

الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟

Formalism in commercial life to where?

بوراس لطيفة، أستاذة محاضرة -أ-

جامعة الجزائر -1

latifabr48@gmail.com

مقدمة

لما نتكلم عن الشكلية يذهب الذهن إلى ما تجسده هذه العبارة من إجراءات وكتابات ومدة من الزمن لإتمامها، فيقع السؤال بصفة تلقائية كيف يمكن التحدث عن الشكلية في حياة قائمة على الائتمان والسرعة.

أصبح من المؤكد اليوم استقلال القانون التجاري عن الشريعة العامة (القانون المدني)، وذلك راجع بالأساس إلى تميز عالم التجارة بمجموعة من الخصائص عجز هذا الأخير على مواكبتها، فإن الأمر ذاته يتأكد بخصوص الشكلية حيث عرفت بدورها تحولات جذرية وطبعتها خصوصيات لا نجد لها مثيلا في القواعد المدنية التقليدية التي تعطي للشكلية وظيفتين أساسيتين، إما للانعقاد وإما للإثبات.

تخضع العقود المدنية عادة لقيود ينص عليها القانون كاشتراط الكتابة لإثباتها إذا تجاوزت قيمتها حدا معيناً أو كانت غير محددة المدة¹، أما

¹ - المادة 333 قانون تجاري.

بالنسبة للعقود التجارية فالإثبات فيها يكون حرا وهذا طبقا لنص المادة 30 من القانون التجاري وهذا مهما كانت قيمتها، إذ يجوز إثباتها بالبينة والقرائن وكافة طرق الإثبات، كما يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد مكتوب بالبينة أو القرائن ولا تخضع السندات العادية المتضمنة العقود التجارية لقواعد ثبوت التاريخ، إذ يجوز إثبات تاريخها بالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات.

ان المبدأ الذي يحكم المجال التجاري من ناحية الإثبات هو مبدأ الحرية إلا أنه لم يعد مبدأ مطلقا إذ ترد عليه بعض الاستثناءات كما هو الحال في عقد الشركة، حيث يشترط المشرع فيه الإثبات بالكتابة¹ والعقود الواقعة على المحل التجاري، لكن هل يمكن اعتبارها استثناءات؟

توسعت المعاملات التجارية وقيمتها مما جعل المشرع ينظم أغلب هذه المعاملات بقواعد آمرة، كما رتب جزاءات أكثر صرامة مما هي عليه في العقود المدنية تهدف إلى سرعة التنفيذ ودعم الائتمان، كالتضامن، سعر الفائدة، مهلة الوفاء، الإفلاس، النقاد الم قصير².

أمام هذه التغيرات الجذرية في تنظيم الحياة التجارية واقتحام الشكلية معظم المعاملات مع تتطور مفهوم النظام العام الذي أصبح نظاما اقتصاديا حائيا توجيهيا لتغير دور الدولة في ظل سياسة اقتصاد السوق أدى ذلك إلى

¹ - المادة 545 من القانون التجاري.

² - نادية فضيل، عقود الوساطة، دار هومة للطباعة والنشر، 2017، الجزائر، ص 11، 12.

تغير أهداف الشكلية، حيث تخطى مدلولها المفهوم التقليدي ولم تعد كما هي في القانون المدني التي تهدف إما إلى إثبات التصرف أو إلى انعقاده.

خرجت الشكلية من المنظور التقليدي وعلى هذا الأساس أردت تناول الشكلية في الحياة التجارية لكن مع وضع خط "إلى أين" لأنه تبين أن المشرع من وراء حماية الطرف الضعيف وحماية الاقتصاد الوطني والاستثمار، وتحت غطاء المفهوم الحديث للنظام العام جعل تدخل القاضي يتوسع كثيرا في الحياة التجارية نهيك عن وظيفة العقد الذي أخذت أبعادا حيث أصبحنا نتكلم عن الوظيفة الاجتماعية للعقد¹ وعيممة العقد² كلها مفاهيم ظهرت بتطور الحياة القانونية الذي تزامن مع تطور الفكر الاقتصادي والايديولوجية السياسية.

إن المسألة التي تتبادر في الأذهان في الوقت الراهن هي، هل يمكن القول أن الشكلية في العقود التجارية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية التي أخذ بها المشرع في المادة 59 قانون مدني، وهل الرضاء هو الذي يلزم المتعاقد أم الشكل؟ فالتكاثر المتزايد في المعاملات التجارية يتطلب البساطة والسرعة وقلة التكاليف في ابرام العقود مما يستدعي استبعاد الشكلية، فما هي وظيفة الشكلية في الحياة التجارية التي جعلت قبول فكرة تعايش مفهومين متناقضين لا يلتقيان ألا وهما: السرعة والانتماء والشكلية؟ للإجابة على هذه الإشكالية يجب توضيح الطبيعة القانونية للشكلية (المبحث الأول) وتحديد

¹ - فطيمة نساخ دكتوراه بعنوان "الوظيفة الاجتماعية للعقد"، دكتوراه، جامعة الجزائر-1، 2013 ص4.

² - خديجة فاضل "عيممة العقد"، دكتوراه، جامعة الجزائر-1، 2016، ص12.

أبعادها (المبحث الثاني). ومن أجل ذلك اعتمدت المنهج التحليلي للوصول إلى نتيجة تجيب على هذه الإشكالية.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للشكلية

عند دراسة الشكلية يجب تناولها في مدلولها الحديث لا ستعاب تعايش السرعة والائتمان مع "الشكلية" وإلا صار وجود تناقض بين أمرين يساريين الحياة التجارية من الصعب تداركه. ان الأصل في القانون التجاري هو غياب الشكلية حيث يوجد مبدأ حرية الاثبات، لكن الشكلية نوعان شكلية للإثبات وشكلية للانعقاد، لكن في ظل تطور الفكر القانوني الذي ساير التطور الاقتصادي تثير مسألة وظيفة الشكلية موضوع تحديد مدلولها القانوني (المطلب الأول) وأنواعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالشكلية

لمعرفة المقصود بالشكلية وجب التذكير بأن الأصل في التصرفات القانونية هو التراضي، الذي يتم عبر الاعلان عن الإرادة، واقترانها بأخرى دون حاجة إلى صيغتها في قالب محدد¹. غير أن بعض التصرفات، لا يكفي فيها مجرد التراضي المتمثل في الاعلان عن الإرادة، بل لابد من ترجمتها إلى مظهر خارجي والتعبير عنها، وفق لشكل معين يحدد القانون نمطه سلفا.

¹- Bencheneb (A), Le droit algérien des contrats, editions Ajed, 2011, n°208, p165 : « A priori, l'échange des consentements peut suffire pour permettre la formation du contrat ».

لا يوجد تعريفاً جامعاً مانعاً للشكلية لاختلاف الفقه في هذه المسألة. نجد على سبيل المثال "روبي" يقول في الشكلية بأنها "كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد". ويرى "جيني" أن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما¹. لكن هناك من يرى في الشكلية أنه "في الحقيقة إننا نكون بصدد تصرف شكلي عندما يمنع المتعاقد من اختيار الطريقة التي يعبر بها إرادته"².

إن المنظور المعاصر للشكلية، تنطوي هذه الأخيرة على دلالة واسعة، فهي تتحقق سواء في العقود الشكلية بمعناها الضيق (الفرع الأول)، أو في التصرفات القانونية الأخرى التي تخضع الأشكال وإجراءات محددة من حيث صحتها وقيامها بل أنها تمتد أيضاً إلى تلك التي تستوجب التعبير الصريح عن الإرادة³. يدخل في هذا المفهوم الواسع للشكلية، التصرفات القانونية الأخرى

¹ - ذكر هذه التعاريف، زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير الجزائر 1987، ص 15.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر الجزائر، 2013، ص 303 هامش 1.

³ - يتمثل المفهوم الضيق للشكلية أن الشكلية لا تمتد إلى الحالات التي يتعلق بإجراءات الاشهار أو قواعد الاثبات فكانت قاصرة على العقود الشكلية. أنظر لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي وفق آخر التعديلات 2006، الطبعة الثانية، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، 2007، ص 12.

التي تحتاج إلى اثباتها إلى شكلية الكتابة وفقا لأحكام القانون المدني(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المفهوم الضيق للشكلية

يعتبر الشكل أسلوب للتعبير عن الإرادة وليست بديلا عن الإرادة ذاتها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني، ووجود الشكل لا يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة للتعاقد. غالبا ما يفرض المشرع للشكلية في العقود لإثبات وجود اتفاق وفحواه في حالة النزاع وهذا ما يتبن من الكتابة الرسمية أو العرفية¹.

تلعب إرادة الأطراف في المفهوم الضيق للشكلية دورا أساسيا في تعيينه دونما حاجة إلى القانون. يحدد الشكل وفقا لإجراءات رسمية يجب اتباعها لتمام العقد. وهي الشكلية بمقتضى القانون وعليه تصبح التصرفات القانونية الرسمية أعمالا شكلية ويعني ان الشكل ما هو إلا تعبير عن الإرادة وقيدا لها حيث يحدد القانون طريقة التعبير عن نفسها لصحتها ومنتجة لآثارها. يطلق على هذه الشكلية بالشكلية المباشرة المنصوص عليها في القانون وهي أساسية في العقد ولا يقوم بدونها كعقد الشركة التجارية ع العقود الواردة على المحل

¹ - أبوظه خالد، حسنية أحمد، الشكلية في العقود التجارية "دراسة تحليلية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 13، العدد 1، أبريل 2020 المقال من ص 103 إلى ص 121.

التجاري.¹ ولا يقتصر دور الشكلية في مرحلة إبرام العقد بل تمتد آثاره لمرحلة التنفيذ والنفاذ ويترتب على عدم احترام هذه الشكلية إلى بطلان التصرف لأنها ركن في العقد.² تتمثل هذه الشكلية في الكتابة سواء الرسمية أو العرفية.

الفرع الثاني: المفهوم الواسع للشكلية

تعتبر الشكلية بالمفهوم الحديث وسيلة لتحقيق غايات واهداف مقصودة، أهمها الحماية، وغالبا 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 الأطراف على أمر يجب القيام به لإبرام العقد حتى وإن 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 اثبات التصرف. لكن لا يمكن الأخذ بهذا المنظور حيث نص المشرع على إجراءات لإعلام الغير ولإثبات التصرف حماية لمصالحهم.

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2013، ص 303 وما يليها.

² - أبو طه خالد، حسنية أحمد، المرجع السابق، المقال من ص 103 إلى ص 121 مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص 107 و 108. المقال من ص 103 إلى ص 121.

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 وإن تحد من فعاليته ونفاذه، تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات، الإشهار، كالقيد في السجل التجاري، والنشر 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 والمعدلة للشركات ويترتب على مخالفة هذه الإجراءات عدم نفاذ العقد في حق الغير.

من خلال ما تقدم تبين أن الطبيعة القانونية للشكلية تضم المفهومين الواسع والضيق معا فلا يمكن النظر إلى الشكلية على أنها تقيد حرية الإرادة في التعبير في قالب محدد وإنما تنظيمها بشكل يسهل تنفيذ الالتزام وإثباته مما يوفر الجهد والوقت ويعزز الثقة في المعاملات.

المطلب الثاني: الشكلية أوجه متعددة

لا تتوقف المسألة في حقيقة الأمر، في تحديد معنى الشكلية أو تحديد الطبيعة القانونية للشكلية، فالمشرع واضح في هذه المسألة حيث ميز بين الشكلية المباشرة والتي تكون ركنا في العقد إذ يتوقف التصرف القانوني عليها إلى جانب الأركان الموضوعية المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، فتكون الشكلية الركن الرابع فيه *formalisme ad probationem*، وبين الشكلية غير المباشرة والتي تتمثل في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو

بعد ابرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة *formalisme ad validatum*، هذا النوع من الشكلية لا يتصل بالتصرف القانوني ولا يؤثر على صحته لكن قد يحد من فعاليته.

نص المشرع على نوعين من الشكلية والمتمثلة في الشكلية للصحة والشكلية للإثبات. إغفال الشكلية الأولى يمنع قيام العقد ويبطله بطلانا مطلقا، كأنه لم يوجد أصلا. فلا يترتب أي أثر ولا يجوز التمسك به والادعاء به. في حين إغفال الشكلية الثانية، فإنها لا تمس في صحة العقد، فالعقد صحيح لكن يضع المتعاقد في موقف عسير يعجز اثبات التصرف القانوني. مع ذلك يمكن اثباته بوسائل اثبات أخرى أقره القانون والمتمثلة في الإقرار واليمين والقرائن كما يجوز للغير إثبات هذا التصرف القانوني بكل وسائل الإثبات.

حسب رأي فقهي، ثمة تسلسل هرمي لمختلف أنماط الشكلية. ومن خلال هذا المنظور يوجد في قمة الهرم، الشكليات الجوهرية، التي يتوقف على وجودها وجود التصرف وصحته¹. وتأتي بعدها في المرتبة الشكلية التي لا يترتب على تخلفها بطلان التصرف، وإنما يجعله معيبا ويحد من أثره القانوني،

¹- J.Flour , « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », étude offerte à G. Ripert. TI, 1950 p93 n°3

- أشار إليه لحسن بيهي، المرجع السابق، ص13 هامش 5.

في نفس المعنى، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 77: الشكلية-كركن في العقد-صور عديدة، فقد تكون كتابة رسمية أو عرفية، وقد تتمثل في استعمال صيغة معينة للتعبير عن رضا الطرفين، وقد تقتصر على حضور الشهود، أو أي إجراء شكلي يصاحب الرضا.

دون أن يعدمه، يتعلق الأمر أساسا بشكليات الاشهار التي ترمي إلى حماية حقوق الغير بالدرجة الأولى إلى جانب بعض الأشكال الأخرى المطلوب في إثبات التصرفات، والتي تخول صاحب الحق امكانية الاعتداد بحقه، وإثبات وجوده وقيامه.

وللشكلية أوجه متعددة، تتمثل بوجه خاص في المظاهر التالية، العقد الرسمي (الفرع الأول)، وقواعد الإشهار (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العقد الرسمي

عرف القانون المدني العقد الرسمي في المادة 418 على أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ويتضح من النص أعلاه أن أول مظهر من مظاهر الشكلية يظهر فيما يعرف بشكلية الكتابة باعتبارها ركنا أساسيا لقيام التصرف القانونين بحيث لا يكفي مجرد التراضي لصحة العقد ونفاذه ما لم يحرر في ورقة مكتوبة، عرفية كانت أم رسمية. وكذلك المادة 79 قانون تجاري في بيع المحل التجاري حيث يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا¹ وكذلك الورقة التجارية التي اشترط فيها المشرع التجاري بيانات الزامية

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 5 3630 بين (ب ف) و(ع ش) الصادر في 13/04/1989 المجلة القضائية 1991، عدد 4، ص 145، 146، و 147. حيث رفضت الطعن في قضية الحال كون المدعية لم تقدم ما يبرر اتفاق الطرفين مع انعدام العقد الرسمي وفقا لما تشترطه المادة 79 قانون تجاري.

يجب ذكرها لصحتها¹.

الفرع الثاني: قواعد الاشهار

يقصد بقواعد الإشهار الإجراء القانوني الذي يتم من خلاله إعلام الغير بالتصرفات أو الوقائع التي تم إنجازها، وهو الاعلام الذي يعتبره المشرع شرطاً أساسياً ويتعلق على وجوده والقيام به، إمكانية التمسك بالتصرف في مواجهة الغير².

- وقرار المحكمة العليا رقم 36596 بين (م.أ) ضد (ح.ج) الصادر في 13/07/1985، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 90، " الثابت أن عقد إيجار تسيير حر ثابت بموجب عقد توثيقي".

- قرار المحكمة العليا رقم 36137، بين (ف.ع) ضد (ل.ع) الصادر في 29/06/1985، المجلة القضائية 1989، عدد 03، ص 101 : " الثابت أن عقد الإيجار يثبت بعقد مكتوب أو بوصلات الكراء".

¹ - راجع المواد التالية في القانون التجاري يحدد البيانات الإلزامية في الأوراق التجارية، بالنسبة للسفجة (المادة 390) بالنسبة للشيك (المادة 472) بالنسبة للسند بأمر (المادة 465).

² - راجع تمييز ركن الشكلية عما يشابهه من النظم كشهرة التصرفات وطرق الإثبات، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 260 و 261.

يتخذ الاشهار - بهذا المعنى - أشكالاً متعددة، من بينها ضرورة القيد في السجل التجاري¹. ومن بين مظاهر الاشهار أيضاً، ضرورة الاعلان في الصحف الخاصة أو في الجريدة الرسمية. وهذه الشكلية الغير مباشرة تتمثل في مختلف الاجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد ابرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة. سميت هذه الاجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني وهي تتعلق بمسائل مختلفة منها قواعد الاثبات والاشهار واجراءات إدارية وجبائية².

فالشكلية في القانون التجاري تتمثل في الشكلية كشرط لوجود بعض الأعمال التجارية والشكلية كشرط في بعض العقود التجارية. فالأولى تتجسد في الالتزامات القانونية المتمثلة عن شكايات يقوم بها التاجر إزاء المصالح العمومية كي يمارس التجارة بطريقة قانونية وهي: الالتزام بشكلية مسك الدفاتر التجارية، والشكلية بالقيد في السجل التجاري.

اعتبر قضاة المجلس الأعلى في قرار صادر في 18/12/1982 ان الشكلية ما هي إلا استثناء عن المبدأ حيث اعتبر "العقد مبرماً بمجرد حصول اتفاق بين الارادتين، إلا إذا اشترط القانون وبصورة استثنائية توفر شكل من

¹ - راجع المادة 19 والمادة 20 من القانون التجاري (التسجيل في السجل التجاري) غني عن الذكر، حرصاً من الدولة مسايرة التطور التكنولوجي ومن أجل تسهيل اجراءات التسجيل للتجار، قامت بوضع ما يسمى بـ "التسجيل الالكتروني في السجل التجاري".

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 319.

الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا¹. وهذا ما يؤكد ضرورة تقديم هذه الدراسة التي تبين أن الشكلية في الأعمال التجارية بناء على المفهوم الجديد للنظام العام لم تعد استثناء وإنما مبدأ إلى جانب مبدأ الرضائية. فعلى الاجتهاد القضائي الجزائري أمام المنازعات التي لا عدد لها نظرا لتوسع محيط الشكلية في الحياة التجارية أن يعيد اجتهاده ويكيف الشكلية في الأعمال التجارية بما استجد في الموضوع من مفاهيم.

تم الاعتراف بالشكلية قبل الرضائية عندما اعتبر أن أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف بغض النظر عما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. ولهذا فإن التعبير عن الإرادة يتنازع مبدئين مبدأ الرضائية الذي يمنح للأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم، ومبدأ الشكلية الذي هو على نقيض الأول حيث يلزم الأفراد باتباع شكل محدد للتعبير عن إرادتهم.

يتضح أن الشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة لا بالإرادة ذاتها. فكأن المشرع أراد من خلاها أمام ازدياد توسع المعاملات وتعقيدها أن يتحكم وينظم كيفية التعبير عن الإرادة ومراقبتها بما يتماشى والصالح العام وقبله المصالح الفردية. وهذا ما تأثرت به البيئة التجارية حيث احتلت الشكلية الحياة التجارية مكانا مميزا نظرا لاعتناق مبدأ حرية التجارة والمنافسة وذلك في دستور 2016 في المادة 43 منه المعدل للمادة 37 من دستور 1996 وتنامي تكنولوجيا الاتصال واكتساح النموذج الليبرالي الذي أدى إلى دعم المنافسة الحرة.

¹ - قرار رقم 25016 منشور في الاجتهاد القضائي 1987، ص 17

من هنا تبين أن للشكلية في الحياة التجارية غايتين أساسيتين وهي: أولهما سرعة المعاملات التجارية وذلك لأنها تسهل إبرام الصفقات، وإنشاء عقود نموذجية، وإبرام التصرفات القانونية. وثانيهما دعم الثقة والائتمان بحيث تشكل الشكلية حافزا على الثقة وضمانة للأمان باعتبارها تحمي الحقوق وتشكل المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي والاجتماعي. كما أنها ضرورية لإنجاز التصرفات ودعم الالتزامات. كما تسهل من جهة أخرى، إثبات التصرفات القانونية. فكلما كان التصرف مكتوبا إلا وكانت التعهدات التي يتضمنها السند واضحة، وبالتالي لا تدع مجالا للمنازعة أو التماطل في الوفاء بها وتنفيذها. ويترتب على ذلك تجنب النزاعات القضائية الطويلة والمكلفة.

لكن القول بهذا بصفة مطلقة ومجردة غير صحيح، لأن ظهر ما يسمى بالمعاملات الالكترونية التي تبرم بمجرد الضغط على الزر (double clic) وحتى أن بعض المعاملات تتم ت¹ fax et telefax وغيرها من الأمور

¹- Bencheneb (A), Op.cit, p168, p169, ajoute «La notion d'écrit a, du reste, connu une singulière évolution avec l'avènement des technologies de l'information et de la communication, le commerce électronique et la possibilité de conclure par internet des contrats, au point qu'une loi du 20 juin 2005 a dû préciser qu'un écrit ne s'entendait plus d'un document constitué à partir de lettres et de chiffres, ayant pour support du papier mais d'une « suite de lettres et de caractères ou de chiffres ou de tout autre symbole doté d'une signification intelligible, quels qu'en soient leurs supports et leur mode » (article 323 bis). L'écrit électronique fait donc entrer la notion d'écrit dans le cercle de l'abstraction puisque l'écrit n'est plus forcément le résultat d'un geste d'écriture ».

استحدثها عالم التكنولوجيا¹ والتي لازال المشرع عاجزا أو أقل ما يقال متأخرا على مواكبة هذه السرعة إلى جانب الفكر القانوني الذي يجد صعوبة التكيف مع هذا التطور المذهل في المعاملات والذي في حقيقة الأمر يزلزل المفاهيم القانونية التقليدية الراسخة في الأذهان.

ما يمكن جزمه حاليا، ان الرضائية هي الأصل في التصرفات والمعاملات سواء في القانون المدني أو القانون التجارية، والشكلية لا تكون إلا بنص قانوني لكن الانشغالات الجديدة أدت إلى اعتبار أن الشكلية لم تعد حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية وذلك وراء تراجع الرضائية وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية لكن بمفهوم المخالفة إذا لا نعتبر الشكلية استثناء فهل تعتبر الأصل في بعض المعاملات؟

المبحث الثاني: أبعاد الشكلية

إن السؤال الذي يتبادر بالأذهان كيف احتلت الشكلية محيط الرضائية في المعاملات التجارية بعدما كان ذلك في التصرفات المدنية؟ في حقيقة الأمر، يرجع ذلك لأسباب تتعلق بالمصالح الفردية وبالمصالح الجماعية.

بالنسبة للمصالح الفردية، قد تشكل الرضائية وحدها خطرا على المتعاقد الذي تزيد في تسرعه لإبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها. كما قد تجعله يغفل بعض الأمور الجوهرية وقد تؤدي إلى نشوب نزاعات حول

¹ - في هذا المجال نجد الرجوع على السطح الرضائية في المرتبة الأولى والشكلية بمفهوم مستحدث بناء على تقنيات جديدة ومفاهيم جديدة يطول الكلام فيها.

مضمون العقد. فكأن الشكلية جاءت لحماية رضا المتعاقد وبالأخص الرسمية منها التي توفر الائتمان والثقة بين المتعاقدين.

بالنسبة للمصالح الجماعية، تمثل الشكلية وسيلة بيد الدولة تمكنها من مراقبة أنواع من التصرفات القانونية وتحقق إيرادات للخزينة العامة من خلال الضرائب والرسوم وتحقق ضمانات بخصوص الوفاء بالدين.

اعتمد المشرع الجزائري الشكلية في بعض العقود والأعمال التجارية تتمثل هذه الشكلية في الشكلية العرفية أحيانا وفي الشكلية الرسمية أحيانا. فالشكلية العرفية نجدها في بعض الأعمال التجارية لاسيما السفتجة¹ التي كما نعرفها أنها محرر عرفي يتضمن بيانات إلزامية وإلا يتحول إلى مجرد سند عادي يفقد قيمته المصرفية، إلى جانب القيد في السجل التجاري²، ومسك الدفاتر التجارية³.

¹ - المادة 390 من القانون التجاري، فإذا خلت السفتجة على البيانات التي بينها المشرع لا يعتد بها كسفتجة. وكتابة البيانات لا تعني ابدا الكتابة الرسمية حيث تتعارض وطبيعة الحياة التجارية وانما هي للفت نظر الموقعين على أهمية التصرف الذي يقدمون عليه والمتمثل في إنشاء التزام صرفي.

² - المادة 19 من القانون التجاري/

³ - المادة 9 من القانون التجاري، وتبين المادة 13 من هذا القانون انه يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية، يعتبر هذا الحكم خروج عن مبادئ القانون المدني حيث لا يحق للشخص ان ينشئ دليلا لنفسه. يثبت هذا النوع من الشكلية الدور الحديث المتمثل في وظيفة الشكلية الرقابية.

أما الشكلية الرسمية تخص بعض العقود كعقد الشركة، وعقد بيع المحل التجاري،، تتمثل هذه الشكلية في الكتابة الرسمية تعد من النظام العام.

إن الكتابة والشكلية في المواد التجارية لها دور وظيفي على عكس الكتابة في القانون المدني التي تهدف إما إلى إثبات التصرف أو إلى انعقاده. ترمي الرسمية إلى استقرار المعاملات (المطلب الأول) أما الشكلية في المواد التجارية دورها وظيفي يتمثل في الوظيفة الرقابية الحمائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكلية في الأعمال التجارية: بين الصرامة والمرونة

إن النظام العام الاقتصادي يهدف أساسا إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة. يحدد الطرف الضعيف بحسب مضمون التصرف. وغني عن الذكر أن تعريف النظام العام من المفاهيم القانونية التي يصعب تعريفها تعريفا دقيقا شاملا ومانعا لأنه يتغير بتغير الزمان والمكان. فهو حقيقة نسبية ومتغيرة لأن مضمونه يستند إلى النظرة العامة للوجود السائد في المجتمع في وقت ما، وإن كان الفقه القانوني يحاول تحديد معالمه ويعرفه بأنه مجموع من الأسس التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المادي¹.

ففكرة النظام العام تتمحور حول المصلحة العامة، فتكون من النظام العام كل القواعد القانونية التي تتعلق بالمصلحة العامة. انطلاقا من هذا، يبرر المشرع فرضه قواعد آمرة على العلاقات المالية بين الأشخاص سواء كانت

¹ - علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر 2010، ص 141 وما يليها.

طبيعية أو معنوية (الفرع الأول) تعايشا مع مرونة القانون التجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرسمية أداة استقرار

تعتبر مسألة الائتمان محورية في العلاقات التجارية، ولهذا تُشترط شكلية صارمة قد تكون أشد من التي يفرضها القانون المدني، وهذا ما يفسر شكلية السندات التجارية، بيع ورهن المحل التجاري، الإفلاس، عقد تأسيس الشركة التجارية التي أصبحت تكيف أنها "نظام" أكثر من كونها "عقد" لصرامة أحكامه والتنظيم الدقيق لها من المشرع، وكذلك عقد العمل البحري، عقد النقل البحري، عقد التأمين البحري، بيع السفينة... إلخ من المعاملات التجارية التي تتطلب شكلية صارمة نظرا لخطورتها وأهميتها سواء بالنسبة لأطراف العقد أو بالنسبة للمجتمع.

إن الشكلية الصارمة في المواد التجارية سواء في العقود التجارية (المحل التجاري، الشركات التجارية) أو في الالتزامات التجارية كأنا بصدد تصرفات واردة على عقار ولا على منقول معنوي وهذا ما يلاحظ في نظام الإشهار في السجل التجاري المعد لذلك.

إلا أن مرونة القانون التجاري، تُفسّر بالسرعة التي يتطلبها انجاز العمليات التجارية، ولهذا على خلاف القواعد الصارمة للقانون المدني. تسمح

حرية الإثبات للتجار إبرام اتفاقات بواسطة وسائل تتميز بالسرعة (من خلال الهاتف، وأحيانا شفويا)¹.

الفرع الثاني: مرونة الشكلية تفرضها طبيعة الحياة التجارية

لفهم خصوصية الشكلية المرنة في الأعمال التجارية على أنها أداة استقرار، يجب التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية. تتميز الأعمال التجارية من الأعمال المدنية من عدة نواحي، منها ما يتعلق بالمهلة القضائية، حيث نجد في المواد المدنية يجوز للقاضي منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا استدعت الحالة ذلك بشرط أن يكون المدين حسن النية ودون أن يرتب ضرارا للدائن بسبب هذا التأجيل، لكن في المعاملات التجارية لا يمكن منح هذه المهلة بسبب أن التجارة قوامها السرعة والائتمان.

وكذلك بالنسبة للإعذار الذي مفاده أن الدائن يقدم توجيه إنذار للمدين حتى يوفي بالتزاماته يتم بورقة رسمية بواسطة أعوان القضاء، أما في الأعمال التجارية فقد جرى العرف على أن يتم الإعذار بخطاب عادي أو ببرقية دون الالتجاء للورقة الرسمية .

أما النفاذ المعجل في المواد المدنية، فتكون الأحكام قابلة للتنفيذ بعد أن تحوز قوة الشيء المحكوم به .أما الأحكام في المعاملات التجارية فتكون واجبة

¹- El Abbadi Aouatef, Le formalisme du droit commercial, btst.ahlamontada.com , publié le 05 juin 2011, 11-04 AM.§

النفاذ المعجل سواء كان الحكم قابلاً للاعتراض والاستئناف بشرط تقديم كفالة من قبل التاجر الصادر الحكم لمصلحته وهذا تدعيماً لعنصر السرعة.

وأخيراً فإن الرهن الحيازي في المواد التجارية يكون اثبات ما يخالف أو يجاوز المكتوب بكافة طرق الاثبات وذلك خلافاً لقواعد الاثبات في المواد المدنية إذ لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. كما أنه لا يحتج في المواد المدنية بالمحرمات العرفية إلا إذا كانت ثابتة بالتاريخ وبالمقابل فإنه في المعاملات التجارية يمكن الاحتجاج بها لو لم تكن ثابتة بالتاريخ ثبوتاً رسمياً، وهذا المبدأ يفسر عدم حاجة التاجر للحماية القانونية بالدرجة التي يحتاجها الشخص المدني. يفرض القانون على التجار قيد أعماله في دفاتر تجارية وهذا ما يخفف من عبء الاثبات ويسهل إقامة الدليل من طرف التاجر. واستثناء لمبدأ حرية الاثبات، هناك بعض الأعمال التجارية التي

المطلب الثاني: الشكلية أداة حماية ورقابة

يقول " الفقيه اهرنج " أن " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة " فالشكلية كفيلة بحماية رضا المتعاقد خصوصاً الرسمية منها وتوفر الائتمان والثقة بين المتعاقدين.

ترمي قواعد الشكلية إلى حماية المتعاقدين وحماية الغير¹ فالشكلية بالمفهوم الحديث ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غايات وأهداف مقصودة من بين هذه الأهداف هي الحماية (الفرع الأول) والرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكلية أداة حماية

إن "الثقة ركن في الائتمان وهذا الأخير هو روح التجارة". يعتبر القانون التجاري من أكبر القوانين المعبرة عن مبدأ سلطان الإرادة الذي لا يؤمن إلا بالرضائية والسرعة في تداول الأموال والثقة في المعاملات. لعل سبب الحديث عن الشكلية "الحديثة" في هذا الفرع من القانون بالذات، يرجع إلى التطورات الكبيرة التي يعرفها عالم التجارة باستمرار وما يصاحبه من ابتداع مفاهيم مستحدثة.

أصبح من المؤكد اليوم بداية انفصال استقلال القانون التجاري عن الشريعة العامة القانون المدني وذلك راجع بالأساس إلى تميز عالم التجارة بمجموعة من الخصائص عجز هذا الأخير على مواكبتها، فإن الأمر ذاته يتأكد بخصوص الشكلية حيث عرفت بدورها تحولات جذرية وطبعتها خصوصيات لا نجد لها مثيلاً في القواعد المدنية التقليدية التي تعطي للشكلية وظيفتين أساسيتين إما الانعقاد وإما الإثبات في حين أن الدور الجديد للشكلية في

¹ - زكريا المرابط، مقال بعنوان "الدور الحمائي للشكلية في المادة التجارية) الأصل التجاري نموذجاً (بتاريخ 9 ديسمبر 2014 على الساعة 05.20 صباحاً كتب بواسطة Admin في الموقع الإلكتروني www-droit-et-entreprise.org :

المادة التجارية أصبح هو دورا حمائيا بامتياز ، حماية لصالح كل الأطراف، سواء أكانت من المتعاقدين أم من الغير .

إن القواعد الشكلية في الحياة التجارية تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الشفافية والثقة والأمن التعاقدية المتطلبة في التجارة الحديثة، هذه الأهداف تدور حول محور واحد هو محور الحماية، حماية المتعاقدين، وحماية الدائنين من خلال قواعد الشكلية.

الفرع الثاني: الشكلية أداة رقابة

ما يجب ملاحظته أنه ليست للشكلية دور حمائي فقط وإنما لها أهداف أخرى منها مراقبة العقود واخضاعها للنظام الضريبي، وتسهيل اثبات هذه التصرفات عند النزاع، ومراقبة حجم العمليات التجارية من طرف الدولة لاستعمالها كإحصائيات واقعية وبالتالي لها دور وظيفي أيضا

تساعد الشكلية السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الاقتصادية الاجتماعية التي تربط بينهم خاصة. فالشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات. كما أنها تحقق إيرادات الخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل.

عرفت الشكلية في ظلال العقود الخاصة وظيفة إعلامية تهدف إلى إعلام الطرف الضعيف لحمايته حيث تساعده على معرفة حقوقه وواجباته بصفة واضحة، تتمثل هذه الشكلية في البيانات التي يتضمنها العقد وجوبا،

ومن ثم تكون حتما مكتوبة¹ قد لا يكتفي المشرع على ادراج بعض البيانات الإلزامية في العقد تحت طائلة البطلان لإعلام الغير الذي صنفه بالطرف الضعيف لاعتبارات ثقافية، علمية، اقتصادية، معرفية، وإنما سمح بإعداد عقود نموذجية تحتوي على جميع التفاصيل يتعين على المعنيين اتباعها وجوبا.

كما اشترط في الأوراق التجارية كالشيك (المادة 472 من القانون التجاري)، السفتجة (المادة 390 من القانون التجاري)، سند لأمر (المادة 465 من القانون التجاري) بيانات الزامية لصحتها، وشدد في الشكلية بالنسبة لعقد الشركة² والعقود الواردة على المحل التجاري³.

قام المشرع لتفعيل الرقابة على الاعمال التجارية خضوع بعض التصرفات لشكلية صارمة كالحصول على التراخيص لبعض المهن وفرض أسعار محددة للتحكم في السوق وتوجيه المنافسة مما يجعل خاصية السرعة والائتمان في الحياة التجارية في موقع إعادة تكييف المفهوم.

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه علوم، الجزائر-1، 2016، ص 32 وما بعدها.

² - حيث نظم البيانات الإلزامية لعقد الشركة سواء شركات الأشخاص أو شركات الأموال وذلك في الكتاب الخامس تحت عنوان "الشركات التجارية" من القانون التجاري.

³ - حيث نظم البيانات الإلزامية على التصرفات الواردة على المحل التجاري من بيع وإيجار ورهن وذلك في الكتاب الثاني تحت عنوان "المحل التجاري" من القانون التجاري.

خاتمة

أصبحت الشكلية في الحياة التجارية تلعب الدور الحمائي بامتياز، حماية لصالح كل الأطراف، سواء أكانت من المتعاقدين أم من الغير. خرج المشرع التجاري من المبدأ العام في العقود التجارية والمتمثل في الرضائية وما يترتب عنه من سهولة في التعامل وحرية في الاثبات منتهجاً مبدأ آخر تكيفا لمقتضيات الحال الاجتماعي والاقتصادي لتنمية الحياة التجارية، وهو مبدأ الشكلية الذي يوفر الحماية اللازمة للتاجر أو للغير الذي هو بحاجة إليها والتي عرفت أبعاداً تعطي لها وظائف جديدة غير الاثبات والانعقاد تخرجها من وظائفها التقليدية فلم تعد الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية.

يرجع الفقه التجاري القواعد الخاصة بالالتزامات التجارية إلى ما تتسم به الحياة التجارية من سرعة في إبرام العقود وتنفيذها واتشار التعامل بأجل ومنح الائتمان. فتأتي بعض الأحكام الخاصة بشكل الالتزامات التجارية لتوفير هذه السرعة كما يأتي بعضها الآخر لدعم الثقة والائتمان التجاريين.

إن التزايد المستمر في المعاملات التجارية تقتضي البساطة وقلة التكاليف في إبرام العقد مما يتطلب استبعاد الشكلية. لكن تراجع مبدأ حرية التعاقد خلال هذا القرن لأسباب تمس بمصالح فردية ومصالح عامة. فبالنسبة للمصالح الفردي، قد تكون الرضائية لوحدها خطر على المتعاقد، الذي قد يتسرع إلى إبرام العقد قبل أن يقدّر الأمور ويغفل مسائل هامة، كما تساعد الرضائية إلى تضليل المتعاقد وإلى نشوب نزاعات حول مضمون العقد.

لم يكن القانون التجاري حاصلا لتطور الحياة التجارية في الجزائر وإنما جاء استجابة لمتطلبات سياسية بحتة وتلبية لإرادة سياسية اختارت التوجيه الاشتراكي حيناً والتوجيه الرأسمالي حيناً آخر مع ما يتطلبه من تدابير واجراءات الاندماج في النظام الاقتصادي العالمي تحت رعاية وإشراف المنظمات الدولية العامة أو المتخصصة. ولاشك أن ربط القانون التجاري بالظروف السياسية للبلاد حيث يتم سن قواعد وتعديلها على ضوء هذه المتغيرات من شأنه خلق مشاكل على الصعيد النظري بحيث يثير تناقضات وعدم انسجام على مستوى النظام القانوني، وعلى الصعيد العملي بحيث يتسبب في تعقيد الحياة التجارية وبروز اللاستقرار فيها هذا ما ترجم الاختلافات الفقهية حول مصير القانون المدني الذي عرف تغييراً جذرياً في مبادئه بفعل القوانين الخاصة.

فرضت الشكلية نفسها في التصرفات التجارية وعرفت تطوراً في مضمونها خاصة بعد ظهور العقود الإلكترونية والعقود الذكية وأضحت ضرورة مصيرية لدعم الاستقرار والائتمان. فلما نتساءل عن الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟ نثير سؤالاً آخر ما مصير المعاملات التجارية بدون الشكلية؟ فإذا كانت الإرادة هي منشئ التصرف تكون الشكلية وسيلة لتطبيق الإرادة والرقابة على تنفيذ التصرف المعبر عن هذه الإرادة وحمايتها.

قائمة المرجع:**أولاً: الكتب**

1. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر 2013.
2. نادية فضيل، عقود الوساطة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2017.
3. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
4. لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي وفق آخر التعديلات 2006، الطبعة الثانية، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، 2007.
5. Bencheneb (A), Le droit algérien des contrats, éditions Ajed, 2011.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. فطيمة نساخ دكتوراه بعنوان "الوظيفة الاجتماعية للعقد"، دكتوراه، جامعة الجزائر-1، 2013.
2. خديجة فاضل "عيممة العقد"، دكتوراه، جامعة الجزائر-1، 2016.

3. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه علوم، الجزائر-1، 2016.

المقالات

1. أبو طه خالد، حسنية أحمد، الشكلية في العقود التجارية "دراسة تحليلية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 13، العدد 1، أفريل 2020، المقال من ص 103 إلى ص 121.

مواقع الإنترنت

1. زكريا المرابط، "الدور الحمائي للشكلية في المادة التجارية) الأصل التجاري نموذجاً (بتاريخ 9 ديسمبر 2014 على الساعة 05.20 صباحاً كتب بواسطة Admin في الموقع الإلكتروني www-droit-et-entreprise.org :
2. El Abbadi Aouatef, Le formalisme du droit commercial, btst.ahlamontada.com , publié le 05 juin 2011, 11-04 AM.