية العناوين- المصنفات والجرائد- رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2005، ص 109.



القانون التجاري التي تنص على أنه "إذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها رهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج.

ويجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية، وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان تجاه الغير، والبيوعات والتنازلات أو الرهون بشمول البيع ببراءات الاختراع والرخص والعلامات التجارية والأشكال والنماذج الصناعية، وتبقى براءات الاختراع التي شملها التنازل عن المحل التجاري خاضعة فيما يخص طرق انتقالها الى القواعد التي يقرها التشريع الساري المفعول"، كما تنص المادة 143 من القانون التجاري أيضا على أن رهن المحل التجاري إذا اشتمل على أحد عناصر الملكية الصناعية، فإنه لا يكون حجة على الغير ما لم يستوفي إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق .

هذا ونجد أن بعض العقود وإن كانت تقوم على مبدأ الرضائية إلا أن المشرع يشترط فيها هذه الشكلية لكي تكون نافذة تجاه الغير، ومن ذلك مثلا عقد ترخيص براءة الاختراع الذي يجب أن يخضع لإجراء التسجيل لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية<sup>48</sup>.

وتجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري قد أولى أهمية بالغة لهاته الشكلية غير المباشرة فخصص الفصل السادس من القانون التجاري لها بالذات، حيث عدد فيه الأحكام المتعلقة بإجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها.

### الفرع الثالث: الشهر عن طريق النشر في الصحف

ويكون ذلك من خلال إعلان التصرف في شكل ملخص في جريدة مخصصة بالإعلانات القانونية<sup>49</sup> في الدائرة أو الولاية التي يشتغل فيها المحل التجاري المتصرف فيه أو عند تأسيس شركة ما، حيث يشترط المشرع أحيانا شهر بعض المعاملات بواسطة النشر في الصحف الخاصة كصحيفة الإعلانات القانونية، أو الجرائد الوطنية اليومية، ومن هذا ما نصت عليه المادة 748 من القانون التجاري التي ورد فيها "يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المدججة أو المستوعبة، ويكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية".

- عابدية مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 48 2001ص

- النشرة الرسمية للإعلانات القانونية هي دعامة إخبارية توضع بها كل المعلومات الخاصة بالنشاط التجاري الواردة من مكاتب التوثيق وكذلك<sup>49</sup> المتعلقة بمختلف التسجيلات في السجل التجاري .

وربما كان القصد الذي توخاه المشرع من خلال نصه على هذه الشكلية يتجلى عند الاطلاع على نص المادة 756/2 من نفس القانون التي ورد فيها " ويجوز لدائي الشركة الذين شاركوا في عملية الإدماج وكان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل ثلاثين يوما إبتداء من النشر المنصوص عليه في المادة 748".

كما أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراءات الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة، وحتى يكون على دراية بما يحيط بالشركة قبل التعامل معها، فإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بهذه الشخصية بمجرد تكوينها، فإن الشركة التجارية ليست كذلك، فلا تكون لها الشخصية المعنوية إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا، حيث أن كل الشركات ذات الطبيعة التجارية تخضع لإجراءات الشهر، باستثناء شركة المحاصة، التي ليست لها شخصية معنوية أصلا<sup>50</sup>، ونشير هنا إلى أن إجراءات الشهر وإن كانت لازمة في مرحلة التأسيس، فهي كذلك أيضا عندما يطرأ أي تعديل على الشركة.

وفي حالة التصفية أيضا فإن هذه الشكلية لا بد منها وهذا ما أقرته المادة 775 من القانون التجاري التي تنص على أن "ينشر إعلان إقفال التصفية الموقع عليه من المصفي، بطلب منه في النشرة الرسمية المخصصة للإعلانات القانونية، أو في جريدة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية...".

وفي نفس السياق نصت المادة 83 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأولى، على إجبارية نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في خلال خمسة عشر(15) يوما من تاريخ البيع، كما تقضي الفقرة الثانية من نفس المادة على إلزامية نشر العقد المتضمن تأجير وتسيير المحل التجاري.

هذا ويشترط قانون بيع ورهن المحل التجاري الفرنسي نشر بيع المحل التجاري خلال الخمسة عشر يوما من تاريخ البيع في صحيفة اعتيادية، وذلك بسعي من المشتري، وقد كان المشرع الجزائري متشددا في هذه الناحية حيث نجده يرتب البطلان على هذا التصرف في حال لم تراعى فيه شكلية النشر، أما المشرع المصري فإنه وإن كان يشترط النشر في السجل التجاري لعقد البيع فإنه لا يعتبره باطلا رغم تخلف الإجراء وإنما يكون عقد بيع المحل التجاري حين ذاك غير نافذ في حق الغير فقط.<sup>51</sup>

### المراجع :

- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992.

- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع، ص 44. 50

- أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص 314. 51

- زاوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000
- بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر-باتنة- 2005
- تواتي كريمة، حماية العناوين- المصنفات والجرائد- رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2005، ص 109
- عايدية مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001. ص
- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع
- علي فيلاي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، الجزء 42، سنة 2000
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006 .
- دوة آسيا، و رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع
- محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر
- بومعزة عودة، النظام القانوني للسفينة، دراسة في إطار القانون البحري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003
- القانون 27/88، المؤرخ في 12/07/1988، المتضمن قانون التوثيق.
- حامي حياة، نظام تسجيل السفن وآثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2007.
- زايد خالدي، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006.
- نور الدين قاستل، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2008
- قوانين، مراسيم، أوامر:
- المرسوم التنفيذي رقم 05- 277 المؤرخ في 02/08/2005 الذي يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية رقم 54 الصادرة بتاريخ 07/08/2005.

- المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المادة 29 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.
- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78، والمادة 41 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/17 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21.
- الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.
- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير.
- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 1996/01/10 المتعلق بالاعتماد التجاري.
- القانون 02-11 المؤرخ في 2002/12/24 المتضمن إعداد قانون المالية لسنة 2003،
- المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 2006/04/03 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى.