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

قسم الحقوق

مبدأ سلطان الارادة و الشكلية في المواد التجارية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب :
- خيري دليلة
- صديق جهاد

إشراف الأستاذ:
-د. داود منصور

لجنة المناقشة

-د/أ. عسالي صباح	رئيسا
-د/أ. داود منصور	مقررا
-د/أ. زروق يوسف	ممتحنا

الموسم الجامعي 2020/2019

2020/M071A/M1539016623/M1439013382

شكر وتقدير

لا يسعني وقد أنهيت رسالتي بعون الله وتوفيقه،

إلا أن أتقدم بأسمى الشكر والعرفان بالجميل

لأستاذي الفاضل "داود منصور "

على قبوله الإشراف على هذا العمل ،

وكل التقدير لتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كان لها كبير الأثر

في إثراء هذه الرسالة بالمادة العلمية من حيث المضمون ،

وتقديمها بالشكل اللائق ، بما يتلاءم وأهميتها العلمية والقانونية

فجزاه الله عنا خير الجزاء.

والشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة المناقشة

على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة،

وكل الإحترام والتقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق

بجامعة زيان عاشور بالجلفة

خيري دليلة

الى الوالدين الكريمين برا بهما وإعترافا بجميلاهما،

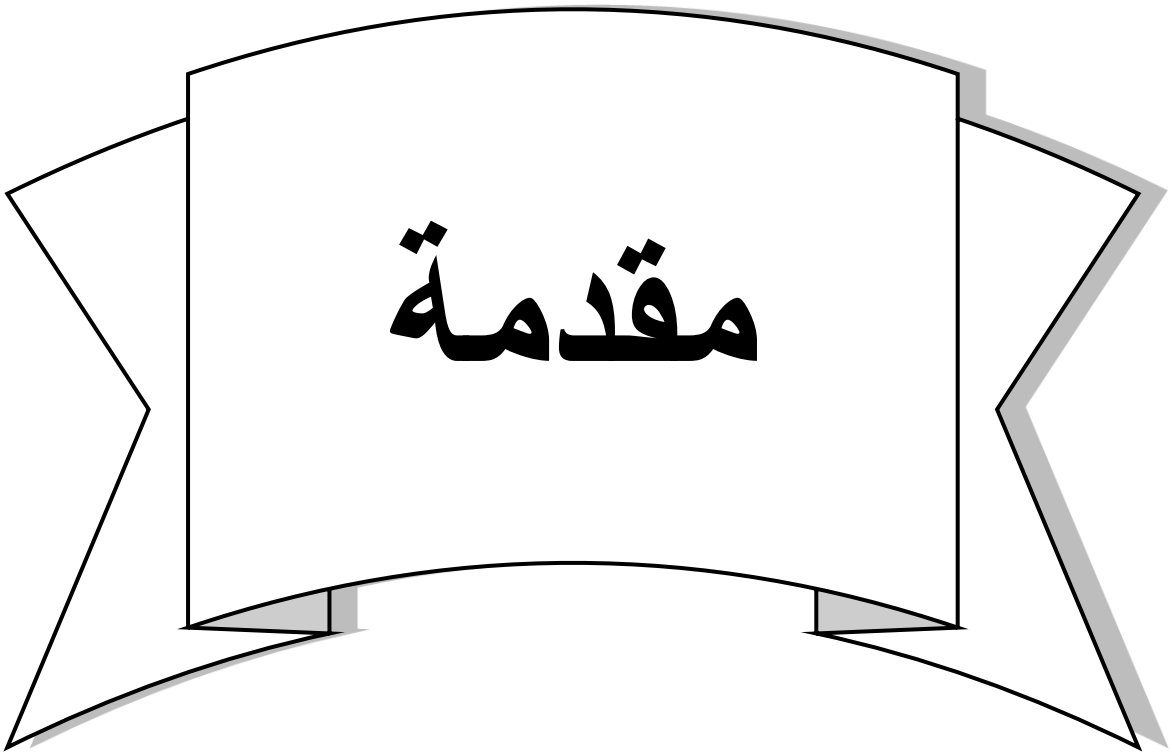
الى كل أفراد عائلتي حفظهم الله لي خير سند،

الى جميع الاقارب والزملاء والأصدقاء الذين تابعوني بإهتمام في اتمام هذا العمل

دون تخصيص فجزاهم الله عني خير جزاء .

خيري دليلة

صديق جهاد


مقدمة

مقدمة

تعد الإرادة السليمة الصادرة من ذي أهلية هي أساس التصرف القانوني ، فهي التي تنشئه وتحدد أثاره ، ولعل العقد يمثل أفضل وسيلة لتحقيق هاته الغاية ذلك أنه يعد من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوكيات الإنسان ، والإرادة كقاعدة هي صاحبة السيادة والسلطان في هذا المجال نعني بذلك مجال التصرف القانوني

والتعبير عن هاته الإرادة لا يتطلب شكل معين ليعتد بها ،بل يمكن أن تصدر بأي صورة كانت ، سواء كان التعبير عنها باللفظ او الكتابة او الإشارة او بأتخاذ اي موقف يدل عليها ذلك هو مبدا سلطان الإرادة الذي تخلل على جل التصرفات القانونية وسيطر عليها أثر الثورة الفرنسية 1779 ، واطلاق حرية الفرد.

إلا أنه ومع مطلع القرن العشرين إختلف الوضع حيث أخذ هذا الأخير بالتراجع وذلك بظهور المبادئ الجماعية ومبادئ العدالة بلإضافة لعودت لظهور الشكلية وخاصة في القوانين سواء في العقود المدنية او العقود التجارية ، ولإن الموضوع الذي سوف يتم تناوله يتعلق بصفة خاصة بلعقود التجارية ، إذن سوف يتم التركيز على هذا الجانب بإعتبار أن التطور التاريخي لكل من الرضائية والشكلية على مر الزمان أدى إلى طرح إشكالية الرضائية والشكلية في أن واحدومعايير التعامل مع كل حالة ، ومن هنا تظهر لنا أهمية الموضوع الذي سوف نتناوله في هذا البحث ، مع إظهار الأهمية النظرية والتطبيقية لكل من الرضائية والشكلية ولأي منهما تكون الأفضلية.

من الواضح الأن أن مبدا سلطان الإرادة قد إنحصر وذلك بظهور الشكلية ، إذا نرى بأن المشرع التجاري الجزائري قد خرج عن الأصل وذلك بإخضاع عدة عقود وأعمال تجارية لشكلية معينة تختلف بإختلاف نوع التصرف مراد القيام به ،وذلك نتيجة لتطور الحياة الإقتصادي وماتفرضة المعاملات التجارية من سرعة وإئتمان ، وقد تتخذ هذه الشكلية إحدى الأنواع إما شكلية رسمية او شكلية عرفية يلتزم التجار بمرعاتها والإلتزام بها في تعملاتهم التجارية ،فالدليل الكتابي لايتعارض إطلاقا مع ما تقتضيه التجارة من سرعة والعقود التجارية التي أخضاعها المشرع للشكلية هي كثيرة ومتنوعة نذكر منها على سبيل المثال عقد الشركة ،الاسناد التجارية ، المحل التجاري وغيرها .. ،حيث يجب ان تخضع هاته العقود لشكلية معينة وإلا عدت باطلة.

أهمية الموضوع .

ان ظهور الشكلية جاء كإستثناء وارد على مبدا سلطان الإرادة في العقود التجارية ، إلا انه لتطبيق كل من الرضائية والشكلية ، يتطلب الأمر منا البحث عن أنواع العقود التجارية التي تخضع للرضائية بأعتبارها مبدا عام ، والعقود التجارية ، والعقود التجارية التي تخضع لشكلية بإعتبارها إستثناء على المبدا كما سبق القول ، ولمعرفة هذه العقود التجارية يستوجب الأمر إعطاء مفهوم واضح لمبدا سلطان الإرادة ثم هذا تناول هذا المبدا على ضوء بعض العقود ، والشكلية عامل حتمي في وجود بعض العقود التجارية تظهر أهمية الموضوع في تناوله لمبدأ (سلطان الإرادة) والشكلية في أن واحد ، ولكيفية الموازنة في التعامل مع كل حالة، بلإضافة إلى الأهمية النظرية والتطبيقية لكل من المبدأيين ولأي منهما تكون الأفضلية.

أسباب اختيار الموضوع.

يرجع سبب أختيارنا لهذا الموضوع في كونه أنه لفت فضولي لمعرفة والتعمق فيه أكثر وذلك عن طريق البحث لتوضيح المقصود بسلطان الإرادة و فك لغز وسيادته وبقائه لفترةطويلة من الزمن ، ثم إنه مالبث أن حوصر ببعض القيود تعد قديمة جديدة جعلته يتراجع الا وهي الشكلية التي تلقص دورها قليلا في الماضي ، فاهي قد ظهرت من جديد.

إشكالية الدراسة.

الأصل العام في العقود التجارية هو الرضائية ، بمعنى انها تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة الى شكل معين ، فإن كان الأمر كذلك إذن ، فما هو تفسير توجه المشرع التجاري لفرض الشكلية في أغلب المعاملات التجارية من عقود وغيرها ؟ وما مدى تأثير ذلك على سير الحياة الإقتصادية والتجارية على حد سواء ؟.

منهج الدراسة.

للإجابة على هذه التساؤلات وغيره فهي كثير بلا شك أرتاينا مناقشة هذا الموضوع من خلال إتباع المنهج الوصفي التحليلي وذلك من أجل توضيح المقصود بمبدأ سلطان الإرادة والشكلية و وذكر مراحل تطور كل مبدا على حدى ، من ظهور الشكلية وتراجع مبدا سلطان

الإرادة امام إتساع دائرة النظام العام وكذا المستجدات الإجتماعية ولإقتصادية والقانونية ، بلإضافة إلى تحليل الأفكار والحجج والاسانيد التي يقوم عليها كل مبدأ.

الخطة المتبعة.

لأجل ذلك قمنا بإتباع الخطة التالية التي قسمنها إلى فصلين:

الفصل الأول : مبدا سلطان الإرادة في المواد التجارية

- **المبحث الأول : مبدا سلطان الإرادة كأصل في المواد التجارية**
- **المبحث الثاني : العقود التجارية كتطبيقات عن مبدا سلطان الإرادة**

الفصل الثاني : الشكلية في المواد التجارية

- **المبحث الأول : تحقيق الحماية هدف الشكلية**
- **المبحث الثاني : الفعالية آلية للشكلية.**

الفصل الأول

الفصل الأول : مبدأ سلطان الإرادة في المواد التجارية.

يهمين على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام ،وهو مبدا سطان والذي تدور حوله قواعد قانونية تنظم العقد في مختلف ادواره ،وعلى ذلك يعد هذا المبدأ جوهر العلاقات التعاقدية ،الذي يملى على الطرفين قانون العقد .

نظرا لأهمية هذا المبدأ في المجال التعاقدي ولما له من فاعلية ،أرتأينا البحث عن ماهية هذا المبدا في المبحث الأول ،ومن ثم تطبيقاته في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مبدا سلطان الإرادة كأصل في المواد التجارية

إن لإرادة سلطان أكبر في المجال التعاقدي ، نظرا لما تتمتع به من حرية في الدخول في العلاقات بإعتبارها مبدأ القانون والغاية التى ينتهي إليها.

فالبحث عن ماهية مبدا سلطان الإرادة يستدعى منا التطرق لمفهوم هذا المبدأ في المطلب الأول، من ثم التكلم عن خصائص القانون التجاري في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم مبدا سلطان الإرادة

إذا كان العقد يبنى أساسا على الإرادة وماتتمتع به من حرية ، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدا سلطان الإرادة ، ولهذا سنخصص هذا المطلب بتعريف مبدأ سلطان الإرادة لغة وإصطلاحا في الفرع الأول، والخصائص التي تميزه في الفرع الثاني، واخيرا الأسس التي يقوم عليها في الفرع الثالث.

الفرع الأول : تعريف مبدا سلطان الإرادة

سوف نستعرض فيما يلي المعنى اللغوي لمصطلح الإرادة وأصل هذه الكلمة ودلالاتها(أولا)، والمعنى الإصطلاحي لها(ثانيا).

أولا : التعريف اللغوي لمبدأ سلطان الإرادة

تفسر الإرادة لغة بانها قوة في النفس تمكن صاحبها من إعتماد أمر ما وتنفيذه ، او هي القدرة في التصميم على بعض الأعمال والتصرفات[1] .

والإرادة من الناحية النفسية ، هي شعور الشخص بطلب شئ يكون له حاجة او رغبة فيه ، وقد يكون هذا الشئ أمر ضروريا يسعى الشخص إلى تحقيقه بقصد إشباع حاجاته[2].

والاصل اللغوي لهاته الكلمة مستمد من المصطلح الفرنسي ; volonte Autonomie تعني الإستقلال غير أن المصطلح يعني في لغة القانون ، أن الشخص هو الذي يلتزم بنفسه وبمحض إرادته[3].

ويرى عادل مصطفى بسيوني أن مصطلح" autonomie" مستمد من أصله الإغريقي "Avrovomia"، وكان هذا المصطلح يطلق على بعض المدن التى كان يتركها الرومان تخضع لقوانينها الخاصة[4].

والإرادة لا تتحقق لصاحبها إلا بتمتعه بحق الحرية والحرية من حيث المنظور القانوني ، هي تلك الرابطة التى تربط الفرد بالدولة ، اي تلك الحريات المعترف بها للشخص في مواجهة السلطة العامة .

والحرية بهذا المعنى تشمل دائرة التصرفات القانونية ، والتى هي إتجاه الإرادة الى إحداث أثر قانوني ، سواء بإنشائه او تعديله أو إنهائه والإرادة هي جوهر التصرفات القانونية والتى يطلق عليها مبدا سلطان الإرادة .

غير ان إستخدام مصطلح سلطان الإرادة بمعنى رد كل شئ الى الإرادة ، إنما هو إنحراف عن الإستخدام الصحيح والمنطقي لهذا المفهوم وللمنطق الأصيل ، فينبغي ان يكون القصد من إستخدام المبدا إنما هو الإرادة العاقلة [5].

---

[1] – أورد هذا التعريف جبران مسعود ، الرائد (معجم لغوي عصري)، المجلد الأول ،بيروت 1978،وأنظر أيضا خليفاتي عبد الرحمان ، مدي إعتداد القانون الجزائري بمبدا سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر 1987، ص ،1.

[2] – عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب لإباحة ،القاهرة 1968،ص، 192.

[3] – عادل مصطفي بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة ، المجلد الاول ، الهيئة العامة للكتاب القاهرة 1978، ص، 135،ص،136.

[4] – عادل مصطفي بسيوني ، المرجع السابق ، ص ، 133.

[5] – رضوان السيد ، الإجبار على التعاقد ، دراسة مقارنة ، دكتورا كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،1988،ص، 138.

فعقل الفرد لا إرادته هو مصدر القانون ، فبواسطة هذا العقل يستوحي الأفراد قانونهم الوضعي من القانون الطبيعي .

ثانيا : التعرف الإصطلاحي لمبدا سلطان الإرادة

يذهب بعض من الفقهاء لتعريفه لمبدا سلطان الإرادة الي القول : إن اساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه ، فهذه الإرادة هي التى تنشئه في ذاته وهي التي تحدد أثاره أيضا كقاعدة ، ثم ياتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة [1].

كما يعرف مبدا سلطان الإرادة بان الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيد بالأنواع التي نظمها المشرع، وتتمتع ايضا بحرية الدخول في علاقات تعاقدية من عدمه ، وكذا في تحديد مايترتب على العقد من أثار قانونية ، وتعديلها بعد ترتيبها ، وإنهاء العقد بعد إبرامه ما دامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والأداب العامة [2].

يستفاد من كل هذا ان مبدا سلطان الإرادة يقوم على شقين : أولهما كفاية الإرادة على إنشاء العقد ، وثانيهما هو ان الإرادة حرة في تحديد الأثار التى تترتب على العقد .

الفرع الثاني : خصائص مبدا سلطان الإرادة

يتميز مبدا سلطان الإرادة بعدة خصائص ومميزات نجملها في النقاط التالية:

أولا: حرية الشخص في التعاقد

الاصل في الشخص هو براءة الذمة ، ولا يلزم أحد إتجاه غيره إلا إذا اراد ذلك بحريته واختياره وعليه فهذا المبدا يعد أحد أسس الحرية [3].

إضافة إلي ذلك ، فإنه على أساس الحرية العاقدية لأفراد يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود دون ان ينظمو أثارها وفق إرادتهم الحرة ، وهذه الحرية لا تقتصر فقط على الموضوع بل تمتد أيضا الي الشكل [4].

---

[1] – محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام _العقد الإرادة المنفردة ،الطبعة الرابعة ،دار الهدي،الجزائر ،2009،ص44.

[2] – محمد حسن منصور،مصادر الإلتزام ،العقد الإرادة المنفردة ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،الإسكندرية ،2000،ص16.

[3] – حمدي محمد إسماعيل، القيود الورادة على مبدا سلطان في العقود المدنية_ دار مقارنة بلفقه الإسلامي _ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2007،ص،11.

[4] – فتحي عبد الرحيم عبدالله ،شرح النظرية العامة للإلتزام ،الجزء الأول،الطبعة الثالثة ،نشأة المعارف،الإسكندرية،2001،ص،26.

ثانيا: عدم تعارض حرية المتعاقد مع حرية الأخرين

إن حرية الفرد في التعاقد والإلتزام ليست مطلقة ، وإلا وجد تصادم بين الافراد وتحل الفوضى ، ولذا فهي حرية لا تتعارض مع حريات الاخرين بحيث يتحقق التوازن بين حريات الافراد في المجتمع الواحد ، لإنه لا يمكن المساس بحريات الاخرين ولا بحقوقهم ، عند ممارسة الحق في التعاقد والإلتزام ، وهذا مايجسد نظرية العقد الإجتماعي[1].

ثالثا : الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والإلتزام

مفاد هذه الخاصية ان القانون والقضاء انه ليس لهماسلطة التدخل والتضييق من حرية الفرد في التعاقد والإلتزام، بدعوى إتباع قواعد العدالة اوالنظام العام ، بما ان إرادة الشخص إتجهت الي تحمل هذه الإلتزمات.

في هذه الحالة يكون دور القانون والقاضي محايدا ، بحيث يسهران فقط على إحترام الشخص لحريات الأخرين ولا يتعدي حريته ، لمساس بحرية هؤلاء.

اما إءا إرتضى الغير تحمل الإلتزمات في مواجهة هذا الفرد بإرادته السليمة من العيوب فلا مجال لتدخلهما [2].

الفرع الثالث : أسس مبدا سلطان الإرادة

إذا كان العقد يرتكز على أساسا على الإرادة الطرفين ، فإنه ينبغي أن تكون هناك أسبابا واسس أخرى تدعمه وتقويه ،فاهذه الاسس منها ما يعود إلى الفلسفة ، ومنها مايسند الى عامل الإقتصاد وأخر الى القانون ، ولنري ذلك بنوع من التفصيل فيما يلي:

أولا : الأساس الفلسفي للمبدا سلطان الإرادة

يقوم الأساس الفلسفي للمبدت سلطان الإرادة على فكرتين : الأولى تتعلق بالحرية الطبيعية للإنسان والثانية مرتبطة بالعقد الإجتماعي

1/مبدا سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان:

يرى أنصار المذهب الفردي ان الإرادة هي اساس القانون والعقد ؛ لإن الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون بإعتبار أن إرادته حرة وكفيلة بإنشاء العقود ، ومايترتب عنها من أثار[1].

---

[1] – بو كماش محمد ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتورا في العلوم الإسلامية،كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية ،جامعة باتنة،2012،ص،6.

[2] – بوكماش محمد،المرجع السابق ،ص،7.

فمبدا سلطان الإرادة من الناحية الفلسفية يبنى على إعتقاد راسخ يتمثل في وجود حرية طبيعية للإنسان ، والقاعدة القانونية لها إرتباط وثيق بالفلسفة السائدة في القرن الثامن عشر، مفادها تأكيد ماللأفراد من حقوق في مواجهة الدولة ، التى يجب على المجتمع أن يقر بها للإنسان ويكرس لها الحرية التي تخصه بصفة طبيعية[2].

يستخلص من الحرية الطبيعية للإنسان أن الفرد لا ينبغي ان يخضع إلا للإلتزامات التي إرتضاها ، وأن كل ما يرتضيه من الإلتزامات يفرض عليه ، إلا إذا قيد حريته عن طريق العقود التي يبرمها ، أي بمفهوم المخالفة لاتوجد حرية حقيقة ما لم تتضمن سلطة ذاتية[3].

2/ مبدا سلطان الإرادة والعقد الإجتماعي:

تعتبر نظرية العقد الإجتماعي سندا قويا لمبدا سلطان الإرادة ،وهي ليست إلا وجها أخر لهذه الفلسفة ، بحيث تشكل حقيقة تاريخية عند البعض ، وتبريرا عقليا ومنطقيا للإجبار الذي تفرضه الحياة في المجتمع عند البعض الاخر.

هذه النظرية ترى أن الإنسان يقبل في المجتمع بما يفرض عليه من حقوق وإلتزامات بإرادته ، ولا يمكن تصور غير ذلك[4].

مدام الافراد يتمتعون بالحرية ، يعنى أن الحياة في المجتمع تفرض عليهم التنازل عن بعض من هذه الحرية ، وهذا التنازل ذاته لايمكن إدراكه إلا إذا تم قبوله بحرية في حدود وتحت الشروط التي يقررها العقد الإجتماعي ، لذلك يفترض عند إبرام العقد الإجتماعي ان يكون كل فرد قد وافق ضمنا على قوانين المجتمع ، وعلى إختلالات التوازن ، والضغوطات التى قد تنتج من اعمال هذه القوانين [5].

---

[1] – محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري _دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا وألمانيا ومصر _دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2007،ص،10.

[2] – نبيل إبراهيم سعد،النظرية العامة للإلتزام ،الجزء الأول :مصادر الإلتزام ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2007،ص،35.

[3] – المرجع نفسه ،ص35.

[4] – نبيل إبراهيم سعد،المرجع السابق ،ص،35.

[5] – نرمين محمد محمود الصبح ،مبدا العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية ،2002،ص.ص، 16.17.

ثانيا : الأساس الإقتصادي الليبرالي للمبدا سلطان الإرادة

يرى أصحاب المذهب الإقتصادي الليبرالي أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين ، وأن طبيعة العلاقات الإقتصادية والإجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعى إستبعاد أي عائق أمام الحرية التعاقدية ، تحقيقا للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الإجتماعية[1] .

أن العلاقات التعاقدية بواسطة حرية العرض والطلب هي مناط العدالة العقدية، وأن المساواة بين قدرات وحاجات أطراف العملية العقدية هي التي تحقق مصالح المتعاقدين[2].

ويقول الفقيه "فوييه ""Fouillaeأن كل ماهو تعاقدي فهو عادل " وترجم "أدام سميث" هذا المبدا في مجال قانون الإقتصاد من خلال مقولته الشهيرة :" دعه يعمل وأتركه يمر " ومن خلاله سارت سياسة الليبرالية الإقتصادية في نطاق القانون الخاص [3].

ثالثا : الأساس القانوني للمبدا سلطان الإرادة

نظرا لكون العقد أبرز مصدر من مصادر الإلتزامات في العلاقات التعاقدية والقانونية ، نجد أن أغلب التشريعات القديمة والحديثة أحاطته بعناية فائقة ، وهذا ما سنبينه بنوع من التفصيل فيمايلي:

1/ القانون القديم : يختلف أساس سلطان الإرادة في القانون القديم وفقا لتطور العلاقات القانونية للشعوب.

أ/ القانون الروماني : لم يعرف القانون الروماني مبدأ سلطان الإرادة كاملا في أي عصر من عصوره ، لأنه كانت العقود الشكلية تسيطر عليها أوضاع معينة من حركات ، إشارات ، ألفاظ وكتابة.[4]

فالإرادة كانت غير كافية وحدها لإنشاء التصرف القانوني ، وعاجزة على تحديد شروط التصرف وأثار التصرف ، فكان القانون يتولى تحديد الشكل الذي ينشأ به التصرف والأثار التي

---

[1] – HAZAL(J_p),De la puissance économique en droit de obligation,thése pour l'obtention de doctorat en droit, tome1,université de pierre MEN Des fronçes, crenoble,1996,p38.

[2] – خليفاتي عبد الرحمان،مدي إعتداد القانون الجزائري بمبدا سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة الجزائر 1987،ص،40.

[3] – fouillet alfred ,la science social contemporaine,2eme édition,1885,p.p,45.47.

[4] – عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ،دار النهضة العربية ،للطباعةوالنشر، بيروت،1974،ص،42.

يرتبها ، ومن أهم التصرفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني التصرف بالسبيكة والميزان _ الإشهاد ويعتبر من اهم تطبيقاته _الدعوى الصورية والإشتراط الشفهي [1].

ضف إلى ذلك ، العقد يستمد صحته من شكله وليس من مضمونه ، فمجرد توافق الإرادتين لا يكون عقدا ، ولا يولد إلتزاما وقد كان المدين يلتزم بمجرد إستيفاء الشكليات المرسومة والمقررة قانونا ، وإذا توفرت يكون العقد صحيحا حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي خلق من أجله إلتزام غير موجود أو غير مشروع أو كانت الإرادة معيبة[2]، والدليل على ذلك القاعدة الرومانية القائلة :" الإتفاق المجرد لا يولد دعوى"[3]

غير أنه سرعان ماتطور المجتمع الروماني بسبب تغير الظروف الإقتصادية والإجتماعية ، وكذا إتصاله بشعوب وثقافات أجنبية[4]

هذا مأدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد عن طريق منح الإرادة قسطا من الأثر القانوني ، إذا ظهر إلى جانب العقوظ الشكلية العقود العينية والرضائية والعقود غير مسماة ، وهذا ما يفسر إنتصار مبدا سلطان الإرادة في مجال العقود الرضائية ، وبعدها إنتصر في بعض العقود الأخرى التي تسمى عقود الشرعية .[5]

ماتجدر الإشارة إليه في الاخير ، ان القانون الروماني بالرغم من أنه قد إعترف في أواخر عهده ببعض التصرفات الرضائية إلا أنها تبقى إستثناء عن الأصل .

ب/ القانون الكنسي : لم تستقل الإرادة في تكوين العقد إلا تدريجيا بسبب إستمرار الشكلية في مختلف أوضاعها السالفة الذكر ، وإمتداد هذا الأمر إلى نهاية القرن الثامن عشر أين ظهر القانون الكنسي [6]، الذي وسع من الرضائية ومهد لها لتصبح المبدأ الذي يحكم العقود، وذلك تماشيا وتأثرا بالمبادئ الدينية .[7]

---

[1] – صوفي حسن أبو طالب،أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني ،دار النهضة العربية ،لبنان،1964،ص،6.

[2] – محمد على عبده،دور الشكل في العقود _دراسة مقارنة _منشورات زين الحقوقية ،لبنان ،2007،ص.ص،19.20.

[3] – حمدي محمد إسماعيل سلطح،المرجع السابق ،ص.21

[4] –صوفي حسن أبو طالب،المرجع السابق،ص.7.

[5] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الأول: نظرية الإلتزام بوجه عام_مصادر الإلتزام __الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2000،ص،154.

[6] – بد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق،ص،155

[7]– جميل محمد بنى يونس،مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الأردن،2012،ص،157.

لقد إستقر الوضع على أن كل إتفاق يكون ملزما حتى ولو تجرد من الشكلية ، أى لن يفرغ في شكل رسمي معين ، و من ثم فقد عبر أحد الفقهاء عن هذا المبدا بقوله :" إن الابقار تقيد من قرونها ،والرجال يقيدون بألسنتهم ".[1]

إضافة إلى هذا ، يجب إحترام الوعد والتعهد ، وإلا أمكن إكراه المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده عن طريق إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الكنسية بإعتبار أن مثل هذا الإخلال يشكل خطيئة دينية .[2]

2/ القانون الحديث:

بمجرد تطور الحضارة الرومانية وتأثير قانون الكنيسة ، وسيادة أفكار المذهب المفردي ، إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت القوانين الحديثة بإرسائها قواعد عامة في المعاملات ، والتوفيق بين الشكلية والرضائية حسب طبيعة العلاقة العقدية ، بدأت التشريعات الحديثة تكرس هذه المبادئ وإقرارها وفق خصوصية كل مجتمع .[3]

وفيما يلي سوف نذكر بعض من القوانين التي تأثرت بمبدا سلطان الإرادة وكرسته في أنظمتها القانونية.

أولا : في القانون الفرنسي

جاء القانون المدني الفرنسي لعام 1804 متبنيا فكرة الحرية التعاقدية مدافعا عنها ، وذهب إلى أن الإرادة هي مصدر الحقوق والإلتزامات ،وهذا مايتبين في نص المادة (1134)[4]

ثانيا : في القانون الجزائري

تبنى القانون المدني الجزائري مبدا الحرية التعاقدية في المادة 106 من الأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، إذا تنص المادة 106 القانون المدني (العقد شريعة المتعاقدين .....).[5]

---

[1] – محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص،45.

[2] – جميل بنى يونس ، المرجع السابق،ص،45

[3] – علاق عبد القادر،أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،كلية القانون،جامعة تلمسان،2008،ص.ص،32،31.

[4] – وهذا النص نقلته الإرادة التشريعية الفرنسية عن domat نقلا عن : محمد صبري السعدي،مرجع سابق،
art 1134 c,c,f (les convention légalement formées tiennemt lien de loi à ceux qui les ont faites).

[5] – حررت في ظل الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26_09_1975،ج،ر،عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

المطلب الثاني : خصائص القانون التجاري

يتميز القانون التجاري بميزتين أساسيتين سوف نوضحهما فيمايلي:

الفرع الأول : السرعة

تتميز العمليات التجارية المتلعقة بالسلع والخدمات بالسرعة في إبرام العقد وتنفيذه ،فقد يتم التعاقد عن طريق الهاتف او الفاكس او الإنترنت ذلك ان البطء والتردد في التعاقد من شأنه أن يؤدي إلى نتائج سلبية وخطيرة على مستقبل التاجر ووضعه المالي في السوق ويعيق بالتالي النشاط التجاري كاكل.

حيث تميل قواعد القانون التجاري الى تبسيط الإجراءات والإبتعاد عن الشكليات فمثلما هو الحال بالنسبة لحرية الإثبات في مجال المعاملات التجارية التي يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات (القرائن _الشهادة_اليمين_الدفاتر التجارية).

ويستند مبدا حرية الإثبات إلى ماتتطلبه التجارة من سرعة في التعامل ،فضلا عما يقوم عليه من ثقة متبادلة ، ولتسيير الإثبات فرض المشرع على التجار مسك الدفاتر التجارية التي تقيد فيها العمليات التي يقومون بها.[1]

وإذا كانت العلة من إطلاق الإثبات في المواد التجارية هي ما تقوم عليه المعاملات التجارية من سرعة في الإبرام والتنفيذ ، فقد تطلب المشرع الكتابة في بعض العقود والتصرفات التجارية التي يستغرق إبرامها وتنفيذها وقتا طويلا ،بحيث يكون لدى التعاقدين متسع من الوقت لتحرير سند كتابي او تنطوي على أهمية خاصة حسما لكل نزاع محتمل حول طبيعتها وأثارها ، كما هو الشأن في عقد الشركة[2] وعقد النقل البحري وعقد التأمين ، كما أن طبيعة بعض المعاملات لا يمكن أن تكون إلا كتابة كما هو الحال في الأوراق التجارية ، وكذلك بيع أو رهن أو تأجير المحل التجاري[3] ،وبيع أورهن السفينة.

---

[1] – نصت المادة 51 من قانون التجارة الأردني على جواز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الإحتفاظ بالإستثناء الوارد في الأحكام القانونية الخاصة ،مأخوذ عن حورية لشهب النظام القانوني للعقود التجارية ،مجلة العلوم الإنسانية ،جامعة محمد خيضر،العدد الثاني عشر ، نوفمبر 2007.

[2] – أنظر المواد 418 القانون المدني الجزائري ، حيث يشترط أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا.

[3] – أنظر المواد 120،79،القانون التجاري جزائري متعلق ببيع المحل التجاري ورهنه .

الفرع الثاني : الإئتمان

يقصد بالإئتمان تسهيل الوفاء بالإلتزامات التجارية ، لهذا نجد أن عامل الثقة يشكل ركن أساسي في العمليات التجارية ،حيث أن تاجر الجملة مثلا يسلم البضاعة إلى تاجر التجزئة ولا يطالبه بثمنها فورا بل يمهله أجال الى غاية بيع كل البضاعة أو جزء منها ، وبهذا يساهم الإئتمان في إستمرار تدفق السلع وتداولها ،مما يؤدي إلى تراكم وزيادة الأرباح ،وإنتعاش التجارة داخل الدولة وحتى على المستوى الدولي .

إذا عنصر الإئتمان يعتبر ضرورة لاغنى عنها في الحياة التجارية ،ففي غالبية الحالات كما سبق الذكر يكون التاجر دائنا لتاجر او لمجموعة من التجار ، ومدينا لمجموعة أخرى في نفس الوقت ، فنتيجة لهذه الروابط المتشابكة يقع على كل تاجر إلتزام الوفاء بديونه في موعيدها المحددة ، فأي تخلف عن الوفاء يترتب عنه سلسلة من عدم الوفاء من جانب غيره من التجار الذين إعتمدو في إئتمانهم مع غيرهم من التجار على وفاء هذا التاجر المتخلف عن الوفاء بإلتزامه.

وفيما يلي سوف سنذكر أهم الاحكام المتعلقة بالائتمان:

أولا : التضامن

يعتبر التضامن ضمانا للدائنين ،كم انه يسهل على المدينين الحصول على الإئتمان وهو عصب المعاملات التجارية.

وقد أقام القانون التجاري التضامن بنصوص صريحة في مواضع عديدة أهمها مايلي:

1/ الشركاء في شركة التضامن والشركاء المتضامنون في شركة التوصية مسؤولون على وجه التضامن عن ديون الشركة... ، ذلك مانصت عليه المادة 551من القانون التجاري الجزائري .

2/ الموقعون على الورقة التجارية ، كالساحب والمسحوب عليه المادة 426 قانون تجاري، التى تنص على التضامن بين المظهرين والساحب لفائدة حامل السفتجة.

ثانيا : الإفلاس

الإفلاس هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه ، يعلن عنه بمقتضى حكم والتاجر المفلس ، تغل يده عن إدارة ذمته المالية وتنزع عنه بعض الحقوق ،والإفلاس إجراء تنفيذي يؤدي إلى الموت التجاري للمفلس ، وتصفية مؤسسته وبيع كل أمواله الاخرى.

إن الإفلاس أصلا نظام تجاري فالتاجر المتوقف عن الدفع ، هو وحده الذي يمكن شهر إفلاسه ، ومع ذلك فإن بعض التشريعات تطبقه على التجار وغير التجار ، كالتشريع الألماني والإنجليزي والأمريكي والسويسري ، أما التشريعات اللاتينية فهي بشكل عام تقصر تطبيقه على التجار فقط ، وفي الجزائر يطبق الإفلاس على التجار أفرادا او شركات [1]

اما الشخص المدني فيطبق عليه نظام الإعسار ، الذي يعد أقل قسوة وأخف وطأة من نظام الإفلاس ، بحيث تباع اموال المدين المعسر المحجوزة وتقسم على الدائنيين قسمة غرماء ويترك له مايحتاج إليه لنفقته ونفقة من يلزم بالانفاق عليهم .[2]

إضافة إلى ماسبق قوله فإن الإئتمان يفرض إحتراما صارما لحقوق الدائن ودعم ضماناته ، حتى تزداد فرصته في إستيفاء ما يستحقه ويكون أكثر إستعداد لمنح الإئتمان لمن يطلبه ، ولهذا وضع نظام الإفلاس لتصفية أموال المدين وإفتراض التضامن بين المدينين عند تعددهم ، دون حاجة إلى إتفاق صريح أو نص في القانون.

[1] – راشد راشد ، الأوراق التجارية _الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1999،ص،217. أنظر أيضا بن داود إبراهيم ،نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري ،سلسلة الإصدارات القانونية،الجزائر،2008،ص12.

[2] – احمد محمد خليل،الإفلاس التجاري والإعسار المدني ،منشأة المعارف،الإسكندرية ،ص.13.

المبحث الثاني : العقود التجارية كتطبيقات عن مبدا سلطان الإرادة

إن من أهم التصرفات التي تحكم الحياة التجارية والتي تعمل على تنظيميها بفرض احكام معينة على التجار وعلى المتعاملين ، هي العقود التجارية بإختلاف تسمياتها وتعدد أشكالها وتنوعها بإختلاف طبيعة المعاملة التجارية ، فما هي إلا تعبير عن إرادة كل طرف بطريقة تجعله يصب في قالب معين ليعبر عن شكل معين بحسب طبيعة متقضيات المعاملة التجارية ،وهذا طبعا تحت رقابة وعناية القانون لهذه الإرادة ، ولتوضيخ اكثر المقصود بما سبق لابد لنا من التكلم عن هاته العقود التي تعتبرا تطبيقا عن مبدا سلطان الإرادة سوف نتناول في المطلب الأول عقد النقل البري (1) ،ونتطرق وفي المطلب الثاني إلى عقد السمسرة.

المطلب الأول : عقد النقل البري للأشخاص وشروطه.

يعتبر عقد النقل البري لأشخاص من اهم العقود التجارية ، ومما لا شك فيه أن نشاط النقل يرتبط إرتباطا وثيقا بالنشاط الإقتصادي والتجاري للإنسان ، ذلك انه يقدم خدمة ضرورية لاغنى عنها ،ولا تقتصر أهميته على هذا فحسب بل إن عقد النقل البري شريان الحياة الإقتصادية وعصب حركة تدوال السلع والخدمات ،من هذا المنطلق سوف نتكلم فيمايلي عن مفهوم عقد النقل البري لأشخاص من حيث التعريف والشروط في الفرع الأول ،والأثار المترتبة عنه في الفرع الثاني ،واخير المسؤولية الناتجة عن عقد النقل البري لأشخاص والنتائج المترتبه عنه في الفرع الثالث.

الفرع الأول : تعريف عقد النقل البري لأشخاص وشروطه

من أجل تعريف عقد النقل البري للأشخاص ومعرفة شروطه الأساسية لابد من الاستناد إلى النصوص القانونية التي نظمها المشرع الجزائري الخاصة بالقواعد العامة، وكذا القوانين الناظمة لعقد نقل الأشخاص في البحوث الخاصة بالعقود التجارية، ولذلك سنخصص هذا الفرع لتعريف عقد النقل البري للأشخاص(أولا)، وشروطه(ثانيا).

أولا : تعريف عقد النقل البري لأشخاص

لقد خص المشرع الجزائري عقد النقل بقواعد تنظمه بشكل مفصل في شقيه نقل الأشخاص ونقل البضائع وهذا مانصت عليه المادة 36 من القانون التجاري الجزائري على ان :" عقد النقل إتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن معين ".[1]

فعقد النقل البري لأشخاص من العقود الرضائية التي تنشأ بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه ، وهما الناقل والمسافر ،أي بمجرد الإتفاق بين الطرفين على شروطه وعناصره.[2]

لذلك نقول أن النقل الذي يتم من طرف شخص غير محترف ولو كانت تتوفر فيه شروط العقد وأركانه إلا أنه لاتحكمه قواعد واحكام عقد النقل ، في هذه الحالة فإن المسافر لايحظى بنفس الضمانات المنصوص عليها في هذا العقد ، وعلى الذي وقع عليه الضرر الإستناد لأحكام المسؤولية التقصيرية .

كما أن عقد النقل البري لأشخاص عقد ثنائي يتم بين الناقل والميافر ، لايظهر فيه شخص ثالث ،ومن ثم فإن الإلتزامات المترتبة على عقد نقل الأشخاص تكون في ذمة طرفي العقد[3].

ثانيا : شروط عقد النقل البري لأشخاص

1/ التراضي : يشترط في عقد النقل بري لأشخاص وجود إرادة سليمة لكل من طرفي العقد خالية من عيوب الإرادة _الإكراه ،الغلط ،التدليس ، و الإسغلال ،[4]وإذا شاب عيب من هذه العيوب يعد العقد باطلا او قابل للإبطال.

ويشترط في الناقل توفر الأهلية التجارية ،اما فيما يخص المسافر فلا يشترط الأهلية بل يجوز نقل الشخص المميز .[5]

وعادة مايحدد الناقل للمسافرين شروط معينة لإنعقاد العقد من نقاط الإنطلاق ،ثمن النقل ،نقاط التوقف ،الوجهات المقصودة،ساعات الانطلاق والوصول وهنا يكون الناقل في حالة إيجاب

---

[1] – قانون رقم 75_59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،المتضمن ق_ت_ج،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05_02 المؤرخ في 06 فيفري 2005،ج ر، العدد 11،المؤرخة في ،09 فيفري 2005.

[2] – عزيز العكيلي،الوجيز في القانون التجاري،طبعة الأولى،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،عمان ،2000،ص،114.

[3] – عزيز العكيلي ،الوسيط في شرح القانون التجاري _الأعمال التجارية _التاجر_المتجر_العقود التجارية ،الجزء الاول ،طبعة الاولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2008،ص،331.

[4] – على على سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ،طبعة الخامسة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2003،ص،56.

[5] – سمير حسين الفتلاوي ،العقود التجارية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2001،ص،301.

دائم وعام ،ويتم التعاقد بمجرد قبول المسافر لهذه الشروط وعلى المسافر أن يلتزم بالإستعداد للسفر والحضور في المكان والزمان المتفق عليه ،فهنا يجب على المسافر تحمل المسؤولية منذ ركوب المسافر.

2/ المحل : محل العقد هو الإلتزام الذي يترتب عليه، فعقدالنقل لأشخاص محله نقل المسافر ذاته مع امتعته يقابله دفع ثمن النقل ،ويشترط في المحل ان يكون مشروعا غي مخالف للقانون والنظام العام والأداب.[1]

ويشترط في المحل ان يكون معينا عند إبرام العقد كأن يعلم الناقل المكان الذي يريد المسافر التوجه إليه ، أو يكون قابلا للتعيين على الأقل ، كان يعلم المسافر الوجهة التي يريد ان يسلكها الناقل أثناء تنفيذ عقده.[2]

3/ السبب : سبب العقد هو الغرض الدافع للتعاقد فلا يختلف هذا الشرط عن شرط السبب الواجب توفره في العقود الرضائية ،فيجب أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا غير مخالف للنظام العام والأداب.

وتقتضي مشروعية سبب عقد النقل البري لأشخاص ان لا يخالف النظام العام والأداب وان لايتعلق الأمر بشئ غير قابل للتعامل سواء بطبيعته او بحكم القانون[3].

فلا يجوز نقل شخص للقيام بعمل من شانه الإخلال بالنظام العام والأداب كالمساهمة في إرتكاب جريمة قتل او قمار او أي فعل من شانه ان يخل بالنظام العام والأداب ، وهذا مانصت عليه المادة 102 من القانون المدني في نصها : "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ،جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بهذا البطلان بالإجازة.

4/ تذكرة النقل : تعد تذكرة النقل من بين عناصر تكوين العقد ،إلا أنها ليست شرطا لإنعقاد ، ولكن تسليم التذكرة شرطا لإثبات ، وكون عقد النقل عقد رضائي وليس شكلي فهنا نقول ان تذكرة النقل دليل كتابي على قيام عقد النقل ،فإن هذا الأخير يثبت بواسطتها ، لكنها لا تعتبر

[1] – المرجع نفسه ، ص،303.

[2] – على على سليمان ،مرجع سابق ،ص ،71.

[3] – على فيلالي ،الإلتزامات _النظرية العامة للعقد،الطبعة الثانية ،موفم للنشر والتوزيع ،الجزائر،2005،ص718.

دليل قطعي ، وتبقى مجرد قرينة يمكن إثبات عكسها ، كوننا بصدد عقد تجاري كما انه في المجال التجاري يعمل بحرية الإثبات نظرا لطبيعة المعاملات التجارية ومقتضايتها[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن عقد يعتبرا عملا تجاريا بالنسبة للناقل والمسافر التاجر يخضع إثبات العقد في مواجهتهما لحرية الإثبات طبقا لمقتضيات القانون التجاري والمعاملات التجارية، أما بالنسبة للمسافر غير التاجر او الذي يسافر لغير حاجاته التجارية فيعد العقد بالنسبة عقدا مدنيا يخضع إثباته في مواجهته للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

ولقد أوجب القانون على الناقل أن يسلم تذكرة ، إلى المسافر وتبقى في حوزته أثناء فترة السفر ، لذلك فإن ضياعها أو تلفها لا يؤثر على وجود عقد النقل الذي يعد صحيحا في كل الأحوال .

الفرع الثاني : الأثار المترتبة على عقد النقل البري لأشخاص

يعد عقد النقل البري لأشخاص من العقود الملزمة للجانيبين ، إذ يرتب إلتزامات في ذمة طرفي العقد الناقل والمسافر ، وإلتزمات كل طرف تعد حقوق لطرف الأخر ، وفيما يلي سوف نوضح إلتزامات كل طرف على حدى:

أولا : إلتزامات المسافر

1/ دفع الثمن النقل : إن عقد النقل من عقود المعاوضة والتي يتلقى فيها طرف عوضا لما أعطاه .[2]

فدفع ثمن النقل من بين أسباب العقد بالنسبة للناقل ،بإعتباره من العقود الملزمة للجانبين [3]، حيث يلتزم المسافر بدفع الثمن المتفق عليه ،مقابل نقله إلى المكان المتفق عليه ، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 36 من القانون التجاري الجزائري :" عقد النقل إتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شئ إلى مكان معين.[4]

وثمن النقل يتم تحديده عن طريق التنظيم الخاضع له في تقدير تسعيرة النقل.

وهناك بعض الحالات التي يسقط فيها دفع الثمن نذكر منها:

---

[1] – مصطفي كمال طه،أساسيات القانون التجاري القانون البحري ،طبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2010،ص،310.

[2] – عزيز عكيلي ،مرجع سابق ،ص،334.

[3] – على حسن يونس ،مرجع سابق ،ص،5.

[4] – أنظر المواد :36_62، عقد النقل بصفة عامة وعقد نقل الأشخاص.

_عدول المسافر عن السفر وإخبار الناقل بذلك في وقت ملائم قبل السفر ،ولكن لو عدل المسافر عن مواصلة السفر اثناء فلا يحق له إسترجاع الثمن الذي دفعه.[1]

_ في حالة عدم قيام الناقل بتنفيذ إلتزامه لسبب يرجع ألى تابعييه او إلى وسيلة النقل التي يستعملها ، فمن حق المسافر

أختيار وسيلة نقل اخرى ، وعلى الناقل تحمل مصاريف إيصاله إلى المكان المتفق عليه ، وإذا أحلت القوة قاهرة دون مباشرة النقل أو قامت قبل مباشرته ظروف تجعله خطرا على الارواح ، فلا يستحق الناقل ثمن النقل[2].

وللناقل ضمانات تضمن له الحصول على ثمن النقل إذا لم تكن مدفوعة قبل بدء عملية النقل ،وهي حق حبس الأمتع[3] ،وحق الأمتياز على ثمنها إذا بيعت إستيفاء لمبلغ الأجرة[4]. وهذا ما نصت عليه المادة 200 من القانون المدني.

2/ إلتزام المسافر بتعليمات النقل : حرصا على سلامة المسافرين وراحتهم وسلامة وسيلة النقل او المركبة يضع الناقل عدة تعليمات يجب على المسافرين التقيد بها للمصلحة العامة،وذلك تأمينا للسلامة المسافرين[5]

وهاته التعليمات كاالتالي:

_حضور المسافر في المكان والزمان المحددين وذلك قبل موعد السفر.

_على المسافر الإحتفاظ بالأمتعة التي بقيت تحت رعايته وكذا تذكرة السفر ونشرة الأمتعة إلى غاية إنتهاء الرحلة ليتمكن من تقديمها متى طلب منه ذلك.

والإلتزمات المسافر المتعلقة بالتقيد بتعليمات الناقل التي يفرضها تعد إلتزامات تعاقدية يفرضها عليه عقد النقل ، لذا فإن الإخلال بهذه الإلتزامات يرتب على المسافر تعويض عن

---

[1] – لتوضيح أكثر أنظر المادة 01من المرسوم التنفيذي رقم 96_36 المؤرخ في 15 جانفي 1996 ،يتضمن تعريف نقل الركاب برا (خدمة الركاب).

[2] – مصطفي كمال طه،العقود التجارية وعمليات البنوك ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2000،ص،213.

[3] – تنص المادة 200 من قانون المدني الجزائري على أنه لكل من إلتزم باداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مدام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وإرتباط بإلتزام المدين ،او مدام الداين لم يقم بتقديم تامين كاف للوفاء بإلتزامه هذا .

[4] – عزيز العكيلي ،مرجع سابق ،ص،115.

[5] – المرجع نفسه،ص،335.

الأضرار التي تلحق بالمسافرين الأخرين بسب مخالفة لتعليمات الناقل فتقوم على أساس المسؤولية عن الفعل الضار.[1]

وقد حدد القانون رقم 90_35 المتعلق بالأمن والسلامة والإستعمال والحفاظ في إستغلال النقل بالسكك الحديدية، بعض التعليمات التي يلتزم بها المسافر أثناء إبرام عقد النقل.[2]

ثانيا : إلتزامات الناقل

1/ نقل المسافر وأمتعته

نصت المادة 62 من القانون التجاري :"يجب على ناقل الأشخاص ان يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافر و ان يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد"

من خلال نص المادة يتضح لنا الإلتزام الملقى عاتق الناقل هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، وكل إخلال ومخالفة لهذا الإلتزام يكون موجب للتعويض ، لا سيما في حالة التأخير ، إذا لم يقم الناقل بتنفيذ إلتزامه إتجاه المسافر وجب على المسافر طلب فسخ العقد مع طلب التعويض عن الضرر الاحق به.

وقد اورد المشرع في نصي المادتين 63و66 من القانون التجاري يجيز إعفاء الناقل جزئيا أو كليا من مسؤليته في حالة التأخير بشرط أن يكون هذا مكتوبا في العقد ليتمكن من الرجوع إليه في حالة الضرورة ،ويشترط كذلك إثبات عدم إلتزامه في حالة وجود قوة قاهرة منعته من تنفيذ إلتزامه أو خطأ المسافر.

وقد نصت المادة 16 من القانون رقم 01_13 في نصها :"يلزم متعاملو النقل البري بإعلام المستعملين عن طريق كل الوسائل المناسبة وبإستمرار ،بالشروط العامة للنقل فيما يخص الأجال والوتيرة والتوقيت."

2/ الحرص على سلامة المسافر وأمتعته :

[1] – فوزي محمد سامي ،شرح القانون التجاري الجزائري ،طبعة الاولى،دار مكتبة التربية ،بيروت،1997،ص،257.

[2] – المادة 35 من القانون رقم 90_35 تنص على :"يمنع الدخول والإقامة في المحطات وملحقات السكك الحديدة لكل شخص في حالة سكر ، كما يمنع الدخول إلى عربات السكك الحديدية لكل شخص يحمل من دون تصريح أو تسجيل : أسلحة نارية ملقمة ....، غير أنه يمكن للعسكريين واعوان النظام العمومي إذا كانوا ملزمين بحكم وظيفتهم أن يحتفظو بأسلحتهم النارية الملقمة في العربات بشرط إلتزامهم في عربات مخصصة.

إن عقد النقل البري لأشخاص لا يختلف عن عقد النقل البري للبضائع إذا يرتب على عاتق الناقل إلتزاما بتحقيق هدف معين وهو وصول المسافر وأمتعته سالما إلى المكان المتفق عليه وفي الميعاد المحدد .[1]

وتبدا مسؤولية الناقل بضمان سلامة المسافر من بدء تنفيذ العقد وتنتهي بإنتهاء ، ويعتبر القضاء الفرنسي أن الإلتزام بسلامة المسافر في النقل بواسطة السيارات والعربات وماشابه ذلك يبدأ منذ اللحظة التي يصعد فيها المسافر وسيلة النقل وهذا يعني أنه لايشترط لبدء المسؤولية دخول المسافر والجلوس في المكان المخصص له ولكن عندما يشرع المسافر في الصعود يكون إلتزام الناقل بالسلامة قد بدا ، فلو أنزلق المسافر عندما كان يريد الصعود إلى المركبة وكسرت ساقه ففي هذه الحالة تترتب مسؤولية الناقل العقدية ويلزم بالتعوض إلا إذا اثبت الناقل أن الإنزلاق كان بخطأ من المسافر.

الفرع الثالث : المسؤولية الناتجة عن عقد النقل البري لأشخاص والنتائج المترتبة عنه

أولا : مسؤولية الناقل عن الأضرار في عقد النقل البري لأشخاص

1/ مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب المسافر:

إن مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب هي مسؤولية تعاقدية مسندة إلى الإلتزام بضمان سلامة المسافر أثناء النقل ، وقد تتحدد مسؤولية الناقل بمقدار الضرر دون أن يلتزم المسافر بإثبات الخطأ ولكن الناقل يستطيع ان يتنصل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر وقع نتيجة قوة قاهرة أو خطا المتضرر أو بفعل الغير.[2]

وتنقطع المسؤولية بإنقطاع المسافر عن سيلة النقل بصفة مؤقتة ،كما في حالة تغيير القطار او ترك وسيلة النقل في إحدى المحطات لقضاء حاجته ، فلا يكون الناقل مسؤولا على اساس الإلتزام بضمان بسلامة المسافر عن الاضرار التي تصيبه أثناء فترة الإنقطاع ، والعبرة في هذا هي إنقطاع الإتصال الفعلى للمسافر بوسيلة النقل مهما كانت مدته ، لا بمجرد توقف وسيلة النقل في الطريق مادام المسافر لم يغرها في هذا الوقت .[3]

---

[1] – عزيز العكيلي .مرجع سابق ،ص،115.

[2] – إلياس ناصيف ،الكامل في القانون التجاري،الجزء الاول ،الطبعة الأولى،منشور بحر المتوسط ومنشورات عويدات ،بيروت_باريس،1981،ص،338.

[3] – محمد السيد الفقى،مرجع سابق،ص،97.

وفي بعض الحالات لا تكون فيها مسؤولية الناقل تعاقدية وإنما تقصيرية ، إذا توفي المسافر بسب حادث أثناء الطريق ، فإن من حق ورثته مطالبة الناقل بتعويض مالحقهم من ضرر بسب وفاة مورثهم ، ولكن مطالبتهم تكون على اساس المسؤولية التقصيرية.[1]

وقد يشترك المسافر الناقل في خطأ الضرر فعندئذ يلتزم الناقل التعويض بنسبة الخطأ الذي إشترك فيه ومن أمثلة ذلك صعود او نزول المسافر من وسيلة النقل قبل توقفها.

2/مسؤولية الناقل عن الاضرار التي تصيب الأمتعة:

يعتبر الناقل مسؤولا عن الاضرار التي تصيب الأمتعة أثناء عملية النقل ، وهذه المسؤولية هي إلتزام ملقى على عاتق الناقل بتحقيق نتيجة ببذل عناية والمحافظة على سلامة الأمتعة.

إلا أنه نجد أن المادة 67 من القانون التجاري أعفت الناقل من مسؤولية الأمتعة اليدوية ،بإعتبارها تحت مسؤولية المسافر ،إلا أنه قد تكون هناك طرود محمولة كبيرة الحجم تستوجب وضعها في أماكن مخصصة بعيدا عن حراسة المسافر ،في هذه الحالة إذا وقع ضرر لهذه الطرود او ضاعت اوتلفت ،فهنا تقوم مسؤولية الناقل ، ولإنقاص منها ما عليه إلا إثبات انه بذل العناية الكافية لحراسة هذه الطرود ، وان الامتعة تم قيدها او تسجيلها تكون موضوع لعقد نقل المسافرين ،اما الأمتعة اليدوية فلا تدخل في العقد ولا يكون الناقل مسؤولا عنها إلا إذا أقام المتضرر البينة على إرتكابه خطأ معينا.[2]

أما بالنسبة لأمتعة المسجلة نجد المادة 68 من نفس القانون أحالت على المواد من 46 إلى 48 ومن 52إلى61.

ويتبين لنا ان المسؤولية الملقاة على عاتق ناقل الأشخاص فيما يخص الأمتعة هي نفسها الملقاة على عاتق ناقل البضائع ،وقد تتحقق المسؤولية التقصيرية للناقل إذا أثبت من أصابه الضرر أن الضرر المذكور نتج عن خطأ الناقل او احد تابعيه [3].

وهنا نقول أن الناقل يكون مسؤولا على الحفاظ على سلامة أمتعة المسافر ،لأن الإلتزام الملقى عاتقه هو إلتزام بتحقيق نتيجة ،وهي تسليم المسافر كما أستلمها منه، وفي حالة الإخلال بلإلتزام ووقوع الضرر للأمتعة يتحمل الناقل المسؤولية.

---

[1] – عزيز العكيلي،الوسيط في شرح القانون التجاري ،مرجع سابق،ص،340.

[2] – إلياس ناصيف،مرجع سابق ،ص،246.

[3] – فوزي محمد سامي ،محمد فواز المطالقة مرجع سابق،ص،246.

3/ مسؤولية الناقل على أضرار التاخير عن الوقت:

يلعب الوقت دورا هاما في حياة المسافر ، حيث من الملاحظ أن عامل الوقت يعد معيارا أساسيا في تحديد نمط ونوع وسيلة النقل المستعملة ، فالناقل مسؤولية على عاتقه وهي وهي إيصال المسافر في الميعاد المحدد ،سالما معافى وهذا مانصت عليه المادة 62 من القانون التجاري الجزائري، بالإضافة إلى أن الناقل ملزم بإعلام المسافرين بالآجال والوتيرة والتوقيت كما نصت عليه المادة 16 من والقانون 01_13.

ويكون الناقل مسؤلا عن التاخير في حالة توفر الشروط التالية:

_ان يكون سبب التأخر راجع إلى عدم إلتزام الناقل ،وإذا أراد الناقل ان يعفى نفسه من المسؤولية يجب عليه ان يثبت سبب التأخر، القوة القاهرة ،الفعل الضارة ،فعل الغير أو من طرف المسافر نفسه [1].

_أن يكون ضرر التاخير الذي تسبب فيه الناقل ،جسيما كان يفوت الناقل على المسافر فرصة إبرام صفقة محددة الوقت أو التأخر عن موعد إجراء مسابقة.

ثانيا : النتائج المترتبة عن المسؤولية العقدية

1/ دعوى التعويض : إن دعوى التعويض عادة ترفع من طرف المتضرر نتيجة تنفيذ العقد ولكي تباشر الدعوى لابد من إتباع إجراءات قانونية حتى يضمن المتضرر حقه في التعويض في الاجال المحددة ،تنشئ مسؤولية الناقل بإخلاله بعدم تنفيذ الإلتزام ووقوع أضرار للمسافر ، وللمسافر المتضرر طلب التعويض.[2]

لقد حدد الأمر 74_15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الاضرار الاشخاص الذين لهم الحق في طلب التعويض وهم الوالدين ،الزوج او الزوجة،الأبناء القصر وكذا الذين هم تحت كفالته بمفهوم الضمان الإجتماعي.

2/تقدير قيمة التعويض:

تقدر قيمة التعويض بمقدار الضرر الواقع للمسافر المتضرر جراء عدم قيام الناقل بتنفيذ إلتزامه أو التأخر في تنفيذه ،وهذا ما يؤدي إلى تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، وألحق أضرار بدنية أو تسبب في تأخير أو إصابة امتعة.

[1] – مصطفى كمال طه،مرجع سابق ،ص،21.

[2] – نبيل إبراهيم سعد،مرجع سابق ،ص،297.

3/ تقادم دعوى التعويض :

نصت المادة 74 من القانون التجاري صراحة على أن دعوى التعويض الناتجة عن عقد نقل الأشخاص ،سواء كان التعويض عن الأضرار البدنية أو الوفاة أو التاخير، تتقادم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث أو عدم تنفيذ الإلتزام ، وللمدعى الحق في الرجوع بمهلة محددة بثلاثة أشهر من رفع الدعوى على المكلف.[1]

المطلب الثاني : عقد السمسرة

لم يحظ عقد السمسرة بالقدر المطلوب من التنظيم عند المشرع الجزائري ، وفي غياب نص تشريعي جامع لأحكامه يعتمد عليه لتحديد الإطار القانوني لهذا العقد، وجب علينا التطرق لمختلف القوانين المقارنة التي تنظمه للتعريف به في(الفرع الأول) وإن أجمعت مختلف القوانين على إعطاء تعريف معني مشترك وموحد ،مع تحديد توضيح خصائصه ، ومن ثم توضيح كيفية إنعقاده وإنقضائه في الفرع الثاني ،واخير الأثار المترتبة عنه في الفرع الثالث.

الفرع الأول : تعريف عقد السمسرة .

لتوضيح المقصود بعقد السمسرة، وجب أولا معرفة حقيقة هذا العقد، لذا سيتم في هذا الفرع تحديد مختلف التعريفات لهذا العقد، بداية بالتعريف اللغوي ثم يليه التعريف القانوني وفي الأخير سنتناول مختلف الآراء الفقهية لمفهوم السمسرة.

أولا : التعريف اللغوي للسمسرة .

السمسرة كلمة أصلها فارسية معربة ، من الفعل سمسر ، ويقال سمسر السمسار وجمعها سماسرة ، ومصدرها سمسرة والسمسرة مهنة السمسار ، وجعله هو الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصفقة.[2]

السمسار بكسر السين : هو المتوسط بين البائع والمشتري لإتمام البيع،وهو الذي يسميه الناس الدلال فإنه يدل المشتري على السلع ويدل البائع على الأثمان ، و من المجاز قول سمسار الأرض ، اي العالم بها والحاذق المتبصر في أمورها.

[1] – أنظر المواد 55_61_68 قانون التجاري الجزائري، دعوي التعويض ومدة التقادم

[2] – إبن منظور محمد إبن مكرم الأنصاري،لسان العرب

ثانيا : التعريف القانوني لعقد السمسرة

على خلاف بعض التشريعات المقارنة ، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد السمسرة ، وذلك وخلافا لما جاء به المشرع الفرنسي ، فقد إكتفى بتحديد تجارية هذا العقد ، وأعتبره عملا تجاريا بحسب الموضوع وهذا وفقا للمادة 02 من القانون التجاري الجزائري و التي تنص :" يعد تجاريا بحسب موضوعه : كل عملية مصرفية او عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة ".

ثالثا : التعريف الفقهي لعقد السمسرة

قد تعددت الأراء الفقهية حول إعطاء تعاريف لعقد السمسرة ،حيث نصت جل هذة التعاريف في مضمون واحد ، مما أدى إلى الخروج بتعريف راجح لهذا العقد.

فعرفته نادية فضيل على أنه :" عقد بمقتضاه يتعهد شخص مقابل عمولة معينة بالسعي إلى تقريب طرفين أو أكثر كي يتعاقدا".

كما باسم محمد صالح عقد السمسرة بأنها :" هي التقريب بين شخصين لكي يتعاقدا معا نظير لعمولة يقبضها الدلال من كليهما وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من الصفقة أو بمقتضى نص قانون ".[1]

وعرفته سميحة القليوبي بأنه : عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص أخر يسمى مصدر الأمر أو مفوض السمسار بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل أجر .[2]

وفقا لما سبق يمكن إعطاء تعريف لعقد السمسرة على أنه عقد معاوضة يجريه السمسار قبل شخص أخر مقابل عمولة دون نيابة في ذلك.

من خلال هذه التعاريف يمكن استنتاج خصائص عقد السمسرة، والتي تتمثل فيما يلي:

1/ عقد السمسرة عقد رضائي : العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لإنعقاده توافق الإرادتين (الإيجاب والقبول) دون حاجة إلى شكل معين لإنعقاد ،فالإرادة وحدها تكفي في هذا النوع من العقود

2/عقد السمسرة عقد ملزم للجانيبين وعقد معاوضة : حيث يلتزم السمسار في مواجهة من تعاقد معه على إيجاد طرف أخر والتوسط له في إبرام العقد أو تمثيله في مفوضات التعاقد،

[1] – نادية فوضيل ،القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ،

[2] – محمد صالح باسم،القانون التجاري، منشورات ،دار الحكمة ،بغداد،

وبالمقابل فإن متوسط السمسار يلتزم بدفع الأجرة أو العمولة المتفق عليها بلإضافة إلى مصاريف التى تكبدها هذا الأخير، كما أن هذا العقد من عقود المعاوضة ، التي يحصل فيها كل طرف مقابل لما أعطاه ، بحيث يستحق السمسار الأجر من العميل مقابل العمل المكلف به لصالح هذا الأخير.

الفرع الثاني : إنعقاد عقد السمسرة ،إثباته ، وإنقضائه

أولا : إنعقاد عقد السمسرة

بإعتبار أن عقد يعتبر من عقود المقاولة ، فإنه لا يختلف في الأركان والشروط العامة التي يقوم عليها أي عقد ضمن أحكام القانون المدني [1]، وسوف نوضح هاته الأركان فيما يلي:

1/ التراضي : حتى ينعقد العقد لابد من توافق الإرادتين ، وهو ما يعبر عنه بالتراضى ، وهو أساس العقد ، إذا يوجد التراضي بتواجد إرادتيين متوافقتين ، وإذا كان وجود هاتين الإرادتين كافيا لوجود العقد فإنه لايكفى لصحته ، بتواجد العقد صحيحا لابد أن تكون الإرادتان متوفقتان صحيحتين.

ويقصد بوجود الإرادة هو أن تصدر عن صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الإلتزام ، والأهم في ذلك إلتزام السمسار بأداء العمل المتمثل في البحث عن متعاقد أخر لإبرام عقد مع العميل ، وإلتزام هذا الأخير بدفع الأجر فكل طرف إتجهت إرادته لإحداث أثر قانوني.

ولكي تعتبر هاته الإرادة والتعبير عنها صحيحا لابد ان تكون خالية من عيوب الإرادة (الإستغلال،التدليس،الإكراه)

ولابد من توفر الأهلية لسمسار وهي اهلية الأداء.[2]

2/ المحل : يعتبر عقد السمسرة ذو طبيعة خاصة حيث نجد محل العقد مزدوجا بوجود العمل المادي الواجب على السمسار تأديته ، في مقابل ذلك يكون المحل الأخر هو الأجر الواجب الدفع للسمسار من قبل العميل [3] وسوف نفصل كل نوع على حدى فيما يلي :

[1] – أنظر المواد 59 إلى 105 من القانون المدني الجزائري

[2] – عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،مصادر الإلتزام ،ص.ص،171،170.

[3] – محل العقد هو العملية القانونية التي ترضي الطرفان على تحقيقها أما محل الإلتزام فهو ما يتعهد به المدين انظر محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزامات _مصادر الإلتزام ،

أ/ محل عقد السمسرة بالنسبة للسمسار :

العمل المادي : المحل في عقد السمسرة بالنسبة للسمسار هو عمل مادي وليس تصرف قانونيا لإنه سابق العقد أو سابق للمفاوضات ،وهو أن يقوم السمسار ببذل عناية لتقريب وجهات نظر المتعاقدين ،لأن إرادة السمسار لاتتجه إلى إحداث أثر قانوني وإنما إلى التوفيق بين هاتين الإرادتين لإبرام التصرف "2"، بحيث لابد أن يكون المحل ممكننا وموجودا إضافة إلى كونه معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا غير مخالف النظام العام والأداب العامة .

ب/ محل عقد السمسرة بالنسبة للعميل : الأجر هو الوجه الثاني للمحل في عقد السمسرة ، وهو المال الذي يلتزم العميل بإعطائه للسمسار في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود إليه ، ولهذا يجب أن تتوفر فيه نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في محل الإلتزام والمتمثلة في كونه موجودا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا.

3/ السبب : هو الغاية التي يقصد الملتزم الوصول إليها من وراء تحمله هذا الإلتزام ، ومصدر الإلتزام في عقد السمسرة بالنسبة للسمسار هو البحث عن متعاقد يرتضى التعاقد مع العميل مقابل الحصول على أجر أو عمولة من قبل من وسطه في مقابل ذلك فإن مصدر إلتزام العميل في أداء الأجرة للسمسار هو الحصول علر متعاقد لإبرام صفقة معه وفق الشروط المتفق عليها ، ولا بد بالتالي أن يكون هذا السبب موجودا ومشروعا غير مخالف للنظام العام والأداب

ثانيا : إثبات وجود عقد السمسرة

ينصب إثبات وجود عقد السمسرة على من يدعى بوجوده ، ولكن هناك تباين في كيفية الإثبات بالنسبة للعميل والسمسار بخصوص ماتم تداوله حول تجارية عقد السمسرة ، فقد تبين أنه ذو طبيعة تجارية بالنسبة للسمسار أيا كانت طبيعة الصفقة ، أما بالنسبة للعميل فيكون حسب الصفقة (مدنية أو تجارية) ، فإذا كان العقد من طبيعة مختلطة (مدني بالنسبة لطرف وتجاري بالنسبة لطرف الأخر) هنا وجب إعمال القواعد العامة في الإثبات وفقا للقانون المدني وللقواعد الخاصة ضمن حرية الإثبات إستاد للمادة 30 من القانون التجاري والتي تنص على :" يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية ،بسندات عرفية ، بفاتورة مقبولة ، بالرسائل بدفاتر الطرفين ، بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذ رأت المحكمة وجوب قبولها .

ثالثا : إنقضاء عقد السمسرة.

ينقضي عقد السمسرة وفق للنصوص القانونية المنظمة له بطريقتين، طرق عادية واخرى غير عادية، وسوف نذكر فيمايلي كل طريقة على حدى:

أ/ إنقضاء عقد السمسرة بالطرق العادية:

1/ الإنقضاء المعتاد بتنفيذ عقد السمسرة : يكون هذا الإنقضاء وفق حالتين : سواء بقيام طرفيه لتنفيذ إلتزاماتهما على أكمل وجه أي بتنفيذ السمسار للمهمة المكلف بها ، او ينقضى العقد لإنتهاء المدة والأجل المحدد له.

2/ الإنقضاء على أساس تكييف عقد السمسرة : وينتهي وفقا لطريقتين

* **إنقضاء العقد بالإرادة المنفردة للعميل** : لقد ورد في شأن هذا السبب نص قاوني يجيز لرب العمل التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه ، ومرد ذلك هو التطبيق على عقد بإعتباره من عقود المقاولة [1]"

* **الإنقضاء بموت السمسار** : الأصل هو أن شخصية كل طرفي عقد السمسرة محل إعتبار في التعاقد ، وينطبق ذلك بصفة مطلقة فيما يتعلق بالعميل فلا أثر لموته على العقد ، الذي يبقى نافذا ملزما لورثته ، ولو كان العمل الذي عهد به للسمسار لن يفيدهم ، وتطبق في ذلك أحكام المادة 108 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للسمسار فالأصل أن السمسرة لاتنتهي بموته ، على إعتبار أن مايهم العميل هو ان ينجز العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها ، بصرف النظر عمّن يقوم بهذا العمل ولذلك لم تكن شخصية السمسار محل إعتبار في عقد السمسرة بصفة عامة.

إلا أنه قد تبرم عقود يكون فيها لمؤهلات السمسار الشخصية الإعتبار الأول في التعاقد ،فتكون هذه المؤهلات هي الدافع الذي يدفع العميل إلى التعاقد معه ،في هذه الحالة ينقضى عقد السمسرة بموت السمسار وفقا لما أكدته المادة 569 ق.المدني الجزائري فيما يخص إنقضاء عقد المقاولة.

[1] – 1_ أنظر المادة 566 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث : أثار عقد السمسرة

أولا : إلتزامات السمسار

1/ إلتزامات السمسار بصفته تاجرا : وفقا لنص المادة الأولى 01 من القانون التجاري الجزائري ، فإنه يعد تاجر كل شخص طبيعي يباشر عملا تجاريا شريطة إحترافه لهذا العمل ، وهو ماينطبق على السمسار بإعتبار تاجرا ،مما يرتب إلتزامات لمزاولة مهنته التجارية وهاته الإلتزامات كالتالي:

– الإلتزام بالقيد في السجل التجاري[1]

–الإلتزام بمسك الدفاتر التجارية [2]

2/ الإلتزامات التي يفرضها عقد السمسرة على السمسار :

_إلالتزام بأداء عمل : فعمل السمسار هو البحث عن متعاقد أخر لإبرام عقد السمسرة مع العميل ، ومقتضى ذلك أن السمسار ملزم بإطلاع العميل بظروف تعاقد الطرف الاخر ومخاطر التعاقد متى كان يعلم بها فهذه الإلتزامات تعتبر من مستلزمات الإلتزام الرئسي.

– الإلتزام بضمان : أن للسمسار الحق في زيادة نطاق المسؤولية حتى يقبل العملاء التعامل معه ، على أساس إتفاق بينه وبين من وسطه إلى حد ضمان تنفيذ الصفقة ، فيسمى السمسار في هذه الحالة بالسمسار الضامن ، ويطلق على التعاهد الذي قام به في هذه الحالة بشرط الضمان ، وبذلك يضمن السمسار للعميل قيام المتعاقد الأخر بإلتزاماته.

– الإلتزام بأن لايكون طرف ثانيا في العقد : الأصل انه لايجوز للسمسار أن يكون طرف ثانيا في العقد الذي يتوسط فيه ، وذلك دراء للتعارض مع مصلحة العميل الشخصية.

ثانيا : إلتزامات العميل

1/ إلتزام الناتج عن تنفيذ عقد السمسرة (الإلتزام بدفع الأجرة) : يستحق السمسار في مقابل الخدمة التي يؤديها للعملاء أجر يسمى عمولة يحدد عادة وفقا لإتفاق الطرفين بنسبة من قيمة الصفقة التي تتم بين العميل والمتعاقد معه ويجوز تحديدها بمبلغ ثابت ،وإذا لم تحديد هذا الاجر وفق إتفاق فيكون وفقا مايقضي به ،العرف المتبع (وفق تعامل سابق).

[1] – أنظر المادة 19 من القانون التجاري الجزائري.

[2] – تنص المادة 9 من القانون التجاري : كل شخص طبيعى أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة او أن يراجع على الأقل هذه العمليات ...".

2/ الإلتزامات الناتجة عن عدم تنفيذ عقد السمسرة:

أ/ الإلتزام برد المصاريف : يلتزم العميل علاوة على دفع الأجر ، بدفع المصروفات التي ينفقها السمسار في تنفيذ العمل المكلف به إذا تم الإتفاق على ذلك ،والإتفاق على حق المصروفات على حق السمسار في المصروفات قد يكون أثناء عقد السمسرة او لاحقا عليه ،كأمر العميل أثناء وساطته بإجراء أعمال تقتضي إنفاق مبالغ معينة.

ب/الإلتزام بتعويض السمسار : الاصل ان السمسار لايستحق الاجر ، إلا إذا تم العقد في المدة المتفق عليها ،اي المحددة له ، ولكن قد يبذل العناية الكافية للتعاقد العميل مع المتعامل الاخر ، ومعنى ذلك لايتم العقد بناء على إنقضاء الاجل المقرر له ، وذلك لأسباب لا دخل للسمسار فيها (حسن النية) ففي هذه الحالة قد تكون هناك اضرار لحقت بمصلحة السمسار وخاصة المادية منها ، فوجب عليه في هذه الحالة حق الرجوع بالتعويض على من وسطه بمقدار ما أفاده من وساطته ، على ان لايكون أساس هذا التعويض هو إعمال قواعد المسؤولية العقدية، وإنما يكون ذلك وفقا لما هو متعارف عليه حسب قواعد الإثراء بلا سبب..

الفصل الثاني

الفصل الثاني الشكلية في المواد التجارية

لاشك 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 عقودا 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 تطلبا للشكلية في الكثير من المعاملات والعقود التجارية المندرجة تحت بابه، والسبب في ذلك هو أن الشكلية تسهل كثيرا العمل التجاري لما توفره من وضوح من حيث البنود التي قد تتضمنها، وربحا 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 الكثير من الأعمال التجارية، كعمليات البنك، وتداول الأوراق التجارية ... الخ.

فالائتمان كمميز للقانون التجاري، يقتضي من الضرورة بمكان توفير نوع من الأمن والسلامة من أجل تسهيل المبادلات والمعاملات التجارية، ودرءًا 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 سلفا من طرف جهات تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين، كما أن الوسائل الالكترونية الحديثة تجعل من السهل جدا القيام بالعديد من العمليات التجارية وفي أسرع وقت ممكن، من دون الاخلال بمبدأ حرية الإثبات الذي يسود القانون التجاري، ومبدأ السلامة، والأمن، الذي يجب أن يسود أيضا ميدان المعاملات التجارية.

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.

الفرع الأول: الشكلية المكرسة في القانون المدني

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

أولا: التصرفات الواردة على المحل التجاري

يعتبر المحل التجاري مالا منقولا معنويا، 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

[1] – إن التمييز بين نظام الشكل ونظام الشهر يبدوا واضحا 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. 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.

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.

إضافة 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 باطلا".

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 رسميةمستوجبة للإثبات أم هي ركن ركين في العقد بحيث يفضي تخلفها توقيع البطلان المطلق عليه ؟.

حيث ذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار الشكلية ركن لانعقاد بيع المحل التجاري حيث عدم كتابة العقد رسميا يؤدي إلى بطلانه ، فكلمة إثبات الواردة في المادة 79 المذكورة سابقا 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 و ليس 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 و التي تشترط رسمية عقد البيع لاحتجاج البائع بامتيازه على دائني المشتري.

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

أما الاتجاه الثاني فاعتبر الرسمية شرط للإثبات وليس للانعقاد، و أن هذا الأمر مسلم به وأن بيع المحل التجاري يعد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادتي البائع و المشتري[1].

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 بتاريخ02/18/ 1997 ملف رقم 156136 الغرف المجتمعة ، قضت فيه أن العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري يعد باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية من النظام العام ، و لا يمكن تبعا لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع[2].

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها تحت رقم80160 بقولها:"من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلا، كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلق على شرط، أو صادرا 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 و قضي بالرفض صدر مستوجبا للنقض و الإبطال[3]".

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، و يأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانو عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني، و بما أن القرار المنتقد لم يراعي القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض"[4].

2/ رهن المحل التجاري: جاء في نص المادة 120 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي"، ووفقا لهذا النص فإن الرسمية شرط لانعقاد عقد

---

[1]– فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 208.

[2] – حمدي باشا، القضاء التجاري ، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 62.

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 80160، المؤرخ في 1992/01/05، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1995، ص 177.

[4] – قرار المحكمة العليا رقم 136169، المؤرخ في1997/02/18، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1997، ص 10

الرهن وصحته ووسيلة لإثباته، غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء 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 قانونا[1].

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 عليها قانونا، 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 وفقا لإجراءات محددة، ولا يتم ذلك إلا بمستند كتابي .

ثانيا : 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 المادة، على أن يتحمل الشركاء الخسائر التي قد تنجر عن ذلك .

فالشركة باعتبارها توافق إرادتين أو أكثر لابد أن تتوافر فيها الأركان العامة والخاصة، حتى لا يلحق بها أي جزاء من الجزاءات المنصوص عليها قانونا، 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

[1] – مقدم مبروك، المحل التجاري ، ط4، دار هومه، الجزائر ، 2009، ص75.

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 مكتوبا، وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما بدخل 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، و لا يكون له أقر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

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[2]، كما يقتضي كل تعديل يرد على العقد ضرورة كتابته بذات الشكل الذي تم كتابة العقد الأصلي به[3].

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.

أولا : 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 مشروطا فقط لإثبات الالتزام الثابت فيه، بل هو شرط وجود، الأمر الذي دفع الشراح إلى القول بأن الورقة التجارية تصرف

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

[2] نادية فضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط7، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 103.

[3] – هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 569.

شكلي، ولذلك لا تنطبق أحكام القانون الخاصة بالأوراق التجارية ما لم تكن هناك ورقة متضمنة البيانات المطلوبة قانونا، ولو ثبت مضمون الورقة بدليل أخر كالإقرار [1].

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

1/ السفتجة : هي ورقة تجارية مكتوبة تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا 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[2]، 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:

[1] – علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1995، ص 7.

[2] –Duriac Isabelle, La signature, Thèse de doctorat en Droit privé, Paris 2, 1997, p 70-72.

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 مكانا للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه.

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/ الشيك: 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 .

- 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 انه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن المتعاقدين قد اتجها في نيتهما إلى إبرام هذا العقد ، للمزيد أنظر: 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 شيكا 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 وقفا للقواعد العامة.

3/ السند لأمر: هو ورقة تجارية مكتوبة تتضمن أمرا من شخص يسمى المتعهد إلى شخص آخر يسمى المستفيد بأن يدفع له مبلغا 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 لابد 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 محررا 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 .

ثانيا: 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 شكلا معينا 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/ الترقيم: 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 بدلا منه أو استبدال بعض صفحاته بغيرها ،و في 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 شخصا طبيعيا أو معنويا أن يقدم الدفتر للتوقيع عليه من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد (نص المادة 2/11 ق ت ج)، كما يجب أن يقدمه أيضا 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 طبقا 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 أثارها 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 تاجرا بحسب الشكل أو بحسب الموضوع، ودون شركة المحاصة ذات الطبيعة المستترة تخضع الشركات التجارية لإجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا، والمقصود بالشهر إعلام الغير بتكوين ونشاط الشركة[1].

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

1- كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجاري داخل القطر الجزائري.

2- كل شخص معنوي تاجر بالشكل ، أو أن يكون موضوعه تجاريا ، 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، نظرا 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.

[1] – سميحة القليوبي، المرجع السابق ، ص 93.

فالشهر القانوني للبيانات والمعلومات المتعلقة بالتاجر تعد الوظيفة الرئيسية لإقرار نظام السجل التجاري، مما يوفر الحماية الكاملة للتاجر للاستثمار باسمه التجاري وشعاره... الخ ، 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.

أولا: 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 انطلاقا 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 يوما من تاريخ عقده بقيد العقد لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري وإلا كان باطلا ، وهذا ما نصت عليه المادة 97 /1 من القانون التجاري.

يجب على البائع أن بتقدم إلى مأموري المركز لقيد الامتياز بطلب منه شخصيا أو بواسطة الغير، وأن 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 الامتياز ، وفي حالة عدم تحديد هذه العناصر بدقة فيقع الامتياز على عنوان المحل واسمه والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، حسي 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 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، نظرا لكون عملية بيع ورهن حيازة المحل التجاري الأكثر تداولا في المعاملات التجارية.

[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.

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/النشر: 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 يوما من تاريخه بسعي من المشتري تحت شكل ملخص ، أو إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا 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 يوما 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 باطلا.

أما بالنسبة لعقد تأجير تسيير المحل التجاري فينشر أيضا خلال 15 يوما 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.

ثانيا : 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 التزاما 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: "يجب على كل شركة تجارية او 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 04من 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 وفقا 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 نظاما قانونيا معينا 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 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.

أولا: 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[3]. 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

[1]– ياسر الصيرفي: التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1992، ص68.

[2]– عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000، ص419.

[3] – ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص101 .

لضرورة إنشائها توافر إجراءات شكلية معينة، كما هو الشأن كذلك في اشتراط الكتاب الرسمية[1]، 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.

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[2].

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 عقدا تكون له فيه حصة الأسد أو يكون فيه الطرف الآخر (الضعيف) تحت رحمته، وهذا يعني عدم المساواة بين المتعاقدين[3]، 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 .

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص280، محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1979، ص220.

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

[3]–حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، 180.

كما يمكن تحقيق هذا التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية من خلال اشتراط الكتابة العرفية لإنشاء التصرف، حيث تسمح هذه الكتابة للمتصرف بتثبيت نصوص الاتفاق بما يشتمل عليه من التزامات متبادلة[1]، 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 المعدة لحمايته، ومن هنا وجب إيراد البيانات الإلزامية في مستند خطي وإلا وقع العقد باطلاً[2].

إن الشكلية معدة كذلك لحماية المتعاقد من التسرع والاندفاع، فالشكل يترك للأطراف وقتاً للتفكير والتأمل قبل الإقدام على إبرام التصرف[3]، 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[4].

ثانيا: 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 الاعتراضات 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[5]، فشكلية الكتابة الرسمية في بيع المحل التجاري تضمن للمشتري حقوقه وذلك لان العقد يؤمن له وسيلة دفاع ضد الاعتراضات التي يمكن أن توجه ضد العقد.

---

[1]–عبد الرشيد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص423.

[2]–حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، 180.

[3]– نفس المرجع، ص 181.

[4]– نفس المرجع ، ونفس الصفحة

[5] – نفس المرجع ، ص 182.

فمن المقرر في القواعد العامة أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع ثابت له انطلاقا 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 شراء المحل التجاري يرمي من ورائه المشتري إلى استثماره أو إعادة استغلاله على نحو يدر عليه ربحا 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 وسعيا 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 أمرا إجباريا نظرا لجوهريتها، لذا يجب متابعة البائع كلما كتم عن المشتري أمرا هاما في وضعية المتجر لأن الكتمان يعتبر تدليسا.

واستكمالا 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.

[1] – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 213.

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 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].

ثالثا: 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.

من أجل نجاح حماية الغير، كان لا بد من توفير نظام حماية سابقة ولاحقة لأي معاملة تجارية، ضمانا للثقة ولاستقرار المعاملات والمراكز القانونية.

حيث نجد المشرع قد اشترط تحت طائلة البطلان على المتعاقدين الذين أبرموا عقد يتضمن تنازلا 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 نظرا

[1] – المادة 715 مكرر 10 من القانون التجاري.

[2] – المادة 778 من القانون التجاري.

[3] – المادة 680 من القانون التجاري.

[4] – المادة 581 من القانون التجاري

لما يترتب عليه من خسارة يتكبدها البائع أو المشتري، يقصد المشرع التجاري الجزائري من ورائها أيضا إلى إعلام دائني البائع بما يقوم به غريمهم من تصرف قانوني قد يشكل تهديدا لحقوقهم وديونهم، خصوصا 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 خطرا على حقوقهم المالية، حق الاعتراض على دفع الثمن الذي نصت عليه المادة 84 /1 من القانون التجاري، وإيداع الثمن في مصلحة الودائع والأمانات (نص المادة 2/90 من القانون التجاري)، وحق المزايدة بالسدس (المادة 86 من القانون التجاري)

وأيضا 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.

إلى 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.

فلقد اهتم المشرع بتعزيز أساليب حماية المتعاملين مع الشركة التجارية ضمانا 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 أولا بالشكل الذي تظهر به الشركة منذ نشأتها وقيامها بتنظيم أجهزتها، نظرا 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 ضروريا 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، وانه بمثابة وسيلة لتسهيل التعاقد وتبسيطه.

أولا: 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 في 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 اغلب 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 اجل الحصول على مكاسب تتنافى مع منطق العدالة، فتحقيق هذه الأخيرة بات أمر لازم لاستقرار المجتمعات.

ثانيا: دور الشكل في تسهيل التعاقد وتبسيطه

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 الضرورين لها[1]. والحقيقة أن من شأن إجراء التعامل بطريق السندات التجارية أن يؤدي إلى تسهيل المعاملات التجارية وتبسيطها، فهذا التعامل يرد على تصرفات شكلية.

المطلب الثاني: الفعالية آلية للشكلية

إن عدم احترام قواعد الشكل المحدد قانونا (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[2] ، 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 نظرا لعدم تقرير المشرع البطلان المطلق في حالة تخلف هذا الإجراء، لما في ذلك من اضطراب المراكز القانونية

[1] –حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، 182.

[2] – عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر 2002، ص 105.

والإضرار بالغير، باعتبار أن النشر وجد أساسا لحماية الغير يطلع على البيانات الخاصة بالشركة، ويبني قراره على أساس المعلومات المنشورة[1] .

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 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، فضمانا 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[2].

تجدر الإشارة هنا إلى أن القيد في السجل التجاري لا يغني عن القيام بإجراء الشهر، وهذا ما أكدته المادة 548 من القانون التجاري.

---

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

[2] – عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 110.

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.

يتميز 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 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 باطلا 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 الاحتجاج بالبطلان تجاه 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 قانونيا 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، نظرا 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 مبنيا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمه الأمر تصحيح العمل أن يندر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل 30 يوما، 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 يوما، 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

مع تزايد حجم النشاط التجاري في العالم، وظهور الحاسوب والانترنت وثورة المعلوماتية، وبروز نوع جديد من التجارة سمي بالتجارة الالكترونية، صارت هذه الأخيرة عماد الاقتصاد في عصرنا الراهن، لنموها وتطورها المتزايد، فتضاعفت المستندات الالكترونية المتبادلة، وزادت الحاجة إلي القيد الالكتروني للمعاملات التجارية الالكترونية.

[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.

في 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.. الخ، أما الثاني: فهو الاستعاضة عن الالتزام 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 والانترنت، مما يترتب عنه التبادل الالكتروني للبيانات والمعطيات، وبالتالي كنتيجة حتمية لذلك، الاتجاه نحو التوقيع الالكتروني.

ومست أيضا الشكلية الأسناد التجارية لا سيما السفتجة الإلكترونية التي لا تختلف في تعريفها عن السفتجة الورقية فهي محرر ثلاثي الأطراف تتم معالجته الكترونيا بصورة جزئية أو كلية، فالسفتجة الالكترونية المعالجة جزئيا تظهر في البداية في شكل ورقي كأي سفتجة تقليدية وعند تقديمها للبنك يقوم هذا الأخير بإدخال مضمونها على دعامة الكترونية، أما السفتجة الالكترونية المغناطيسية أوالمعالجة بصورة كلية فهي التي تصدر منذ البداية في شكل الكتروني من دون حاجة للورق[1].

[1] – مصطفى كمال طه،وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، طبعة 2005، ص246

الخاتمة

الخاتمة

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 تأكيدا لسلطان الإرادة وليس أضعافاً لها أو نفيا، 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.

من 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 استثناء وفقا لمختلف مواضيع الدراسة.

ومن بين النتائج التي توصلنا إليها 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، وما يزكي هذا الطرح أيضا تمادى الشكلية أو التركيز على الشكلية في القانون التجاري أو اعتبار الشكلية هو الأصل في القانون التجاري، وما يتطلبه المشرع التجاري أيضا 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، بل أكثر من ذلك فالمشرع التجاري لم يكتفي بشكلية موحدة للإشهار، بل عمد إلى التنصيص على جهات عدة من الضرورة التعامل معها من أجل تحقيق نفس الهدف وهو الشهر.

إن الإفراط في هذه 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.

وعليه من كل ما سبق نقترح ما يلي :

– 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 والاجتماعية 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 خصوصا، والعقود الالكترونية التجارية.

قائمة
المراجع

قائمة المراجع :

الكتب : باللغة العربية

- إلياس ناصيف ،الكامل في القانون التجاري،الجزء الاول ،الطبعة الأولى،منشور بحر المتوسط ومنشورات عويدات ،بيروت_باريس،1981
- بن داود إبراهيم ،نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري ،سلسلة الإصدارات القانونية،الجزائر ،2008
- جبران مسعود ، الرائد (معجم لغوي عصري)، المجلد الأول ،بيروت 1978
- جميل محمد بنى يونس،مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الأردن،2012
- حمدي باشا، القضاء التجاري ، دار هومة، الجزائر، 2003
- حمدي محمد إسماعيل، القيود الورادة على مبدا سلطان في العقود المدنية_ دار مقارنة بلفقه الإسلامي _ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2007
- راشد راشد ، الأوراق التجارية _الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1999
- رضوان السيد ، الإجبار على التعاقد ، دراسة مقارنة ، دكتورا كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،1988
- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000
- سمير حسين الفتلاوي ،العقود التجارية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2001
- صوفي حسن أبو طالب،أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني ،دار النهضة العربية ،لبنان،1964
- عادل مصطفي بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة ، المجلد الاول ، الهيئة العامة للكتاب القاهرة 1978
- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، المكتبة القانونية، مصر 2002
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الأول: نظرية الإلتزام بوجه عام_مصادر الإلتزام ___الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2000،
- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،مصادر الإلتزام
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970
- عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000

- عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ،دار النهضة العربية ،للطباعةوالنشر، بيروت،1974
- عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب لإباحة ،القاهرة 1968
- عزيز العكيلي ،الوسيط في شرح القانون التجاري _الأعمال التجارية _التاجر_المتجر_العقود التجارية ،الجزء الاول ،طبعة الاولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2008،
- عزيز العكيلي،الوجيز في القانون التجاري،طبعة الأولى،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،عمان ،2000
- على على سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ،طبعة الخامسة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2003
- على فيلالي ،الإلتزامات _النظرية العامة للعقد،الطبعة الثانية ،موفم للنشر والتوزيع ،الجزائر،2005
- علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1995
- عودي عبد الله، مهام المركز الوطني للسجل التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002
- فتحي عبد الرحيم عبدالله ،شرح النظرية العامة للإلتزام ،الجزء الأول،الطبعة الثالثة ،نشأة المعارف،الإسكندرية،2001
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001
- فوزي محمد سامي ،شرح القانون التجاري الجزائري ،طبعة الاولى،دار مكتبة التربية ،بيروت،1997
- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري _دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا وألمانيا ومصر _دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2007
- محمد حسن منصور،مصادر الإلتزام ،العقد الإرادة المنفردة ،الدار الجاميعية للطباعة والنشر ،الإسكندرية ،2000
- محمد خليل،الإفلاس التجاري والإعسار المدني ،منشأة المعارف،الإسكندرية
- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام _العقد الإرادة المنفردة ،الطبعة الرابعة ،دار الهدي،الجزائر ،2009
- محمد على عبده،دور الشكل في العقود _دراسة مقارنة _منشورات زين الحقوقية ،لبنان ،2007
- 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 الحديثة، دار الفكر الجامعي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، طبعة 2005

- مصطفي كمال طه،أساسيات القانون التجاري القانون البحري ،طبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2010،
- مصطفي كمال طه،العقود التجارية وعمليات البنوك ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2000
- مقدم مبروك، المحل التجاري ، ط4، 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 طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط7، دار هومه، الجزائر، 2008
- نادية فوضيل ،القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر
- نبيل إبراهيم سعد،النظرية العامة للإلتزام ،الجزء الأول :مصادر الإلتزام ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2007
- نرمين محمد محمود الصبح ،مبدا العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية ،2002
- هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008
- ياسر الصيرفي: التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1992

باللغة الاجنبية

- Duriac Isabelle, La signature, Thèse de doctorat en Droit privé, Paris 2, 1997
- fouillet alfred ,la science social contemporaine,2eme édition,1885
- HAZAL(J_p),De la puissance économique en droit de obligation,thése pour l'obtention de doctorat en droit, tome1,université de pierre MEN Des fronçes, crenoble,1996
- Marie. Helene, Droit des sociétés et groupement, collections dirigées par Bernard Monsérie, Montchrestien, Paris, 2009

الرسائل و الاطروحات الجامعية

- بو كماش محمد ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتورا في العلوم الإسلامية،كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية ،جامعة باتنة،2012
- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد، 2004
- خليفاتي عبد الرحمان ، مدي إعتداد القانون الجزائري بمبدا سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر 1987

- خليفاتي عبد الرحمان،مدي إعتداد القانون الجزائري بمبدا سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة الجزائر 1987
- علاق عبد القادر،أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،كلية القانون،جامعة تلمسان،2008

المقالات و المداخلات

- حورية لشهب النظام القانوني للعقود التجارية ،مجلة العلوم الإنسانية ،جامعة محمد خيضر،العدد الثاني عشر ، نوفمبر 2007.
- 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
- منصور داود، بن حفاف سماعيل، "الشكلية في القانون التجاري"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد الثامن، العدد الأول، صادرة بتاريخ 2020، عن جامعة أحمد دراية أدرار، ص 343-379. الموقع الإلكتروني: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115762

المواثيق النصوص القانونية

القوانين و الأوامر

- art 1134 c,c,f (les convention légalement formées tiennemt lien de loi à ceux qui les ont faites).
- الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26_09_1975،ج،ر،عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975
- القانون المدني الجزائري
- قانون رقم 75_59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،المتضمن ق_ت_ج،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05_02 المؤرخ في 06 فيفري 2005،ج ر، العدد 11،المؤرخة في ،09 فيفري 2005
- قرار المحكمة العليا رقم 136169، المؤرخ في1997/02/18، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1997
- قرار المحكمة العليا رقم 80160، المؤرخ في 1992/01/05، المجلة القضائية، عدد1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1995

فهرس
المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وعرفان

إهداء

مقدمة.....أ

الفصل الأول : مبدأ سلطان الإرادة في المواد التجارية.

المبحث الأول: مبدا سلطان الإرادة كأصل في المواد التجارية 2

المطلب الأول : مفهوم مبدا سلطان الإرادة..... 2

الفرع الأول : تعريف مبدا سلطان الإرادة 2

أولا : التعريف اللغوي لمبدأ سلطان الإرادة 3

ثانيا : التعرف الإصطلاحي لمبدا سلطان الإرادة 4

الفرع الثاني : خصائص مبدا سلطان الإرادة..... 4

أولا: حرية الشخص في التعاقد 4

ثانيا: عدم تعارض حرية المتعاقد مع حرية الأخرين 5

ثالثا : الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والإلتزام..... 5

الفرع الثالث : أسس مبدا سلطان الإرادة 5

أولا : الأساس الفلسفي للمبدا سلطان الإرادة..... 5

ثانيا : الأساس الإقتصادي الليبرالي للمبدا سلطان الإرادة 7

ثالثا : الأساس القانوني للمبدا سلطان الإرادة..... 7

المطلب الثاني : خصائص القانون التجاري..... 10

الفرع الأول : السرعة..... 10

الفرع الثاني : الإئتمان..... 11

أولا : التضامن 11

ثانيا : الإفلاس 11

المبحث الثاني : العقود التجارية كتطبيقات عن مبدا سلطان الإرادة..... 13

المطلب الأول : عقد النقل البري للأشخاص وشروطه..... 13

الفرع الأول : تعريف عقد النقل البري لأشخاص وشروطه..... 13

أولا : تعريف عقد النقل البري لأشخاص 14

ثانيا : شروط عقد النقل البري لأشخاص..... 14

الفرع الثاني : الأثار المترتبة على عقد النقل البري لأشخاص 16

أولا : إلتزامات المسافر..... 16

ثانيا : إلتزامات الناقل 18
الفرع الثالث : المسؤولية الناتجة عن عقد النقل البري لأشخاص والنتائج المترتبة عنه 19
أولا : مسؤولية الناقل عن الأضرار في عقد النقل البري لأشخاص..... 19
ثانيا : النتائج المترتبة عن المسؤولية العقدية 21
المطلب الثاني : عقد السمسرة..... 22
الفرع الأول : تعريف عقد السمسرة 22
أولا : التعريف اللغوي للسمسرة 22
ثانيا : التعريف القانوني لعقد السمسرة 23
ثالثا : التعريف الفقهي لعقد السمسرة..... 23
الفرع الثاني : إنعقاد عقد السمسرة ،إثباته ، وإنقضائه 24
أولا : إنعقاد عقد السمسرة 24
ثانيا : إثبات وجود عقد السمسرة..... 25
ثالثا : إنقضاء عقد السمسرة. 26
الفرع الثالث : أثار عقد السمسرة 27
أولا : إلتزامات السمسار 27
ثانيا : إلتزامات العميل 27
الفصل الثاني الشكلية في المواد التجارية
المبحث الأول: التكريس التشريعي للشكلية في القانون التجاري..... 31
المطلب الأول : شكلية الكتابة..... 31
الفرع الأول: الشكلية المكرسة في القانون المدني..... 31
أولا: التصرفات الواردة على المحل التجاري 31
ثانيا : تأسيس الشركات التجارية..... 34
الفرع الثاني: الشكلية المكرسة في القانون التجاري 35
أولا : السندات التجارية..... 35
ثانيا: الدفاتر التجارية 39
المطلب الثاني : شكلية الإشهار 40
الفرع الأول: القيد في السجل التجاري 40
الفرع الثاني: إشهار بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري وكذا تأسيس الشركات التجارية.. 41
أولا: إشهار التصرفات الواردة على المحل التجاري 41
ثانيا : إشهار تأسيس الشركات التجارية..... 43
المبحث الثاني: الشكلية هدفها الحماية وتحقيق الفعالية 44

المطلب الأول: تحقيق الحماية هدف الشكلية..... 45
الفرع الأول: الشكل وسيلة لحماية المصالح الخاصة 45
أولا: الشكل وسيلة لحماية المتعاقدين..... 45
ثانيا: الشكل وسيلة لحماية المتعاقد الآخر..... 47
ثالثا: الشكل وسيلة لحماية الغير حسن النية..... 49
الفرع الثاني: الشكل وسيلة لحماية المصالح العامة للمجتمع 51
أولا: دعم استقرار المعاملات التجارية وتحقيق العدالة..... 51
ثانيا: دور الشكل في تسهيل التعاقد وتبسيطه..... 52
المطلب الثاني: الفعالية آلية للشكلية 52
الفرع الأول: تكييف العقوبات لعدم احترام الشكليات 52
الفرع الثاني :تغير طبيعة الشكلية 55
الخاتمة..... 58
قائمة المراجع :..... 61