

جامعة عمار ثليجي * الأغواط *
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة
قسم الحقوق

الرّسمية الواجبة في التصرفات

الواردة على المحل التجاري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فرع قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

بطيمي حسين

من إعداد الطالبين:

➤ بوزايدة جلول
➤ عويسي بومدين

لجنة المناقشة:

السنة الجامعيّة: 2019 - 2020

الإهداء

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها ووقرها في كتابه العزيز
الأم العزيزة مريم

إلى خالد الذكرى الذي وافته المنية وكان خير مثال لرب الأسرة والذي لخضر
رحمه الله وتغمده برحمته الواسعة، والذي لم يتهاون يوم في توفير سبيل الخير
والسعادة لي

إلى من أعتد عليهم في كل صغيرة وكبيرة إخوتي المحترمين
إلى أصدقائي ومعارفي الذين أحبهم واحترمهم

إلى أساتذتي في كلية الحقوق جامعة عمار ثليجي بالأغواط

بوزايدة جلول

إلى من أفضلها على نفسي فهي التي ضحّت من أجلي ولم تدّخر جهدا في سبيل
إسعادي على الدوام الأم الغالية

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على ذهني في كلّ مسلك أسلكه
صاحب الوجه الطيّب والأفعال الطيبة والحسنة والدي الطيّب رحمة الله عليه
وأسكنه فسيح جنّاته.

إلى أصدقائي وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكلّ ما يملكون

إلى أساتذتي الكرام بكلية الحقوق جامعة عمار ثليجي بالأغواط

عويسي بومدين

شكر وتقدير

نشر المولى عزوجل الذي يسّر لنا السبيل، ووفّقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع
ونشكره على أن رزقنا الصّبر والاجتهاد ونحمده على نعمه الجليلة

ونتوجّه بخالص عبارات الشّكر وأسمى كلمات الامتنان إلى أستاذنا المشرف
بطيمي حسين على النّصائح والإرشادات والتّوجيهات البناءة التي قدّمها لنا طيلة
مراحل إعداد هذا العمل.

ونتقدّم بالشّكر الجزيل إلى كل من أمدنا بمداد العون ولو بكلمة طيّبة.

أولاً: باللغة العربية

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ج: جزء

د د ن: دون دار النشر

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

ص: الصفحة

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري

ط: الطبعة

د ط: دون طبعة

م و س ت: المركز الوطني للسجل التجاري

د م: دون مؤلف

ثانياً: باللغة الفرنسية

مقدمة

مقدمة

تتسم التجارة الإلكترونية بالتطور باعتبارها قطاع اقتصادي هام، وتنظيمها باستمرار يزيد من ذلك التطور وهو ما يحتم على الدولة وضع قوانين ونصوص تشريعية وتنظيمية، والتدخل كلما دعت الضرورة لوضع ضوابط من أجل حماية التاجر، ومن يتعامل معه لضمان نزاهة المعاملات التجارية، التي تمتاز العمليات التجارية بطابع السرعة، إذ أن عامل السرعة فرض على المشرع تخصيص أحكام قانونية تنفرد بها الأعمال التجارية لتلبية حاجة السرعة.

لهذا نجد التاجر يستخدم في سبيل ممارسة نشاطه التجاري مجموعة من الأموال، ومن بينها المحل التجاري الذي يتضمّن نوعين من العناصر، عناصر مادية كالبضائع والمعدات والآلات، وعناصر معنوية كعنصر الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية والشهرة، العنوان والإسم التجاري، الحق في الإيجار، حقوق الملكية الصناعية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، إذ نص عليها المشرع على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

باعتبار المحل التجاري مال، فإنه لا يقتصر استغلال التاجر لهذا المال بنفسه، بل يمكن استغلاله بطريقة أخرى من شأنها أن تحقق له الربح، إذ يمكن له أن يتصرف في محله التجاري إما عن طريق بيعه، أو إيجاره، أو رهنه، أو تقديمه كحصة في الشركة، كما يمكن له منح ذلك المحل عن طريق الهبة أو الوصية.

لذلك حماية للتاجر أو لمالك المحل التجاري والمتعاملين معه، فقد قرّر القانون إخضاع هذه العمليات إلى شكلية معينة من خلالها يمكن له توفير الراحة للتجار والحماية لمحلّاتهم التجارية.

إذ أن المشرع أوجب إنعقاد العمليات الواردة على المحل التجاري في قالب رسمي، بحث يتم تحريرها عن طريق الموثق وفقا لأوضاع قانونية معينة، كما يجب قيدها في الدفتر العمومي وأسندت هذه المهمة للمركز الوطني للسجل التجاري، وإلزام التجّر بهذه العملية تسهّل المعاملات التجارية إضافة إلى نشر هذه العمليات الواردة على المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو أية وسيلة أخرى ملائمة، بحيث يسهّل النشر للجمهور والإطلاع على محتوى العمليات التي تكون محل رهن أو بيع أو إيجار تسيير.

وعليه فإنّ الدوافع التي دفعتنا لتناول موضوع الرسمية الواجبة في التصرفات الواردة على المحل التجاري هي:

الدوافع الذاتية: تتمثل في الرغبة في معرفة كل ما يتعلّق بالشكلية وكل ما جاء به المشرّع من تعديلات فيما يخص الكتابة، الإشهار، بالإضافة إلى ما قد يثيره هذا الموضوع من مسائل قانونية فيما يتعلّق بالناحية العملية.

الدوافع الموضوعية: تتمثل في قلّة الدّراسات المتخصّصة في هذا الموضوع.

أمّا الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا هذا، هي إنعدام المراجع فيما يخص القيد في الدفتر العمومي والنشر.

ولمعالجة هذا الموضوع البدء من طرح الإشكالية التالية:

ماهي الإجراءات الشكلية المتبعة لانعقاد العمليات الواردة على القاعدة التجارية؟

ومنها نتفرع إلى سؤالين فرعيين

ماهي الرسمية الواجبة في التعريفات الواردة على المحل التجاري؟

ماهي الإجراءات التي يجب توفرها في التصرفات التي ترد على المحل التجاري؟

للإجابة على هذه الإشكالية قمنا بدراسة تحليلية، وذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي تعالج موضوع البحث، ودراسة وصفية من خلال المنهج الوصفي، إضافة إلى دراسة مقارنة وذلك من خلال إجراء مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى.

كما اعتمدنا في خطة منهجية بتقسيم البحث إلى فصلين رئيسيين: جاء في الفصل الأول تحت عنوان

مقومات الشكلية التجارية والذي قسّمناه إلى مبحثين تضمّن الأول الشكلية ومدلولها والغاية منها والثاني الشكلية التجارية الإجبارية أمّا الفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان تطبيقات الشكلية على التصرفات الواردة على المحل التجاري الإجبارية أمّا الفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان تطبيقات الشكلية التجارية على التصرفات الواردة على المحل التجاري والتطرّق فيها إلى مبحثين الأول

القواعد المشتركة في التصرفات الواردة على المحل التجاري والثاني القواعد الخاصة في بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري.

الفصل الأول

مقومات الشكلية

المبحث الأول: مدلول الشكلية ووظيفتها في حماية التصرفات القانونية

المطلب الأول: مفهوم الشكلية

لم يحظ مصطلح (الشكلية) بالاهتمام الكافي لإيجاد تعريف جامع مانع لها وربما يعود ذلك لارتباط مفهوم الشكلية ببعض التصرفات، وقد إنصبَّ اهتمام الفقه على تعريف التصرف الشكلي أو العقد الشكلي أكثر من الإهتمام بوضع تعريف للشكلية ذاتها. وقد عرّفت الشكلية بأنها (الأسلوب المحدد الذي يتعيّن أن يكون الرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها) ويلاحظ أنّ هذا التعريف جعل الإرادة هي التي تعبّر عن نفسها، وفي الحقيقة أنّ صاحب الإرادة هو الذي يقوم بالتعبير عنها بالشكل المفروض. كما عرّفت الشكلية بأنها (الحالة التي يجازى غيابها بانعدام الاثر القانوني للتصرف)، ويتّضح من هذا التعريف أنه يركز على الأثر المترتب على تخلف الشكلية في التصرف القانوني دون التركيز على الشكلية ذاتها.

وقد عرّفتها بعضهم بأنها (أسلوب محدّد للتعبير عن الإرادة يفرض بصورة إلزامية من قبل المشرّع ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد). فمَنع وجاهة هذا التعريف وتوافقه مع مضمون هذا البحث، إلاّ أنّه قد حصر الشكلية بصورة واحدة، وهي الشكلية القانونية المفروضة من قبل المشرّع بصورة إلزامية.

وفي تعريف آخر هي (وضع يوجب القانون اتخاذه والإلتزام به لانعقاد العقد من أجل حماية مصلحة معيّنة أو خاصّة). يتّضح من هذا التعريف أنّ الشكلية القانونية هي وضع خاص بمعنى أنّها إستثناء على الاصل العام في حرية التعاقد، فالأصل في التصرفات الرضائية وليس الشكلية وأنّ العقد يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين إلاّ أنّ الشكلية تأتي خروجاً على هذا الأصل بحيث يجب أن يُصبّ التصرف في شكل معيّن ومحدّد مسبقاً ويتربّب على ذلك أنّ الشكلية لا تكون إلاّ في الحالات الإستثنائية التي نصّ عليها القانون، وهذه الحالات لا يقاس عليها ولا يجوز التوسّع في تفسيرها، ويتّضح من هذا التعريف أيضاً ان هذا الشكل مروض بموجب أحكام القانون، وهذا ما يسمّى بالشكلية القانونية التي يكون مصدرها القانون وليس الإتفاق، إذ بإمكان الأطراف الإتفاق على تحويل عقد رضائي إلى عقد شكلي بموجب اتفاقهم على إشتراط شكل معيّن لإبرام العقد، وهذا ما يسمّى بالشكلية الإتفاقية ولعلّ صفة الإلزام أهم ما يميّز الشكلية القانونية فهذه الشكلية

مفروضة بموجب أحكام القانون وهذا ما يجعلها عنصرا جوهريا في العقد يترتب على تخلفها بطلان العقد فالشكلية بهذا المعنى تشكل قيда يفرضه القانون على الإرادة بموجب إتباع مسلك معين لا ينعقد التصرف بدونه.

كما أنّ الفقه القانوني الحديث اختلف في تحديد مدلول لفكرة الشكلية بحيث إنقسم إلى رأيين¹: فبالنسبة إلى الرأي الأول: جاء بتضييق الشكلية وحصرها فقط في مجموعة من الإجراءات الكفيلة بتحقيق وسيلة التعبير عن الإرادة فقط فهي الركن الذي يقوم عليه التصرف القانوني في صحته².

أمّا الرأى الثانى: حيث وسّع هذا الرأى من دائرة الشكلية فلم يكتف بالشكلية المباشر بل أضاف لإجراءاتها المتعلقة بالتعبير عن الإرادة الشكلية عن المباشر والتي تدور حول تحقيق مسائل تتعلق بالإثبات والتسجيل والشهر كما سوف نرى في حينه وهو موقف مجموعة من الفقهاء في فرنسا³ وحتى في الجزائر⁴.

لذلك اختلف الفقه القانوني في تحديد تعريف جامع مانع للشكلية في التعاقد، فبالرغم من أنّ هناك من رأى أنّ تاريخ الشكلية قد انتهى، فسرعان ما تراجع في رأيه بالقول بعودة ميلاد الشكلية كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الفرنسي جوسران ، فإنّ الفقيه جيني ، يعرف الشكلية بأنّها ذات التصرف الشكلي الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفاعلية القانونية بدرجة ما، أمّا الفقيه روبي ، فإنّه يعتبر الشكلية بأنّها كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للإفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات في حين، فإنّ الأستاذ بونكاز يعرف الشكلية بأنّها ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف بالتصرفات الشكلية، وتلك التي تخضع لشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيرا صريحا عن الإرادة⁵، كما أنّ هناك في الجزائر من يميز بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركنا جوهريا والتصرف الذي يتطلب

¹ - بطيمى حسين، محاضرة حول "نظام الشهر العقاري ودوره في حماية المعاملات العقارية"، محاضرة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من الغرفة الجهوية لوتقي ناحية الوسط بتاريخ 27 أبريل 2013 بالأغواط المنشور بمجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الثاني ديسمبر 2013، ص 41 إلى غاية 47.
² - جبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1987، ص 222.

³ -Frédéric Gény, science et technique endroit positif, paris 1925, P203.

Bonne case-supplément au traité théorique et partique de droit civil tome2-1924 N° 280.

Roubire-théorie général de droit, P92.

أشارت إليهم شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص9، هامش رقم 2.

⁴ - زواوي محمود، الشكلية لصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، بحث مقدّم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 39-40.

⁵ - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 38-39.

شكليات بمعنى التصرف الذي يقوم على الرضائية (الرضائي)، والذي يحتاج إلى شكليات¹، وهناك رأي حديث جاء فيه " أن الشكلية تعتبر المظهر الخارجي للعمل القانوني، وهو التعبير المادي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني وإبرامه، فالإرادة هي جوهر التصرف والشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج فهي كناية عن القالب الذي يوضع فيه العمل القانوني، وبالتالي لا يوحد أي عمل قانوني يترتب عليه آثار دون أن يظهر بشكل معين².

وبناء على ذلك فإن هناك من المتخصصين من علق على أهمية الشكلية في التصرفات القانونية باعتبار أن عودة ميلاد الشكلية في ثوبها الجديد اختلفت تماما عن الشكلية القديمة، التي حاول البعض في عهد القانون الفرنسي القديم هجرها، بل أصبحت حاليا ذات أهداف متنوعة تحقيقا لعدة أغراض، حيث اهتمت الدول الحديثة بتنظيم المعاملات والعمل على توجيهها لضمان حفظ الأمن في مجال التعاون وحماية الائتمان وتسهيل مهمة القضاء والمتقاضين في مجال الإثبات وهي كلها مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها بصورة كافية مما يتطلب اللجوء إلى الشكلية كوسيلة ممتازة لتحقيقها كذلك كانت أغلبية التصرفات القانونية التي تكون محفوظة المخاطر وذلك أهمية بالغة في الحياة المدنية والتجارية، فإن المشرع فرض فيها هذه الشكلية لا سيما منها التصرفات القانونية المنصبة على الملكية العقارية والشركات المدنية والتجارية والمحلات التجارية... إلخ³.

وكانت أهمية الشكلية قد اثار نقاش فقهي حول مسألة الشكلية الإتفاقية والشكلية المفروضة من طرف المشرع، واستقرّ الفقه القانوني على اعتبار الشكلية المفروضة الإجبارية هي المطلوبة في تحديد العقود الشكلية، في حين فإن الشكلية الإختيارية أو الإتفاقية ما جاءت إلا باتفاق أطراف التعاقد، وتكون فقط مكتملة لعنصر الرضائية دون بطلان التصرف القانوني⁴.

إذن فالشكلية التي تعيننا هي الشكلية الإجبارية أو المفروضة، حيث أصبحت هذه الأخيرة في انتعاش مستمر، لذلك أقرّ فريق من الفقهاء بأن الشكلية الحديثة في حالة إنتعاش وازدهار، تزداد في مظاهرها في القانون، حيث يتعارض هؤلاء الرأي القائل بعودة الشكلية، وذلك لأنها لم تمت حتى تولد من جديد⁵.

¹ - المرجع نفسه، ص 39.

² - علي عبده محمد، دور الشكل في العقد، دراسة مقارنة، (ط1)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، أشار إليه يحيوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فاعلية العقود، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 5.

³ - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 23-24.

⁴ - شيخ سناء، المرجع السابق، ص 16 وما يليها.

⁵ - Fathi Abdel Rahim Abdellah, aspects nouveaux du formalisme dans le contrat civil, P396.

أشارت إليه سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2009-2010، ص 10.

فبفضل التطور القانونين وبفضل العوامل الاجتماعية والإقتصادية دفع بالشكلية إلى التزايد والتنوع، لذلك جاء الدكتور عبد المقصود بمعنى واسع لهذه الشكلية بقوله: " يدخل في نطاق الشكلية كل الإجراءات والأشكال الواجب إتباعها لإبرام العقود الرسمية، ويندرج ضمنها أيضا تلك الأشكال الواجب إتباعها لنفاذ التصرف القانوني والأشكال المتطلبّة للإثبات والشكلية الإدارية وكل الأشكال التي يحتاج إليها الأفراد في معاملاتهم القانونية¹، من هذه التعريفات يمكن استخلاص أه المميّزات التي تتميز بها الشكلية الرضائية من خلال عدّة مسائل:

أولاً: إنّ الشكلية لا تعني عن الرضائية، وذلك أنّ الأصل في التصرفات القانونية عموماً، والعقد بصفة خاصّة هو الرضائية سواء في الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، لكن عندما يراد بالشكل المطلوب هو الطريقة التي فرضها المشرّع للتعبير عن الإرادة حتّى يصبح التصرف القانوني صحيحاً²، حيث أنّه استثناء على الأصل وهو المبدأ العام الذي يتمحور حول الرضائية، فإنّ المشرّع فرض أسلوباً محدداً للتعبير عن الإرادة، بحيث لا يعتدّ بالإرادة التي يعبر عنها بغير الأسلوب الذي فرضه المشرّع³.

وهذا خلافاً للشكل الحر، فإنّ المتعاقدين في ظل " الرضائية لهم حق إختيار طريقة التعبير طبقاً لأحكام المادة 60 من التقنين المدني الجزائري، حيث يمكن أن يتمّ التعبير لفضاً أو كتابة أو بالإشارة وبتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على نيّة المتعاقد، وأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية كافية في التعبير عن الإرادة⁴.

وبذلك تكون الرضائية هي التي تلزم المتعاقد وليست الشكلية، حيث يرجع ذلك لعدّة أسباب واعتبارات حضارية، إقتصادية واجتماعية ذلك أنّه حضارياً.

فإنّ الرضائية هي الأصل في التّعاملات التعاقدية دون الشكل كما يقول الفقيه لويزيل Loisel "ترتبط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها"⁵.

أمّا من الناحية الإقتصادية فإنّ بعض المتخصّصين من يرى أنّ التكاثر والتزايد المستمر في المعاملات يتطلّب نوع من التبسيط والسرعة والتقليل من التكاليف في إبرام العقود مما يستدعي

¹ - عطية جمال، عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، 1993.

- إشارة إليه سيدي يخلف حفيظة، ص 11.

² - شيخ سناء، المرجع السابق، ص 13.

³ - Guerriero Marie Antoinette «L'acte juridique solennel » librairie générale de droit et de juris prudence paris 1975,P8.

أشارت إليه الدكتورة شيخ سناء، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - شيخ سناء، المرجع السابق، ص 13.

⁵ - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 16.

إستبعاد الشكلية، وأما من النحية الإجتماعية فإن الشكلية بمفهومها التقليدي تشكّل خطر على الفرد، إذا ما ترتبت إلتزامات دون ان يقصدها المتعاقد وتجنباً لهذه الوضعية ينبغي على المتعاقد أن يعلم علم اليقين مدلول الشكلية¹، حتّى يقوم المتعاقد باستغلالها في حياته التعاقدية.

ثانياً: عندما كان التراضي الركن الجوهرى في التصرفات القانونية (العقود) في تكوين العقد بناء فقط على الرضائية، فإنه لا يمكن أن يصلح التصرفات القانونية الشكلية التي تطّبت فيها القوانين إضافة للرضائية في العقد من وجوب الشكلية المفروضة من طرف المشرّع ما يستدعي أن تكون العقود الشكلية تتميز تماماً عن العقود الرضائية المحضة، وعليه فإن الشكلية في هذه الحالة باعتبارها شكلية إجبارية ومفروضة قانوناً على المتعاقدين تختلف عن الشكلية الإتفاقية والتي هي في رأينا منتشرة من الناحية العملية طالما أن الأطراف قد يلجؤون إلى هذه الشكلية الإختيارية، لكن كما يرى بعض الفقه في الجزائر أنّ هذه لا يعتدّ بها كركن في التصرف القانوني، بل فإن المتعاقدين إشتراطاً هذا الشكل للإثبات فقط عندما يطرح النزاع أمام القضاء إعتباراً بأن الأصل في العقود هو الرضائية والشكل جاء إستثناءً وأن الإستثناء لا يقاس عليه ولا يجوز التوسّع في تفسيره من طرف القاضي².

ثالثاً: أنّه من الناحية القضائية لا يمكن للقاضي أن يكتفي في النظر في صحّة العقد إلا من الناحية الشكلية، بل لا بدّ له أن يتحقّق من وجود التراضي في التصرف القانوني الشكلي³، فالتراضي مستقل تماماً عن الشكلية، حيث لا بد من التأكد من وجود التراضي خالياً من كل العيوب، فحتى يصبح التصرف القانوني الشكلي صحيحاً لا بد من وجود التراضي، وذلك لا يتحقّق إلا بتوافق الإرادتين وتطابقهما تمام المطابقة حتّى يحدث التصرف القانوني (العقد) آثاره القانونية⁴، كما يرى المتخصّصين أنّ الشكلية تقرّرت لإبراز إرادة المتعاقدين في صورة معيّنة وحماية التراضي ولم تقرّر لإلغاء هذا التراضي⁵.

¹ - المرجع نفسه.

- فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، طبعة منقحة ومعدّلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 291 ومايلها.

² - زهور محمد، الموجز في طرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991، ص 25.

³ - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 42-43.

⁴ - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام (ج1)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 152، رقم 18.

- حبار محمد، المرجع السابق، ص 186.

⁵ - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 42-43.

وهو فعلا ما أكده القضاء في فرنسا بأنّ إنعدام التراضي في التصرفات القانونية الشكلية المحددة قانونا مستوفية، حيث جاء في ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية التي أيدت حكما قضائيا يقضي ببطلان وصية خطية لمدمن خمر معروف بتعرضه لأزمات معتادة على أساس عدم سلامة قواه العقلية، ورفضت الطعن المؤسس على تناقض ذلك الحكم القضائي، لأنّه قضى في أن واحد ببطلان الوصية لعدم السلامة العقلية للوصي وسلامة شكل الوصية من حيث الشكل حيث صرحت محكمة النقض بأنّ: " شكل الوصية الخطية لا يمنع أن تكون أحكامها غير الصحيحة والشكلية لا يعتبر عقبة لإبطالها"¹، كما أنّ القضاء في الجزائر إنتهج نفس ما توصل إليه القضاء الفرنسي في مسألة متشابهة وذلك من خلال القرار الصادر من المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) مؤرخ في 29 جوان 1986 حيث جاء فيه ما يلي:

" من المقرر قانونا أنّ المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفا للقانون".

ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية، فإنّ قضاة الموضوع برفعهم لدعواه الرامية لإبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون.²

وبناء على هذه الإجتهاادات القضائية، فإنّ التصرف القانوني الشكلي يصبح باطلا إذا إنعدم التراضي مهما كانت الشكلية المفروضة حتى ولو كانت الرسمية هي المطلوبة في مثل هذه التصرفات القانونية.³

لهذه الأسباب كانت للشكلية عدّة مميزات، والتي بموجبها أصبح المشرع يحقّق عدّة مصالح منها المصلحة الخاصة والمصلحة العامة هي غايات المشرع من أجل بسط أحكام الشكلية وفرضها على أهم التصرفات القانونية في المجالات الاجتماعية والإقتصادية، وهو مقتضى الدراسة التالية، في موضوع الغاية من الشكلية في العقود بالشكل الذي سنراه في المطلب التالي:

¹ - شيخ سناء، المرجع السابق، ص24، أشارت إلى النقض الفرنسي، هامش رقم 01.

Cass civ, 5 décembre 1949, D1950, P57.

² - شيخ سناء، المرجع السابق، ص24.

³ - المرجع نفسه.

المطلب الثاني: الغاية من الشكلية

لقد اشترط المشرع شكلا معينًا لبعض التصرفات ذات خطورة معينة وأهميّة خاصّة وذلك بغية حماية المصلحة الخاصّة لطرفي التصرف القانوني من جهة وحماية الغير الذين يمسمهم التصرف من جهة أخرى.

أولاً- حماية أطراف التصرف: عندما نتحدّث عن شكل التصرف القانوني فإننا نقصد شكل التعبير عن الإرادة وليس شكل الإرادة لأنّ هذه الأخيرة ظاهرة معنويّة بحتة تتكوّن داخل الإنسان، بحيث لا يعلمها إلا صاحبها ولا يعلمها غيره إلا إذا تم التعبير عنها، ومن هنا كانت حتميّة التعبير عن الإرادة كي يرتب عليها القانون أثرا.

ثانياً- تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء: قد تكون الغاية من الشكل تحقيق العدالة أو تسهيل مهمة القضاء

1) تحقيق العدالة: لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة في القرن السابع (17) عشر، ويرجع إزدهره

في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشي المذهب الفردي الذي يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه.¹

وقد كان للمذهب الفردي تأثيره على الفلسفة الاجتماعيّة والإقتصاديّة والقانونيّة، ففي مجال الفلسفة الاجتماعيّة ظهرت فكرة العقد الإدماعي، وفي مجال الفلسفة الإقتصاديّة إنتصرت فكرة الحرية الإقتصاديّة، وفي مجال القانون سادت فكرة القانون الطبيعي.²

ويقصد بالقانون الطبيعي ان الإنسان يصاحبه منذ ولادته حقّ طبيعي في الحرية وبمقتضاه يستطيع أن ينشأ ما يشاء من التصرفات ويقوم بتنفيذها بإرادته الحرّة ودور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق وحماية الحريات،³ وهكذا فسح المجال واسعا أمام إرادة الشّخص وحدّها في إنشاء الإلتزامات وما يترتّب عليها من آثار.

ونتج عن هذا المذهب الفردي الحر تمجيد الحرية الفرديّة وتقديسها، فأصبح الغرض من تنظيم المجتمع هو حماية الفرد والحرص على حقوقه، وحتى تحقّق الدولة هذا الهدف وضعت بين يدي الفرد كافّة الوسائل التي تسهّل له القيام بنشاطه، ومن ثمّ كان ضروريا عدم تقييد إرادته الخاصّة في مجال التصرفات القانونيّة سواءا من حيث الشكل أو

¹ - صيري السعدي محمد، شرح القانون المدني الجزائري، النظريّة العامّة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، (ج1)، ص44.

² - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنيّة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، 2007، ص 23.

³ - خليفات عبد الرحمان، مدى اعتدال القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ص 16.

الموضوع، فكانت الإرادة مصدر الإلتزامات والمرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الإلتزامات من آثار¹، دون أي تدخل من الدولة، إذ أن الفرد هو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المجتمع ولتحقيق ذلك يجب أن تمنح له له الحرية المطلقة في مجال الإرادة غير المقيدة للفرد أحد مظاهر هذه الحرية.

ولقد بالغ أنصار المذهب الفردي في فسحه المجال للإرادة الفردية، لتقوم بما تشاء من تصرفات ظناً منهم أنه كلما سمح بالحرية الفردية كلما كانت هناك مساوات بين الأفراد إلا أن هذه النتيجة النظرية للمساوات بين الأفراد في التعاقد غير صحيحة في الواقع العملي حيث أن الأفراد يختلفون من حيث الذكاء والخبرة ومن حيث القوة الاقتصادية مما يجعل الطرف القوي يملئ شروطه على الطرف الضعيف، وهذا ما نتج عنه إختلال التوازن في المعاملات ونتائج سيئة على المجتمع وقد مهد ذلك لظهور المذاهب الاشتراكية التي تهدف إلى إنشاء مجتمع قائم على العدالة الإجتماعية والمساوات بواسطة تدخل الدولة وسيطرتها على ملكية وسائل الإنتاج، وقيامها بتوجيه المشروعات بسد الحاجات، وتدخلها بحفظ التوازن بما تضعها من أساليب التخطيط،² ولأن منطقهم تمثل في أن غاية القانون يجب أن تكون المجتمع وليس الفرد، تسأل التدخل التشريعي رويدا رويدا على مبدأ سلطان الإرادة.³

لقد لعب القانون دورا حاسما في فرضه الشكليات وتحقيق المساوات والعدالة في المعاملات وهذا ما عبّر عنه الفقيه الألماني إهرنج "الشكل هو توأم العدالة"⁴، فالتصرفات الشكلية التي تبرم أمام موظف عام أو موثق تحوّل من جهة دون تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف، فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعدّ ضمانا لتحقيق المساوات والعدالة في التعاقد، كما تهدف التصرفات الشكلية من جهة أخرى إلى تفادي إستعمال الشروط التعسفية التي يملئها الطرف القوي على الطرف الضعيف إضافة إلى أن هذا الضابط العمومي الذي غالبا ما يكون الموثق ملزم بتقديم نصائحه للأطراف⁵، فبيّن لهم آثار الإلتزامات التي تترتب على تصرفهم والجزاء الناجم عن الإخلال بهذه الإلتزامات حتى يكونوا على بينة من أمرهم ويفهم بذلك الوقوع مستقبلا في مفاجئات لم

¹ - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، (ج1)، رقم 43، 144.

² - خليفات عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 22.

³ - السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، رقم 44، ص 146.

⁴ - " La forme est la sœur jumelle de l'équité "

⁵ - زاوي محمود، المرجع السابق، ص 31.

تخطر في بالهم عند إجراء التصرف خاصة إذا كان احد طرفي التصرف أقل خبرة وذكاء من الآخر إذ يمكنه بواسطة نصائح الموثق معرفة حقيقة التصرف ومدى أهميته¹ ، كما أنّ الموثق لا يقوم بإبرام هذه التصرفات في الشكل المتطلب قانونا إلا بعد التأكد قدر المستطاع أنّها سليمة من العيوب بحيث يقلّ احتمال بطلانها، فدور الشكل بهذا المعنى يضمن تحقيق العدالة والإستقرار معا.

2) تسهيل مهمة القضاء: من المؤكّد أن القاضي يسعى للحصول على معرفة النية المشتركة لأطراف النزاع في مجال العقود وإذا كان الأصل أنه يقع على عاتق طرفي النزاع إثبات إدّعاءاتهما وأنّ القاضي يقوم بالفصل على أساس ما استخلصه من هذه الإدّعاءات إلا أنّ الوصول إلى الحقيقة من خلال أقوال الأطراف قد يصعب خاصة إذا كان التصرف رضائيا وتمّ إجراءه شفاهة، حيث لا يمكن للقاضي في هذه الحالة الإعتماد على غدّعاء الاطراف فقط للوصول إلى الحقيقة وإنّما يتعيّن عليه استنتاج ما قصده طرفا النزاع من خلال وقائع الدّعوى بكلّ طرق التّفاضي.

غير أنّه إذا كان التصرف شكليا فإنّ مهمة القاضي تصبح أسهل من إكتشاف النية المشتركة لأطراف التصرف وتحديد إلتزامات وحقوق كلّ واحد منهم، ويكون الوضع اكثر سهولة إذا كان الشكل رسميا لأنّ كتابة التصرف من طرف الموثق يجعل تعبير المتصرف عن إرادته واضحا وترجمة حقيقية لإرادته، كون الموثق بخبرته القانونية يحسن إختيار الألفاظ والكلمات التي تكشف بصدق عن حقيقة قصد المتصرف وتنبيهه إلى آثار التصرف الذي يقدم عليه. ولقد عرض الفقيه الألماني إهرنج مسألة الشكليات على أساس أنّ تسهيل مهمة القاضي هنا إنّما يتمّ بالتّضحية بأشياء أخرى إذ أنّ تسهيل مهمة القاضي في التصرف الشكلي يلقي بالعبء على الأطراف في تحديد مقاصدهم والتزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف، وهنا تظهر خطورة الشكل حيث أنّ أيّ إهمال أو تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة لم يكن يقصدها المتعاقدان، فالشكل يجب أن يعرف دوره بدقّة وإل كان خطرا على الأطراف في تحديد مقاصدهم وإلتزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف الشكلي لان اي اهمال او تسرع يؤدي الى نتائج خطيرة على الاطراف.²

¹- يراجع نص المادة 12 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

² - Ihering, L'esprit de droit romain, cité par ZOUAOUI MAHMOUD, op.cit, P32.

ويبدو أنّ هذا النقد غير وجيه لأنّ الشكّل خلافا لما يراه الفقيه إهرنج إذا كان رسمياً، فإنّه يتمّ بحضور ضابط عمومي يسهر على إعداد تطبيقاً للقوانين المعمول بها، إذ يقدم للأطراف نصائح ويبيصرهم بأهميّة التصرف الي يقدمون عليه والآثار المترتبة عنه، وهو وهو بذلك يجتنبهم الوقوع في الأخطاء ويحول دون وقوعهم في عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه، أمّا إذا كان التصرف عرفياً فهو ليس حجة غير قابلة لإثبات العكس بل يمكن لطرفي النزاع ان يثبت عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانوناً حتّى وإن كان ذلك أمراً صعباً.

وأما ما يراه من تسهيل لمهمّة القاضي مقابل إلقاء عبء الإثبات على الأطراف، ففي غير محلّه لأنّ المقرّر قانوناً أنّه يقع على الأطراف عبء إثبات ما يدّعون،¹ ولا يأتي دور القاضي إلا بشكل ثانوي في تكوين إعتقاده من خلال ما توصلّ الأطراف إلى تقديمه من أدلّة الإثبات.

نستنتج من كل ما تقدّم أنّ الشكّل يلعب دوراً مهمّاً في تسهيل مهمّة القاضي فهو يساهم في حل النزاعات بسرعة ويجتنب القضاء أعباء ومتاعب شتى في محال الإثبات.

ثالثاً- حماية الامن والإئتمان: إنّ الحياة الإقتصادية تقوم منذ القدم على الامن واقتنمان اللذان يعدّان عصب الحياة افقتصادية واجتماعيّة على حدّ سواء، فتحقيق الامن والإستقرار في المعاملات هو الرّكيزة التي يتوقّف عليها نشاط المجتمع، ومجرّد الخوف نم اندلاع حرب دوليّة او أهليّة يعتبر تهديداً لامن واستقرار المعاملات وينعكس سلبياً على النشاط العادي للأفراد فيأثر فيه ممّا يؤدي إلى إختلال المعاملات. هذا وإنّ العلاقات الإجتماعيّة بحاجة ماسّة إلى الإستقرار والوضوح لذا يجب انم يكون إنتقال الاموال، خاصّة تلك التي لها أهميّة كبرى في حياة المجتمع كالعقارات والسفن والمحلات التجاريّة على في شكل واضح حتّى يكون الأفراد على بيّنة من وضعيّتهم.

وتلعب الشكليّة في هذا المجال دوراً بارزاً فهي ادات ممتازة للإعلام عن وقوع التصرف من حيث تاريخه ومكان إجرائه ومن حيث مضمونه وتحديد مدى الآثار المترتبة عنه، فالتصرف المحرّر في سند مكتوب يسمح للغير بالإطلاع عليه.

ومعرفة ما يتضمّنه.²

¹ - تنص المادة 323 من ق.م.ج على ما يلي "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه".
² - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 28.

والجدير بالذكر أنّ الشكّل المكتوب له أهميّة بالغة في تشجيع الإئتمان وتحقيق الإستقرار فمثلا في المعاملات المدنيّة يطمئنّ الدائن أكثر في إستيفاء حقّه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدّين فلا يخشى من المنازعة في وجوده او نسيانه أو غمّتناع المدين عن الوفاء به، ويكون في مركز أقوى متى كان السند المكتوب رسميا لأنّه في هذه الحالة يستطيع التّنفيد به من غير ان يستصدر حكما قضائيا.¹

إنّ دور الشكّل في تحقيق الإئتمان لا يقتصر على المعاملات المدنيّة وإنّما يمتدّ إلى المعاملات التجاريّة أيضا، إذ تعدّ الأوراق التجاريّة أداة الممتازة لتحقيق الإئتمان الشكّليّة المبسّطة التي تتميز بها هذه الاوراق جعلتها سهلة الإنشاء وسريعة التّداول ملّية بذلك حاجات التجارة ورغبات التجار في تنميّة تجارتهم بسرعة،² كما أنّ صفة التّجريد من الدّفوع التي تتّصف بها الاوراق التجاريّة تجعلها دعامة بالغة الاهميّة بالإئتمان واجدى الميزات الأساسيّة التي بلغتها الاوراق التجاريّة في تطوّرها وتحسين فعاليتها مقدّمة بذلك أقوى ضمان للدّائن في إستيفاء حقّه.

رابعا- حماية الملكية العقاريّة: لما كانت الملكية العقاريّة ذات وظيفة عجماعيّة وكانت من عناصر الثروة القوميّة فكان لزاما أن تتوفر لها الحماية القانونيّة من كلّ إعتداء يتعرّض له المالك، وعدم المساس بحق ملكيّة كي تحقّق وظيفتها الإجماعيّة والإقتصاديّة، ومن ثمّ وجب إحاطة حق الملكية لضمانات إستقرار الملية وتدعيم الإئتمان العقاري، وقد وجدت الدّول أنّ من اهم الوسائل لحماية الملكية العقاريّة وضمان إستقرار المعاملات الواردة عليها هو الشكّل. إنّ حماية الملكية العقاريّة يعدّ الشغل الشاغل للدّولة الجزائريّة التي تهدف من وراء ذلك إلى إيجاد آليات وادوات قانونيّة تثبت ملكية العقار بسند رسمي مكتوب حتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقاريّة وطريقة إستغلالها ومعرفة التّصرفات القانونيّة الواردة عليها وتتمكّن الدّولة من الحصول على موارد الربيع سواء تعلّق الأمر بالعقار الصّناعي أو الحضري أو الفلاحي. وتزداد أهميّة حماية الملكية العقاريّة بدخول الجزائر إقتصاد السّوق وما يتطلّب ذلك من استثمارات تقتضي لزوما وجود عقارات لها سندات، وبدونها لا وجود لاستثمارات ولا مستثمرين وطنيين أو أجانب لذا فإنّ صندوق النّقد الدّولي (FMI) في تقريره الخاص

¹ - فيما يتعلّق بأثار الورقة الرّسميّة، انظر الصّفحة 114 وما بعدها من هذه الرّسالة.

² - فوضيل ناديّة، الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري (ط11)، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 10.

بالجزائر،¹ أوصى بضرورة التّعجيل في حسم هذه المسألة عن طريق الإسراع في عمليّة المسح العقاري ووضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات وذلك بتحديد عيني لكل ملكيّة عقاريّة على حدى وتسليم سند يكون يكون بمثابة بطاقة تعريف وتحديد هويّة العين المملوكة، تسجّل فيه كافة التغيّرات التي طرأ على العقار سواء كانت قانونيّة كتغيير المالك او طبيعة العقار او مادّيّة مثل البناء والتقسيم، فالمعاملات الواردة على العقارات يستطيع كل من له مصلحة الإطلاع عليها في مكتب الشهر العقاري.²

المبحث الثاني: الشكّلية التجاريّة الإجماريّة

يهتمّ المشرّع الجزائري بالكتابة الرّسميّة باعتبارها دليل للإنعقاد و الإثبات، لهذا فالعقد الرّسمي هو ذلك العقد الذي يحرّره الموثّق وفقا لأوضاع يحدّدها القانون، وتعدّ الكتابة الرّسميّة الأصل عند إبرام العقود الواردة على المحل التجاري، فكل عقد يجب إفراغه في قالب رسمي، ون هنا أعطى المشرّع تعريفا للكتابة الرّسميّة وحدّد شروطها، كما اهتمّ بتنظيم حجّيتها. تعرّف الكتابة الرّسميّة على أنّها أوراق رسمية، يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا للأوضاع المقرّرة وهي كثيرة ومتنوّعة، منها الأوراق الرّسميّة المدنيّة كتلك التي تثبت العقود والتصرّفات المدنيّة ومنها الأوراق الرّسميّة العامّة كالقرارات الإداريّة والقوانين والمعاهدات، ومنها الأوراق الرّسميّة القضائيّة كعرائض الدّعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام.

¹ - لقد صدر هذا التّقرير سنة 1998، أشار إليه حمدي باشا عمر، حماية الملكيّة العقاريّة الخاصّة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 13.
² - فالملكيّة في العقارات بين الأطراف إلا عن طريق الشهر العقاري.
 - يراجع نص المادّة 793 من ق.م.ج.

المطلب الأول: الكتابة أداة لترسيم المعاملات التجارية

الفرع الأول: الكتابة الرسمية

عرّف المشرّع الجزائري العقد الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

«العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.¹»
نستنتج من خلال التعريف الفقهي والقانوني، أنه يشترط ضرورة توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

أولاً- حرص المشرّع على جعل مناط إكتساب المحرّر للصفة الرسمية رهنا بمجموعة من الشروط يتحقّق باجتماعها مصداقية وثقة في المحرّر وما يتضمّنه من بيانات وتتمثّل هذه الشروط فيما يلي:

صدور الورقة من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: نصّت المادة 324 على أنّ العقد الرسمي يجب أن يحرّر من طرف الأشخاص الآتية حيث يحدّد القانون عمل كل شخص ومهامه وطرق تعيينه:

الموظف العام: هو من يعين من قبل السلطة للقيام بعمل من أعمال في شكل خدمة ويخضع لقانون الوظيف العمومي.

الضابط العمومي: صفة يمكن إسنادها لكلّ من له مؤهلات قانونية " كالشهادة الجامعية" ويبلغ من العمر 25 سنة فما فوق، ويكون جزائري الجنسية، حيث يسند إليه تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، ويتقاضى أجره ممّا يقصده لخدمة عامة تتمثّل عادة في تحرير العقود بمختلف أنواعها أي هو الموثّق.²

المكلف بالخدمة العامة: هو كلّ من كلف بأداء عمل معيّن في شكل خدمة عموميّة، سواء خضع لوظيفة عموميّة أم لا، وسواء تقاضى عليها أجراً أو قام بهذا العمل مجاناً أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة مختص بتحرير الورقة الرسمية.

تتطلّب المادة 324 من القانون المدني أن يكون الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة قد عمل في حدود سلطته و اختصاصه.

¹ - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، (ج2)(ط1)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د س ن)، ص 106.
² - الشواربي عبد الحميد، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2002، ص 91

يقصد بالسلطة أن يكون هذا الشخص ذا أولوية في تحرير الورقة، أي أن يكون قائماً بعمله قانوناً وقت تحرير الورقة، فإن عزل أو نقل زالت أولويته.

أمّا الإختصاص فهو نوعان: حيث يكون إختصاص مكاني أو إختصاص نوعي وهو كالتالي: الإختصاص النوعي: ويقصد به أن تكون كتابة الورقة من إختصاص الأشخاص الذين تمّ ذكرهم في نص المادة 324 في حدود سلطاتهم التي حددها لهم القانون حيث يجوز مثال لكاتب الجلسة في المحكمة أن يقوم بتحرير عقد الرهن الرسمي.

الإختصاص المكاني: يقصد به أنّ القانون حدّد لكل موظف دائرة إقليمية معينة يجوز له أن يباشر عمله خارجها فإنّ يجوز مثال لموظف في ولاية معينة أن يحرر عقد في بلدية أخرى فذلك يعدّ خرقاً لقواعد الإختصاص مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير المحرر الرسمي: نظم القانون الأوضاع والقواعد، التي يتعيّن على الموظف المختص أن يراعيها عند تحريره ومن بين هذه القواعد نذكر: (الورقة الرسمية)

تأكد الموثق من خدمات وشخصيات المتعاقدين قبل تحرير الورقة الرسمية، وهذا ما نصّت عليه المادة 12 من القانون 02-06 والتي تنص على ما يلي:

" يجب على الموثق أن يتأكد من صحّة العقود الموثقة، وأن يقدّم نصائح إلى الأطراف قصد إنسجام إتفاقهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها."

والتي تنقسم إلى بيانات عامّة.

مراعاة البيانات التي يتعيّن أن تتضمنها الورقة الرسمية وبيانات خاصّة

البيانات العامّة: فهي تلك البيانات التي يجب ان تتوفر في جميع العقود، كما هو الحال بالنسبة للبيانات التي نصّت عليها المادة 324 مكرّر/4 من القانون المدني على أن يبيّن في العقود الناقلة أو المعلنّة عن الملكية العقارية طبيعة وحالة ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وكذا عند المكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.

وكذلك الحال بالنسبة للبيانات التي نصت عليها المادة 324 مكرّر/2 بقولها " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء، ويؤشّر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم، مالم يكن هناك مانع قاهر.¹ وفضلا عن ذلك إذا كان الضبط العمومي مجهل إسم وحالة وسكن والأهلية المدنية لأطراف العقد يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما.

وأیضا جاء الفصل الخامس من القانون 06-02 والذي يبين أشكال العقود التوثيقية ومضمونها حيث بيّنت مواده طريقة الكتابة ونوعية البيانات وغيرها من الأحكام التي أوردتها المشرّع لضبط الأوراق الرسمية وهي كالتالي:

نصّت المادة 26 من القانون 06-02 على أن تحرّر العقود التوثيقية باللّغة العربية تحت طائلة البطلان وفي نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص. كما تكتب المبالغ والسنة والشّهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، كما أوجبت المادة 27 من نفس القانون على أنه يجب أن لا تتضمن العقود أي تحويل أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات وإلا أعتبرت باطلة، أمّا الكلمات المشطوبة غير المتنازل في عددها يجب أن تكون مكتوبة بشكل لا يشوبه عيب أي شك أو إلتباس ويصادق عليها في آخر العقد.

أمّا المادة 29 من نفس القانون فتضمّنت بيانات الواجب توفّرها في العقود التي يحرّرها الموثّق والتي تتمثّل فيما يلي:

إسم ولقب الموثّق ومقر مكتبه.

إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان والدة الأطراف وجنسيّتهم .

إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان والدة الشّهود عند الإقتضاء.

إسم ولقب وموطن المترجم عند الإقتضاء.

تحديد موضوع العقد

المكان والسنة والشّهر واليوم الذي أبرم فيه العقد .

وكالة الأطراف الصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.

التنويه على تلاوة الموثّق على الأطراف، النصوص الجبائية والتّشريع الخاص المعمول به.

توقيع الأطراف والشّهود والموثّق والمترجم عند الإقتضاء.

¹ - بن زواوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، قسنطينة 1، 2013، ص 100.

أما البيانات الخاصة:

وهي البيانات المتعلقة بكل تصرف إذ ينفرد بها عن التصرفات الأخرى ولقد أشارت المادة 29 من نفس القانون لهذه البيانات من قولها: «دون الخلل بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة»، ونذكر منها الشهود في العقود الإحتفائية طبقا لنص المادة 324 مكرّر/3 من القانون المدني¹، وكذا البيانات المتعلقة بتحديد الملكية وأصلها كما هو الحال بالنسبة للمواد 21، 66، 67، 114، من المرسوم 63-76 يتعلّق بالحالة المادية والطبيعية القانونية للعقار.² هي تلك المحررات التي لا تحرر من قبل ضابط عمومي أو موظف عام، بل وإن المشرع لا يتطلب لتحريرها أي شرط شكلي، والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد وأن يكون لها تاريخ ثابت.

وتعرف أيضا على أنها تلك المحررات أو الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن لإثبات واقعة قانونية وتكون موقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه. كما تعرف كذلك على أنها تلك الأوراق التي تصدر بمعرفة الأشخاص العادين دون تدخل أي ضابط عمومي كالموثق أو موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها وهي³:

الفرع الثاني: الكتابة الإلكترونية والكتابة العرفية التقليدية

أولاً- الكتابة الإلكترونية

كما رأينا سابقا فإن للكتابة دورا مهما في إثبات التصرفات القانونية، وهي تشمل الكتابة الرسمية التي تناولناها في المبحث الأول و الكتابة العرفية التي تعرضنا لها في المطلب الأول من هذا المبحث. و هي على رأس وسائل الإثبات، حيث انها سهلة حفظ و يمكن الرجوع إليها بأيسر الطرق في حالة نشوب نزاع بين أطراف العالقة التعاقدية و معنى ذلك إن الكتابة هي وسيلة إعداد الدليل لإثبات الاتفاق و مع ظهور التكنولوجيا الحديثة، ظهرت صورة حديثة للكتابة ألا و هي الكتابة الإلكترونية و التي اصبحت احدى الطرق المساعدة على ابرام العقود، و قد ساهمت التشريعات لضبط احكام هذه الكتابة و العمل على تنظيمها و تقريبها من الكتابة العرفية،

¹ - الأمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري.

² - المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

³ - بن زواوي سفيان، المرجع السابق، ص 100.

فإذا كانت هذه الخيرة هي الوجه التقليدي للكتابة فان الكتابة الالكترونية هي وجهها الحديث هذا و يضم موضوع الكتابة الالكترونية كل من الكتابة و التوقيع الالكتروني.

تقضي أحكام المادة 323 مكرّر من القانون المدني المعدّلة بمقتضى القانون 05-10 بما يلي: ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

أمّا المادة 323 مكرّر/1 من نفس القانون تنص على أنّه: يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق.

ولقد عرّف المشرّع المصري الكتابة الإلكترونيّة بمقتضى الفقرة (أ) من المادة الأولى من القانون المتعلّق بالتوقيع الإلكترونيّ أنّها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى متشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".¹

أما المقصود بالمحرّر الإلكتروني حسب الفقرة (ب) من نفس المادّة فهي: رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى متشابهة.

المتعلّق تكنولوجيا المعلوماتية المتعلّقة بالتوقيع، أمّا المشرّع الفرنسي فإنّه بمقتضى القانون رقم 230/2000 الإلكتروني الصادر بتاريخ 2000/03/13 المعدّل للقانون المدني الفرنسي وفي نص المادّة 1316 منه التي جاء فيها على النحو التالي: يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة أيّا كانت الدّعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره.

إنّ ما يستشف من هذه النصوص أنّ المشرّع الجزائري وعلى غرار غالبية التشريعات في النظم المقارنة تبنى مفهوماً واسعاً للإثبات عن طريق الكتابة إذ لم يبقى مقتصرًا على المحرّرات الرّسمية والعرفية بالمفهوم التقليدي والمتجسّد اساساً على الدّعامة الورقية والماديّة بل إنتقل إلى تجسيد فكرة الإثبات عن طريق الكتابة في أي شكل كان ومهما كانت الدّعامة التي تحتويه ولو أنّ أحكامه في تشريعنا الداخلي لم تتّضح بعد بسبب أنّ النصوص المتعلّق بها جاءت مقرّرة لمبادئ عامّة، إلّا أنّ المؤكّد هو أنّ المشرّع الجزائري كرّس مبدأ الفصل ما بين الكتابة والدّعامة التي

¹ - ملفح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، مطبعة بن دسمال، السعدية، 1992، ص 96. 97.

تحتويه وفتح مجال الإثبات عن طريق الكتابة مهما كان شكلها مقرّاً بالكتابة الإلكترونيّة كدليل إثبات كامل.

من خلال التعاريف السابقة الذكر يتبين لنا أن العقد الإلكتروني يتسم بمجموعة من الخصائص تميزه عن غير من العقود الأخرى نظراً لطبيعته الخاصة ومن أهمها ما يلي:

- 1- العقد الإلكتروني عقد يبرم عبر شبكة الانترنت: تعبر هذه الخاصية عن الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني. حيث ان التعاقد عبر الانترنت يسهل طريقة الاتصال بين الاطراف، و يحقق الرعة في ذلك، كما يحقق الحرية في دراسة الشروط العقدية بدون ضغط او تأثير من الاطراف.
- 2- العقد الإلكتروني عقد تجاري: يتميز العقد الإلكتروني بالطابع التجاري و لذلك يطلق عليه البعض تسمية عقد التجارة الالكترونية، و ذلك انه يتم تنفيذ معظم المعاملات التجارية التي تكون بين المؤسسات التجارية او بين التاجر و المستهلك عبر استخدام تكنولوجيا العالم و الاتصال
- 3- العقد الإلكتروني من عقود التي تبرم عن بعد: ان التعاقد التقليدي بين الأطراف يتطلب لإنعقاده وجود الطرفين في مجلس العقد، من اجل الاتفاق على تفاصيل العقد. إلا أن العقد الإلكتروني لا يوجد فيه مثل هذا المجلس او المفاوضات بالمعنى التقليدي في لحظة تبادل الرضا بين الأطراف، حيث يحدث تبادل الإيجاب و القبول عبر الوسائل الحديثة.
- 4- السرعة في إبرام العقد: تتحقق السرعة في إبرام العقد عن طريق و سائل الاتصال الفورية، التي تؤمن و صول الإيجاب الذي يصدر من احد الطرفين إلى المتعاقد الآخر في أي بلد كان، و الحصول على جواب خلال بضع ثواني.
- 5- السرية و ضمان الأمن القانوني للعقد: تتسم السندات الإلكترونية بالسرية لانه لا يمكن معرفة ما دون فيها إلا لمن خول له ذلك، عكس البرقيات العدية التي لا تتمتع بهذه السرية. كما تتميز بانعدام احتمال ضياعها سيما تلك المستخرجة من تقنيات متطورة التي توفر درجة عالية من الامن، عن طريق استخدام نظام التشفير و عليه يتضح لنا من استقراء المادة 323 مكرر 1 ق م أن المشرع الجزائري جعل قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات مرهون بتوفر بعض الشروط حتى يعتد به في الإثبات و التي تتمثل في شرطين هما حفظ المحررات الإلكترونية بطريقة تضمن سالمته و إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدر المحرر الإلكتروني.¹

¹ - همّام محمود زهران، الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص158.

- حفظ المحرر الالكتروني بطريقة تضمن سلامته العادية:

و هو الشرط ضروري المكانية مراجعة المحرر الالكتروني حيث لا يمكن اعتماده كدليل أمام القضاء إلا إذا كان بالإمكان حفظه بطريقة تضمن عدم تغيير محتواه بين الحين و الآخر سواء من حيث الأطراف المتعاقدة أو من الغير. و نصت على هذا الشرط المادة (323 مكرر 1 من ق.م.ج)...و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سالمته،(و تجب الإشارة إلى انه لم تحدد التشريعات مدة صلاحية المحرر الالكتروني مما يعني ان أمرها متروك للسلطة التقديرية للقاضي الا أن البعض يرى أنها لا يجب ان تقل عن مدة التقادم المدنية كقاعدة عامة أي 15 سنة.

2- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدر المحرر الالكتروني: نصت على هذا الشرط المادة المشار إليها سابقا. ويتم ذلك عادة عن طريق التوقيع الالكتروني الذي يتخذ شكل الحروف أو الأرقام أو الرموز أو الاشارات و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره ولقد اعتمد المشرع الجزائري على التوقيع كدليل عن صدور الوثيقة الموقعة من صاحبها و إسنادها إليه، سوء تعلق الامر بالكتابة التقليدية او الالكترونية، فالكتابة التقليدية تستند الى صاحبها عن طريق إجراء التحقيق في الخطوط. أما الكتابة الالكترونية ال يمكن إسنادها الى لدى فان المحررات الالكترونية الخالية من التوقيع الشخص إلا بالتوقيع الالكتروني. الالكتروني لا يعتد بها في الاثبات، و تصلح فقط كمبدأ ثبوت بالكتابة اذا صدرت عن الخصم و مثلها من الرسائل المتبادلة عبر الانترنت بين الخصوم

ثانيا- الكتابة العرفية التقليدية:

لم يعط المشرع الجزائري مفهوما خاصا للمحرر العرفي الذي أطلق عليه اسم العقد العرفي ولو أنه جاء في نص القانون بمفهوم عضوي في المادة 327 فقد إشتراط أن يكون هناك كتابة تحمل توقيعاً والمحررات وهي نوعان العرفية هي سند يتولّى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام محررات أعدت لتكون دليل إثبات لذلك فهي تحمل توقيعات الأطراف، ومحررات تكون غير معدة للإثبات كالرسائل أو الدفاتر التجارية وهي عادة لا تحمل توقيعاتهم، ويعدّ التوقيع الشرط الأساسي والجوهري لوجود المحرر العرفي والمقصود بالتوقيع هو ان يضع الشخص بخط يده على المحرر العرفي لقبه أو إسمه أو هما معا أو كنيته أو أية كتابة أخرى جرت عاداته أن يدلل بها على كما عرف على أنه: علامة او إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد

الشخص على هويته وهو يأخذ عدة أشكال فقد استعماله للتعبير عن موافقته على عمل او على تصرف قانوني بعينه يكون عن طريق الإمضاء أو بصمة الأصبع. إن وجود التوقيع على المحرر العرفي يدل على موافقة الموقع مما في العقد ولقد جاء في قضاء محكمة النقض المصرية بأن: التوقيع هو المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على المحررات العرفية، ويلزم الأطراف بالتوقيع حسب طبيعة الالتزام فإن كان المحرر مثبتا الالتزام من جانب واحد فإن هذا الجانب هو الملتزم بالتوقيع دون الأطراف الأخرى وإن كان المحرر مثبتا لعقد ملزم لجانبين كعقد الإيجار أو البيع فإنه يجب توقيعه من الطرفين ولقد جرت العادة أن يكون التوقيع في نهاية الورقة تعبير بالموافقة على كل ما كتب على المحضر ولكن عدم وروده في هذه الحالة لا يعتبر عديم القيمة، وفي حالة ما إذا تمت الكتابة في عدة ورقات يمكن الإكتفاء بتوقيع الورقة الأخيرة شريطة ثبوت الإتصال الوثيق بين سائر أوراق المحرر ويخضع تقدير هذا الإتصال للقاضي.

إن المشرع الجزائري لم يكن يعتد إلا بالإمضاء كشكل من أشكال التوقيع إلا أنه وبموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل للقانون المدني¹ أقر بشكل جديد ألا وهو البصمة بالأصبع.

المطلب الثاني: الإشهار التجاري

إن أول إشهار عرفته الجزائر ظهر في صحيفة تابعة للمستعمر الفرنسي سنة 1830، ولم تعرف الجزائر أي نشاط إشهاري، إذ ظل حكر على على وكالة هافاس وإفريك فلم التابعة لفرنسا، وبقت حتى غاية الإستقلال* إلى ان ادرت الدولة الجزائرية مرسوم 33-301 والمتضمن تنظيم الإشهار التجاري، ثم الأمر 67-279 المتضمن إداث الوكالة الوطنية للنشر والإشهار إلى غاية مشروع الإشهار لسنة 1999 والتي تم عبر مراحل وهي:

أولاً- مرحلة الإحتكار والسيطرة على القطاع:

عرفت هذه المرحلة إحتكار من قبل الوكالة الوطنية للنشر و الإشهار، وكان الهدف هو حماية المستهلك الجزائري من القيم الغربية والأجنبية في الإطار الاجتماعي والسياسي والإقتصادي، وقد كانت الوكالة تعد الأفلام الإشهارية بالتعاون مع تقنين من أمريكا، ولكنه توقف بسبب قلة

¹ - خالي سفيان، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الجزائر، 2009، ص 11. 12.

الإنتاج وبعد أن دخلت الجزائر في الصّناعة إنتعشت السّوق الإشهاري خاصة فترة 70 و 80، فكانت تقوم بتعريف بعض المؤسّسات العموميّة كنفطال وإشهار عن الحليب لحظة في سنة 1983.¹

ثانيا- مرحلة الوكالة الخاصة والتأسيس للسّوق الإشهاري:

خلال سنة 1988 تمّ إقرار التّعديّة الحزبيّة والسّياسيّة في الجزائر، وقد شهدت هذه الفترة إنشاء العديد من الوكالات الإشهاريّة منها وكالات تقوم بتصميم الإعلانات عبر الجرائد والمجلات، وبين تصميم الملصقات الجدرانيّة إلى غاية تصميم الرّسالة الإشهاريّة، وبعد إستقلال التلفزيون الجزائري عن طريق إنشاء الوكالة التجاريّة للتلفزيون، أدّى إلى خلق جو من المنافسة بين هذه الوكالات ممّا ساهم في تغيير حجم الإستثمار في الميدان الإشهاري وجودته.²

ثالثا- مرحلة الفراغ القانوني و إعادة تكريس إحتكار الدّولة للإشهار:

شهدت هذه المرحلة فراغ كبير جسّده قانون الإعلام لسنة 1990 لاسيما المادّة 100 منه والتي أحالة إلى إصدار قانون خاص بالإشهار³، ولقد ألغيت هذه المادّة بموجب القانون العضوي 12-05، ممّا ساهم في العودة إلى إحتكار الدّولة للإشهار عملا بنصوص قانونيّة قديمة ولكن هذا لم يؤثر على السّوق الإشهاريّة.⁴

ومن خلال هذا يمكن لنا تعريف الإشهار لغة من شهر، يشهر، إشهارا ويعني ذكر الشّيء وتعريفه، وشهر السّيف سلّه فرفعه، وشهر بفلان فضحه، وأشهر الأمر، أظهره وسيره معروفا.⁵ وللإشارة ليس هناك فروق بين الإشهار والإعلان لأنّ المشرّع الجزائري استعمل اللّفظين معا للدّلالة على نفس المعنى، ومثال ذلك في القانون التجاري في المادّة 83 فقرة 1 تحت عنوان إشهار بيع المحل التجاري حيث استعمل المشرّع لفظ الإعلان بقوله "...يجب أن إعلانه خلال خمسة عشرة يوما..."⁶.

* بعد الإستقلال خلّفت فرنسا قطاع هشّا فرغم خروج الإستعمار إلا أنّ وكالة هافاس بقيت محتكرة للنشاط الإشهاري وتنفرد بمهمة ترويج المنتجات والخدمات الأجنبيّة والوطنية.

¹ - بوراس محمد، الإشهار عن المنتجات والخدمات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، 2010. ص 69، 70.

² - المرجع نفسه.

³ - القانون العضوي رقم 07-90 المتعلّق بالإعلام، الصادر بتاريخ 3 أفريل 1990، الجزائر.

⁴ - المرجع السابق، ص 71.

⁵ - دون مؤلف، المنجد في اللّغة العربيّة المعاصرة، (ط1)، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2000، ص 800، وجبران مسعود الرّائد، معجم لغوي عصري، (ط1)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2001، ص 1852.

⁶ - فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجاريّة، تاجر، المحل التجاري، (ط1)، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 2001، ص 196.

وعرّفه قاموس LAROUSSE الإشهار " مجموعة من الوسائل المستخدمة من أجل التعريف بمؤسسة صناعيّة أو تجاريّة لإمتداح منتج من المنتجات".¹

كما عرّفه المشرّع الجزائري أول مرّة في المرسوم 39-90 في المادة الأولى "جميع الإقتراحات أو الدعايات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعلّيمات المعدّة لترويج وتسويق سلعة خدمة أو بواسطة أسانيد بصريّة أو سمعيّة بصريّة"، كما عرّفه القانون 04-02 بقوله "الإشهار كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى الترويج ببيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة".

وما يعاب على القانون 39-90²، إنّ المشرّع قام بوسائل بحصر وسائل في الإتصال في حين قام باستدراكه في القانون 04-02³، حيث قام بتوسيع هذه الوسائل نظرا لسرعة وتطور في هذا المجال وقد قام المشرّع الجزائري بإعطاء تعريف للإشهار في عدّة محاولات من المشاريع التمهيدية 1989 من خلال المادة الثانية " كل إعلان له بغرض تجاري أو إجتماعي أو ثقافي يستهدف التعريف أو خدمة أو علامة صنع، ويشمل الإشهار كذلك عمليّة الإتصال الإجتماعي مثل حملات التعميم للصالح العام، ذات الطابع الإجتماعي والثقافي الصادر بوجه خاص عن الهيئات الوطنية" وأعاد المشرّع المحاولة في مشروع 1999 بموجب المادة الثانية " يقصد بالإشهار، ظلّ أسلوب إتصالي الذي يعدّ ويقدم بأشكال محدّدة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المستعملة، قصد تعريف وترقية أي منتج أو خدمة علامة تجاريّة أو سمعيّة أي شخص طبيعي أو معنوي".

وما يلاحظ عن هذه التعريفات أنّ المشرّع لم يوفّق في إعطاء تعريف واضح بحيث قام بغلط بين مفهوم الإعلام ومفهوم الإشهار واعتبرهما واحدا رغم الفرق بين اللفظين وذلك في مشروع 1988 بينما ركّزت وسائل الإشهار وكذلك الهدف من الإشهار من خلال مشروع 1999 ومرسوم 39-90 .

كما عرّفه الفقيه اكسينيفلد الإعلام بأنه " عمليّة إتصال تهدف إلى التأثير من البائع إلى المشتري على أساس غير شخصي حيث يفصح المعلن عن شخصيّة، ويتمّ الإتصال من خلال وسائل اللاتصال العامّة".⁴

¹ - Larousse, Bordas, 1997, Pasis, France, P836.

² - المرسوم التنفيذي رقم 39-90 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلّق برقابة الجودة وقمع الغش.

³ - القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة.

⁴ - العلاق بشير، العبدلي قصحان، غالب يسمين سعيد، استراتيجيات التسويق، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 252. 253.

وعرّفته الجمعية التّسويقيّة بأنّه " وسيلة غير شخصيّة لتقديم الأفكار أو السلع أو الخدمات بواسطة جهة معلومة مقابل أجر مدفوع" ، وعرّف بأنّه " عملية إقتصاديّة تستهلك أثر محدّد يتمثّل في إقناع الجمهور المستهدف من قبل المعلن ودفعه إلى سلوك يقَدّم فيه إلى الشراء أو التّعامل مع خدمة المعلن عنه".¹

وما يلاحظ عن هذه التّعريفات أنّها اهتمّت بالصّلة بين المنتج والمستهلك وذلك بتأثير على المستهلك واقناعه بخصوص المنتج وهو ما يعدّ العنصر التجاريّ التّسويقي للإشهار، ومما يلاحظ أنّه ليس هناك تعريف محدّد للإعلان التجاريّ وقد وضعت عدّة تعريفات بهذا الشّأن لكن معظم هذه التّعريفات ركّزت حول إعطاء معنى واسع للإعلان حيث يتركّز على الوسيلة التي تعمل على الجمهور ولذلك فالإعلان هو كل سلوك أو فعل بشأنه إجتلاب الجمهور، وهذا النوع من الإعلان يتعلّق بالسلع التي تباع إلى المشتريين التي يكون الهدف منها شراء وإعادة بيعها لتحقيق الرّبح، لذلك يحتاجون إلى الرّسالة الإعلاميّة ويستخدم هذا النوع من الإعلان البريد المباشر والمجالات المتخصّصة.²

ومن خلال التعاريف السّابقة نستخلص أنّ للإشهار خصائص وتتمثّل في:

- 1) يمثّل الإعلان أداة توضيحيّة عامّة أي موجّهة بصفة عامّة إلى الجمهور، فالطبيعة تمنعه نوعاً من الشّرعية للمنتج.
- 2) أداة تعبيرية يوفّر الإعلان الفرصة لتمكين المؤسّسات والشّركات من تعريف منتجاتهم عن طريق وسائل الإعلان.
- 3) يهدف الإعلان إلى حدّ المستهلك على إقناع السلعة من خلال التّأثير على سلوكه وتوطيد الصّلة بين المنتج والمستهلك.
- 4) أداة غير شخصيّة موجّه لقطاع الجمهور.
- 5) يعتبر الإعلان التجاريّ جهد مدفوع القيمة سواء على مستوى إعداد الرّسالة الإعلانيّة وإنتاجها، أو على مستوى استخدام وسائل الإتّصال التي تتضمّن الرّسالة الإعلانيّة من المستهلكين.

¹ - نفس المرجع، ص 254.

² - نفس المرجع، ص 253.

ومن خلال هذه الخصائص يقوم الإعلان بوضائف هامة بالنسبة إلى المنتج والموزّع ،
وبالنسبة إلى المستهلك ، وبالنسبة إلى بعض المهن والأفراد وفي الأخير وضائف الإعلان
الإجتماعي:

بالنسبة إلى للمنتج والموزّع: يمنح الإشهار فوائد إلى المنتج تمكّنه من التعريف بمنتجاته و خدماته
الإنتاجيّة ممّا ينجم عنه زيادة حجم مبيعاته وتحسين جودة الإنتاج وتوسيع السياسة التسويقيّة
للسّوق، من أجل حدّد المستهلكين على إقتناء هذه المنتجات هذا من جهة ومن جهة أخرى توطيد
الصّلة بين المنتج والمستهلك أمّا بالنسبة للموزّع فهو يعمل على جذب المستهلكين للتعامل معهم،
ويساعد على سرعة دوران رأس ماله وزيادة أرباحه كما قد يكون هذا الموزّع تاجر جملة تجزئة
، وكيل بالعمولة، وكيلا تجاريا...¹

بالنسبة للمستهلك: وظيفة الإعلان هو تعريف المستهلك بالسلعة وخصائصها أو الخصائص
الجديدة للسلع المعروفة والطرق ومجالات استعمالها وكيفية صيانتها والمحافظة عليها، ويتعلّق
بالترويج عن السلع الجديدة عن السّوق أو السلع الموجودة سابقا والمعروفة واستحدثت لها
إستخدامات جديدة.²

بالنسبة إلى بعض المهن والأفراد: يمثّل الإشهار أحد النّشاطات الإقتصاديّة التي تمثّل مصدر دخل
لكثير من المشروعات التجاريّة وأبرزها وكالات الإعلان ودور الصّحف والمجالات، ووسائل
النّشر ووسائل الإعلام المختلفة كما ينمي الإعلان الإقبال على الصّحف وكافة وسائل الإعلام
والنّشر، وكذلك يعتبر الإعلان مصدر الدّخل لبعض من يتّصل نشاطهم بالإعلان مثل الخطّاطين
والمصمّمين وغيرهم...³

وظائف الإعلان الإجتماعي: يعتبر الإعلان وسيلة أو أداة تثقيفيّة بحيث تعلم وتعرف الجمهور
بمختلف المنتجات والخدمات الموجودة ومكوّناتها و استخداماتها وبآخر الإختراعات الحديثة في
العالم الصّناعي والتّكنولوجي وهو يقوم بدور نشر بعض الأفكار وأساليب الحياة العنصريّة ورسخ
قيم وعادات من ناحية، ومن ناحية أخرى فهو نوع من الإتّصال بين أفراد المجتمع حيث يؤثّر
بالمجتمع والبيئة الإجتماعيّة المحيطة به ويعمل على تطوّرهم فتأثّر على أفكارهم وتزيد من
ثقافتهم وتغرس عادات وقيم جديدة.⁴

¹ - القاضي أنطوان الناشر، الإعلانات والعلامات التجاريّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص 39. 40.

² - فريد الصّحح محمّد، الإعلان، الدار الجامعيّة، الإسكندرية، 2003، ص 93.

³ - القاضي أنطوان الناشر، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - المرجع نفسه.

الفصل الثاني

تطبيقات الشكّلية

التّجاريّة على

التّصرّفات الواردة

على المحلّ التجاري

المبحث الأول: القواعد المشتركة في التصرفات الواردة على المحل التجاري

كون عقد بيع المحل التجاري عقد رضائي يتم بمجرد توافق الإرادتين على قيامه وتوافر شروطه الموضوعية العامة ولكن سريانه في حق الغير يستوجب إخضاعه لجملة من الشروط الشكلية الملزمة والمتعلقة بإثباته وبنشره وبقيده في السجل التجاري الخاص التابع للسجل التجاري وعلى إثر ذلك سنحاول التطرق إلى الإجراءات الشكلية في المطالب التالية:

المطلب الأول: الكتابة الرسمية

يعتبر عقد بيع المحل التجاري عملا تجاريا وبالتالي يجوز إثباته بمختلف طرق الإثبات بما في ذلك البيّنة والقرائن وقد خصّص المشرع الجزائري ذلك بقاعدة عامة في إثبات العقود التجارية حيث ترك الخيار في الإثبات في نص المادة 30 من القانون التجاري بقولها: يثبت كلّ عقد تجاري بسندات رسمية، عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرّسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبيّنة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

غير أنّ المشرع الجزائري بعد أن نصّ بعموم هذه القاعدة على العقود التجارية بوجه عام أورد نصّ خاصًا بالتصرفات القانونية التي ترد على المحل التجاري ويتمثل ذلك في وجوب إثباتها بعقد رسمي وإلا كانت باطلة وذلك ما نصّت عليه المادة 79 من القانون التجاري فتعتبر الكتابة ضرورية لإثبات عقد بيع محل تجاري وركن شكلي فيه بالإضافة إلى ضرورة إشتمال العقد على جملة من البيانات حدّدها المشرع وذلك لحماية المشتري بالإضافة إلى ضرورة إشهار عقد بيع المحل التجاري¹.

فقد أكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/02/12 والذي يتبين من وقائع هذا الأخير أن: الطّاعن المدعو بن عودة أحمد باع بموجب عقد عرفي محلا تجاريا للمطعون ضده المسمّى عريس حميد الذي دفع جزءا من ثمن البيع أثر النزاع الذي قام بين الطرفين بشأن صحّة عقد البيع الذي لم يفرغ في الشكل الرّسمي قضت محكمة المحمّدية بطلب من البائع في حكمها الصادر

¹- محرز أحمد، القانون التجاري الجزائري (ج 4)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص 50-51.

في 10 ماي 1992 ببطلان عقد البيع بسبب تخلف الشكل الرسمي و على اثر استئناف هذا الحكم من طرف المشتري قضى مجلس قضاء معسكر في قرار المؤرخ في 3 ماي 1994 بعد إلغاء الحكم المستأنف في 10 ماي فيه بالإشهاد بصحة بيع المحل المبرم بين الطرفين أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام المشتري بدفع ما بقي في ذمته من ثمن البيع وكذا من قبيل مؤخر بدل الإيجار، وطعن البائع بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا مدعيا مخالفة القانون فيه وفصلت في هذا الطعن والذي أبطل القرار المطعون فيه¹.

فأكد هذا القرار أنّ الشكل الرسمي في عقد بيع المحل التجاري ركن من أركان العقد طبقاً للمادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرّر/1 من القانون المدني ويترتب على تخلفه بطلان العقد بطلان مطلق وحقيقة فإنّ عقد بيع المحل التجاري كأداة للإثبات وهذا تحت طائلة البطلان، يمكن المشرع تحقيق أغراض عدّة منها إجتماعية واقتصادية غاية في الأهمية، فمن الناحية الإجتماعية يسمح العقد الرسمي بحماية أطراف العلاقة القانونية من الوقوع في تصرف خطير، إضافة إلى ما توفّره الرسمية من تقليل القضايا القضائية الدائرة حول بيع المحل التجاري².

وفي ذلك تظهر أهمية الرسمية في عقد التنازل عن المحل التجاري من الناحية الاقتصادية، وهذا من خلال رسوم التسجيل والضرائب التي تعتبر من جملة إجراءات الخزينة العمومية، في العقد الرسمي يعتبر حجة على المتعاقدين وعلى الغير ولا يمكن الطعن بخلاف ما يتضمّنه إلا بدعوى التزوير أيضاً فإنّ الرسمية تحدّد بصورة بعيدة عن أيّ شك أو ضمن عناصر المحل التجاري التي دخلت في نطاق العملية وشملها التنازل ومنه فإنّ عقد بيع المحل التجاري طبقاً للتشريع الجزائري يعدّ من العقود الرضائية ومن ثمّ فإنّ بيع المحل التجاري يكون عقده صحيحاً طالما توافرت فيه الشروط الموضوعية العامة المقرّرة في القواعد المنصوص عليها في القانون المدني و تمّ دفع الثمن بين يدي الموثق بشرط أن تكون البيانات التي استلزمها القانون كاملة وغير مخالفة للواقع³.

¹ - إقرار المحكمة العليا 136156 صادر بتاريخ 1997/02/12، مجلة قضائية عدد 01 سنة 1997، ص 10.

² - سلمان بوزياب، القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص 185.

³ - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 209.

كما إنّ حماية المشتري تتطلّب منحه المعلومات الكافية التي تساعد على معرفة القيمة الحقيقية للمتجر، لهذا يلتزم البائع بذكر بعض البيانات الإلزامية يترتب على إهمالها أو ذكرها بصورة غير صحيحة جزاءات جدّ خطيرة ومن المقرّر في القواعد العامّة أن حق المشتري من الإحاطة الشاملة للبيع على نحو نستتير من خلاله إرادته بما يجعله عالماً بكلّ خفايا المبيع وأسراره حتّى تتّجه إرادته عن قناعة تامّة لإبرام العقد¹.

ولمّا كان المحل التجاري مالا منقولاً معنوياً بحيث يصعب على المشتري تحديد قيمته الحقيقية وبخاصة القيمة المالية المستحقّة لمشتملاته المعنوية وإنّ شراء المحل التجاري يرمي المشتري من ورائه إلى استثماره أو إعادة استغلاله ليجني عليه ربحاً أكثر فأراد المشرّع حماية المشتري ضدّ غش البائع الذي يحاول رفع ثمن المبيعات والأرباح المحقّقة في السنوات السابقة، أو إخفاء الأعباء والديون التي ترهق المحل عن طريق التلاعب بالأرقام المدوّنة في دفاتر الحسابات أو التّخفيف من شروط الإيجار حتى يزيد من قيمة المحل التجاري ويحصل على ثمن مرتفع عند بيعه²، ولهذا الأسباب نص المشرّع صراحة في المادة 2/79 من القانون التجاري على أنّه يجب على البائع لمحلّه التجاري ذكر بعض البيانات المتعلّقة بالمحلّ البيانات وهي كالتالي:

إسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالبيّنة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدّات.

ويسمح هذا البيان بتمكين المشتري من التّعريف على صفة البائع من حيث كونه حائزاً على المحل التجاري بصفة قانونية ومشروعية.

قائمة الإمتيازات والرّهون المترتبة على المحل التجاري.

رقم الأعمال التي حقّقها في كل سنة من سنوات الإستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالإستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات.

وعند الإقتضاء الإيجار وتاريخه ومدّته وإسم وعنوان المؤجّر والمحيل.

الأرباح التي حصل عليها في نفس المدّة.

¹- بن زواوي سفيان، المرجع السابق، ص 105.
²- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 113.

والمشرع الجزائري عند إلزامه وجوب ذكر هذه البيانات حماية المشتري وتدعيم الثقة في عالم التجارة، ولهذا يجب متابعة البائع كلما كتم عن المشتري أمرا هامًا في وضعية المتجر لأن الكتمان يعتبر تدليسي إضافة إلى ذلك ما تكّنه هذه البيانات من تسليط رقابة الدولة عن أحجام وأرقام الأعمال الحقيقية في عالم المتاجرة أو أن تتأسس أحد هيئات الدولة كطرف مدني وتطالب التجار المصرّحين بحجم أعمال أقل مما هو وارد في الواقع الميداني بدفع مستحقات الخزينة العمومية من الضرائب الجزائرية غير المجتابة¹.

ومن خلال ما سبق فإنه يتبين من استقرار الأحكام القانونية أنّ المشرع ميّز بين فيما يخص الجزاءات المترتبة عن عدم ذكر البيانات الإيجابية وذكرها بصورة غير صحيحة. و كلّ إهمال لذكر البيانات يترتب عنه بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال سنة وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الإبقاء على العقد أو إبطاله².

نصّت المادة 2/79 توضّح ذلك : ويجب ان يتضمّن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

*إسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدّات.

*قائمة الإمتيازات والرّهون المترتبة على المحل التجاري.

*رقم الأعمال التي حققتها في كل سنة من السنوات الإستغلال الثلاثة الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالإستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات.

*الأرباح التي حصل عليها في نفس المدّة.

*وعند الإقتضاء الإيجار وتاريخه ومدّته واسم وعنوان المؤجر والمحيل.

ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة أنفا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال سنة.

ما يفهم من نص المادة 2/79 من القانون التجاري الجزائري السالفة الذكر أنّ إهمال البائع ذكر البيانات المقررة قانونا قد يؤدّي إلى إبطال عقد بيع المحل التجاري إذا طلب المشتري ذلك خلال

¹ - سمير جميل حسن الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 129.
² - شريفي نسرين، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، (ط1)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 78-79.

سنة، وكما سبق الذكر أنّ المحكمة ليست ملزمة بإصدار الحكم بالبطلان لأنه إختياري للقاضي هذا ما تبيّنه بوضوح العبارة "يمكن"¹.

وبما أنّه بطلان نسبي مقرّر لمصلحة المشتري فقط فعبيّ الإثبات يقع عليه باعتباره مدّعيًا في الدّعى فيلزم ببيان أنّ إهمال البيانات الإلجبارية أثر على قراره، ويسبّب له ضرر ولا يحقّ للمشتري التمسك بالتدليس إلّا إذا أغفل البائع عمدا ذكر بيان إجباري وللمشتري الحق بطلب البطلان خلال سنة.

وللمشتري خلال هذه المدّة التنازل عن حقّه في طلب البطلان المادة 100 من القانون المدني الجزائري².

وبالرجوع إلى نص المادة 97 من القانون التجاري نجدها تعني أنّ القيد يجبّ ان يتم تحت طائلة البطلان خلال 30 يوم من تاريخ عقد بيع المحل التجاري³، بمعنى ان البطلان يلحق القيد نفسه وليس البيع وبالتالي القيد ليس ركنا في انعقاد بيع المحل التجاري.

إلى جانب الرّسمية إجراء ثاني هو الإشهار حيث ذكر نص المادة 83 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على: "كل تنازل عن المحل التجاري في الوجه المحدّد في المادة 79 اعلاه خلال 15 يوما من تاريخه بسعي من المشتري تحت شكل ملخص أو إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغلّ فيها المحل التجاري"⁴.

المطلب الثاني: الإشهار

تنص المادة 83 من القانون التجاري المادة على وجوب إعلان عملية البيع الواردة على المحل التجاري خلال 15 يوما من تاريخ التصرف وذلك بسعي من المشتري ويتم إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في

الدائرة أو الولاية التي يستغلّ فيها المحل التجاري ويجب تسجيل العقد وإلا كان باطلان كما تنص

¹ - فوق أم الخير، الأعمال التجارية، محاضرة ملقاة على طلبة الماستر (قانون خاص)، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2019، ص 124.

² - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 216.

³ - المادة 97 ق.ت.ج، التي تنص: "يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ عقده وإلا كان باطلا..."

⁴ - بونذراع بلقاسم، الوجيز في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الجزائر، 2004، ص 205.

المادة أيضا على وجوب شمول ملخص الإعلانات تحت طائلة البطلان على ما يلي:

تواريخ ومقادير التحصيل ورقمه.

تاريخ ورقم الإيصال الخاص بالتصريح البسيط.

المكتب الذي تمت فيه العملية.

تاريخ العقد.

إسم ولقب كل من المالك الجديد والمالك السابق وعنوانهما ونوع المحل التجاري ومركزه والتمن

المشروط والتكاليف والتقديرات المستعملة كقاعدة الإستفاء حقوق التسجيل.

تبيان المهلة المحددة للمعارضة.

ويجدد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر.

وفي ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/09/27 المجلة القضائية لسنة 1994: لكن أن

العقد العرفي المؤرخ في 1962/01/25 لم يسجل إلا في 1990/10/3 وبالتالي فإنه لا بد من

خضوع هذا العقد للقوانين السارية المفعول في سنة 1990 التي تشترط التسجيل والشهر في

تاريخ محدد تحت طائلة البطلان.

حيث أنه في السكوت على القانون القابل للتطبيق على صحة العقد العرفي، فإن القرار المطعون

فيه يكون غير مؤسس

قانونا وخرق النصوص القانونية القابلة للتطبيق، وهو ما يؤدي إلى النقض.¹

طبقا لأحكام القانون التجاري فإنه يجب نشر بيع المحل التجاري لذلك يجب التطرق إلى النقاط

التالية:

أولا - الملزم بالشهر

فوفقا لنص المادة 1/83 من القانون التجاري الجزائري فإن المكلف بالقيام بالنشر هو المشتري

ولكن في الواقع العلمي الموثق هو الذي يقوم بعملية النشر على حساب المشتري.²

ثانيا - إجراءات الشهر

من استقراء المادة 2/83 من القانون التجاري الجزائري فإن عقد بيع المحل التجاري يجب

¹ - حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، التعليق على قرارات المحكمة العليا، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص57.

² - المادة 1/83 ق.ت.ج: " كل تنازل على محل تجاري على الوجه المحدد في المادة 79 أعلاه.

تسجيله وإلا كان النّشر باطلا ويتمّ التّسجيل في المركز الوطني للسّجل التجاري المنظّم بواسطة قانون التّسجيل وحتّى تتمكّن الدولة من تحصيل رسوم التّسجيل وضريبتها على البيع¹ وبعد هذا التّسجيل المشتري ملزم بالنّشر خلال 15 يوما من تاريخ بيع المحل التجاري بشكل ملخّص أو إعلانه في النشرة الرّسمية للإعلانات القانونية فضلا عن ذلك في الجريدة المختصّة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغلّ المحل التجاري وإذا كان هذا الأخير متنقلا فإنّ مكان الإستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه السّجل التجاري ويتمّ تجديد النّشر من اليوم الثامن إلى اليوم الخامس عشر من تاريخ أوّل النّشر والبائع لا يمكنه مباشر حقّه في الإمتياز إلا إذا كان عقد البيع مستوفيا للشكليّة القانونية في أن يكون مكتوبا وموثقا من كاتب العدل ومقيّدا في السّجل التجاري.

وغاية المشرّع من اشتراط كتابة عقد بيع المحل التجاري بعقد رسمي، ثمّ القيام بعدنّذ بشهره بمكتب السّجل التجاري، هي رعاية الدائنين العاديين للمشتري حال بيع المحل التجاري حتى لا يباغتهم البائع بالإمتياز الذي كان مقرّرا له، ذلك أنّ القواعد العامّة تستوجب زوال إمتياز البائع عند إفلاس المشتري، بحيث يعامل كأنه دائن عادي.

ثالثا: مضمون الشّهر

طبقا لنص المادّة 3/83 من القانون التجاري فإنّه يجب أن يتضمّن النّشر بعض البيانات وذلك تحت طائلة البطلان وتتمثل هذه البيانات:

تاريخ ومقدار التّحصيل رقمه وهذا بالنسبة لعملية تسجيل البيع.

عنوان المكتب الذي تمّت عليه التّسجيل.

تاريخ العقد، إسم البائع، إسم المشتري ولقبهما وعنوانهما.

نوع المحل التجاري ومركزه.

ثمن المحل التجاري لما فيه التكاليف والتّقديرات المستعملة كقاعدة الإستقاء حقوق التّسجيل.

بيان مهلة المعارضة.

إختيار موطن بدائرة إختصاص المحكمة التي يقع المحل التجاري فيها.

¹ - فوضيل نادية، المرجع السابق، ص 242.

المطلب الثالث: القيد في السجل التجاري

بعد كتابة عقد بيع المحل التجاري تأتي المرحلة الثانية القيد في السجل التجاري وهي مرحلة النشر الموظف المختص في السجل التجاري بناء على طلب المشتري وعلى نفقته بنشر ملخص عن عقد البيع في الصحيفتين اليومييتين تصدران في الدولة باللغة العربية يفصل بين صدورهما مدة أسبوع، والغرض من هذا النشر هو إعلام الغير وبالذات الدائنين بوقوع البيع ومنحهم فرصة للإعتراض عليه ويجب أن يكون عقد البيع مقيداً في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه ويجب أن يتم هذا القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عقد البيع وإلا كان باطلاً وتبقى المهلة السارية المفعول ولو في حالة صدور الحكم بإعلان إفلاس نص المادة 97 من القانون التجاري التي تنص على: يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده وإلا كان باطلاً وتبقى المهلة سارية ولو في حالة صدور الحكم بإعلان الإفلاس، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه، وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الإحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية للمشتري.

ويلاحظ أنّ القيد في السجل التجاري متوجب على التاجر ولا تسري على الغير العقود أو الشروط غير المسجلة في السجل التجاري أي أن القيد شرط لنفاذ التصرف في حق الغير ممن له مصلحة في عدم سريان التصرف في مواجهته، كالدائن لبائع المؤسسة التجارية إذا لم يشهر البيع الوارد عليها، أو المشتري الثاني للمؤسسة إذا لم يشهر البيع الأول، لذا يتوجب القيد باسم البائع واسم المشتري كما يتوجب نشر خلاصة عن البيع في الجريدة الرسمية وجريدة محلية تصدر في منطقة وجود المؤسسة¹.

¹ - سلمان بوزياب، المرجع السابق، ص 187.

المبحث الثاني: القواعد الخاصة في بعض التصرفات الواردة على محل التجاري**المطلب الأول: بالنسبة لرهن المحل التجاري**

هو تقديمه من طرف المدين الرّاهن للدّائن المرتهن مانح الإلتزام كضمان له من أجل الحصول على ما يمكنه من استيفاء حقّه بالأولوية والتتبع في حالة قيام الدّائن المرتهن باتخاذ إجراءات الحجز التّنفيذي لتلبّيتها إجراءات البيع بالمزاد العلني دون أن يتمكّن الدّائنون العاديون والدّائنون الذين يتلونهم في المرتبة من منافسته في ثمن بيع المحل التجاري.

وبما أنّ المحل التجاري من المنقولات، فإنّه يخضع للقواعد العامّة بمعنى يكون رهنه رهنا حيازيا ومن العروف أنّ الرّهن الحيازي يقتضي تخليّ المدين الرّاهن عن حيازته للمال الذي يقدّمه كضمان وانتقال هذه الحيازة إلى الدّائن المرتهن وتطبيق هذا الحكم على رهن المحل التجاري يؤدي إلى تخليّ التاجر عن حيازة محلّه التجاري ممّا يستحيل معه الإستمرار في الإستغلال التجاري وهذا يتناقض مع الهدف الذي من أجله قدّم المحل التجاري كضمان عن طريق الرّهن فالتاجر لا يمكن له سداد الدّين موضوع القرض إلاّ بممارسة نشاطه التجاري والذي يصبح أكثر ضرورة من ذي قبل الامر الذي جعل المشرّع في القانون التجاري يأتي بقواعد خاصّة تنظّم مسألة الرهن الحيازي للمحل التجاري وذلك في المواد من 118 إلى 122 وكذا في المواد من 123 إلى 146 التي تنظّم المسائل المشتركة لعملية بيع ورهن المحل التجاري، كما أنّ له شروط وهي:

أولا- الشّروط الموضوعية

شروط الملكية: يجب أن يكون الرّاهن مالكا للمحل التجاري المرهون سواءا كان الرّاهن هو المدين ذاته أو الكفيل الذي يقدّم محلّه التجاري هذا ضمانا للوفاء بالالتزام المدين، فلا يجوز رهن المحل التجاري إلا من طرف صاحبه ولا يهم إن كان صاحب المتجر مالكا للعقار الذي يستغل فيه المحل أم لا، فيجب النظر إلى ملكية المتجر وليس ملكية العقار.

شرط الأهلية: يجب أن يكون الرّاهن أهلا للتصرف في المحل التجاري فلا يجب أن يصبّ احد الأطراف بعارض من عوارض الأهلية، فلا يسمح للصبي القاصر وكذلك من في حكمه (السفيه وذو الغفلة) أن يقوم بهذا العمل.

شرط الرضا: إنّ الرهن بطبيعته عقد كسائر العقود التجارية منها والمدنية لا بدّ من أن يتوفّر فيه شرط الرضا ويتمّ هذا الشرط بمجرد توافق إرادة الأطراف ولا يوجد شرط فيما يخص هذا التلاقي والتوافق.

شرط المحل: وهو الأداء الذي يجب على المدين، أي ما يؤدّيه اتجاه أو لصالح الدائن وهناك عدّة شروط يجب أن تتوفّر في المحل وهي:

أن يكون هذا المحل أمرا ممكنا أو شيئا موجودا أو قابلا للوجود وال يكون مستحيلا.
أن يكون المحلّ معيّنا أو قابلا للتعيين.

أن يكون المحلّ أمرا مشروعاً أو شيئا مما يجوز التعامل فيه.

شرط السبب: إنّ السبب في عقد رهن المحل التجاري هو الغرض الذي من أجله يلتزم المدين أو الشخص الرّاهن.

ثانيا- الشروط الشكلية:

الرسمية: إنّ القانون الجزائري حرصا منه على حماية الأطراف المتعاقدة و الغير، إشتراط في المادة 120 من القانون التجاري أن يفرغ رهن المحل التجاري في عقد رسمي وهو ركن شكلي ومن النظام العام وتخلفه يترتب عنه بطلان الرهن كما هو الحال بالنسبة لبيع المحل التجاري غير أن المشرّع أورد استثناء لهذه القاعدة في المادة 1/177 من القانون 90-10 المؤرّخ في 14/10/1991 المتعلّق بالنقد والقرض، وأجاز أن تتمّ عملية رهن المحل التجاري لصالح البنوك والمؤسّسات المالية بموجب عقد عرفي مسجّل حسب الأصول

القيّد: إشتراط المشرّع الجزائري في المادتين 120، 121، من القانون التجاري قيد الرهن بالسجل التجاري الخاص بالقيّد الموجود على مستوى المركز الوطني للسجل أي لا يجوز الاحتجاج التجاري بدائرة مقر المحل التجاري ويجب أن يتمّ القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد الرهن وإلا وقع تحت طائلة البطلان بالرهن على الغير اذا ما تمّ خارج الأجل القانوني وإذا

تضمّن عقد الرهن عناصر معنوية ذات طبيعة خاصة تتعلق بالملكية (حقوق الملكية الصناعية والتجارية)، فإنه إضافة إلى الرسمية والقيّد بالمركز الوطني للسجل التجاري يجب أن يخضع العنصر المعنوي الخاص المذكور بعقد الرهن إلى القيد الخاص بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية حتى ينتج آثاره اتجاه الغير.

"ويتمّ النشر بالجريدة الرسمية للإعلانات القانونية في احدى الجرائد الوطنية المؤهلة للإعلانات القانونية".

ويتمّ ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب تاريخ قيودهم وتكون للدائنين المرتهنين المقيّدين في يوم واحد رتبة واحدة وهذا سبب نص المادة 122 من القانون التجاري الجزائري. وممّا لا شكّ فيه أن موضوع الرهن هو المحل التجاري ولمّا كان المحل التجاري مجموعة من الأموال المنقولة مخصّصة لممارسة نشاط تجاري معيّن يجب أن يتضمّن المحل عنصر الإتصال والسعة التجارية بجانب العناصر المعنوية الأخرى:

حالة تحديد العناصر التي يشملها الرهن: لقد حدّد المشرّع الجزائري في المادة 1/119 العناصر التي يشملها المحل التجاري وهو تعداد على سبيل الحصر لا يجوز الزيادة فيه أو الإضافة عليه ولطرفي العقد الإختيار من بين تلك العناصر لتحديد حل الرهن، وهذا لتحديد من جانب المشرع يعني استبعاد البضائع من ان تكون محل الرهن حماية للدائنين العاديين الذين يتعاملون مع التاجر الرّاهن حتى يمكنهم التنفيذ على العناصر المادية مزاحمة مع الدائن المرتهن، والبضائع والسلع كونها منقولات مادية تكفل الحماية القانونية من الناحية العملية للدائن المرتهن إذا خرجت من يد التاجر إلى المشتري حسن النية حيث يتمتّع الحائز بقاعدة الحيّزة في المنقول سند الملكية حالة عدم تحديد العناصر التي يشملها الرهن تنص المادة 3/119 على أنه: وإذا لم يعيّن صراحة وعلى وجه الدقّة في العقد ما يتناوله الرهن فإنّه لا يكون شاملا إلاّ العنوان والإسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن والشهرة التجارية¹.

ويترتب على هذه الفقرة أنّه لم يحدّد طرفي عقد رهن المحل فإنّ الرهن لا يقع إلا على العنوان والإسم التجاري والحق في الإجارة والإتصال بالعملاء والسمعة التجارية، والحكمة من ذلك أنّ

¹ - محمّد أنور حمادة، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري (البيع، الرهن، التأجير)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 23. 24.

هذه العناصر المعنوية تمثل مقومات رئيسية لتكوين المحل التجاري وقادرة على جذب العملاء، ويترتب على رهن المحل التجاري آثار بالنسبة للمدين وبالنسبة للدائن المرتهن وبالنسبة للغير.

بالنسبة للمدين الراهن: طبقا للمادة 118 فإن هلا يترتب على رهن المحل التجاري أن تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن، بل يظل المحل التجاري في حيازة المدين حتى يتمكن من الإستمرار في استغلاله ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتدخل أو يشرف على إذا تضمن الإتفاق نصا يخول ذلك.

كذلك يستطيع المدين الراهن أن يتصرف في المحل بالبيع أو بترتيب رهون أخرى ولا يضار الدائن بذلك لأن حقه مضمون بحق التقدم وحق التتبع.

وفي المقابل يلتزم المدين بالحفاظ على الأموال المرهونة.

كما يلتزم المدين الراهن بعدم نقل موقع المحل إلى مكان آخر إلا بموافقة الدائن المرتهن على هذا التحويل و إلا أصبح الدين مستحق الأداء فورا.

بالنسبة للدائن المرتهن: للدائن الراهن أن يستوفي حقه من ثم المحل التجاري متقدما على الدائنين

العاديين أو المقيدون التاليين له في المرتبة المادة حسب المادة 122 وحق الدائن الراهن لا

يتجزأ بحيث يكون مجموع العناصر المرهونة ضمانا للدائن بأسره فلا يتحرر عنصر منها تبعا للوفاء بجزء من الدين.

ب1/ حق الإمتياز: منح المشرع للدائن المرتهن الحق في ان يطلب من المحكمة التي يشتغل المحل التجاري في دائرة إختصاصها الحكم ببيع هذا الحل في المزاد العلني ثم تسديد ديونه من جهة وحق الأفضلية من جهة أخرى حسب المادة 126 لكن الدائن لا يحصل على بيع المحل إلا بعد ثلاثين يوما من الإنذار الموجه للمدين أو للجائز من الغير لمطالبته بدفع المبالغ المستحقة

ب2/ حق التتبع: يجوز للدائن المرتهن على غرار البائع طلب بيع المحل التجاري أينما وجد حسب المادة 132 لكن يجوز كذلك للمشتري الذي إنتقل إليه المتجر القيام بتطهير كافة الديون التي تنقله.

بالنسبة للغير:

بالنسبة للدائنين العاديين: كثيرا ما يضرّ رهن المحل التجاري للدائنين العاديين لأنّ للدائن المرتهن الحق في استيفاء حقّه بالكامل من ناتج بيع المحل التجاري بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين حتى لو كانت حقوقهم ناشئة قبل الدائن المرتهن وطبقا للقواعد العامة لا يجوز إسقاط آجال الديون إلا إذا نص القانون على عكس ذلك أو إتفاق الأطراف غير أن المشرّع في القانون التجاري في مسألة الرهن الحيازي للمحل التجاري خرج عن تلك القاعدة وجعل ديون الدائنين العاديين مستحق الأداء بشرط أن تكون ديون عادية ونشأة قبل الرهن وتعلّقه بالإستقلال المحل التجاري.

بالنسبة لمؤجر العقار: إنّ مؤجر العقار له الحق في رفض تجديد الإيجار أو طلب فسخ عقد إيجار العقار مع المدين الرّاهن، وهذا الحق مرتبط بعنصر الحق في الإيجار الذي يعتبر من العناصر المهمة المكوّنة للمحل التجاري، وبالتالي في إستعمال المؤجر مالك العقار لاحقه في فسخ أو رفض تجديد الإيجار تأثيرا مباشرا على المحل التجاري، المرهون هذا جعل المشرّع يلزم قانونا المؤجر بإبلاغ الدائنين في المحل التجاري المختار والمعين في قيد كل واحج منهم ولا يمكن للمحكمة أن تفصل بفسخ عقد الإيجار إلا بعد إنقضاء شهر من تاريخ التبليغ كما يجب على المؤجر في حالة فسخ العقد إبلاغ الدائنين المرتهنين المفيديين، ولا يصبح الفسخ نافذا إلا بعد مرور شهر من تاريخ التبليغ حتّى يتمكّن كل دائن مقيد من استعمال حقّه في طلب بيع المحل التجاري عن طريق المزاد العلني لم ينص القانون التجاري الجزائري على أحكام خاصة بانقضاء رهن المحل التجاري وعليه نرجع الى القانون المدني بحيث أورد عدّة أسباب ينقضي فيها رهن المحل التجاري وهذه الأسباب هي:

ينقضي الرهن إمّا بالوفاء بالدين، ويجب أن يكون ذلك متبوعا بإجراءات شطب الرهن، وإمّا بتنازل الدائن المرتهن عن حقّه في الرهن ويتحقق هذا الغرض إذا تخلّى الدائن المرتهن بإرادته عن حيازة المال المرهون وقام بتسليمه إلى المدين الرّاهن وذلك برضاه المادة 965 من القانون المدني الجزائري. وينقضي الرهن إذا تملّك الدائن المرتهن المال المرهون كما لو قام بشرائه من المدين الرّاهن قبل تاريخ استحقاق الدين المضمون بالرهن¹.

¹ - بن زواوي سفيان، المرجع السابق، ص 144 . 145.

السبب الآخر الذي ينقضي به الرهن هو هلاك المال المرهون (المحل التجاري) على أن يكون الهلاك كلياً أما إذا كان جزئياً فلا ينقضي الرهن وإنما يبقى ذلك الجزء ضماناً لكل الدين.

تطهير الحائز للمال المرهون المادة 934 من القانون المدني الجزائري.

البيع بالمزاد العلني المادة 936 من القانون المدني الجزائري.

كما ينقضي ب: (المقاصة، اتحاد الذمة، التقادم).

ينقضي رهن أدوات ومعدات التجهيز بمرور خمس سنوات من تاريخ تسجيله في السجل التجاري أو آخر إجراء له (يسقط الرهن في هذه الحالة إذا لم تتم إجراءات التجديد) التجديد يكون ثلاث مرات فقط قبل إنتهاء المدة بالكتابة الرسمية.

إذا كانت العلة من إطلاق حرية الإثبات في المواد التجارية هي ما تقوم عليه المعاملات في هذا الإطار من سرعة في الإبرام والتنفيذ، فقد إشتراط القانون الرسمية في بعض العقود والتصرفات التجارية، وتشمل هذه الأخيرة التصرفات التي يستغرق إبرامه أو تنفيذها وقت طويل بحيث يكون لدى المتعاقدين متسع من الوقت سند كتابي أو تنطوي على أهمية خاصة، وذلك حسماً لكل نزاع محتمل حول طبيعتها وآثارها وباعتبار تقديم المحل التجاري كحصة على سبيل الإنتفاع يخضع لقواعد الإيجار التجاري وذلك كما سبقت الإشارة إليه وفقاً لنص المادة 422 من القانون المدني، فإن هذا العقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الإنتفاع يستوجب الكتابة وإلا وقع بإبطال وذلك حسب رسمية المادة 187 مكرّر من القانون التجاري التي تنصّ على: تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداءً من تاريخ النشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وذلك تحت طائلة البطلان. ولقد أكدت المادة 324 مكرّر من القانون المدني ذلك بنصّها على ما يلي زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها الى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار او محلات تجارية او صناعية او كل عنصر من عناصرها او التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد.

تكون الكتابة الرسمية وفق لما ذهب إليه المشرع الجزائري في صورة محرر رسمي حيث تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على: العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامّة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.¹

ونظراً لما يملكه العقد أو المحرر الرسمي والذي يعتبر الدليل المكتوب الذي يقوم على توافق إرادة الطرفين، فقد أحاطه القانون بمجموعة من الضوابط الشكلية والقانونية تثبت بواسطتها صحته والتي بفضلها يكون العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية إذ أنّ عدم مراعات أحد هذه الضوابط قد يجعل المحرر باطل بطلان مطلق ومما تقدّم نجد أن عملية انتقال المحل التجاري عن طريق تقديمه كحصّة في رأس مال الشركة يجب الا تكون باطلة ويجب أن يحتوي العقد على مجموعة من البيانات ثباتها بعقد رسمي وهو ما سيتم تفصيله لاحقاً

البيانات الإلزامية: اشترط المشرع الجزائري ضرورة تضمين عقد تقديم المحل التجاري كحصّة على مجموعة من البيانات وذلك في المادة 2/79 من القانون التجاري والتي تنص على: يجب ان يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

يمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة أنفاً بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال سنة. إنّ التعداد الخاص بالبيانات الإلزامية والواردة في المادة 2/79 من القانون التجاري جاء على سبيل الحصر لا المثال، وكل شرط وارد في عقد الحصّة يعفى بمقتضاه مقدّم الحصّة من الإدلاء بالمعلومات المنصوص عليها في المادة 2/78 من القانون التجاري يعدّ باطلاً ويعود السبب في اشتراط ذكر اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه، إلى أنّ هذه البيانات تسمح بتحديد صفة البائع للتأكد ما إذا كان المالك الشرعي والحالي للمحل التجاري موضوع الحصّة، كما يجب ذكر الثمن أي يجب أن يكتب الثمن الإجمالي للمبيع، ثمّ يجب وضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدّات وهذا الإحتفاظ مقدّم المحل التجاري بحقه في الإمتياز عند عدم دفع المشتري الثمن او الجزء المتبقي منه.

¹ - فضيل نادية، المرجع السابق، ص 192.

إنّ الغاية من البيان الثاني المتعلّق بقائمة الإمتيازات والرّهون التي تتعلّق بالمحل التجاري هو اطلاع الشركة على القيمة الحقيقية للمحل التجاري وكذا معرفة قيمة الديون التي تنقلها، والتي تعتمد فيها بعد كأساس لتقييم المحل التجاري بضرورة إدراج رقم العمّال الذي حقّقه في كل سنة من السّنوات الإستغلال الثالث الأخيرة أو من تاريخ شرائه.

وبناء على ذلك فإنّ المشرّع الجزائري في شأن تنظيم المعاملات المتعلّقة بالسفينة فإنّه إكتفى بالتأكيد على القواعد العامّة في المادة 34 من القانون البحري حيث جاء فيها: يجب قيد السفن الجزائرية في دفتر التّسجيل الجزائري، للسفن والممسوك من قبل السلّطة الإدارية البحرية المختصة...¹

شكلية الإشهار التجاري: إنّ الدّاعائم التي تقوم عليها التجارة والمعاملات التجارية هي السرعة في الإجراءات ودعم الثقة والإئتمان.²

فالأشخاص الذين يمارسون التجارة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ملزومون لإكتساب صفة التاجر القيد في السّجل التجاري الذي يعتبر في مقدّمة الشّروط المتمثّلة في الشّهر التجاري ونظرا كذلك لتنوّع المعاملات التجارية وكثرة العناصر التي تعتمد عليها المحل التجاري والشركات التجارية، فكان لزاما أن تتّبع إجراءات شكلية أخرى تمثّلت بالنّشر لدعوى المعهد الوطني للملكية الصناعيّة، عن طريق النّشر في الصّحف بالشّكل الذي سنراه لاحقا

عملية القيد في السّجل التجاري: وهي الأحكام التي نصّت المواد من 19 الى 22 من التّقنين التجاري الجزائري، وهذا القيد في السّجل التجاري يخصّ بعض الأشخاص الذين يكتسبون بموجبه صفة التاجر لذلك يعتبر عدم القيد للتصرفات القانونية الواردة على المحلات التجارية عدم نفاذ في مواجهة الغير وبطلان الإحتجاج ضده.³

الأمر بالنسبة لإجراءات تأسيس الشركات التجارية في التّقنين التجاري الجزائري المادة 548 وما يليها منه فهو نفس الحكم في القوانين الفرنسية.⁴

¹ - راجع حامي حياة، نظام تسجيل السفن وآثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2007، أشار إليها يحيوي يوسف، ص 48، هامش 2.

² - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 48، هامش 2.

³ - بومعزة رشيد، أشار إليه يحيوي يوسف، المرجع نفسه، ص 49.

⁴ - Enfin, la société droit se faire immatriculer au registre de commerce (art 1^{er} 2^{decret} N°58-1355 de 27 Décembre 1958, relatif au registre de commerce) cité par Léon Julloit de la morandière, René Rodière et Roger Houin, op cit, P304, N°358.

عملية النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية: تختلف عملية الإشهار من العقارات إلى المنقولات لكن حتى في ذات المنقولات فإن طريقة الحيازة يمكن أن تصل في الماديات، أما المنقولات المعنوية¹، ونظرا لخصوصيتها وطبيعتها غير القابلة للحيازة المادية فعمد المشرع التجاري إلى تنظيم عملية الإيداع من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالأموال المنقولة المعنوية، في مجال الملكية الصناعية والتجارية والفنية².

لذلك وضع الأمر 06-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 في المادة 13 كل الشكليات المتعلقة بالإيداع العلامة وكيفيات إجراء فحصها وتسجيلها، ونشرها لدى المصلحة المختصة عن طريق التنظيم³، حيث أنّ نظام العلامات يشترط من مالك العلامة أن يقوم بإجراء تشكيلية وهذا خلافا لنظام حق المؤلف الذي لا يخضع إلى أي قيود شكلية، وذلك طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2005/08/02 الذي يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها⁴.

إضافة لذلك، فإن العناصر الأخرى للمحل التجاري تخضع كذلك لمثل هذه الشكلية حي جاء في المادة 99 من التقنين التجاري الجزائري أنه: إذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة، أو الرسوم أو النماذج الإشهارية متضمنا كل المعلومات الخاصة بالنشاط التجاري المبرم لدى المكاتب التوثيقية من طرف المتعاقدين، المتعلقة كذلك بمختلف التسجيلات أو التقييدات في السجل التجاري.

ومن الناحية العملية فإنّ هذا النشر يتم في الدائرة أو الولاية التي يشتغل فيها المحل التجاري المتصرف فيه، أو عند تأسيس الشركة التجارية، وبالإضافة لذلك يتم النشر بالجراند الوطنية اليومية.

فبالنسبة للمحل التجاري والتصرفات الواردة عليه فإنّ المادة 83 نصت على إجبارية نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في خلال 15 يوما من تاريخ البيع ونفس الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي⁵، طبقا لأحكام المادة 2 من المرسوم رقم 86-465

¹ - زاوي محمود، المرجع السابق، ص 53-54.

² - نفس المرجع، ص 54.

³ - يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - تواتي كريمة، حماية العناوين، المصنّفات والجراند، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 9، أشار إليها يحيوي يوسف، المرجع نفسه، ص 51.

⁵ - Kenfack, Rép. Com dalloz(V)location-gérance de fonds de commerce 2010 N°165-cité par Nguyen tien tien, op cit,P229,N°978.

المؤرخ في 14/03/1986 ونظرا للأهمية القانونية التي اولها المشرع التجاري لعقد تأجير التسيير والتسيير الحر، والتي أخضعها المشرع الجزائري مبدئيا لشكل الرسمية متبوعة بالإعلان والإشهار في الصحف والإعلانات والخاصة بالنسبة للرسمية بالشكل الذي حدّدناه سابقا طبقا للمادة 423 مكرّر 1/ والمادة 203 من التقنين التجاري¹، لذلك اعتبر القضاء الفرنسي أنّ غياب وسائل الإشهار (الإعلانات) تؤثر على علم الغير بالتصرف القانوني المتعلق بالتأجير والتسيير الحر للمحل التجاري² *Contrat de location gérance du fonds de commerce*، ونفس الحكم مطبّق بالنسبة للشركات التجارية بدأ من تأسيسها الى غاية إنقضائها وتصفيّتها وإدخال كل التعديلات الواردة على عقد الشركة التجارية وهو ما نصّت عليه أحكام المادة 748 والمادة 2/756 من التقنين التجاري قصد إطلاع الغير على عقد الشركة، لا سيما دائني هذه الشركة ولمن له المصلحة وكل الشركات التجارية تخضع لمثل هذا الإجراء المتعلق بالإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية والجراند الوطنية اليومية في تقديم الموثق ملخص لمثل هذه العقود المتضمنة تأسيس الشركات وكافة التصرفات القانونية والواردة على مثل هذه الشركات لإخطار الغير لميلاد الشركة وإطلاعه على مختلف التعديلات الواردة عليها، وهذا خلافا للشركة المستثناة من هذه الإجراءات المتعلقة بالشهر والنشر وهي شركة المحاصة *société anonyme*، وهو ما جاء تفصيله وتحليله لدى الأستاذة نادية فضيل³.

المطلب الثاني: بالنسبة لتقديم المحل التجاري كحصّة في شركة تجارية

تعتبر عملية تقديم المحل التجاري كحصّة في رأس مال الشركة من أهم التصرفات الواقعة عليه، وقد نظم المشرع الجزائري هذه العملية بالمادة 117 من القانون التجاري بالإضافة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، وعقد تقديم المحل التجاري كحصّة في الشركة كما سبق وأشرنا كغيره من العقود يشترط لصحّته مجموعة من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية وهو ما يتّسم دراسته في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين ندرس في الفرع الأوّل

¹ - مقال الأستاذ معاصمي محمد، الجوانب العقابيّة لعقد تأجير التسيير والتسيير الحر وأثاره القانونيّة، مجلّة الموثق، مارس 1998، العدد 2، ص 16-17.
² - cass com, 15mars 2005 bull civ iv N° 60D2005, Aj890 obs, liennard,cité par Nguyen tien tien, op cit,P230,N°982.
³ - فضيل نادية، المرجع السابق، 2006، ص 43 وما يليها.

الشروط الموضوعية وفي الفرع الثاني الشروط الشكلية لعدم تقديم المحل التجاري كحصّة في راس مال الشركة.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

وتنقسم إلى قسمين شروط موضوعية عامّة و شروط موضوعية خاصّة

أولاً- الشروط الموضوعية العامّة: إنّ أغلب هذه الشروط مستنبطة من القواعد العامّة للعقود

والمنصوص عليها في القانون المدني، وتتمثل في البنود الآتية:

البند الأول- الرضا: التراضي يتحقّق التراضي في عقد تقديم المحل التجاري بارتباط الإيجاب

الصادر عن احد العاقدين بقبول الآخر وتطابقهما ويلزم لصحة التراضي كمال الأهلية وخلو

الإرادة من العيوب.

وجود التراضي: التراضي هو اساس العقد وقوامه فلا يقوم بغير توافره، ويقصد بالتراضي "

اتجاه الإرادة الى احداث الأثر القانوني المطلوب فيقال ان البائع قد ارتضى البيع والمشتري قد

ارتضى الشراء وبالنسبة للعقد يعني تواف ارادة طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه

ولكي يقوم الرضا بالعقد فلا بدّ من وجود إرادة لشخص محدّد يتّجه إلى إحداث أثر قانوني معين

وان يخرج هذه الارادة الى العالم الخارجي بالتعبير عنها وان تتطابق مع ارادة اخرى تنص المادّة

59 من القانون المدني الجزائري على أنّه: يتمّ العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التّعبير عن

إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وتطبيقا لنص المادّة السابقة فإنّ التراضي

يستلزم وجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعبر عنه بتطابق القبول مع الإضافة إلى ذلك أن تكون

الإرادة حرّة سليمة وغير معيبة وأن لا يشوبها عيب من العيوب وهو ما يعرف بخلو الإرادة من

العيوب يقصد بالرضا الصحيح "كون المتصرّف مميّز يعقل معنى التصرّف ويقصده، أي أن

يكون مدركا لماهية العقد وإلتزاماته فيه وتكون له إرادة حرّة لقيام الإلتزام لأنّ الإرادة ركن من

الأركان الأساسيّة إلى تصرّف قانوني وبدونها ألا يصحّ التصرّف." إنّ المقصود بتوافق الإرادتين

إلتقاء الإيجاب والقبول من الطرفين يقصدان إبرام عقد تقديم المحل التجاري كحصّة في الشركة

وهذا الإلتقاء تحكّمه القواعد العامّة التي تنطبق على كلّ العقود والتي تناولتها المواد 59 وما يليها

من القانون المدني الجزائري. وقد تتّجه إرادة الأطراف إلى إبرام عقد تقديم المحل التجاري

كحصّة في رأس مال الشركة بصورتين مختلفتين تتمثل الأولى في تقديم على سبيل التملك والثانية في التقديم على سبيل الإنتفاع حتى يتم التراضي صحيحا يجب أن يكون صادرا من شخص ذي أهلية وأن يكون خاليا من العيوب الإرادة فشرط صحة التراضي هو الأهلية وانتفاء عيوب الإرادة مع الأخذ بالحسبان الطابع التجاري الذي يكسو عقد تقديم المحل التجاري كحصّة للشركة.

الطابع التجاري: تنصّ المادة 3 من القانون التجاري في فقرتها الرابعة على ما يلي: " يعد عملا تجاريا بحسب شكله،... العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية." إنّ العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية تخضع وفقا للقانون التجاري لمبدأ عام حيث تعتبر بحكمه عملا تجاريا بحسب الشكل وعلى ذلك يكتسي عقد تقديم المحل التجاري كحصّة في الشركة الطابع التجاري مهما كانت صفة الأشخاص المتعاملين به وتنطبق نفس القاعدة على عقد الرهن وعقد تأجير تسيير المتجر وعلى عملية بيع وإيجار هذا الأخير.

الأهلية: إنّ تقديم المحل التجاري كحصّة في الشركة كغيره من العمليات الواقعة عليه يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ومن ذلك فإنّ الأهلية المشترطة لصحة عقد تقديم المحل التجاري هي أهلية الأداء وذلك باعتبار عقد الحصّة من عقود المعاوضة وهي تعني قدرة الشخص على التصرف في امواله ويعتبر قاصرا كلّ من لا يبلغ تسعة عشرة سنة كاملة. ويوجد إستثناء على هذه القاعدة مضمونه أنّ القاصر الذي بلغ سن الثامن عشرة كاملة وطلب الإذن من ذوي الشأن وتحصل عليه يستطيع ممارسة مثل هذه التصرفات الواقعة على المحل التجاري وذلك تطبيقا لما جاء في المادة 5 من القانون التجاري والذي جاء فيه: " لا يجوز للقاصر للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجاري أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن إعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية إذا لم يكمل قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، يتّضح لنا مما سبق أنّ تقديم المحل التجاري كحصّة في رأس مال الشركة أيّا كان نوعها شركة أموال أو شركة أشخاص وسواء تمّ هذا العقد على سبيل التملك أو على سبيل الإنتفاع، لا يتمّ إلا بتوفّر ركن التراضي بين الطرفين ومن ذلك الإتفاق على طبيعة

هذا التقديم والا يكفي بذلك وجود التراضي بل يجب أيضا أن يكون صحيحا، والتراضي الا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية أو من قاصر مرشد حاصل على إذن بالقيام بذلك، ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال.

البند الثاني- المحل: محل الإلتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به والمدين يلتزم إمّا بنقل حق عيني أو بعمل أو بالإمتناع عنه والإلتزام بنقل حق عيني إنّما هو " الإلتزام بعمل ولكم لمّا كان الأصل أنّ هذا العمل يتم تنفيذه بمجرد نشوئه فقد صار من المألوف أن يقال أن محل الإلتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته فغذا كان الحق العيني حق ملكية إمتزاج بالشيء المملوك واصبح شيئا واحدا فصار الإلتزام بنقل الملكية محلّه هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته ومن ذلك فإنّ محل الإلتزام الشريك أو المساهم يرد عل بالمحل التجاري وللمتعاقدين حرية تحديد العناصر التي يشملها هذا المحل ولكن يتعيّن أن يشمل هذا الإتفاق بالضرورة على عنصر الإتصال بالعملاء وإلا كان تقديم المحل وفي كل الأحوال يتعيّن أن يكون الغرض من إستغلال المحل التجاري مشروعا كحصّة في الشركة باطلا إمّا بالنسبة لمحل الإلتزام الشركة فيرد على بدل الإيجار والذي يعتبر عنصر جوهرى في عقد تقديم المحل التجاري كحصّة في الشركة على سبيل الإنتفاع إمّا إذا كان التقديم على سبيل التملك فالأمر هنا أشبه بالبيع فيكون محل الإلتزام الشركة في هذه الحالة فهو منح مالك المحل التجاري لحصّة في رأس مالها وتمنح هذه الحصّة للشريك مقدّم المحل التجاري الحق في المساهمة في الأرباح التي قد تحصل عليها الشركة وباعتبار المحل التجاري هو محل عقد الحصّة فيشترط فيه ما يلي:

موضوع الحصّة: لا بد أن يكون موضوع الحصّة محل تجاري ويجب أن يكون مما أن ينطبق عليه وصف المحل التجاري اي وجوب توافر عناصره الأساسية ويشترط لكي يعتبر عقد الحصّة صحيحا وواردا على المحل التجاري أن يشمل قدرا من العناصر اللازمة لتكوين المحل التجاري كالإتصال بالعملاء الذين يعتبرون عنصرا أساسيا في المحل التجاري .

نطاق الحصّة (تحديد مكونات المحل التجاري): لأطراف الحرية الكاملة في تحديد العناصر المكونة للمحل التجاري موضوع حصّة العقد، إذ يمكن أن تشمل الحصّة المقدّمة للشركة كافة عناصر المحل التجاري أو البعض منها فقط وإن لم يحصل هذا التحديد إفتراض على الحصّة

الواردة على جميع العناصر المكونة للمحل التجاري وقت تقديم الحصّة وانطلاقاً من المادة 94 من القانون المدني التي تنصّ على: " إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً أو جب ان تكون ذاتية المحل التجاري بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره لكان العقد باطلاً وإلا بطل إنعقاد الحصّة معروفة فيوصف هذا الأخير وصفا مانعاً للجهالة بتعداد عناصره ويجدّد القاضي بناءً على سلطته التقديرية في حال مخالفة تلك العناصر مستأنساً بإرادة المتعاقدين مراعيًا العناصر الجوهرية اللازمة لتكوين المحل التجاري.

البند الثالث- السبب: يعتبر السبب الباعث إلى التعاقد أو الدافع إليه لذلك يشترط في الإرادة التي تتجه إلى إلزام صاحبها أن تون لها سبب وأن يكون هذا السبب مشروعاً حيث يعتبر المشرع الجزائري أن كل إلتزام من المفترض أن يكون له سبب مشروعاً على يقوم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يتم إثبات ما يخلف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه كما ينصّ على أنه إذا إلتزام المتعاقد لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً، ويشترط وجود السبب ومشروعيته فإذا كان التزم أحد المتعاقدين في عقد تقديم المحل التجاري كحصّة في رأس مال الشركة سواء على سبيل التملك أو على سبيل الإنتفاع ليس له سبب اعتبار العقد باطلاً، وكذلك إذا وجد سبب الإلتزام لكليهما لكن سبب الإلتزام عند أحدهما أو كليهما غير مشروع بأن كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

ثانياً- الشروط الموضوعية الخاصة: بالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري ونظراً للطبيعة الخاصة لعقد تقديم المحل التجاري كحصّة على سبيل الإنتفاع نجد أن المشرع الجزائري قد أضاف مجموعة من الشروط التي يجب توافرها لإبرامه ومن بين أهم الشروط التي يجب توافرها في هذا النوع من العقود نجد شروطاً تتعلق بالمالك للمحل التجاري، وأخرى مرتبطة بالشركة وكذا شروطاً تتعلق بالمحل التجاري.

الشروط المتعلقة بمالك المحل التجاري: لقد أضاف المشرع الجزائري بموجب المادة 205 من القانون التجاري والتي تنصّ على: " يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير أن يكونوا قد مارسوا التجاري أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات أو مارسوا

لنفس المدّة أعمال مسير أو مدير التجارة أو تقني واستغلّوا لمدّة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير."

إنطلاقاً من نص المادة أعلاه نجد أنّ الشّروط التي أضافها المشرّع الجزائري فيما يخص مالك المحل التجاري (المؤجر) تتمثّل في:

استغلال المحل التجاري وممارسة التجارة لمدّة معيّنة.

استغلال المحل التجاري: يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يوافقون على إيجار التسيير ويقصد المشرّع في هذه الحالة المؤجرون أي أصحاب المحلات التجارية وليس الشركة مستقبلية المحل التجاري كحصّة.

أن يكونوا قد استغلّوا لمدّة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير، أنّ الهدف الذي ابتغاه المشرّع من وراء وضعه لهذه الشّروط هو التقليل من حالات تقيد المحلات التجارية ممن يقومون بشرائها بقصد المضاربة.

ممارسة التجارة: يجب أن يكون مقدّم المحل التجاري قد مارس التجارة لمدّة خمس سنوات أو مارس لنفس المدّة أعمال مسير، أو مدير تجاري أو تقني، ويبدو أنّ نص المادة 205 من القانون التجاري لم يفرض على الأشخاص المعنويين بالأمر أن تكون هذه السنوات اللف ذكرها هي حتما السنوات التي تسبق الإيجار، إنّ تطبيق هذه المدّة بصفة الإلزام فيه خرق لمبدأ حرية التجارة وذلك حسب المادة 37 من دستور 1996 والتي تنص على " حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون" لذلك يمكن التخلّص من الشّرتين إمّا بإلغاء المدّة أو تخفيضها من طرف رئيس المحكمة بموجب أمر بعد الإستماع إلى النيابة العامّة بناء على طلب المعني المؤجر الذي هو مطالب بإثبات المبرر الذي يمنعه من استغلال محله التجاري شخصياً أو بواسطة مندوبين عنه، وذلك حسب المادة 206 من القانون التجاري التي تنص على أنه: " يجوز أن تلغى أو تخفّض المهلة النصوص عليها في المادة 205 بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الإستماع إلى النيابة العامّة وخاصة إذا أثبت هذا الأخير

بأن يتعدّر عليه أن يستغلّ متجره شخصيا أو بواسطة مندوبين عنه." والجدير بالذكر أنّ المادة 207 من القانون التجاري قد استبعدت بعض الأشخاص¹.

¹ - فوضيل نادية، المرجع السابق، 150 وما بعدها.

الخلاصة

ما يمكن إستخلاصه من خلال دراستنا للشكلية، أن المشرّع أحاط هذه الشكلية بعناية تامّة، ويظهر ذلك بتنظيمه لنصوص قانونية تتعلّق بهذه الشكلية سواء في نصوص عامّة أو خاصّة لأنّ هذه العمليات يصعب خضوعها لأحكام القانون المدني فقط لهذا نظّمها المشرّع في نصوص خاصّة وترك المجال لتطبيق القواعد العامّة، خاصّة في عقود إيجار التسيير عند غياب نص خاص. تظهر هذه الإجراءات الشكلية في كل من الكتابة الرّسميّة التي اشترطها المشرّع في العقود وهذه الأخيرة لا تكسي الصّفة الرّسمية إلا إذا كانت صادرة من الموثّق، وتكن حجّة بالنسبة لأطرافها والغير، إضافة إلى الكتابة العرفية التي تعتبر استثناء على الأصل (الكتابة الرّسمية)، التي يقوم الأطراف بتحريرها فيما بينهم دون تدخّل الموثّق في تحريرها، ولها حجّة بالنسبة للأطراف والغير لكن ما يمكن دحضها إذا كانت مزوّرة أو منكّرة.

كما اشترط المشرّع إستيفاء إجراءات أخرى تتملّ أساسا في الإشهار بما فيه القيد في السّجل التجاري والدفاتر العمومية لدى المركز الوطني للسّجل التجاري إضافة إلى القيد في المعهد الوطني الجزائري للملكية الخاصّة، بالنسبة لبعض العناصر المعنوية للمحل التجاري. في الأخير تنشر هذه العمليات في النّشرة الرّسمية بالإعلانات القانونية (BOAL)، الطابع الجمهور عموما والتّجار خصوصا، على حالة التّاجر والمحل التجاري. إنطلاقا ممّا سبق ذكره فإننا نرى ضرورة إبداء جملة من الإقتراحات والتي يمكن أن نجملها في النّقاط التّالية:

ضرورة إجبار أطراف العقد إفراغ عقودهم في قالب رسمي ليس تحت طائلة البطلان فقط وإنّما حتى طائلة عقوبات وغرامات مالية ينصّ عليها القانون التجاري أو الضّرائب. يستحسن لو أنّ المشرّع اخضع جميع العمليات الواردة على المحل التجاري للقيد في الدفاتر العمومية لكي تحظى بالحماية التامة لأنّ بعد دراستنا لإجراء القيد في الدفتر العمومي دون غيرها من العمليات.

ضرورة تخصيص قانون خاص يشمل تنظيم المحل التجاري وكل ما يرد عليه دون العودة إلى القواعد العامّة، لأنّ الرّجوع إلى القواعد العامّة يأخذ وقتا طويلا، وهذا ما لا يتماشى مع المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة.

نقترح على المشرّع ضرورة تخصيصه لجرائد خاصّة بالإعلانات القانونية، للعمليات الواردة على المحل التجاري، حتى يتسنى تحقيق العلنية في بيئة الأعمال التجارية.

قائمة المراجع

أولاً- المصادر:

ا. القوانين

- 1) دستور 1996 الصّادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1996 والذي يتعلّق بإصدار نصّ تعديل الدّستور (ج ر ج عدد 76 الصّادرة في 28 نوفمبر 1996).
- 2) القانون 10-90 المؤرّخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أبريل 1990، يتعلّق بالنّقد والقرض (ج ر ج ج، العدد 16، السّنة 27 الصّادر في 18 أبريل 1990).
- 3) القانون رقم 02-04 المؤرّخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجاريّة (ج ر ج ج، العدد 41).
- 4) القانون رقم 10-05 المؤرّخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005 يعدّل ويتمّ الأمر 58-75 المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم (ج ر ج ج، العدد 44، السنة 42 الصّادرة في 26 يونيو 2005).
- 5) القانون رقم 02-06 المؤرّخ في 21 محرّم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتضمّن مهنة المؤثّق (ج ر ج ج، العدد 14، السنة 43 الصّادرة في 08 مارس 2006).
- 6) القانون العضوي رقم 90-07 المؤرّخ في 8 رمضان عام 1410 الموافق لـ 3 أبريل سنة 1990، المتعلّق بالإعلام.
- 7) القانون العضوي رقم 12-05 المؤرّخ في 18 صفر عام 1433 الموافق لـ 12 يناير 2012، يتعلّق بالإعلام.

اا. الأوامر

- 1) الأمر 67-279 المتضمّن إيداع الوكالة الوطنيّة للنّشر والإشهار
- 2) الأمر 75-58 المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم (ج ر ج ج، العدد 44، السنة 42 الصّادرة في 26 يونيو 2005).

- 3) الأمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون التجاري (ج ر ج ج، العدد 78، السنة 12 الصّادرة في 19 ديسمبر 1975).
- 4) الأمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، يتعلّق بالعلامات (ج ر ج ج، العدد 44، السنة 40 الصّادرة في 23 يوليو 2003).

III. المراسيم

- 1) المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلّق بتأسيس السّجل العقاري (ج ر ج ج، عدد 30 المؤرّخة في 13 أبريل 1976).
- 2) المرسوم التّنفيذي رقم 39-90 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق لـ 30 يناير سنة 1990 يتعلّق برقابة الجودة وقمع الغش (ج ر ج ج، عدد 5).
- 3) المرسوم التّنفيذي رقم 277-05 المؤرخ في 26 جمادى الثّانية عام 1426 الموافق لـ 2 غشت سنة 2005، يحدّد كيفيّا إيداع العلامة وتسجيلها (ج ر ج ج، العدد 54).

IV. القرارات

- 1) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/09/27 المجلّة القضائية لسنة 1994.
- 2) قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 12 فيفري 1997 .
- 3) قرار المحكمة العليا 136156 صادر بتاريخ 1997/02/12، مجلّة قضائية عدد 01 سنة 1997.
- 4) قرار مجلس قضاء معسكر المؤرخ في 3 ماي 1994.
- 5) حكم محكمة المحمّدية الصادر 10 ماي 1992.

ثانيا- المراجع:

أ. باللّغة العربية

الكتب العامّة:

- 1) أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري (ج 4)، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 1981.

- 2) بوذياب سلمان، القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995.
- 3) محمد زهدور، الموجز في طرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991.
- 4) محمود زهران همّام، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
- 5) محمد إسماعيل سلطح حمدي، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 6) محمد السعدي صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، (ج1)، (د س ن).
- 7) عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2002.
- 8) علي فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، طبعة منقحة ومعدّلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 9) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام (ج1)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د س ن)، 152، رقم 18.

الكتب المتخصصة:

- 1) أنطوان الناشف القاضي، الإعلانات والعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- 2) القضاة ملفح، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، مطبعة بن دسمال، السعودية، 1992، ص 96. 97.
- 3) بشير العلاق، العبدلي قصحان، غالب يسمين سعيد، استراتيجيات التسويق، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 4) بلقاسم بوذراع، الوجيز في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الجزائر، 2004.

- 5) حسن الفتلاوي سمير جميل، العقود التجاريّة الجزائريّة، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 2001.
- 6) حمادة محمد أنور، التصرّفات القانونيّة الواردة على المحل التجاري (البيع، الرهن، التأجير)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- 7) زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأوّل، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونيّة والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001.
- 8) محمد فريد الصحم، الإعلان، الدار الجامعيّة، الإسكندرية، 2003.
- 9) محمد علي عبده، دور الشكّل في العقد، دراسة مقارنة، (ط1)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 10) نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجاريّة، تاجر، المحل التجاري، (ط1)، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 2001.
- 11) نادية فوضيل، الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري، (ط11)، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 12) نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري، دار هومة، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 13) نسرين شريفي، الأعمال التجاريّة، التاجر، المحل التجاري، (ط1)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- 14) عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقاريّة الخاصّة، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 15) عمر حمدي باشا، القضاء التجاري، التعليق على قرارات المحكمة العليا، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 16) عبد الرّحمان خليفات، مدى اعتدال القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه.
- 17) مسعود الرّائد جبران، معجم لغوي عصري، (ط1)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2001.

18) دون مؤلف، المنجد في اللغة العربيّة المعاصرة، (ط1)، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2000.

المقالات:

1) محمّد معاصمي، الجوانب العقابيّة لعقد تأجير التسيير والتسيير الحر وآثاره القانونيّة، مجلّة الموثّق، مارس 1998، العدد2.

الرّسائل:

1) محمد حبار، نظريّة بطلان التّصرّف القانوني في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإداريّة، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1987.

2) جمال عطية، عبد المقصود عيسى، الشكليّة القانونيّة، دراسة مقارنة بين النّظم القانونيّة الوضعيّة والشريعة الإسلاميّة، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، 1993.

3) محمّد بوراس، الإشهار عن المنتجات والخدمات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، 2010. 2011.

4) سناء شيخ، الشكليّة في إطار التصرّفات العقاريّة بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

المذكّرات:

1) حياة حامي، نظام تسجيل السفن وآثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، بن عكنون ، الجزائر، 2007.

2) حفيظة سيدي يخلف، الشكليّة لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤوليّة، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009-2010.

- 3) كريمة تواتي، حماية العناوين ، المصنّفات والجرائد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن
عكنون، الجزائر، 2005.
- 4) محمود زواوي، الشكّلية للصحة في التصرفات المدنيّة في القانون الجزائري، دراسة
مقارنة، بحث مقدّم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤوليّة، معهد الحقوق
والعلوم الإداريّة، جامعة الجزائر.
- 5) سفيان خالي، الإثبات عن طريق المحرّرات الرّسميّة والعرفية في التّشريع المدني، مذكرة
تخرّج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدّفعة السّابعة عشر، الجزائر، 2009
- 6) سفيان بن زواوي ، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدّمة لنيل شهادة
الماستر في القانون الخاص (فرع قانون الاعمال)، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1،
2013.
- 7) يوسف يحيوي، الشكّلية غير المباشرة وأثرها على فاعليّة العقود، مذكرة مقدّمة لنيل
شهادة الماجستير في القانون الخاص في العقود والمسؤوليّة، كلية الحقوق، جامعة
الجزائر، 2013-2014.

المحاضرات:

- 1) حسين بطيمي، محاضرة حول "نظام الشّهر العقّاري ودوره في حماية المعاملات
العقاريّة"، محاضرة أقيمت بمناسبة اليوم الدّراسي المنظّم من الغرفة الجهويّة لوثقي ناحية
الوسط بتاريخ 27 أفريل 2013 بالأغواط المنشور بمجلة الوثوق، المجموعة الثّانيّة،
العدد الثّاني ديسمبر 2013.
- 2) قوق أم الخير، الأعمال التّجاريّة، محاضرة ملقاة على طلبة الماستر (قانون خاص)،
جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2019.

.II باللغة الفرنسية:

- 1) Bonne case-supplément au traité théorique et pratiqué de droit civil tome2-1924 N° 280.
- 2) Cass com, 15mars 2005 bull civ iv N° 60D2005, Aj890 obs, liennard,cité par Nguyen tien tien, op cit,N°982.
- 3) Enfin, la société droit se faire immatriculer au registre de commerce(art 1^{er} -2decret N°58-1355 de 27 Décembre 1958, relatif au registre de commerce) cité par Léon Juliet de la Morandi ère, rène rodière et Roger houin, op cit, N°358.
- 4) Frédéric Gény, science et technique endroit positif, paris 1925.
- 5) Fathi Abdel Rahim Abdellah, aspects nouveaux du formalisme dans le contrat civil.
- 6) générale de droit et de juris prudence paris 1975.
- 7) Guerriero Marie Antoinette «L'acte juridique solennel » librairie
- 8) Ihering, L'esprit de droit romain, cité par ZOUAOUI MAHMOUD.
- 9) Kenfack, Rép. Com Dalloz(V)location-gérance de fonds de commerce 2010 N°165-cité par Nguyen tien tien, op cit,N°978.
- 10) Larousse, Bordas, 1997, Parris, France.
- 11) Roubire-théorie général de droit.

الفهرس

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة.....
1	الفصل الأول: مقومات الشكلية التجارية.....
1	المبحث الأول: مدلول الشكلية ووظيفتها في حماية التصرفات القانونية.....
1	المطلب الأول: مفهوم الشكلية.....
7	المطلب الثاني: الغاية من الشكلية.....
12	المبحث الثاني: الشكلية التجارية الإجبارية.....
13	المطلب الأول: الكتابة أداة لترسيم المعاملات التجارية.....
13	الفرع الأول: الكتابة الرسمية:.....
16	الفرع الثاني: الكتابة الإلكترونية والكتابة العرفية التقليدية.....
20	المطلب الثاني: الإشهار التجاري.....
25	الفصل الثاني: تطبيقات الشكلية التجارية على التصرفات الواردة على المحل التجاري.....
25	المبحث الأول: القواعد المشتركة في التصرفات الواردة على المحل التجاري.....
25	المطلب الأول: الكتابة الرسمية.....
29	المطلب الثاني: الإشهار.....
32	المطلب الثالث: القيد في السجل التجاري.....
33	المبحث الثاني: القواعد الخاصة في بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري.....
33	المطلب الأول: بالنسبة لرهن المحل التجاري.....
42	المطلب الثاني: بالنسبة لتقديم المحل التجاري كحصّة في شركة تجارية.....
49	الخاتمة.....
50	قائمة المراجع.....
56	الفهرس.....