**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**
**Ministry of High Education and Scientific Research**
**جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج –**
**University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi-Bba**
**كلية الحقوق والعلوم السياسية**
**Faculty of Law and Political Sciences**

**مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق**

**تخصص: قانون أعمال**

**الموسومة بـ**

# العمل التجاري بين الرضائية والشكلية في التشريع الجزائري

**إعداد الطالبتين:**

**بن ذيب لينة إنصاف**

**بوختالة صبرينة**

**تحت إشراف الأستاذ:**

**لخضر رفاف**

## لجنة المناقشة

| الاسم و اللقب | الرتبة | الصفة |
|---|---|---|
| زاوي رفيق | أستاذ مساعد –ب– | رئيسا |
| لخضر رفاف | أستاذ محاضر –أ– | مشرفا |
| بكيس عبد الحفيظ | أستاذ محاضر –ب– | ممتحنا |

**السنة الجامعية 2022/2021**

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على اشرف المرسلين

نحمد الله الذي وفقنا لإنجاز هذه المذكرة

نتقدم بالشكر الخالص للدكتور المحترم " رفاف لخضر " الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث و لم يبخل علينا بالنصح و الإرشاد

نتقدم بالشكر الخالص إلى أساتذة مشوارنا الدراسي بكلية الحقوق جامعة محمد البشير الإبراهيمي

كما نتوجه بالشكر الجزيل إلى أساتذة أعضاء لجنة المناقشة

على قبولهم مناقشة هذا العمل

# إهداء

أهدي ثمرة عملي إلى أبي رحمه الله

والى أمي العزيزة أطال الله في عمرها

التي كانت لي السند طيلة مشواري

الدراسي

و إلى إخوتي و جميع أفراد عائلتي .

صبرينة

# إهداء

إلى من سعى لأجل راحتي و نجاحي

إلى أعظم و أعز رجل في الكون " أبي العزيز "

إلى من ساندتني في صلاتها و دعائها ،

إلى نبع الحنان " أمي العزيزة "

و إلى إخوتي

أهدي لكما هذا البحث ، فقد كنتما خير داعم لي

طوال مسيرتي الدراسية .

# مقدمة

**مقدمة :**

إن الأصل العام و الشريعة العامة واجبة التطبيق على كافة العلاقات و المعاملات بين أفراد المجتمع هو القانون المدني وكان هذا لفترة زمنية طويلة، لكن مع ظهور التجارة كظاهرة حضارية و حلقة أساسية في النشاط الاقتصادي ولما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة وائتمان أصبح من الضروري أن يستقل القانون التجاري عن القانون المدني ليصبح قانون مستقل بذاته ينفرد بمجموعة قواعد قانونية خاصة تطبق على الأعمال التجارية و كذلك على فئة معينة من الأشخاص يحترفون هذه الأعمال وهم التجار .

من هنا يمكن تعريف القانون التجاري على أنه فرع من فروع القانون الخاص ينظم العمليات القانونية التي يقوم بها التجار فيما بينهم أو مع الغير فسميت هذه العمليات بالأعمال التجارية، حيت هذه الأخيرة تمثل الجزء الهام في القانون التجاري، بالرغم من أهمية هذه الأعمال التجارية، إلا أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا جامعا و مانعا للأعمال التجارية بل اكتفى بتحديدها على سبيل المثال و ليس عل سبيل الحصر على غرار باقي التشريعات و لإزالة هذا الغموض و حل هذا الأشكال جاء الفقهاء بوضع معايير موضوعية و شخصية لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني . أما المشرع الجزائري فقد اخذ بالمعيار الموضوعي مبدئيا، و الذي يرتكز على طبيعة العمل بغض النظر عن الشخص القائم به، لكن لم يكتفي هذا المعيار لوحده بل أخذ بالمعيار الشخصي كذلك .

ولتحديد هذه الأعمال التجارية اعتمد المشرع على عدة معايير تتمثل في معيار المضاربة، التداول وكذلك معيار ثالث و هو معيار المقاولة و بالاستناد إلى هذه المعايير قسم المشرع الجزائري الأعمال التجارية على سبيل المثال إلى أعمال تجارية حسب الموضوع كالعمليات المصرفية و المقاولات و أعمال تجارية حسب شكل كالسفتجة و الشركات التجارية وكذلك أعمال تجارية مختلطة و أخرى بالتبعية .

وعليه فالظروف التي جعلت القانون التجاري يستقل عن القانون المدني هي نفسها التي أدت إلى إنشاء عقود تجارية متميزة في بعض الجوانب عن العقود المدنية، خاصة من حيث أركان قيام العقد، فالأصل في كل العقود هو الرضا، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن الأصل العام باستثناء هو إخضاع اغلب المعاملات التجارية إلى الشكلية كعامل حتمي و تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد .

ومن هذا المنطلق تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال دراسة مبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية في العقود التجارية، بالإضافة إلى معرفة مدى تأثير الشكلية بظهورها كاستثناء عن مبدأ الرضائية الذي يعتبر الأصل العام في المعاملات التجاري و كذلك إبراز كيفية تحقيق التوازن بينهما في العقود التجارية

و ترجع أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى الميول الشخصي لمعرفة الأكثر عن مبدأ الرضائية و الشكلية في العقود التجارية و التعمق في دراسة ذلك، بالإضافة إلى دراسة مدى تأثير الشكلية التي تعتبر كقيد أو استثناء على مبدأ الرضائية الذي يعتبر الأصل في المعاملات التجارية لفترة طويلة .

و الهدف من دراسة هذا الموضوع هو توضيح أن الرضائية هي المبدأ العام في المعاملات التجارية و الشكلية ظهرت كاستثناء عن ذلك .

وتهدف دراستنا كذلك إلى توضيح كل من العقود التجارية التي تخضع الرضائية و كذلك العقود التجارية التي تخضع للشكلية بشكل حتمي، وأخيرا الهدف من دراستنا هو إبراز الغاية من اشتراط إلزامية الشكلية في بعض العقود التجارية .

من بين الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد البحث هي قلة المراجع المتخصصة .

وعلى هذا الأساس تطرح الإشكالية :

- **إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تحقيق التوازن بين الرضائية و الشكلية في العقود التجارية ؟**

من هنا تبرز عدة تساؤلات فرعية :

- ما هو مفهوم مبدأ الرضائية في العقود التجارية ؟
- فيما يتمثل موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ ؟
- فيما تتجلى تطبيقات مبدأ الرضائية على العقود التجارية ؟
- فيما تتمثل صور الشكلية المكرسة في القانون التجاري ؟

ومن أجل طرح هذا الموضوع بطريقة علمية ممنهجة اتبعنا المنهج الوصفي لتوضيح المقصود بمبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية في العقود التجارية، وكذلك إبراز مظاهر تطبيق هذه المبادئ على العقود .

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية مقسمة إلى فصلين، فتناولنا في الفصل الأول الرضائية كمبدأ عام في المواد التجارية و في الفصل الثاني تناولنا الشكلية كعامل حتمي في بعض العقود التجارية .

# الفصل الأول:

# الرضائية كأصل عام في المواد التجارية

## الفصل الأول: الرضائية كأصل عام في المواد التجارية

عرفت الأعمال التجارية تراجع بخصوص رضائية التعاقد وذلك بسبب التدخل التشريعي الذي وسع من مجال الشكلية في إبرام العقود التجارية حفاظا على مصالح المتعاقدين و الغير كذلك من أي ضرر قد يلحق بهم لكن بالرغم من ذلك كان لنظرية سلطان الإرادة اثر في تكوين العقد و ذلك من خلال تحرير العقود من الشكليات التي كانت خاضعة لها و جعلت من الرضا كافيا لإبرامها، حيث أصبح العقد كأصل عام يتم بإيجاب يصدر من شخص بطاقة قبول من الطرف الذي وجه إليه، وهذا ما يعرف بالتراضي الذي بدوره يعتبر احد النتائج المترتبة عن نظرية سلطان الإرادة، من خلال هذا الفصل سنتطرق في المبحث الأول إلى مبدأ الرضائية ف إبرام العقود، أما في المبحث الثاني سنتناول تطبيقات مبدأ الرضائية على العقود التجارية .

## المبحث الأول : مبدأ الرضائية في إبرام العقود

تخضع العقود التجارية كغيرها من العقود الأخرى أثناء إبرامها إلى ما يسمى بمبدأ الرضائية أي تطابق الإرادتين، حيث بمجرد الرضا بين التعاقدين يعتبر العقد قائما ومنتجا لأثاره، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى ماهية مبدأ الرضائية في المطلب الأول و مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : ماهية مبدأ الرضائية

لمعرفة المقصود بمبدأ الرضائية سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم مبدأ الرضائية في الفرع الأول الذي يتضمن تعريف مبدأ الرضائية ومزاياه، أما في الفرع الثاني سنتناول التطور التاريخي لمبدأ الرضائية .

#### الفرع الأول : مفهوم مبدأ الرضائية

لفهم مبدأ الرضائية لابد من التطرق إلى التعريف مبدأ الرضائية و ذكر مزاياه

**أولا : تعريف مبدأ الرضائية**

إن مبدأ الرضائية هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وهو لا يتصل إلا بطريقة إبرام العقد ويقصد به إن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها، والقاعدة العامة حاليا هي رضائية العقود، ولكن لم تصل إلى القوانين الحديثة إلا بعد تطور التاريخي [1].

إن مبدأ سلطان الإرادة ينبغي عدم اختلاطه بمبدأ أخر سائد كذلك في نظرية العقد هو مبدأ الرضائية ( principe de consensualisme) ذلك أن هذا المبدأ الأخير لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد و لا علاقة له بتحديد مضمونه و المقصود منه أن التراضي وحده

[1]– بلحاج العربي، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني( العقد و الإرادة المنفردة )، الجزء 1، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، ص45 .

كافي لإبرام العقد، فينشا العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين، أيا كانت طريقة التعبير عنها، و القاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود، و مع ذلك يرد على هذه القاعدة استثناءات قليلة يستلزم فيها إفراغ التراضي في شكل خاص يعتبر ركنا في العقد لا يقوم بدونه، ومع كل هذا فإنه لا يخل بمبدأ الرضائية أن يحدد طريق خاص لإثبات الالتزام، فالعقد يظل رضائيا رغم التجديد [1] .

ويقصد المشرع بالرضا تراضي المتعاقدين، فالعبرة برضا كلا التعاقدين، ليس رضا أحد المتعاقدين دون الأخر، وهذا ما تؤكده الصياغة الفرنسية للنص القانوني حيث استعملت عبارة le consentement أي تراضي المتعاقدين، ويراد به توافق أو تطابق الإرادتين، أي تراضي المتعاقدين، وهذا تؤكده المادة 59 مدني التي تنص : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ، و الرضا بهذا المعنى هو ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل تم التعبير عنهما و تبادلهما من قبل الأطراف، فيندمج بعضهما ببعض، فتكون بصدد تطابق إرادتين أي إرادة مشتركة، ويجب أن يكون الرضا كركن من أركان العقد موجودا و صحيحا .[2]

و من بين العقود التي تنطبق عليها مبدأ الرضائية هو العقد الرضائي الذي يتعقد بمجرد حصول اتفاق بين طرفيه بأية كيفية كانت و دون إتباع شكل أو صيغة معينة، إن مبدأ الرضائية الذي تمخض عن مبدأ سلطان الإرادة تترجم حرية المتعاقدين فيما يخص كيفية التعبير عن إرادتيهما، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين سواء كان التعبير عنهما شفهيا أو حركيا فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها .

[1]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة )، الجزء 1، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004 ص 55 .

[2]– علي الفيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 97 .

ونرى في ضوء أحكام المادة 59 المدني سالفة الذكر أن المشرع قد اخذ بالرضائية كمبدأ عام إذ لا تخضع العقود في تكوينها لآية شكلية أو إجراء، وتؤكد أحكام المادة من القانون المدني هذا المبدأ، حيث تسمح للمتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما بمختلف الوسائل [1].

فكل من العقود التجارية و المدنية عقود رضائية، يتطلب عقد انعقاد أي منها رضا أطراف العقد فيصبح العقد بصحة الرضا و يبطل بطلانه، وقد يشترط القانون شكلا معينا لإبرام بعضها إلا أن العقود المدنية تتصف بالشكلية أكثر مما تتصف بها العقود التجارية .[2]

**ثانيا : مزايا الرضائية :**

يتمتع مبدأ الرضائية مجموعة من المزايا نذكر منها :

تعتبر الرضائية مبدأ سهل التناول بحيث لا يؤدي إلى ارتباك الأشخاص في إجراء معاملتهم التجارية اليومية، ويسمح في إنشاء العقود بالمراسلة الخطية أو التلغرافية وحتى بواسطة الهاتف أو يضع على قدم و المساواة الإرادة الضمنية، الصريحة طالما انه لا يفرض إلباس هذه الإرادة، لباس لفضي خاص أو تعلق صحتها على إتمام مراسيم شكلية معينة .

كما يخضع مبدأ الرضائية إلى مبدأ أخر هو مبدأ حرية الإثبات، فهو حر طليق وجائز بكافة الطرق، وتحقيق العدالة الاجتماعية التي هي مناط الحرية الحقيقة يمكن أن يتم ف ضل مبدأ الحرية التعاقدية للإفراد.

مبدأ الرضائية والذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام دون اشتراط إجراء شكل خاص إذ ينبغي ترك الحرية للإرادة لتحديد مضمون العقد وحدود الالتزام، وأن يكون العقد التأسيس عن توافق الإرادتين مكانته .

---

[1]– علي الفيلالي، المرجع السابق، ص 76 .

[2]– سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 20011، ص8 .

فعند انعقاد العقد تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية أي الحرية الشخص في أن يتعاقد أو يتمتع عن التعاقد وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين، وان جميع التصرفات القانونية تنعقد بمجرد تبادل الرضا دون حاجة إلى قيود ومراسيم معينة[1].

**الفرع الثاني : التطور التاريخي لمبدأ الرضائية**

إن التطور القانوني نحو الرضائية مر على عدة قوانين وعصور والتي سنتطرق إليها وهي: القانون الروماني، القانون الجرماني وفي الأخير العصور الوسطى القانون الحديث.

أولا : القانون الروماني

لقد عرف القانون الروماني على أنه قانون شكلي، فالإرادة لا تستطيع وحدها إنشاء الالتزامات إلا بالخضوع إلى شكل معين فمن أجل جعل الأطراف ملتزمين فيما بينهم لا بد من القيام بطقوس معينة أي أن العقد لم يكن مقبولا أبدا أن ينشأ بمجرد توافق الإرادتين، فالمدين يلتزم لا لسبب إلا لأنه استوفى أشكالا معينة[2].

ويعتبر التزامه صحيحا حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي التزم من أجله غير موجود أو غر مشروع، فالعقد كان يستمد صحته من شكله لا من موضوعه.

فالقانون الروماني كان يتسم بسمة خاصة من الشكلية التي سادت نظمه من القانون العام والخاص، فالشكل وحده دون أن يعنى بالإرادة كان هو المطلوب لنقل الملكية وكذلك إنهاء العقود، فالإرادة كانت عاجزة عن إنشاء التصرف القانوني أو تحديد شروطه وآثاره ما لم يتم التعبير عنها طبقا لشكل حدده القانون بعينه، وإلا ترتب عن أي مساس بمراسيم الشكلية بطلان العقد وجعل أثره منعدما فلم يكن يوسع العاقد على ضوء القانون الروماني القديم

---

1- بيبية بن حافظ، العمل التجاري بين الرضائية و الشكلية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006 -2007، ص 165 .

2- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد، الجزء 01، الطبعة 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 90 .

اكتساب ملكية شيء إلا بعد اللجوء إلى إحدى الطرق الثلاث الآتية وهي إما التصرف السبيكة و الميزان أو الدعوى الصورية أو الاشتراط الشفوي، ذلك أن الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه الدعوى[1].

ثانيا : القانون الجرماني

القانون الجرماني كان هو أيضا قانون شكلي رغم وجود بعض الأمثال التي توهم أن مجرد الرضا كافي لإنشاء العقد، كقول المثل " إن الاتفاق يغلب القانون " connenance vaiquent loy إلا أن هذه الأقوال وضعت كقواعد خلفية لا كمبادئ قانونية، وان كانت تدل على بداية التطور نحو مبدأ الرضائية في العقود [2]، لأن القانون الجرماني تأثر فيما بعد بعلماء اللاهوت وأخلاق المسيحية التي كانت تدعو إلى فرض احترام الوعد من أجل التجاوب مع النهضة التجارية التي تعتبر عنها المعارض الدولية الكبرى التي كانت تقام في القرون الوسطى، وهذا مما أدى إلى القول بصفة تدريجية أن القوة الملزمة للاتفاقات ناتجة عن مجرد الرضا دون الرجوع إلى إشكال القانون الروماني[3].

ثالثا : العصور الوسطى

في العصور الوسطى لقد بدأت الإرادة تستعيد دورها في تكوين العقود تدريجيا وذلك بفضل عدة عوامل نذكر منها العامل الديني، العامل الاقتصادي، العامل السياسي والعامل القانوني.

---

[1]– بلعيد تويس، العقود التجارية بين الرضائية والشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ص 46 .

[2]– عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص91 .

[3]– جاك غستان، ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 372.

**1. العامل الديني**

وذلك بتأثير المبادئ الدينية مما ساهم في سهولة الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الالتزام فأصبح للاتفاق دعوى تحميه تسمى « nudopcto action ex » ويمكن طلب تنفيذه أمام المحاكم الكنسية.

**2. العامل الاقتصادي**

يفعل ازدهار التجارة وتطور علاقات الناس وتنوع مواضيع العقود مما أدى إلى استبعاد ما يعوق المبادلات التجارية من أشكال، فقد كانت المحاكم الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم استنادا إلى قواعد العدالة دون تمييز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الالتزام.

**3. العامل السياسي**

وتمثل في تدخل الدولة في الروابط القانونية وتوليها حماية حقوق الفرد المتعاقد بمجرد الاتفاق.

**4. العامل القانوني**

والمتمثل في إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته والتأثر به خصوصا فيما وصل إليه في أواخر مراحله، من ظهور لبعض العقود الرضائية[1].

**رابعا : القانون الحديث**

فقد عرف تطور نحو مبدأ الرضائية والذي شهد توسعا خصوصا في القرن التاسع عشر أدى ببعض الفقه إلى القبول بأن النظم القانونية ليست إلا تاريخا لتحرر الإرادة من الشكلية شيئا فشيء حتى أصبحت مجردة من أي وضع أو شرط وأصبحت سيادتها و سلطاتها على جميع نواحي القانون وليس على العقود فقط، بل حتى على النظم الاجتماعية و الاقتصادية،

[1]– محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص56 .

ونتيجة لذلك تعرضت الشكلية في العقود لعدة انتقادات و اعتبرت غير قادرة على مواكبة التطور ليطئها و قيادتها على قواعد قديمة ،كما أن الفرد يجد نفسه ملتزما لقيامه بأشكال معينة، وهذا بخصوص الشكلية التي كانت سائدة في القوانين القديمة أما الشكلية الحديثة فتختلف عنها تماما إذ أنها تفرض من اجل حماية الرضى فالشكل وحده فيها غير كاف لإنشاء العقد دون رضى المتعاقدين بل ينظر إليه كركن أصلي في العقد، على عكس الشكلية القديمة التي كانت وحدها تكفي لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضى .

وبالتالي يلاحظ انه حدث تجدد في مفهوم الشكلية و اعتبر كل من مبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية من الخيارات الأساسية وذلك لأهميتها في تنظيم العقود، ولكن رغم الاتساع في مجال الشكلية خاصة بمفهومها الواسع يبقى التمسك بالرضائية هو المبدأ [1].

**المطلب الثاني : موقف الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري من مبدأ الرضائية**

كانت الشريعة الإسلامية هي السباقة في اعتبار الرضا وحده كافيا لإنشاء العقود إلى أن ظهر فقهاء القانون الحديث و جمعوا على أن الرضائية كمبدأ عام أصبحت هي القاعدة العامة التي من خلالها تبين العقد و لمعرفة مكانة هذا المبدأ في القانون الجزائري و موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ و كذلك معرفة موقف الشريعة الإسلامية من الرضائية سنتطرق لدراسة ذلك بالتفصيل من خلال هذا المطلب .

**الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ الرضائية**

إن الشريعة الإسلامية قد سبقت كافة الشرائع و القوانين منذ خمسة عشر قرنا في اعتبار الرضا كافيا لإنشاء العقود و صلاحية الإرادة وحدها كافية لإبرام العقود، بمجرد توافق الإرادتين بدون شكليات [2] فصلاحية العقد بين المتعاقدين لا بد من وجود التراضي لكي ينعقد

[1]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص56 .

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 61 .

العقد بين الأطراف المتعاقدة و إلا بطل العقد إذا اختل شرط من شروط العقد فبمجرد وقوع التراضي ينعقد العقد بينهما، و عليه سنتناول مبدأ الرضائية في الشريعة الإسلامية و كذلك ضوابط الرضائية في الشريعة الإسلامية .

**أولا : الرضائية في الشريعة الإسلامية**

إتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود، حيث عرض إبن جزم المسألة عرضا يوحي بقدمها أو سبقها على عصره و ارتفاع أصوات الفقهاء في شأنها من مسائل الخلاف الفقهي المشهورة فيقول مستعرضا الرأيين .

إن مبدأ الرضائية لم يكن معروف في القانون الروماني إلا على سبيل الاستثناء و في مرحلة متأخرة، فالأصل عند الرومان هو الحظر في العقود غير أن تطور القانون الفرنسي تدريجيا و تأثره الواضح بأحكام الشريعة الإسلامية خاصة عن طريق المذهب المالكي الذي ساد قرونا عديدة في أوروبا حتى وصل إلى معرفة مبدأ الرضائية[1] و من ثم إدراك قاعدة الحرية في إنشاء العقود وهي قاعدة التي توسع فيها فقهاء الإسلام .

ومن الأدلة التي اعتدوا عليها قوله تعالى : (اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي )[2]

وقوله سبحانه و تعالى أيضا : ( ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون )[3].

[1]–جماوي يمينة، إلياس جليلة، ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية جامعة أحمد دراية . ادرار، 2021/2020 ص 5 .

[2]– سورة المائدة، الآية 3 .

[3]– سورة البقرة، الآية 229 .

حيث اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود لقوله تعالى في المعاملات المالية : ( يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )[1]

فالتراضي هو العنصر الأساسي في إبرام أي عقد من العقود فبدون التراضي بين الأطراف المتعاقدة لا يعد عقدا لعدم وجود التراضي .

وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد و التزاماته، دون حاجة لممارسة شكلية معينة إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته الشكلية الإعلان و الإشهاد عليه [2].

**ثانيا : ضوابط الرضائية في الشريعة الإسلامية**

سنتناول ضوابط الرضائية في الشريعة الإسلامية من خلال التحدث عن حرية التعاقد و مدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة، و حرية ترتيب أثار العقود و تعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها و حرية اشتراط الشروط في العقود .

أ- **حرية التعاقد :**

من ناحية حرية التعاقد و مدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة هنا نجد الفقهاء في مختلف المذاهب الإسلامية المعتبرة يقررون حرية التعاقد و الرضائية المطلقة .

ولم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما و التزامات دون أن تمر بصور و أنواع مختلفة من المراسيم الشكلية سواء في ذلك التشريع الروماني أو غيره، فالإسلام ألغى جميع تلك الاغلال و القيود من أعناق العقود، و استدلو بمجموعة من الأدلة منها المنصوص التي ذكرناها سابقا و منها أيضا قوله صلى الله عليه و

[1]- سورة النساء، الآية 29 .

[2]-جماوي يمينة، إلياس جليلة، المرجع السابق، ص 26 .

سلم " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " و قوله أيضا " إنما البيع عن تراض " ومعنى الحديثين أن الرضا هو[1] أساس صحة العقود و التصرفات و طبعا هذا مالم تخالف نصا شرعيا .

**ب- الحرية في ترتيب أثار العقود :**

وهي حرية ترتيب أثار العقود و تعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها، فالشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة هي التي تنشأ العقد و الآثار تكون من الشارع لان العقود أسباب جعلية شرعية و ليست أسباب طبيعية، بمعنى أن العلاقة بين العقد و أثاره ليست بسبب ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط . بل ذلك لان الشارع الحكيم جعل الأحكام ترتبه على العقود .

و عليه يفهم أنه يوجب أن يأخذ الشخص بكل ما تعهد به في العقد و كل ما إلتزم به حتى و أن كان ذلك متمثلا في ترتيب أثار العقود و تعديل نتائجها الأصلية .

**ت- حرية اشتراط الشروط في العقود :**

في هذه الحالة هناك لفقهاء الشريعة الإسلامية اتجاهات مختلفة أبرزها اثنان احدهما يرى أن الأصل في الشروط المنع حتى يقوم الدليل على الجواز و الثاني عكسه تماما، يرى أن الأصل الإباحة حتى يقوم الدليل [2].

**الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من مبدأ الرضائية**

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى الرضائية كمبدأ عام في القانون الجزائري و معرفة موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ وذلك من خلال وجهة نظره التي تبين هذا المبدأ .

---

[1]-عبد الرؤوف دبابش، ( مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون )، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص 263 .

[2]- المرجع نفسه، ص 265 .

**أولا : الرضائية في القانون الجزائري :**

نص المشرع الجزائري على مبدأ الرضائية في المادة 59 من القانون المدني الجزائري على انه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، فمن خلال هذا النص يتضح أن مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو الأصل، أما الشكلية فهي الاستثناء لوجود عبارة دون الإخلال بالنصوص القانونية[1]، والتي تعني مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة بإبرام العقد، كما أن المادة 60 من القانون المدني الجزائري تعد تطبيقا لمبدأ الرضائية إذ نصت على أن :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة متداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه [2] .

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، استنادا إلى هذه المادة فان المتعاقدين الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما، فلا يشترط القانون أن يكون التعبير بوسيلة معينة أو شكل معين، ويجب التمييز هذا بين وجود العقد وطريقة إثباته، فالعقد يبقى رضائيا حتى لو اشترط القانون الكتابة لإثباته مادام أن انعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، لأنه إذ تخلفت الكتابة المتطلبة الإثبات فإنه يجوز إثبات العقد بطرق أخرى، كالإقرار و اليمين ما لم ينص القانون على غير ذلك، كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة .

[1]– المادة 59 من الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78–2007 .

[2]– المادة 60 – من الأمر 75–58 المتعلق بالقانون المدني.

إن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه رغم اتجاه القانون الحديث نحو الرضائية و اعتبارها قاعدة عامة، إلا أن عودة الشكلية مجددا كان بشكل كبير لما لها من دور في تنبيه الأطراف حول مدى أهمية التصرفات المقدمون عليها، وكذا من اجل إثبات التصرف القانوني[1] .

إن العقود الرضائية لا تترك أثرها في الحياة الاقتصادية بين الأطراف مما يجعل العلاقات التعاقدية تتم في سرية ، وهو ما دفع الدولة إلى التدخل لاعتبارات الرقابة والحصول على مداخيل الضريبة، لفرض شكلية معينة على إرادة المتعاقدين، كما وردت على مبدأ الرضائية استثناءات كثيرة، حيث أصبح عدد كبير من العقود خاضعا لصيغة شكلية معينة أهمها الكتابة، لأنه من الناحية العملية، القليل من المتعاقدين الذين يبرمون العقود شفاهة، وذلك لصعوبة إثبات العقد عند حصول النزاع .

إذا كانت قيمته تحاور حدا معينا و الذي حدده المشرع الجزائري ب 100.000 دج طبقا الفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني الجزائري [2].

**ثانيا : رأي المشرع الجزائري من مبدأ الرضائية**

يتضح أن المشرع الجزائري في صياغته للمادتين 59 و 60 من القانون المدني الجزائري قد رسخ مبدأ الرضائية كقاعدة عامة، لما له من دور في تبسيط المعاملات و سرعة العلاقات التعاقدية، ولكن وضع له حدود معينة، وذلك بالتحقيق منه بغرض بعض الإجراءات قبل إبرام العقد وهو ما يعرف بالشكلية غير المباشرة هذا من جهة و من جهة أخرى وضع له حدودا تمثل استثناءات حقيقية تعرف بالشكلية المباشرة لاتصالها بتكوين العقد [3].

---

[1]– بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص22 .

[2] – المادة 333 من الأمر 75–58 المتعلق بالقانون المدني.

[3]– النورس، مبدأ رضائية العقد، 2018–04–27، تم الاطلاع عليه بتاريخ 16/03/20022 في الموقع http : //www.tribunaldz.com .

## المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ الرضائية على العقود التجارية

تعتبر الحياة التجارية من أهم التصرفات التي تحكم التجار وفق أحكام و ضوابط معينة إلى إبرام عقود تجارية بمجرد تبادل الإيجاب و القبول أي بتطابق إرادة المتعاقدين تحت رقابة و عناية القانون، و من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى الرضائية كمبدأ عام في عقد النقل في المطلب الأول و الرضائية كمبدأ عام في عقد السمسرة

### المطلب الأول : الرضائية كمبدأ عام في عقد النقل

يعتبر عقد النقل من العقود الرضائية، ومما لا شك فيه أن نشاط النقل يرتبط ارتباطا وثيقا بالنشاط الاقتصادي و تجاري بكونه وسيلة ضرورية للإنسان، لمعرفة معنى عقد النقل سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم عقد النقل في الفرع الأول الذي يتضمن تعريف عقد النقل و خصائصه، أما في الفرع الثاني سنتناول تكوين عقد النقل و طرق إثباته .

#### الفرع الأول : مفهوم عقد النقل

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف عقد النقل و خصائصه :

**أولا : تعريف عقد النقل**

تعرف المادة 36 من القانون التجاري الجزائري عقد النقل بأنه : " اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين " [1]

ويتضح من هذا التعريف أن عقد النقل يبرم بين شخصين هما الناقل من جهة و المرسل في نقل البضائع أو الراكب في نقل الركاب من جهة أخرى [2].

---

[1]– المادة 36 من الأمر 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتم بموجب القانون رقم 05–02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005 .

[2]– مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص157 .

للنقل أهمية كبيرة، إذ ساعد على تطور التجارة بصورة هائلة وجعل المسافات تقترب، و وضع الوسائل الكفيلة للاتصال بالتجارة و الدول الأخرى، فهو وان لم ينشئ شيأ جديد فقد ساعد على تداول السلع و الخدمات فضلا عن دوره الحيوي في التجارة .[1]

وبذلك يتميز عقد النقل عن بعض العقود التجارية الأخرى بما يلي :

يتضمن النقل بذاته عملا ماديا هو تغيير المكان، تغيير مكان الشيء أو مكان الشخص ويجب لقيام عقد النقل أن يكون تغيير المكان هو المحل الرئيسي لالتزام الناقل، وبذلك يتميز عقد النقل عن بعض العقود التي يتحمل فيها احد الطرفين التزما تبعيا بالنقل، كما هو الحال في عقد البيع مع اشتراط تسليم البضائع في محل المشتري حيث يقوم البائع بنقل تنفيذ لالتزامه بالتسليم، و كما في عقد الفندقة التي يتعهد فيه الفندق بنقل النزلاء بين المحطة أو الميناء أو المطار و بين الفندق ولذلك لا تسري على هذه العقود قواعد نقل .[2]

ولا يكفي لقيام عقد النقل أن يكون تغيير المكان هو المحل الرئيسي لالتزام الناقل بل يجب كذلك أن يتمتع الناقل في أدائه لهذا العمل باستقلال قانوني بحيث لا يخضع لتوجيه أو إشراف من المرسل أو الراكب .

وبهذا يتميز عقد النقل عن عقد العمل أو إجارة الخدمات التي يخضع فيه العامل أو المستخدم لتوجيه أو إشراف من يطلب خدماته، فلا يعد نقلا العقد الذي يربط سائق سيارة أجرة بالراكب لان السائق يتلقى الأوامر من الراكب فيما يتعلق بخط السير الواجب الأتباع و الجهة المقصودة و كذلك الحكم في العقد بين المسافر و حمال الأمتعة .

ويتميز عقد النقل كذلك عن عقد إيجار الأشياء، لان الناقل لا يقتصر على وضع أداة النقل تحت تصرف عمليه بحيث يتمكن من الانتفاع بها . بل إنه يلتزم بأداء عمل هو تغيير

[1]– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع السابق، ص 179– 180 .

[2]– مصطفى كمال طه، مرجع السابق، ص 157–158 .

المكان، و من ثم فان مجرد تأجير أداة النقل لا يعد عقد نقل كما هو الشأن في تأجير السيارات دون سائق .

وأثير الخلاف حول طبيعة عقد القطر، وهو عقد يغلب وقوعه في الملاحة البحرية، وبمقتضاه تلتزم السفينة القاطرة بجر أو سحب السفينة المقطورة من مكان لأخر، والحل يتوقف على الغرض المقصود من القطر ،فإذا قصد بالقطر معاونة سفينة ذات قوة دفع خاصة مزودة بملاحيها وربانها الذي استبقى التوجيه و الإشراف على عملية القطر، كان عقد القطر في هذه الحالة بمثابة عقد مقاولة يتعهد فيه مالك السفينة القاطرة بأداء عمل لصالح مالك السفينة المقطورة . أما إذا قصد بالقطر جر مواعين أو صنادل أو سفينة ليست لها قوة دفع خاصة بحيث كان للقاطرة توجيه العميلة توجيها كاملا مستقلا، فإنه يكون بمثابة عقد النقل يلتزم فيه مالك السفينة القاطرة بنقل المواعين أو الصنادل أو السفينة إلى مكان معين، وينطق نفس الحل أيضا على حالة قطر سيارة في الطريق أو مركب في قناة أو نهر[1].

واختلف كذلك في طبيعة عقد الأثاث، فذهب البعض إلى أن هذا العقد لا يعتبر عقد نقل . لأنه يتضمن فضلا عن نقل الأثاث عمليات أخرى مثل تغليف الأثاث و حزمه ثم فكه و تركيبه عند الوصول . ولكن الرأي الراجح يعتبره عقد نقل لان النقل أو تغيير المكان هو العنصر الأساسي في العقد، أما التغليف و الحزم و الفك و التركيب فليست إلا عمليات تابعة للنقل .

[1]– مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 158، 159 .

**ثانيا : خصائص عقد النقل**

يتمتع عقد النقل بخصائص عديدة أهمها :

**1- عقد رضائي :**

يتم عقد النقل بمجرد تبادل الإيجاب و القبول إذ لا يشترط القانون لوقوعه أوضاعا خاصة كالرسمية [1]، وطبقا لذلك جاء في نص المادة 38 من القانون التجاري الجزائري على انه : " يتكون عقد النقل باتفاق الطرفين وحده . " [2]

**2- عقد معاوضة :**

لا يقوم عقد النقل إلا إذا كان النقل مقابل أجرة يدفعها المرسل أو المسافر و أحيانا قد يكون المقابل غير ظاهر كما في حالة التصريح المجاني الذي يتم نظير خدمة أديت للناقل، أما إذا كان الناقل دون أي مقابل حقيقي، فانه يكون نقلا مجانيا لا تعاقد فيه و لا تسري عليه أحكام عقد النقل .

**3- عقد ملزم للجانبين :**

يلتزم الناقل بمقتضى العقد بعملية النقل المتفق عليها في الميعاد المحدد و بالمقابل يلتزم المرسل أو الراكب بدفع أجرة النقل .

وترتيبا لذلك إذ لم يقم احد المتعاقدين بالوفاء بإلتزاماته، جاز للطرف الأخر أن يطالب بفسخ العقد ،غير أنه من النادر عملا أن يحدث ذلك، وإنما يطالب احد الطرفين بفسخ العقد، ويقتصر الناقل على مطالبة بالتنفيذ أي بدفع الأجرة، ويلجأ الطرف الأخر إلى إعمال مسؤولية الناقل و المطالبة بالتعويض عن التأخر أو هلاك البضاعة أو تلفها .

---

[1]- بيبية بن حافظ، مرجع السابق، ص 168-169 .

[2]- المادة 38 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون المدني.

**الفرع الثاني : تكوين عقد النقل وطرق إثباته**

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تكوين عقد النقل و كيفية طرق إثباته .

**أولا : تكوين عقد النقل**

إن عقد النقل عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الإيجاب و القبول فلا يحتاج إلى إجراء شكلي فينعقد إذا توافرت شروط الانعقاد العامة وهي الرضا و المحل و السبب .

**أ- الرضا :**

أن يكون الرضا غير معيب بأي عيب كالإكراه و الغلط و التدليس و الاستغلال و إلا كان باطلا أو قابل للإبطال، كما يشترط فيه ما يشترط في الأهلية بالنسبة للناقل أما بالنسبة للراكب فلا يشترط فيه الأهلية الكاملة بل يجوز نقل الشخص المميز [1] .

**ب- المحل :**

يجب أن يكون محل عقد النقل منقولا ماديا، كالبضائع و الحيوانات و غيرها، و يشترط أن تكون هذه المنقولات من الأشياء الداخلة في التعامل، فيكون عقد النقل باطلا بطلانا مطلقا إذا ورد على شيء خارج عن دائرة التعامل كالمخدرات [2]، لأنه يشترط أن يكون المحل غير مخالف للقانون و النظام العام و الآداب، فمحله نقل المتعاقد ذاته مع أمتعته يقابله دفع الأجرة [3] .

**ت- السبب :**

أن يكون سبب عقد النقل غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، فلا يجوز نقل شخص لقتل أخر، أو للقيام بعمل من شانه أن يخل بالآداب .

---

[1]- سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع السابق، ص 301 .

[2]- مصطفى كمال طه، مرجع السابق، ص 174 .

[3]- سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع السابق، ص 303 .

**ثانيا : طرق إثبات عقد النقل**

القاعدة العامة هي حرية الإثبات في القضايا التجارية كما نصت على ذلك المادة 30 من القانون التجاري الجزائري [1]، وإذا كان العقد مدنيا بالنسبة للمرسل فلا يجوز للناقل الإثبات في مواجهته إلا بإتباع طرق الإثبات المدنية أي بالكتابة أو ما يقوم مقامها[2]، ففي عقد النقل يثبت بإيصال النقل أو بتذكرة النقل ( وثيقة النقل) .

**1- إيصال النقل :**

جرى العمل على تحرير إيصال النقل من أصل وعدة صور مطابقة لذلك، ترسل واحدة إلى المرسل إليه ليستلم بمقتضاها البضاعة عند وصولها و أخرى تسلم للمرسل و ثالثة تبقى مع الناقل، ويوقع عليها كل من المرسل و الناقل[3] .

ويتضمن الإيصال عدة بيانات معينة نصت عليها المادة 41 فقرة 2 تجاري جزائري[4] وتتمثل هذه البيانات في : اسم المرسل إليه و عنوانه ومكان تسليم الأشياء المنقولة و نوعها وعددها و وزنها و حجمها، فتعتبر هذه البيانات إلزامية يرتب جزاءا على المرسل الذي يهملها، كما يعتبر كذلك الناقل مسؤولا عنها إلا انه لم يشر إلى نوع هذا الجزاء .

فيعتبر وسيلة للإثبات لأنها تحتوي على جميع البيانات اللازمة للبضاعة و المحددة قانونا بكونه محرر مكتوب و الكتابة دليل له قيمته فيما تضمنه المحرر .

---

[1]- المادة 30 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]- مصطفى كمال طه، مرجع السابق، ص 164 .

[3]- بيبية بن حافظ، مرجع السابق، ص 171- 172 .

[4]- المادة 41 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

**2- وثيقة النقل :**

وثيقة النقل هي أداة لإثبات عقد النقل فهي تنهض دليلا على الأجرة المتفق عليها، وحصول النقل في التاريخ المبين في التذكرة، و تسلم الناقل للبضائع الموصوفة فيها .[1]

يعتبر العقد مدنيا بالنسبة للمسافر أو الراكب، ما لم يكن الراكب تاجرا و سافر لإعمال تجارته، إذن يعتبر العقد تجاريا بالنسبة إليه أيضا تطبيقا لنظرية الإعمال التجارية بالتبعية .[2]

أما إذا كان العقد مدنيا بالنسبة للمسافر أو الراكب، فلا يجوز الإثبات في مواجهته إلا بالكتابة . علما أن العقد يثبت بتذكرة السفر، يسلمها الناقل للراكب عندما يقبض الأجرة، حيث يحدد فيها رقم الرحلة و بياناتها .

**المطلب الثاني : الرضائية كمبدأ عام في عقد السمسرة**

يعتبر عقد السمسرة من الأعمال التجارية التي يشترط لتجاريتها الإتفاق الذي يتوسط السمسار لعقده تجاريا، بكونه وسيلة اتصال مباشر بين الأشخاص الذين يرغبون في التعاقد مما يستلزم في معظم الأحيان الاستعانة بسمسار يقوم بالتقريب بين طرفي العقد، لتحديد مفهوم عقد السمسرة سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم عقد السمسرة في الفرع الأول أما في الفرع الثاني سنتاول طرق إثبات عقد السمسرة و انقضائها .

**الفرع الأول : مفهوم عقد السمسرة**

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف عقد السمسرة و خصائصه وتكوين عقد السمسرة .

[1]- مصطفى كمال طه، مرجع السابق، ص 166 .

[2]- بيبية بن حافظ، مرجع السابق، ص172 .

**أولا : تعريف عقد السمسرة**

على خلاف بعض التشريعات المقارنة، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد السمسرة و ذلك خلافا لما جاء به المشرع الفرنسي فقد اكتفى بتحديد تجارية هذا العقد، و اعتبره عملا تجاريا بحسب الموضوع وهذا وفق المادة 02 من القانون التجاري الجزائري و التي تنص : " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه : كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة " [1] .

كما عرف الفقيه محمد صالح عقد السمسرة : هي التقريب بين شخصين لكي يتعاقدا معا نظير لعمولة يقبضها الدلال من كليهما و تحدد هذه العمولة بنسبة معينة من الصفقة أو بمقتضى نص القانون [2] .

ويتبين من هذا التعريف أن دور السمسار يقتصر على التقريب بين طرفي التعاقد حتى يتم الاتفاق بينهم، ولكنه لا يمثل عملية و لا يشترك في إبرام العقد [3]، فلا يقوم السمسار بإبرام العقد باسم احد الطرفين المتعاقدين أو لمصلحته، و إنما يقتصر دوره على التقريب بينهما و دفعهما إلى التعاقد، أي بالبحث لشخص عن طرف ثان لإبرام عقد معين أو التوسط لإبرامه دون أن ينوب أو يتوكل عن أي منهما في ذلك [4] .

**ثانيا : خصائص عقد السمسرة**

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

---

[1]– المادة 02 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]– خيري دليلة، صديق جهاد، مبدأ سلطان الإرادة و الشكلية في المواد التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020/2019، ص23 .

[3]– مصطفى كمال طه، مرجع السابق، ص 140 .

[4]– أكرم ياملكي، القانون التجاري دراسة مقارنة في الأعمال التجارية و التاجر و المتجر و العقود التجارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 292 .

1- **عقد السمسرة عقد رضائي** : العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لإنعقاده توافق الإرادتين ( الإيجاب و القبول ) دون حاجة إلى شكل معين لإنعقاده، فالإرادة وحدها تكفي في هذا النوع من العقود .

2- **عقد السمسرة عقد ملزم لجانبين وعقد معاوضة** : حيث يلتزم السمسار في مواجهة من تعاقد معه على إيجاد طرف أخر و التوسط له في إبرام العقد أو تمثيله في مفاوضات التعاقد، و بالمقابل فإن متوسط يلتزم بدفع الأجرة أو العمولة المتفق عليها بالإضافة إلى مصاريف التي تكبدها هذا الأخير، كما أن هذا العقد من عقود المعاوضة، التي يحصل فيها كل من طرف مقابل لما أعطاه، بحيث يستحق السمسار الأجر من العميل مقابل العمل المكلف به لصالح هذا الأخير [1] .

**ثالثا : تكوين عقد السمسرة**

باعتبار عقد السمسرة من العقود الرضائية فإنه لا يختلف في الأركان العامة التي يقوم عليها أي عقد ضمن أحكام القانون المدني .

1- **التراضي** :

حتى ينعقد العقد لابد من توافق الإرادتين وهو ما يعبر عنه بالتراضي وهو أساس العقد أن تصدر عن صاحبها بنية إحداث اثر قانوني هو إنشاء الالتزام و الأهم في ذلك التزام السمسار بأداء العمل المتمثل في البحث عن متعاقد أخر لإبرام عقد مع العميل و التزام هذا الأخير بدفع الأجر فكل طرف اتجهت إرادته لإحداث اثر قانوني، وان تكون خالية من عيوب الإرادة، وان يتمتع السمسار بأهلية الأداء .

[1]-خيري دليلة، صديق جهاد، المرجع السابق، ص 24/23 .

**2- المحل :**

يعتبر عقد السمسرة ذو طبيعة خاصة حيث نجد محل العقد مزدوجا بوجود العمل المادي الواجب على السمسار تأديته في المقابل ذلك يكون المحل الأخر هو أي العميل هو الأجر الواجب الدفع للسمسار .

**3- السبب :**

هو الدافع للتعاقد و مصدر الالتزام في عقد السمسرة بالنسبة للسمسار هو البحث عن متعاقد يرتضى التعاقد مع العميل مقابل الحصول على اجر أو عمولة في مقابل ذلك فان مصدر التزام العميل في أداء الأجرة للسمسار هو الحصول على متعاقد لإبرام صفقة معه وفق شروط متفق عليها و لابد بالتالي أن يكون هذا السبب موجود أو مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة [1]

**الفرع الثاني : طرق إثبات عقد السمسرة و انقضائه**

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى طرق إثبات عقد السمسرة و انقضاء عقد السمسرة

**أولا : طرق إثبات عقد السمسرة**

الأصل انه يجوز إثبات عقد السمسرة بكافة طرق الإثبات وفقا للقاعد العامة للإثبات في المواد التجارية، على انه إذا كان عقد السمسرة مدنيا بالنسبة لمن وسط السمسار كالسمسرة في بيع عقار فلا يجوز الإثبات ضده إلا وفقا لقواعد الثبات المدنية، أي انه يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار أو يمين إذا زادت قيمة عقد السمسرة أي قيمة اجر السمسار على خمسمائة جنيه أو كان الأجر غير محدد القيمة وقت التعاقد [2] .

[1]-خيري دليلة، المرجع السابق، ص 25/24 .

[2]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 145 .

**ثانيا : انقضاء عقد السمسرة**

تنقضي عقد السمسرة و فق النصوص القانونية المنظمة له بطريقتين هما :

**1- الانقضاء المعتاد بتنفيذ عقد السمسرة :**

يكون هذا الانقضاء وفق حالتين سواء بقيام طرفيه لتنفيذ التزاماتهما على أكمل وجه أي بتنفيذ السمسار المهمة المكلف بها، أو ينقضي العقد لانتهاء المدة و الأجل المحدد له[1] .

2- **الانقضاء على أساس تكييف عقد السمسرة :** وينهي وفقا لطريقتين

أ- انقضاء العقد بالإرادة المنفردة للعميل :

لقد ورد في شأن هذا السبب نص قانوني المادة 566 من القانون التجاري على انه يجيز لرب العمل التحلل من العقد بإرادته المنفردة، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه و مرد ذلك هو التطبيق على عقد بإعتباره من عقود المقاولة [2]

ب- الانقضاء بموت السمسار :

الأصل هو أن شخصية كل طرف في عقد السمسرة محل اعتبار في التعاقد وينطبق ذلك بصفة مطلقة فيما يتعلق بالعميل فلا اثر لموته على العقد الذي يبقى نافذا ملزما لورثته، ولو كان العمل الذي عقد به للسمسار لن يفيدهم و تطبق في ذلك أحكام المادة 108 من القانون المدني الجزائري [3].

[1]- خيري دليلة، صديق جهاد، المرجع السابق، ص 26 .

[2]- المادة 566 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني.

[3]- المادة 108 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني.

**ملخص الفصل الأول :**

في ختام هذا الفصل نخلص إلى أن الرضائية هي القاعدة العامة و الأصل العام في الأعمال التجارية و إنشاء العقد، و لتوضيح معنى مبدأ الرضائية أكثر تطرقنا إلى تعريفه وذكر مزاياه على العقود التجارية، حيث يعتبر هذا المبدأ أحد النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة و يقصد به تطابق إرادتي المتعاقدين، وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الرضائية لم يصل إلى القوانين الحديثة إلا بعد تطور تدريجي بدأ من القانون الروماني، الجرماني و ثم العصور الوسطى .

حيث كانت الشريعة الإسلامية الأسبق من كافة التشريعات في اعتبار أن الرضا وحده كافي لإنشاء العقود الذي يولد العقد دون الحاجة لإفراغه في شكل معين ففقهاء القانون الحديث و من بينهم المشرع الجزائري .

أما عن موقف المشرع الجزائري اتجاه مبدأ الرضائية فقد تبنى هذا المبدأ كقاعدة عامة و رسخه من خلال صياغته المادة 59 و 60 من القانون المدني، وتتجلى بعض مظاهر تطبيق مبدأ الرضائية على العقود التجارية من خلال عقد النقل و عقد السمسرة كأمثلة عن ذلك و التي بدورها تعتبر من العقود الأكثر شيوعا في المجتمع التجاري وكذلك من الأعمال التجارية حسب الموضوع التي أخضعها المشرع لمبدأ الرضائية الذي له دور هام في تحرير هذه العقود، فبمجرد تطابق الإيجاب مع القبول ينعقد العقد دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين .

# الفصل الثاني:
# الشكلية كعامل حتمي في بعض المواد التجارية

## الفصل الثاني: الشكلية كعامل حتمي في بعض المواد التجارية

القانون التجاري اليوم أصبح من أكثر القوانين تطلب الشكلية في الكثير من المعاملات و العقود التجارية المندرجة تحت بابه، والسبب في ذلك أن الشكلية تسهل كثيرا العمل التجاري لما توفره من وضوح من حيث البنود التي قد تتضمنها، و ربحا للوقت في حالة النزاع بحيث يسهل الرجوع إلى السند للتأكد من مشتملاته وكذا التثبيت من مقتضياته، وعلى هذا الأساس اتسعت دائرة التعامل بالعقود النموذجية في الأعمال التجارية كعمليات البنك و تداول الأوراق التجارية كما تعتبر الشكلية استثناء على الأصل الذي هو مبدأ الرضائية[1]، لكن بالرغم من اعتبارها استثناء إلا أنها عادة للظهور من جديد نظرا للمزايا التي تقدمها لصالح أطراف العقد سواء المتعاقدين أم الغير، و أصبحت تلعب دور هام في الحياة التجارية و فرضت نفسها في التصرفات التجارية و عرفت تطورا في مضمونها خاصة بعد ظهور العقود الالكترونية، حيث توسعت المعاملات التجارية و قيمتها مما جعل المشرع ينظم أغلب هذه المعاملات بقواعد أمرة، كما رتب جزاءات أكثر صرامة مما هي عليه في العقود المدنية تهدف إلى السرعة للتنفيذ و دعم الائتمان، فأمام هذه التغيرات الجذرية في تنظيم الحياة التجارية و اقتحام الشكلية معظم المعاملات و إعتمادها عنصر حتمي فيها أصبح أمرا حتميا تغيير أهداف الشكلية و موضوع الشكلية في العقود التجارية، هو ما سنتطرق إليه في دراستنا، حيث سنتناول مفهوم الشكلية في المواد التجارية في المبحث الأول و الهدف من الشكلية في المواد التجارية في المبحث الثاني .

[1]– دليلة خيري، صديق جهاد، المرجع السابق، ص30 .

## المبحث الأول : مفهوم الشكلية في المواد التجارية

لمعرفة المقصود من الشكلية يجب التذكير بأن الأصل في التصرفات التجارية هو التراضي الذي يكون عبر الإعلان عن الإرادة و اقترانها بأخرى دون حاجة إلى صبها في قالب محدد، لكن هناك بعض التصرفات لا يكفي فيها مجرد التراضي بل لا بد من ترجمتها إلى مظهر خارجي حسب شكل معين يحدده القانون وهذا ما يعرف بشكلية العقود، غير أن هذه الشكلية لا يوجد لها تعريفا جامعا مانعا بسبب إختلاف الفقه في هذه المسألة، إلا أن القانون وضح معنى الشكلية و اعتبرها ركن في العقد و ذلك بإفراغ العقد في شكل معين يوجبه القانون[1]، لتوضيح مفهوم الشكلية في المواد التجارية لا بد من ذكر تعريف لهذه الشكلية و هذا ما سنتناوله في المطلب الأول، وكذلك ذكر صور و أنواع الشكلية المكرسة في القانون التجاري الذي سنتناوله في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : تعريف الشكلية في المواد التجارية .

تعتبر الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية أو قيد من قيود الواردة على الإرادة بالرغم من ذلك فإنها تعد ركن من أركان العقد وأمرا حتميا في بعض العقود التجارية، لا ينعقد العقد إلا إذا افرغ في شكل يحدده القانون، لتحديد معنى الشكلية في المواد التجارية أكثر سنتطرق إلى مفهوم الواسع للشكلية في الفرع الأول و المفهوم الضيق للشكلية في الفرع الثاني و كذلك ذكر مزايا الشكلية في الفرع الثالث .

#### الفرع الأول : المفهوم الواسع للشكلية

تعتبر الشكلية بالمفهوم الحديث وسيلة لتحقيق غايات و أهداف مقصودة أهمها الحماية و غالبا ما يشترط المشرع من أجل ذلك شكلية لإثبات هذه التصرفات، وهذه الشكلية تسمى بالشكلية الاتفاقية فلا تقتصر على الإجراءات التي نص عليها القانون، فالشكل وفق هذا المفهوم هو اتفاق الإطراف على أمر يجب القيام به لإبرام العقد حتى

[1]– بوراس لطيفة، ( الشكلية في الحياة التجارية إلى أين ؟ )، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، تيزي وزو، العدد 23، سنة 2019، ص 205 .

وان لم ينص المشرع عليه، وتكون هذه الشكلية للإثبات وليس للانعقاد حيث لا يؤدي غيابها إلى بطلان التصرف لأنها ليست ركنا في العقد كل ما هنالك يصعب إثبات التصرف، لكن لا يمكن الأخذ بهذا المقصود حيث نص المشرع على إجراءات لإعلام الغير ولإثبات التصرف حماية لمصالحهم [1].

تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، قد سميت هذه الشكلية أيضا بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فلا تؤثر مبدئيا على صحته و إن تحد من فعاليته ونفاده تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات، الإشهار كالقيد في السجل التجاري و النشر كنشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في مدة 15 يوما من تاريخ البيع طبقا لنص المادة 83 من القانون التجاري، كما تلزم المادة 548 من القانون التجاري نشر العقود التأسيسية و المعدلة للشركات و يترتب غلى مخالفة هذه الإجراءات عدم نفاذ العقد في حق الغير [2] .

**الفرع الثاني : المفهوم الضيق للشكلية**

يعتبر الشكل أسلوب للتغيير عن الإرادة و ليست بديلا عن الإرادة ذاتها فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني، و وجود الشكل لا يعني من وجود إرادة سليمة صالحة للتعاقد غالبا ما يفرض المشرع الشكلية في العقود الإثبات و جود اتفاق و فحواه في حالة النزاع وهذا ما يتبنى من الكتابة الرسمية أو العرفية [3].

تلعب إرادة الأطراف في المفهوم الضيق للشكلية دورا أساسيا في تعينه دون حاجة إلى القانون، يحدد الشكل وفقا الإجراءات رسمية يجب إثباتها لتمام العقد و هي الشكلية بمقتضى القانون و عليه تصبح التصرفات القانونية الرسمية إعمالا شكلية و

[1]– المرجع السابق، ص 208 .

[2]– المادة 83 من الأمر 75–59 .

[3]– خالد أبو طه، احمد حسنية، (الشكلية في العقود التجارية، (دراسة تحليلية ) )، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 13، العدد الأول، أفريل 2020، ص 108 .

يعني أن الشكل ما هو إلا تعبير عن الإرادة و قيدا لها حيث يحدد القانون طريقة التعبير عن نفسها لصحتها و منتجة لأثارها، و يطلق على هذه الشكلية بالشكلية المباشرة المنصوص عليها في القانون و هي أساسية في العقد و لا يقوم بدونها كعقد الشركة التجارية، و العقود الواردة على المحل التجاري .

ولا يقتصر دور الشكلية في مرحلة إبرام العقد بل تمتد أثاره لمرحلة التنفيذ و النفاذ ويترتب على عدم احترام هذه الشكلية إلى بطلان التصرف لأنها ركن في العقد، تتمثل هذه الشكلية في الكتابة سواء الرسمية أو الفردية [1] .

**الفرع الثالث : مزايا الشكلية في المواد التجارية**

تتميز الشكلية في المواد التجارية بمجموعة من المزايا التي تمنحها للأطراف و تتمثل في:

**أولا : حماية الأطراف من ممارستهم الشخصية**

تعد الشكلية بالفعل ضمان ترسيم العقود و تؤسس بين الأطراف حماية ضد ممارستهم الشخصية، وتوحي لهم بالتمهل في الإقبال على الصفقات دون تفكير في الآثار المترتبة عنها و هذا فضلا عن الضابط الذي يحميهم من ضغوطات الغير، كما أن العقد إذا حرر من قبل الأطراف قد لا يعبر عن حقيقة ما يرغبون فيه، ولا يعبر عن نيتهم ولذلك يلجئون إلى الموثق الذي يعد تقني في الاضطلاع بهذا النشاط .

**ثانيا : ضمان أمن المعاملات**

تقدم الشكلية ضمانا لأمن المعاملات، حيث أن العقود الموثقة تحمي الأطراف من الفقدان و التحريف و التحطيم، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أحاط بعض العقود الخاصة بهذه الشكلية كما هو الحال في المواد 324، 324 مكرر و المادة 324 مكرر 2 و المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني، وغيرها من النصوص المنظمة للأنشطة الإقتصادية .

[1]– بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص 207 .

**ثالثا : قوة الإثبات وقوة التنفيذ**

إن ربط صحة هذه العقود بالشكلية يقدم العقد التوثيقي امتياز قوة الإثبات و قوة التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء و يكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون و يكون أكثر فعالية من أحكام القضاء لأنه لا يكون قابلا للاستئناف، وقابلا للتنفيذ دون أجل، بخلاف العقود العرفية[1] .

**المطلب الثاني : صور الشكلية المكرسة في القانون التجاري**

لا شك في أن الأصل و المبدأ العام في المعاملات التجارية هو مبدأ الرضائية بين الأطراف، إلا أن القانون التجاري أصبح من أكثر القوانين تطلب الشكلية في معظم العقود التجارية نظرا لما توفره من سهولة في المعاملة و وضوح في البنود التي يتضمنها، لهذا أخضع المشرع الجزائري بعض العقود و المعاملات التجارية للشكلية أي بالإضافة إلى مبدأ الرضائية يجب أن يكون العقد في شكل رسمي معين [2]يحدده القانون و في حال غياب هذا الشكل أو تخلفه فإن البطلان يشوب كافة مراحل العقد منذ الإبرام حتى النفاذ و السريان، وتتجلى هذه الشكلية في الكتابة وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول و كذلك الإشهار سنتطرق له في الفرع الثاني .

**الفرع الأول : شكلية الكتابة**

اخضع القانون التجاري بمجموعة من السندات التجارية و العقود إلى الشكلية كأمر حتمي و ذلك لحماية ما يتميز به العمل التجاري من سرعة و ائتمان، حيث سنتناول في دراستنا مجموعة من السندات و العقود التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري .

[1]– بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 165 .

[2]– منصور داود، بن حفاف إسماعيل، ( الشكلية في القانون التجاري )، مجلة القانون و المجتمع، جامعة الجلفة، المجلد 8، العدد 01، أفريل 2020، ص 347 .

**أولا : السندات التجارية**

لم يعرف المشرع الجزائري السندات التجارية بل إكتفى بذكر أنواع الأوراق التجارية بموجب القانون التجاري الصادر بأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 في الكتاب الرابع .

لكن تعددت تعاريف الفقهاء للسندات التجارية نكتفي بذكر تعريف واحد الذي يعرق السندات التجارية بأنها مجموعة من السندات التي يتناولها التجار فيما بينهم كبديل للسيولة النقدية، وقد أوردها المشرع الجزائري في القانون التجاري تحت مسمى السفتجة و السند لأمر و الشيك و التي هي عبارة عن سندات فيها بيانات معينة [1].

**1- السفتجة :**

هي محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون تتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى الشخص أخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد، مبلغا معينا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، و تعتبر السفتجة أهم الأوراق التجارية لأنها تتضمن جميع العمليات التي يدور حولها قانون الصرف و تفترض السفتجة وجود ثلاثة أشخاص :

أ- الساحب وهو من يحرر الورقة و يصدر الأمر الذي تضمنه .

ب- المسحوب عليه وهو من يصدر إليه هذا الأمر.

ت- المستفيد وهو من يصدر الأمر لصالحه .

و تفترض السفتجة وجود علاقات سابقة على إنشائها بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة و تعتبر عملا تجاريا بحسب الشكل طبقا للمادة 3 من القانون التجاري التي تنص بقولها " يعد عملا تجاريا بحسب شكله التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص "[2] .

[1]- خيري دليلة، صديق جهاد، المرجع السابق، ص 35 .

[2]-نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 11، دار هومه، الجزائر، 2006، ص7 .

**أ- إنشاء السفتجة :**

إذن فالسفتجة تعد أقدم الأوراق التجارية فضلا عن أنها محور كافة أحكام قانون الصرف وقد جرى الفقه على تقسيم شروط صحتها إلى شروط موضوعية و شروط شكلية، غير أن الملاحظ أن السفتجة كمحرر مكتوب لا تتوقف صحتها على أي من الشروط الموضوعية، و إنما يكتفي لصحتها أن تتوافر فيها البيانات الشكلية التي يتطلبها القانون .

**ب- البيانات الإلزامية في السفتجة :**

حددت المادة 390 قانون التجاري جزائري جملة من البيانات التي يجب أن تتضمنها السفتجة حيث جاء فيها[1] :

تشتمل السفتجة على البيانات التالية :

1- تسمية سفتجة في متن السند نفسه و باللغة المستعملة في تحريره .

2- المكان الذي يجب فيه الدفع .

3- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع بمبلغ معين .

4- إسم من يجب عليه الدفع ( المسحوب عليه ) .

5- تاريخ الاستحقاق .

6- اسم من يجب الدفع له أو لأمره .

7- بيان تاريخ إنشاء السفتجة و مكانه .

8- توقيع من أصدر السفتجة ( الساحب ) [2] .

أشار المشرع الجزائري في المادة 390 فقرة 2 في حال تخلف احد البيانات المذكورة فلا يتقد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية :

[1]- المادة 390 من الأمر 75-59 .

[2]- بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، الطبعة 4، دار هومه، الجزائر، 2012، ص32 .

– إن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الإستحقاق تكون مستحقة الأداء لدى الإطلاع عليها .

– وإذا لم يذكر فيها مكان خاص للدفع فان المكان المبين بجانب إسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع و في الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه .

– وإذا لم يذكر فيها مكان إنشائها تعتبر كأنها منشأة في المكان المبين بجانب إسم الساحب [1]

2– **السند لأمر :**

هو محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون يتضمن تعهد من طرف محرره يدفع مبلغ معين بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين لأمر شخص أخر هو المستفيد و يختلف السند لأمر عن السفتجة من حيث الشكل إذا السفتجة تفترض وجود ثلاثة أشخاص عند تحرريها، بينما السند لأمر لا يتضمن عند إنشائه إلا شخصين هما المحرر و المستفيد، ويستند هو الأخر إلى علاقة سابقة بين هذين الشخصين يصبح فيها المحرر مدنيا للمستفيد، فينشأ لأمره سندا يتعهد فيه بدفع قيمة الدين في تاريخ معين [2] .

**أ–البيانات الإلزامية لسند لأمر :**

حسب نص المادة 465 من القانون التجاري فإن المشرع أشار إلى مجموعة من البيانات يجب أن يتضمنها السند لأمر و هي :

– شرط الأمر أو تسمية السند مكتوبة في نفس النص و باللغة المستعملة لتحريره .

– الوعد بلا قيد و لا شرط بأداء مبلغ معين .

– تعين تاريخ الاستحقاق .

– تعين المكان الذي يجب فيه الأداء .

[1]– المادة 390 فقرة 2 من الأمر 75–59 .

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص8 .

- إسم الشخص الذي يجب أن يتم الأداء له أو لأمره .
- تعين المكان و التاريخ الذين حرر فيهما السند .
- توقيع من حرر السند أي الملزم .[1]

**ب- جزاء تخلف احد البيانات الإلزامية :**

حسب نص المادة 466 من القانون التجاري إذا خلا السند من احد البيانات المبينة في المادة السابقة فلا يعتبر سند لأمر إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات التالية :

- إن السند لأمر الذي لم يعين فيه تاريخ الاستحقاق يعد واجب الدفع عند الاطلاع عليه .
- إذا لم يكن بالسند تعين خاص فيعد مكان إنشائه هو مكان الدفع و هو نفسه المكان الذي به مقر الملزم .
- إن السند لأمر الذي لم يذكر به مكان إنشائه يعتبر محررا بالمكان المعين بجانب الملزم [2] .

**3- الشيك :**

هو محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية ذكرها القانون، ويتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص أخر هو المسحوب الذي غالبا ما يكون بنكا . بأن يدفع لشخص ثالث هو المستفيد أو لحامله إذا كان الشيك الحامل مبلغا معينا بمجرد الاطلاع على الشيك [3] .

---

[1]- المادة 465 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري .

[2]- المادة 466 من الأمر 75- 59 المتعلق بالقانون التجاري.

[3]- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 8 .

ولكي نكون أكثر دقة، نفصل تعريف الشيك بكونه ورقة شكلية يعبر فيها شخص يسمى الساحب أمرا إلى مصرف بأن يدفع مبلغا معينا من النقود بمجرد الإطلاع عليها إلى شخص مسمى أو لأمره أو لحامل الورقة [1] .

أ- **البيانات الإلزامية في الشيك :**

نصت المادة 472 من القانون التجاري على ستة بيانات يجب إدراجها في الشيك وهي :

1- تسمية الورقة بأنها شيك حتى تتميز عن السفتجة الواجبة الدفع لدى الاطلاع .

2- أمر منجز غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين من النقود .

3- إسم المسحوب عليه .

4- بيان مكان الدفع فإن لم يذكر فهو المكان المذكور بجانب إسم المسحوب عليه .

5- تاريخ و مكان سحب الشيك وإذا لم يذكر مكان سحب الشيك اعتبر مكان السحب هو المكان الذي ذكر بجانب إسم الساحب .

6- توقيع الساحب .[2]

وبما أن الشيك هو أداة وفاء واجب الدفع بمجرد الاطلاع " a vue " لذ فليس فيه محل لذكر أجل الإستحقاق أو لذكر البيان الخاص بالقبول أو لتعدد نسخة إذا كان للحامل [3].

---

[1]-أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2009، ص 233 .

[2]- المادة 472 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[3]- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 113 .

**ب- تخلف أحد البيانات الإلزامية :**

وقد رتب المشرع على تخلق أحد البيانات الإلزامية ما تضمنته المادة 473 من القانون التجاري الجزائري بقولها : إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة فلا يعتبر شيكا إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات التالية :

- إذا خلا الشيك من بيان مكان الوفاء فإن المكان المبين بجانب إسم المسحوب عليه يعتبر مكان الوفاء، فإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب إسم المسحوب عليه فيكون الشيك واجب الدفع في المكان المذكور أولا .
- وإذا لم تذكر هذه البيانات أو غيرها يكون الشيك واجب الدفع في المكان الذي به المحل الأصلي للمسحوب عليه .
- إن الشيك الذي لم يذكر فيه مكان إنشائه يعتبر مكان إنشاؤه قد تم في المكتن المبين بجانب إسم الساحب [1] .
- إن انتفاء بيان إلزامي سوف يؤدي لا محالة إلى بطلانه، مع إمكانية تحوله إلى سند عادي لإثبات الدين إذا توافرت فيه شروط هذا السند وفق القواعد العامة[2].

**ثانيا : العقود التجارية :**

أخضع المشرع الجزائري بعض المعاملات التجارية أو بالأحرى بعض العقود التجارية إلى الشكلية نذكر منها بيع المحل التجاري، تأسيس الشركات التجارية .

**1- بيع المحل التجاري :**

يخضع بيع المحل التجاري إلى جانب الشروط الموضوعية، شروطا شكلية فرضها المشرع التجاري تتمثل أساسا في الكتابة الرسمية و الإعلان كون أن التصرف في المحل

[1]- المادة 473 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]- خيري دليلة، صديق جهاد، المرجع السابق، ص38 .

التجاري بالبيع يمس بمصالح مختلفة وهي مصلحة المشتري الذي قد يقع ضحية غش البائع [1].

نص المشرع الجزائري في المادة 79 من القانون التجاري على وجوب إثبات التصرفات القانونية التي ترد على المحل التجاري بعقد رسمي و إلا كانت باطلة و التي تنص على : " كل وعد اختياري أو وعد بالبيع و بصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا [2] " .

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

حيث ذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار الشكلية ركن لانعقاد بيع المحل التجاري حيث عدم كتابة العقد رسميا يؤدي إلى بطلانه، فكلمة إثبات الواردة في المادة 79 المذكورة سابقا تقضي تثبيت العقد بمعنى انعقاده و لا تعني إثباته بمعنى الدليل للاسترشاد بموافقة معينة، وأشار إلى نص خاص بالإثبات وهو المادة 30 من القانون التجاري [3] .

أما الاتجاه الثاني فأعتبر الرسمية شرط للإثبات و ليس للانعقاد و أن هذا الأمر مسلم به و أن بيع المحل التجاري يعد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادتين البائع و المشتري [4] .

---

[1]– منصور داود، ( الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري )، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد الثاني، العدد 25، ص 428 .

[2]–المادة 79 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري .

[3]– سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 127 .

[4]– فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دون طبعة، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 208 .

وأمام هذه النصوص الواردة في المادة 79 قانون تجاري المذكورة سابقا و الذي دام لسنوات دون توضيح تدخل القضاء بإصدار المحكمة العليا قرار يفصل في مسالة الشكلية في بيع المحل التجاري بتاريخ 1997/02/18 ملف رقم 156/36 الغرفة المجتمعة، قضت فيه أن العقد العرفي المتضمن بيع محل التجاري يعد باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع الإجراءات قانونية من النظام العام، و لا يمكن تبعا لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع .

وعليه وسعيا من المشرع الجزائري لحماية مشتري المحل التجاري من الوقوع في الخديعة و التدليس، الذي قد يبادر به التاجر من خلال رفع ثمن المبيعات و الأرباح المحققة في السنوات السابقة، أو إخفاء الأعباء والديون التي ترهق المحل عن طريق التلاعب بالأرقام المدونة في دفاتر الحسابات، لهذه الأسباب و غيرها استوجب المشرع الجزائري حسب نص المادة 79 فقرة 2 من القانون التجاري مجموعة من البيانات الإلزامية في العقد [1] .

**أ-البيانات الإلزامية لعقد بيع المحل التجاري :**

ويجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي :

1- إسم البائع السابق و تاريخ سنده الخاص بالشراء و نوعه و قيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية و البضائع و المعدات.

2- قائمة الامتيازات و الرهون المترتبة على المحل التجاري .

3- رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من السنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقع بالاستقلال هذا أكثر من ثلاث سنوات .

4- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة .

5- وعند الاقتضاء الإيجار و تاريخه و مدته و إسم و عنوان المؤجر و المحيل .

[1]- منصور داود، المرجع السابق، ص 429 .

**ب- جزاء تخلف هذه البيانات :**

يمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة بطلان عقد البيع يطلب من المشتري وإذا كان طلبه واقعا خلال السنة [1] .

**2- تأسيس الشركات التجارية :**

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الشركة في القانون التجاري و اكتفى في ذلك بالتعريف الوارد في المادة 416 من القانون المدني و التي نصت على ما يلي :

" الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة " [2] .

باعتبار أن عقد الشركة هو الذي يترجم توافق إرادة الشركاء بات من الضروري أن يتم صياغته بشكل دقيق، وهو ما لا يمكن أن يتم إلا باعتماد شكلية الكتابة و الغاية من اشتراط الكتابة كشكلية لازمة لإبرام العقد تكمن في توفير الحماية للشركاء باعتبار أن العقد المكتوب يشكل الوثيقة التي تحرر حقوق الشركاء و التزاماتهم و المرجع لبعض الخلافات و الإلتزامات التي قد تثور بين الشركاء [3] .

حسب نص المادة 418 من القانون المدني يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا و كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد .

غير انه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان [4] .

---

[1]- المادة 79 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]- المادة 416 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني.

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

[4]-منصور داود، بن حفاف إسماعيل، المرجع السابق، ص 350 .

إعتبر المشرع الجزائري أن عقد الشركة التجارية عقد اوجه كتابته كتابة رسمية التي تعتبر ركن لإنعقاد عقد الشركة و ذلك لخطورته و إلا كان باطلا .

كما نص المشرع على انه " تثبت الشركة يعقد رسمي و إلا كانت باطلة [1] " .

**الفرع الثاني : شكلية الإشهار**

بالإضافة إلى شكلية الكتابة اوجب القانون التجاري شكلية أخرى في بعض المعاملات التجارية و هي شكلية الإشهار، بحيث لا تقوم هذه المعاملات و لا تنتج أي أثر إلا بعد القيام بعملية الإشهار من بين هذه التصرفات سنتناول الإشهار في حال بيع محل التجاري و كذلك إشهار تأسيس الشركات التجارية .

يقصد بالإشهار إجراء قانوني الذي يتم من خلال إعلام الغير بالتصرفات أو الوقائع التي تم انجازها، وهو الإعلام الذي يعتبره المشرع شرطا أساسيا و يتعلق على وجوده و القيام به، إمكانية التمسك بالتصرف في مواجهة الغير .

يتخذ الإشهار بهذا المعنى إشكالا من بينها ضرورة القيد في السجل التجاري و من بين مظاهر الإشهار أيضا ضرورة الإعلان في الصحف الخاصة أو في الجريدة الرسمية[2].

**1- إشهار بيع المحل التجاري :**

حسب ما نص عليه المشرع في القانون التجاري يستوجب في حال بيع المحل التجاري القيام بعملية القيد في الدفتر العمومي و كذلك النشر حفاظا على مبدأ الثقة و الائتمان في المعاملات التجارية .

[1]- سامي كباهم، الشكلية في عقود الشركات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، 2017/2016، ص6 .

[2]- بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص212 .

**أ-القيد في الدفتر العمومي :**

أسندت المركز الوطني للسجل التجاري مهمة القيد في الدفتر العمومي لبيع المحل التجاري، بحيث يقوم بتسجيل بيع القاعدة التجارية في دفتر خاص يسمى الدفتر العمومي.

حسب نص المادة 97 فقرة 1 من القانون التجاري على بائع المحل التجاري قيد امتيازه فيلتزم في ظرف 30 يوما من تاريخ عقده بقيد العقد لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري و إلا كان باطلا [1].

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

كما تقيد لدى مصالح المركز كل عناصر المحل التجاري المحددة في عقد البيع و للمتعاقدين الحرية في تحديد العناصر محل الامتياز، وفي حالة عدم تحديد هذه العناصر بدقة فيقع الامتياز على عنوان المحل و إسمه و الحق في الإيجار و الاتصال بالعملاء و الشهرة التجارية حسب ما ورد في نص المادة 96 فقرة 2 من القانون التجاري [2] .

**ب- الإعلان أو النشر :**

نص عليه المشرع في المادة 83 قانون التجاري و نصت على ما يلي : " كل تنازل عن محل تجاري على الوجه المحدد في المادة 79 أعلاه، يجب إعلانه خلال خمسة عشر يوما من تاريخه يسعى المشتري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية و فضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة

[1]- المادة 97 فقرة 1 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]- خيري دليلة، صديق جهاد، المرجع السابق، ص41 .

أو الولاية التي يشتغل فيها الحل التجاري، و بالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة، فإن مكان الاستغلال هو مكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري[1] .

ويجب أن يكون الملخص أو الإعلان تنفيذا لما جاء في الفقرة المتقدمة مسبوقا إما بتسجيل العقد المتضمن للتحويل أو بالتصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل و ذلك في حالة عدم وجود عقد و إلا كان باطلا و يجب أن يشتمل الملخص المذكور تحت طائلة الإبطال كذلك على :

– تواريخ ومقادير التحصيل و رقمه أو في حالة التصريح البسيط على تاريخ و رقم الإيصال الخاص بهذا التصريح و الإشارة في الحالتين إلى المكتب الذي تمت فيه هذه العمليات .

– وبذكر بالإضافة إلى ذلك تاريخ العقد و إسم كل من المالك الجديد و المالك السابق و لقبه و عنوانه و نوع المحل التجاري و مركزه و الثمن المشروط بما فيه التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستفاء حقوق التسجيل .

– بيان المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات و اختيار الموطن في دائرة إختصاص المحكمة [2].

– يحدد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر.

– يتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الخمسة عشر يوما من أول نشر و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة من قراراتها نذكر منها :

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/09/27 في القضية رقم 1251/8المطروحة بين ( ب– م ) و ( م – ب ) ما يلي : من المقرر قانونا أن كل

[1]– المادة 83 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]– المادة 83 فقرة 2 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط، يجب إثباته بعقد رسمي و إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الأجال المحددة و إلا كان باطلا و دون اثر [1] .

– كما جاء في قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1991/07/25 في القضية رقم 133143 بين ( ت، هـ ) و ( ع، ف ) ما يلي : " من المقرر قانونا أن كل بيع أو وعد بالبيع أو بصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري يجب إعلانه خلال 15 يوما بسعي من المشتري تحت الشكل الملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية .

– ويجب أن يكون مسبوقا إما بتسجيل العقد المتضمن بالتحويل أو بالتصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل عند إنعدام و إلا كان باطلا .

– يتوجب تحديد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر[2] .

**2– إشهار تأسيس الشركات التجارية :**

بالإضافة للكتابة الرسمية في عقد الشركة التجارية أوجب المشرع شرط شكلي أخر لا يقل أهمية عن الكتابة، وهو خضوع عقد الشركة لإجراء الشهر القانوني بالطرق و الوسائل القانونية المحددة بموجب القانون و هو إجباري من اجل إعلام الغير بمحتوى العقود المؤسسة للشركات و المعدلة و ذلك بالقيد في السجل التجاري و كذلك النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية [3].

**أ– القيد في السجل التجاري**

تنص المادة 548 قانون التجاري على أنه : يجب أن تودع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى مركز الوطني للمحل التجاري و تنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة [4] .

---

[1]– بن زراوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013/2012، ص104 .

[2]– المرجع نفسه، ص 105 .

[3] –سامي كباهم، المرجع السابق، ص 10.

[4]– المادة 548 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

كما تنص المادة 19 فقرة 2 من قانون تجاري على أنه يلزم بالتسجيل في السجل التجاري كل شخص معنوي تاجر بالشكل أو يكون موضوعه تجاريا ومقره في الجزائر أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت [1] .

ونتطرق لإجراءات القيد في السجل التجاري وفق النص القانوني المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 15، 111 المحدد الكيفيات القيد و الشطب في السجل [2] .

**ب- النشر :**

يؤدي السجل التجاري خدمة لفائدة المتعاملين مع الشركة التجارية لطابع العلانية الذي يميزه ذلك أن ما يقيد في السجل التجاري من بيانات متعلقة بالشخص المعنوي و الشركة التجارية لا يحاط بالسرية بل يتم إعلانه لجمهور العامة و النشر يدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بموجب النص المستحدث و المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 16-136 [3] .

يتم النشر عن طريق إشهارات قانونية تدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بصفة منتظمة مادام ذلك ضروريا، و يتضمن النشرة العمليات المستخلصة من الوثائق و المستندات الرسمية المبينة في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 [4].

إجراءات النشر كأصل ملزم بها جميع الشركات التجارية، وورد استثناءات تطرق لها المشرع الجزائري بالقانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية :

- حيث نصت المادة 04 من القانون 13-06 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية على انه : " يجب على كل شركة تجارية أو أية مؤسسة خاضعة للتسجيل في السجل

---

[1]- المادة 19 فقرة 23 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 15-111 مؤرخ 3 مايو سنة 2015 يحدد كيفيات القيد و الشطب في السجل التجاري، الجريدة الرسمية، عدد 24، بتاريخ 13 مايو 2015 .

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 ابريل 2016، يحدد الكيفيات و مصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 27، بتاريخ 04 مايو 2016 .

[4]- المادة 2، المرسوم التنفيذي رقم 16-136 .

التجاري، القيام بالإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما " و تستثنى الشركات حديثة التسجيل في السجل التجاري، و التي لا تقوم بالإيداع القانوني و لا الإشهار لحساباتها الخاصة بالسنة الأولى من تسجيلها في السجل التجاري و تستثنى الشركات المنشأة في إطار دعم تشغيل الشباب التي تخضع لإجراء نشر الحسابات خلال 03 سنوات الموالية لقيدها في السجل التجاري [1] .

## المبحث الثاني : الهدف من الشكلية في المواد التجارية

تعتبر الشكلية ركن من أركان العقد و أمرا حتميا في بعض العقود التجارية أي لا يتعقد العقد إلا إذا كان في شكل معين يحدده القانون، وذلك لتحقيق غاية أو هدف معين، من هذا يتضح أن الشكلية في التصرفات القانونية ومنها العقود التجارية تهدف إلى تحقيق هدف عام هوية الثقة في نفوس الأشخاص و تقوية الائتمان ومن ثم توفير الإستقرار في المعاملات و تحقيق الأمن القانوني، وكذلك يتضح أن للشكلية دور حمائي بامتياز أي حماية كل الأطراف سواء المتعاقدين أو الغير و هذا ما سنتطرق له في المطلب الأول و بالإضافة إلى الدور الحمائي للشكلية فإن لها كذلك دور رقابي تهدف من خلاله إلى مراقبة العقود و تكييف العقوبات لعد إحترام الشكليات و هذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : تحقيق الحماية

تهدف الشكلية في التصرفات القانونية إلى تحقيق هدف عام هوية الثقة في نفوس الأشخاص و تقوية الائتمان و من ثم توفير الإستقرار في المعاملات و تحقيق الأمن القانوني [2]، و يتحقق الهدف العام عبر تحقيق عدة أهداف فرعية تهدف الشكلية إلى

[1]– القانون رقم 03–16 المؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 39، بتاريخ 31 يوليو 2013، المعدل و المتمم للقانون رقم 04–08 مؤرخ في 14 غشت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية .

[2]– محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية و الشرعية الإسلامية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص195 .

تحقيقها تتمثل في تحقيق حماية المصالح الخاصة سنتطرق لذلك في الفرع الأول و تحقيق حماية المصالح العامة سنتناول ذلك في الفرع الثاني .

**الفرع الأول : حماية المصالح الخاصة :**

يقصد بحماية المصالح الخاصة، حماية المتعاقدين أي أطراف العقد و كذلك حماية الغير حسن النية[1] من الوقوع في الخديعة و التدليس .

أولا : حماية المتعاقدين

إن الغرض من الالتزام باستفاء الشكل في جميع صوره هو حماية للمتعاقدين، وهذه الحماية تتجسد في جوانت شتى بدء من تحديده مضمون التصرف و توفيره وسيلة إثبات مسبقة، إذ قد يكون الهدف من الشكل ضمان أي يأتي التعبير مطابقا للإرادة الحقيقية للمتعاقد، وقد يكون الهدف من الشكل ضمان أن يأتي التعبير مطابقا للإرادة الحقيقية لمتعاقد، وقد يكون الهدف منه حماية المتعاقد من التسرع و الإندفاع، وتوفير الظروف المنافسة أمام المتعاقد ليقدم على إنشاء التعرف بإرادة حرة مستنيرة .

والتعبير عن الإرادة في ظل مبدأ الرضائية الذي يمنح مساحة واسعة أو حرية كبيرة للإرادة في اختيار وسيلة التعبير إنما قد يأتي في الحقيقة غير مطابق للإرادة، حيث أن المشرع يرى في بعض التصرفات خطورة كبيرة على مصالح المتصرف، وعليه فإن المشرع يؤثر الاحتياط في مثل هذه التصرفات، فيشرط لضرورة إنشائها توافر إجراءات شكلية معينة، كما هو الشأن كذلك في اشتراط الكتابة الرسمية [2] .

ولهذا نجد المشرع قد لجأ إلى اشتراط الشكل في تصرفات أولاها أهمية خاصة تقديرا منه لخطورتها الكبيرة، ومن ثم سعيا منه لإضهار أنها قد نشأت بإرادة حرة خالية من الضغوط، ويبدوا هذا واضحا بالأخص في اشتراط الكتابة الرسمية في مجموعة من

[1]–منصور داود، بن حفاف إسماعيل، المرجع السابق، ص362 .

[2]– دليلة خيري، صديق جهاد، المرجع السابق، ص45 .

التصرفات، وهذا أمر منى شأنه أن يتضمن صدور التصرف من إرادة حرة مستنيرة وعلى بينة حقيقية الإلتزام الذي تقدم عليه [1] .

إن الوظيفة الأكثر وضوحا للشكلية هي تقديم الإثبات ودليل وجود العقد وفحواه في حالة النزاع، فالشكل في هذه الوظيفة يوفر الدليل الذي يثبت وجود العقد و طريقة وضعه عند الاعتراض، وهو ما يبدو واضحا في الكتابة سواء العرفية أو الرسمية [2] .

ثانيا : حماية المتعاقد الأخر

يعتبر الشكل بأغراضه التي تقدم بيانها يوفر الحماية للمتعاقد الأخر شأنه في ذلك شأن المتصرف، فكل من التصرف و المتعاقد معه طرف في إبرام التصرف الشكلي فالشكلية توفر لمن تعاقد مع المتصرف قوة خاصة و ثابتة ضد جميع الإعتراضات مادام أن العقد قد تم من قبل موظف عام في الكتابة الرسمية ذلك ان الموظف عندما يقوم بتحرير العقد و تثبيت الواقعة كما جرت بحضوره و إخباره لهذا الشأن، كون له قيمة مهمة، إذ يكون له قوة ثابتة كمحرر رسمي مالم يثبة تزويره .

فمن المقرر في القواعد العامة أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع ثابت له إنطلاقا من كونه الطرف الضعيف عادة في العلاقة التعاقدية، وهدف المشرع من تقرير هذا الحق هو تمكين المشتري من الإحاطة الشاملة بالمبيع على نحو يستنير من خلاله إرادته عن قناعة تامة لإبرام العقد[3]، وعليه وسعيا من المشرع لحماية مشتري المحل التجاري من الوقوع في الخديعة و التدليس باعتبار المحل التجاري مال منقول معنوي يصعب على المشتري تحديد قيمته الحقيقية خاصة القيمة المالية المستحقة لمشتملاته

[1]– حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية و تطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص179 .

[2]– المرجع نفسه، ص181 .

[3]– منصور داود، بن حفاف إسماعيل، المرجع السابق، 364 .

المعنوية [1]، إستوجب بنص صريح وجوب تضمن العقد البيانات الإلزامية من خلال المادة 79 فقرة 2 سابقة الذكر .

ثالثا : حماية الغير حسن النية

من خلال الأهمية التي يحتلها الغير في المعاملات التجارية فإن المشرع إهتم بوضع نظام قانوني يهدف لحماية الغير و كسب ثقته خاصة بعد التطور الذي أصاب مفهوم الغير في القانون التجاري، والذي أدى إلى ظهور بعض الأنظمة التي تتضمن قواعد قانونية شكلية و أخرى موضوعية ترمي لحماية حقوق المتعاملين في المجال التجاري من أمثلة ذلك حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة التجارية، حيث فرض المشرع الإشهار القانوني على الشركات التجارية باعتباره ضرورة ملحة في وقتنا الحاضر لحماية الغير المتعاملين معها فالشركة ليس بوسعها أن تقوم بمشاريعها و تنجز استثماراتها بمعزل عن هؤلاء المتعاملين الذين لا يفترض فيهم العلم بالتصرف أو العمل المتعلق بالشركات التجارية إلا من يوم إشهاره وفق الشكل المطلوب قانونا، إذ ليس لهم إلا الثقة بما يقدم لهم من بيانات و معلومات من خلال الإشهار . فإلتزام الشركة بالإشهار القانوني يمكنها من الاحتجاج بما تم إشهاره من تصرفات و أعمال في مواجهة الغير [2] .

لأنه لا يمكن لأي شركة أن تنجز مشاريعها و استثماراتها بمعزل عن الغير المتعاملين معها، وحتى يقبل هؤلاء على التعامل معها لابد لهم من معرفة هذا الشخص المعنوي التاجر و معرفة كل جديد يطرأ عليه، ولن يتأتى لهم ذلك إلا من خلال الإلتزام بشكلية الإشهار القانوني التي فرضها المشرع للشركات التجارية عموما[3] .

إلى جانب شكلية الإشهار القانوني هناك شكلية الكتابة التي بدورها تهدف لحماية الغير التي إشترطها المشرع في معظم السندات التجارية و المتمثلة في مجموعة من

---

[1]– فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 213 .

[2]– سالمي وردة، ( حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة التجارية )، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد الأول، جانفي 2017، ص40 .

[3]– المرجع السابق، ص42 .

البيانات الإلزامية يجب توفرها في الورقة التجارية وإلا كانت باطلة، و التي بدورها تمنح الثقة و الائتمان للغير الذي يتعامل بها، و بذلك يعطى صورة واضحة عن العمليات التي جرت على هذه الورقة .

**الفرع الثاني : حماية المصالح العامة**

بالإضافة لأهداف الشكلية التي تسعى لحماية المصالح الخاصة، فهي تهدف كذلك لحماية السلطات العامة بوصف أن الشكلية تحقق مصلحة للسلطات العامة و التي تتمثل في إعلانها بتصرفات الأشخاص دون الغاية المقصودة من الشكلية تكمن في تحقيق قدر من التوازن في العقد و تحقيق العدالة الإجتماعية في التصرف مما يؤدي ذلك إلى تحقيق الأمن القانوني و الاستقرار .

أولا : دعم استقرار المعاملات التجارية و تحقيق العدالة :

أصبح من المسلم به اليوم أن من شأن اشتراط الشكل أن يؤدي من حيث النتيجة إلى استقرار المعاملات و تحقيق العدالة أو بعبارة أكثر دقة أنه بمثابة الوسيلة المؤدية إلى ذلك، ففرض الشكل يحول في كثير من الأحيان دون وقوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد كنتيجة لدخولهم في عملية التعاقد، أو في الاقل يؤدي إلى تقليل تلك المنازعات و التحقيق من شدتها، وذلك لأن الشكل يهدف لحماية المصالح الخاصة، ويضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد، كما يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف القانوني [1]، ويوفر وسيلة إثبات مسبقة من تحديد دقيق لمضمون التصرف، و تحقق هذه الأغراض يجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملة بما له و ما عليه من حقوق و التزامات ثابتة لا يرقي إليها الشك في اغلب الأحيان وهو ما يؤدي حتما إلى التقليلمن المنازعات بين الأفراد و من ثم تحقيق قدر من الإستقرار في التعامل على صعيد هذه التصرفات التي قدر المشرع أهميتها و خطورتها بالنسبة إلى الإفراد، كما أن فرض الشكل يؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بين أطراف التصرف، من خلال التقليل من

[1]– دليلة خيري، صديق جهاد، المرجع السابق، ص51 .

فرض استغلال الطرف القوي إقتصاديا للطرف الأخر الذي يكون في مركز اقل منه قد يسمح بالتغرير به أو الضغط عليه من أجل الحصول على مكاسب تتنافى مع منطق العدالة، فتحقيق هذه الأخيرة بات أمر لازم لاستقرار المجتمعات [1] .

ثانيا : تسهيل التعاقد و تبسيطه

لا ينكر ما يلعبه اشتراط الشكل في الوقت الحاضر في دور فاعل متسم بقدر كبير من الأهمية، فالشكل يعد أمرا ضروريا أو مطلوبا لتسير العلاقات العقدية و تبسيطها و دعم الائتمان التجاري ويبدو هذا الدور على نحو بارز في نطاق المعاملات التجارية لأنه يتمثل في التوثيق بين التبسيط و السرعة الضروريين لها [2]، و الحقيقة ان من شأن إجراء التعامل بطريق السندات التجارية أن يؤدي إلى تسهيل المعاملات التجارية و تبسيطها فهذا التعامل يرد على تصرفات شكلية .

ولعل التطور الحاصل في ميادين الأنشطة التجارية هو الذي أدى إلى إنتشار ظاهرة العقود النموذجية، من أجل توفير الوقت و الجهد في صياغة العقود لذلك يلجأ أطراف العقد إلى صياغة بنود العقد بما يتفق مع الحاجة العملية لها و بما لا يخالف النظام العام و الآداب و الأنظمة القانونية السائدة في بلد ما .

إن القواعد الشكلية في الحياة التجارية تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الشفافية و الثقة و الأمن التعاقدي المتطلبة في التجارة الحديثة هذه الأهداف تدور حول محور واحد هو محور الحماية، حماية المتعاقدين و حماية الدائنين من خلال قواعد الشكلية .

[1]– منصور داود، بن حفاف إسماعيل، المرجع السابق، ص 369 .

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

## المطلب الثاني : تحقيق الرقابة و الفعالية

بالإضافة إلى أهداف الشكلية التي تسعى إلى تحقيق الحماية للمصالح الخاصة و العامة، فهي أيضا تهدف إلى تحقيق الرقابة من خلال مراقبة العقود في حالة عدم إحترام قواعد الشكلية المحددة قانونا، و من ضمن الأهداف التي تسعى لها الشكلية كذلك تحقيق الفعالية من خلال تكييف العقوبات و الجزاءات في حال عدم احترام الشكليات و الإخلال بها بالاعتماد و في ذلك على ما نص عليه القانون، لتكون أكثر تكيفا و طبيعة المعاملات التجارية .

### الفرع الأول : مراقبة العقود التجارية

ما يجب ملاحظته أنه ليس للشكلية دور حمائي فقط و إنما لها أهداف أخرى منها مراقبة العقود و إخضاعها للنظام الضريبي، و تسهيل إثبات هذه التصرفات عند النزاع و مراقبة حجج العمليات التجارية من طرف الدولة لإستعمالها كإحصائيات واقعية و بالتالي لها دور وظيفي أيضا .

تساعد الشكلية السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الإقتصادية الإجتماعية التي تربط بينهم خاصة فالشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أنها تحقق إجراءات الخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات و عمليات التسجيل [1]

عرفت الشكلية في ظل العقود الخاصة وظيفة إعلامية تهدف إلى إعلام الطرف الضعيف لحمايته حيث تساعده على معرفة حقوقه و واجباته بصفة واضحة، تتمثل هذه الشكلية في البيانات التي يتضمنها العقد وجوبا ومن ثم تكون حتما مكتوبة [2]، قد لا يكتفي المشرع على إدراج بعض البيانات الإلزامية في العقد تحت طائلة البطلان لإعلام الغير

[1]– بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص 223 .

[2]– شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على مبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه علوم، الجزائر 1، 2016، ص32

الذي صنفه بالطرف الضعيف لاعتبارات ثقافية، علمية ،اقتصادية، معرفية و إنما سمح بإعداد عقود نموذجية تحتوي على جميع التفاصيل يتعين على المعنيين إتباعها وجوبا .

كما اشترط في الأوراق التجارية كالشيك، السفتجة، السند لأمر بيانات إلزامية لصحتها، وشدد في الشكلية بالنسبة لعقد الشركة و العقود الواردة على المحل التجاري .

قام المشرع لتفصيل الرقابة على الأعمال التجارية خضوع بعض التصرفات شكلية صارمة كالحصول على التراخيص لبعض المهن و فرض أسعار محددة للتحكم في السوق و توجيه المنافسة مما يجعل خاصية السرعة و الإئتمان في الحياة التجارية في موقع إعادة تكيف المفهوم [1].

**الفرع الثاني : تكييف العقوبات لعدم إحترام الشكليات**

عدم احترام قواعد الشكل المحدد قانونا يكون جزاؤها البطلان، كونها تمس بالجوانب الضمانية و الحمائية التي تهدف إليها الشكلية، من هنا جاءت العقوبات أكثر تكييفا وطبيعة المعاملات التجارية و ذلك من أجل تعزيز فعالية و دور الشكلية فمجرد الإخلال بالشكلية المحددة قانون يترتب الجزاء المنصوص عليه قانونا أو تأخذ أمثلة حول الإخلال بالشكلية بالنسبة للسفتجة، بيع المحل التجاري و عقد الشركة [2] .

**أولا : جزاء الإخلال بشكلية السفتجة**

يؤدي الإخلال بأحد البيانات الإلزامية في السفتجة طبعا إلى البطلان وهو ما يعرف بالترك omission، و المقصود بالترك هو تخلف السفتجة عن ذكر بيان أو أكثر من البيانات الإلزامية، وقد رتب المشرع الجزائري على تخلف أحد البيانات الإلزامية ما تضمنته المادة 390 الفقرة 2 من القانون التجاري كالتالي إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة[3] :

---

[1]–بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص 224 .

[2]– دليلة خيري، صديق جهاد، المرجع السابق، ص 52 .

[3]– المادة 390 فقرة 2 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

– إذا لم يبين في السفتجة تاريخ الاستحقاق تعتبر السفتجة مستحقة الأداء بمجرد الاطلاع .

– إذا لم يذكر في السفتجة مكان الدفع أو الاستحقاق فإن المحل المذكور بجانب إسم المسحوب عليه يعتبر محلا للدفع .

– إذا خلت السفتجة من مكان الإنشاء، تعتبر أنها قد أنشأت في المحل المذكور بجانب إسم الساحب و لا تبطل في هذه الحالة [1] .

قد يؤدي نقص أحد البيانات الإلزامية إلى :

**أ– فقدان السفتجة لكل قيمتها القانونية :**

هناك بيانات جوهرية يؤدي تخلفها إلى بطلان السفتجة، ليس فقط بوصفها ورقة تجارية . وإنما حتى وصفها مجرد سند عادي، كذلك إذا خلت السفتجة من توقيع الساحب فإنها تبطل و تنعدم قيمتها القانونية، وكذلك إذا خلت السفتجة من بيان المبلغ فإنها تفقد قيمتها .

**ب– تحول السفتجة إلى سند عادي :**

بخلاف البيانات التي سبق ذكرها التي يترتب على تركيها إنعدام السند وهي توقيع الساحب و مبلغ السفتجة، فإن تخلف ذكر أحد البيانات الإلزامية أو بعضها لا يؤدي إلى إنعدام السند في كل قيمة، و إنما يتحول السند إلى ورقة مثبتة لالتزام مدني عادي، وتخضع هذه السندات العادية لأحكام القواعد العامة في القانون المدني و لا تسري عليها أحكام قانون الصرف [2].

ومن ثم لا تنتقل ملكية النشر إلا عن طريق حوالة الحق، وإذا لم يكتسب هذا السند العادي صفة التجارية لسبب أخر، فإنه يخضع لإحكام المدنية في سائر ما تقرره و

[1]– المادة 390 فقرة 4 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]– احمد محرز، السندات التجارية ( الكمبيالة، السند لأذن، الشيك )، دون طبعة، النشر الذهبي للطباعة، 1996، ص55 .

بالتالي يجوز لمحرر هذا السند أن يحصل على مهلة قضائية للوفاء، ولا تضامن بين الموقعين عليه [1] .

**ث- تحول السفتجة إلى سند لأمر :**

من الممكن أن ينقص بيان في السفتجة فتبطل كسفتجة ولكنها رغم ذلك يمكن أن تتضمن سائر البيانات لازمة للسند لأمر فتتحول إلى سند لأمر، ويطبق في شأنها قانون الصرف على هذا الأساس الجديد، فإذا خلت السفتجة من إسم المسحوب عليه بحيث أصبح الساحب هو الملتزم الوحيد في مواجهة المستفيد [2]. فان السفتجة يمكن أن تتحول إلى سند لأمر بسب وجود طرفين فقط فيها هما الساحب و المستفيد بدلا من ثلاثة أطراف، إذا توافرت لها سائر بياناته .

**ج- تحول السفتجة إلى سند عادي قابل للتظهير :**

قد تتضمن السفتجة الباطلة شروط صحة السند العادي، وفي نفس الوقت تتضمن شرط الأمر، و كتابة شرط لأمر تعد تعبيرا واضحا عن إرادة المدين فهي تؤكد رضاؤه المسبق بحوالة الحق الثابت في هذا السند دون الرجوع إليه في كل مرة و عن طريق التظهير المتعارف عليه في القانون التجاري .

ولا يوجد ما يمنع وفقا للقواعد العامة من تداول هذا السند العادي بمجرد التظهير لكن لا يؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى تطبيق قواعد قانون الصرف الأخرى .

**ثانيا : جزاء الإخلال بشكلية بيع المحل التجاري**

استكمالا للأدوات القانونية التي منحها المشرع التجاري الجزائري لمصلحة المشتري قصد حمايته من التلاعب و الاحتيال التي قد يبادر به التاجر بائع المحل التجاري عند قيامه بالأداء بالبيانات الإجبارية في عقد البيع، و التي أوردناها سابقا في معرض الحديث

---

[1]- مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري ( الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك )، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنات، 2001، ص64 .

[2]- المادة 465 من الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري.

عن مضمونها و الحكمة من تقريرها، أعطى المشرع التجاري الجزائري للمشتري الحق في مباشرة دعوى البطلان و ذلك خلال السنة الموالية من تاريخ إبرام العقد كجزاء على مخالفة البائع للالتزام الواقع عليه و المتمثل في ذكر البيانات المنصوص عليها في المادة 79 قانون التجاري، حيث من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 79 قانون التجاري التي تنص على : " يمكن أن يترتب على عدم ذكر البيانات المقررة قانونا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه وقعا خلال السنة " [1] .

يفهم أن تقرير البطلان و إصداره من قبل محكمة الموضوع أمر غير ملزم أن يترتب و هي دلالة قوية على أن استجابة قضاة الحكم لدعوى البطلان المرفوعة من قبل المشتري خلال السنة الموالية لإبرام عقد البيع انطلاقا من إهمال البائع ذكر البيانات هو أمر جوازي بمعنى أن محكمة الموضوع لها كامل الصلاحية و مطلق السلطة التقديرية في تقرير البطلان من عدمه، ذلك انه لو أراد المشرع إجبار القضاة على الاستجابة لطلب المشرع إلزامي لإبطال العقد لأورد النص بلفظ يفهم منه التأكيد و الإلزام بقوله يجب أن يترتب أو ببساطة يترتب بدلا من كلمة يمكن و هنا للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الوقائع و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا و بما انه بطلان نسبي مقرر لصالح المشتري فقط فعبئ الإثبات يقع عليه باعتباره مدعيا في الدعوى، فيلتزم ببيان أن إهمال البيانات الإجبارية اثر على قراره و سبب له ضرر و المشتري الحق في طلب البطلان خلال سنة[2] .

**ثالثا : جزاء الإخلال بشكلية عقد الشركة**

إذا تخلف ركن من أركان الشركة، سواء كان ركنا موضوعيا عاما أو خاصا أو ركنا شكليا ترتب على ذلك جزاء يتمثل في بطلان عقد الشركة إلا أن هذا البطلان يختلف تبعا للركن المتعلق، فقد يكون بطلانا مطلقا، وقد يكون بطلانا نسبيا، كما قد يكون بطلانا من

[1]– المادة 79 الفقرة الأخيرة من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

[2]– بن زراوي سفيان، المرجع السابق، ص 109 .

نوع خاص، أما البطلان الذي نحن بصدده، هو البطلان الناجم عن تخلف الشكليات في عقد الشركة .

حيث تقضي المادة 545 قانون التجاري كتابة عقد الشركة في شكل رسمي و إلا كانت باطلة، و تؤكد على ذلك أيضا المادة 418 من القانون المدني التي تنص هي الأخرى على أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، ويلاحظ على بطلان الشركة لعدم الكتابة احتجاج الشركاء بالبطلان تجاه الغير لكن لا يجوز له التمسك بهذا البطلان، لان عدم كتابة العقد إهمال منهم لا يجوز أن يستفيدوا منه، بالإضافة إلى احتجاج الشركاء احتجاج الغير كذلك بالبطلان، في هذه الحالة يحق للغير الاحتجاج على الشركاء و ببطلان الشركة لان المبدأ المقرر هو الاعتراف للغير بالحق في التمسك ببطلان الشركة بالنسبة للمستقبل فقط أو اعتبار الفترة السابقة على طلب البطلان لحين التصفية فترة قيام شركة واقعية لو بطلانها بأثر رجعي يأتي على وجودها منذ البداية وفقا لما يراه ملائما لمصلحته [1] .

كما نص القانون على ضرورة شهر الشركات التجارية، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 594 قانون التجاري على : " تخضع الشركات التجارية للإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية و لا تتمتع بالشخصية المعنوية [2]، ونصت كذلك المادة 548 قانون التجاري على أنه : " يجب أن تودع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى مركز الوطني للسجل التجاري ونشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة [3].

رتب المشرع كذلك على عدم قيد عقد الشركة في السجل التجاري أثار معينة و جزاءات جنائية، و الإخلال به يترتب عنه البطلان الخاص فلا هو بطلان مطلق و لا

[1]– عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 45 .

[2]– المادة 549 من الأمر 75–59 المتعلق بالقانون التجاري.

[3]– منصور داود، بن حفاف إسماعيل، المرجع السابق، 360 .

بطلان نسبي، لان التمسك به يكون من كل ذي مصلحة وهم الشركاء و الغير، يتميز هذا البطلان بخصائص تجعله أهم أحكام الشركاء التجارية التي تهدف لحماية الغير حسن النية فأول خصائص هذا البطلان هو أن للغير حق التمسك به في حالة عدم القيام بالإشهار، لكن يستطيع هذا الغير التنفيذ على الشركة عن طريق القضاء و في الوقت ذاته من حق الغير أن يتمسك بوجود الشركة، فيثبت بكل الطرق لكي يتنسى له أن يطالبها بالتزاماتها باعتبارها شخص معنوي له ذمة مالية يمكن أن تسدد ديونها [1] .

[1]–دليلة خيري، صديق جهاد، المرجع السابق، ص 54 .

## خلاصة الفصل الثاني :

من خلال هذا الفصل تطرقنا إلى الشكلية كعامل حتمي في بعض العقود التجارية، و لتوضيح معنى الشكلية أكثر تناولنا المفهوم الواسع و الضيق لها بالإضافة إلى ذكر مزاياها في العقود التجارية .

حيث تناولنا كذلك صور الشكلية المكرسة في القانون التجاري و المتمثلة في شكلية الكتابة و هي عبارة عن مجموعة من البيانات الإلزامية يجب ذكرها في السندات و العقود التجارية، حيث اخترنا عقد بيع الحل التجاري و عقد تأسيس الشركات كأمثلة عن تطبيق هذه الشكلية، السفتجة، الشيك و السند لأمر كأمثلة عن السندات أو الأوراق التجارية، أما الصورة الثانية للشكلية تتمثل في شكلية الإشهار التي تكون عن طريق القيد في السجل التجاري و النشر أو الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية .

و في الأخير توصلنا إلى أن الشكلية في المواد التجارية تهدف إلى تحقيق الحماية القانونية لمصلحة المتعاقدين و الغير حسن النية من الوقوع في الخديعة، وكذلك حماية المصلحة العامة، بالإضافة إلى هدف الشكلية الحمائي فهي كذلك تهدف إلى تحقيق الرقابة و الفعالية من خلال مراقبة العقود و تكييف العقوبات و الجزاءات في حالة الإخلال بالشكلية و عدم احترامها وفقا لما نص عليه القانون .

# خاتمة

**الخاتمة :**

في ختام بحثنا الذي تناول دراسة مبدئين أساسين لقيام العقود وهما مبدأ الرضائية و الشكلية نخلص إلى أن كلا المبدئين لا يمكن الاستغناء عنهما لاعتبارهما عاملين جوهريين في العقود التجارية، حيث أن المشرع اخضع بعض العقود لمبدأ الرضائية فقط دون الحاجة لإفراغها في شكل معين كعقد النقل و عقد السمسرة كأمثلة عن ذلك و اخضع كذلك بعض العقود الأخرى إلى الشكلية و اعتبرها حتمية أي لا يكون العقد صحيح إلا إذا افرغ في شكل معين باعتبار أن الشكل يعزز الرضا و يضفي على العقود حماية خاصة، وتتمثل هذه الشكلية في الكتابة و الإشهار من بين هذه العقود التي تشرط الشكلية عقد بيع المحل التجاري، عقد الشركة التجارية بالإضافة إلى الأوراق أو المسندات التجارية كالسفتجة و الشيك .

من بين النتائج المتوصل إليها أن المشرع الجزائري اخضع أغلبية المعاملات التجارية لمبدأ الشكلية بالرغم من أنها ظهرت كقيد أو استثناء عن الأصل العام و هو مبدأ الرضائية، هذا ما أدى إلى إعطاء الشكلية مكانة هامة في الأعمال التجارية و هذا يعتبر خروج عن المبدأ العام .

نستنتج كذلك أن الرضائية بالرغم من أنها الأصل في الأعمال التجارية إلا أن ظهور الشكلية أدى إلى تقيدها نوعا ما .

وكذلك باعتبار أن الشكلية لها أهداف في تحقيق الحماية لإطراف العقد إلا أن الإفراط فيها قد يؤدي إلى تعطيل السرعة و الائتمان الذي يتميز به القانون التجاري بسبب تعقيدات التي تواجه التجار من إجراءات الكتابة و الشهر، بالإضافة إلى ذلك الجزاءات المترتبة على عاتقهم في حالة الإخلال بالشكليات .

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يحقق التوازن بين مبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية في العقود التجارية وإنما أفرط في اشتراط الشكلية في اغلب المعاملات التجارية .

مما سبق يمكن أن نقترح مايلي :

على المشرع الجزائري السعي من أجل تحقيق التوازن بين مبدأ الرضائية و الشكلية في العقود التجارية ، لأنه لا يمكن الاستغناء عن احد المبدئين لاعتبارهما عامل جوهري في مثل هذه العقود .

نقترح كذلك تدخل المشرع من أجل إعادة اعتبار مبدأ الرضائية لأنه جوهر العقد و أساس وجوده و حمايته من القيود الواردة عليه .

تبسيط إجراءات الشكلية من أجل تسهيل المعاملات التجارية وعدم المساس بميزة السرعة في القانون التجاري .

إدخال الشكلية الالكترونية من أجل مواكبة التطور الالكتروني بغرض تبسيط المعاملات التجارية على التجار .

# قائمة المصادر والمراجع

**قائمة المراجع :**

**1- القرآن الكريم**

**2- الكتب :**


- أحمد محرز، السندات التجارية ( الكمبيالة، السند لإذن، الشيك )، دون طبعة، النشر الذهبي للطباعة، 1996 .
- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009 .
- أكرم ياملكي، القانون التجاري دراسة مقارنة ( في الأعمال التجارية و التاجر و المتجر و العقود التجارية )، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010 .
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة، الجز 1، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1999 .
- بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، الطبعة 4، دار هومه، الجزائر، 2012 .
- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000 .
- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .
- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001 .
- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002 .

- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزمات، نظرية العقد، الجزء 1، الطبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 .
- علي الفيلالي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013 .
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دون طبعة، نشر و توزيع، بن خلدون، الجزائر، 2001 .
- محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية و الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994 .
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزمات، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة، الجزء 1، الطبعة 2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004 .
- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية – الأحكام العامة في الشركات – شركات الأشخاص – شركة الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005 .
- مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر .
- مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري ( الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك )، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنات، 2001 .
- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 11، دار هومه، الجزائر، 2006 .
- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2003 .

**3- الأطروحات و المذكرات :**


- بن زراوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013/2012 .
- بلعيد تويس، العقود التجارية بين الرضائية و الشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص .
- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 .
- بيبية بن حافظ، العمل التجاري بين الرضائية و الشكلية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007/2006 .
- جماوي يمينة، إلياس جليلة، ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية جامعة أحمد دراية . ادرار، 2021/2020 .
- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية و تطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004 .
- دليلة خيري، صديق جهاد، مبدأ سلطان الإرادة و الشكلية في المواد التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020/2019 .
- سامي كباهم، الشكلية في العقود الشركات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، حقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016 .

- شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على مبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه علوم، الجزائر 1، 2016 .

**4- المقالات :**

- بوارس لطيفة، ( الشكلية في الحياة التجارية إلى أين ؟ )، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، تيزي وزو، العدد 2، 2019 .
- خالد أبو طه، أحمد حسنية، ( الشكلية في العقود التجارية ( دراسة تحليلية ) )، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، سلطنة عمان، المجلد 13، العدد الأول، افريل 2020 .
- سالمي وردة، (حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة التجارية )، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، جامعة قسنطينة، العدد 1، جانفي 2017 .
- عبد الرؤوف دبابش ( مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون )، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016 .
- منصور داود، ( الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجلفة، المجلد الثاني، العدد 25 .
- منصور داود، بن حفاف إسماعيل، ( الشكلية في القانون التجاري )، مجلة القانون و المجتمع، جامعة الجلفة، المجلد 8، العدد 1، افريل، 2020 .

**5- النصوص القانونية :**

- القانون رقم 06.13 مؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 39، بتاريخ 31 يوليو 2013، المعدل و المتمم للقانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 غشت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية .
- المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 ابريل 2016، يحدد الكيفيات و مصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 27، تاريخ 04 مايو 2016 .

- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل و المنضم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة 9 فيفري 2005 .
- المرسوم التنفيذي رقم 15-111 مؤرخ 3 مايو سنة 2015، يحدد كيفيات القيد و الشطب في التسجيل التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 24، بتاريخ 13 مايو 2015 .
- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 -2007 .

# فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:


| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| شكر و تقدير | |
| إهداء | |
| مقدمة | 01 |
| الفصل الأول : الرضائية كأصل عام في المواد التجارية . | 05 |
| المبحث الأول : مبدأ الرضائية في إبرام العقود | 06 |
| المطلب الأول : ماهية مبدأ الرضائية | 06 |
| الفرع الأول : مفهوم مبدأ الرضائية | 06 |
| الفرع الثاني : التطور التاريخي لمبدأ الرضائية | 09 |
| المطلب الثاني : موقف الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري من مبدأ الرضائية | 12 |
| الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ الرضائية | 12 |
| الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من مبدأ الرضائية | 15 |
| المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ الرضائية على العقود التجارية | 18 |
| المطلب الأول : الرضائية كمبدأ عام في عقد النقل | 18 |
| الفرع الأول : مفهوم عقد النقل | 18 |
| الفرع الثاني : تكوين عقد النقل و طرق إثباته | 22 |
| المطلب الثاني : الرضائية كمبدأ عام في عقد السمسرة | 24 |
| الفرع الأول : مفهوم عقد السمسرة | 24 |
| الفرع الثاني : طرق إثبات عقد السمسرة و إنقضائه | 27 |
| الفصل الثاني : الشكلية كعامل حتمي في بعض المواد التجارية | 31 |
| المبحث الأول : مفهوم شكلية في المواد التجارية | 32 |
| المطلب الأول : تعريف شكلية في المواد التجارية | 32 |
| الفرع الأول : المفهوم الواسع للشكلية | 32 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثاني : المفهوم الضيق للشكلية | 33 |
| الفرع الثالث : مزايا الشكلية في المواد التجارية | 34 |
| المطلب الثاني : صور الشكلية المكرسة في القانون التجاري | 35 |
| الفرع الأول : شكلية الكتابة | 35 |
| الفرع الثاني : شكلية الإشهار | 45 |
| المبحث الثاني : الهدف من الشكلية في المواد التجارية | 50 |
| المطلب الأول : تحقيق الحماية | 50 |
| الفرع الأول : حماية المصالح الخاصة | 51 |
| الفرع الثاني : حماية المصالح العامة | 54 |
| المطلب الثاني : تحقيق الرقابة و الفعالية | 56 |
| الفرع الأول : مراقبة العقود التجارية | 56 |
| الفرع الثاني : تكييف العقوبات لعدم احترام الشكليات | 57 |
| الخاتمة | 65 |
| قائمة المصادر و المراجع | 68 |
| فهرس المحتويات | |
| ملخص | |

**ملخص :**

**العقود التجارية كغيرها من العقود تخضع إلى مبدأ الرضائية الذي يعتبر الأصل العام و الأساس الجوهري لقيام العقد حيث بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين ينعقد العقد دون الحاجة لإفراغه في شكل معين، من أمثلة ذلك عقد النقل و عقد السمسرة، إلا أن هناك بعض العقود التجارية لا تنعقد إلا إذا أفرغت في شكل معين هذا ما يقصد به مبدأ الشكلية، فالشكلية بدورها تكون إما شكلية كتابة و إما شكلية إشهار و من بين هذه العقود التي تخضع لمبدأ الشكلية، عقد بيع المحل التجاري، عقد الشركة التجارية و كذلك الأوراق التجارية، و الغاية من هذه الشكلية تحقيق الحماية للمتعاقدين و كذلك تحقيق الرقابة على العقود، فالمشرع الجزائري قد رسخ كلا المبدئين ونص عليهم بموجب عدة نصوص قانونية إلا انه لم يكن هناك توازن بين المبدئين لأنه أخضع اغلب الأعمال التجارية لمبدأ الشكلية بالرغم من أنها ظهرت كاستثناء فقط .**

**Résumé :**

**Les contrats commerciaux , comme d'autres types de contrats , sont soumis au principe de consensualisme qui est le principe substantiel pour l'existence du contrat . que le contrat sera conclu des que les volontés des contractants soient concordants sans d'être a la nécessité de le vider en une forme quelconque . par exemple , le contrat de transport et le contrat de courtage , mais il y a quelque types de contrats commerciaux qui ne seront conclus qu'après avoir le vider en une forme quelconque , ce qui est connu par le principe de formalisme . le formalisme est de deux types : formalisme écrit et formalisme de publicité . parmi les contrats qui sont soumis au principe de formalisme , le contrat de vente d'un local commercial , le contrat de la société commerciale et les effets financiers . que le but de ce formalisme est de réaliser la protection pour les contractants et le contrôle sur les contrats . que le législateur algérien a consacré les deux principes et les a stipulés par plusieurs textes juridiques , mais il n'y avait pas d'équilibrage entre eux . il a mis la plupart des contrats commerciaux sous le principe de formalisme malgré que ce dernier soit apparut comme exception .**