



جامعة قاصدي مرباح - ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



حماية الغير في القانون التجاري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (LMD) في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف:

د. عياض محمد عماد الدين

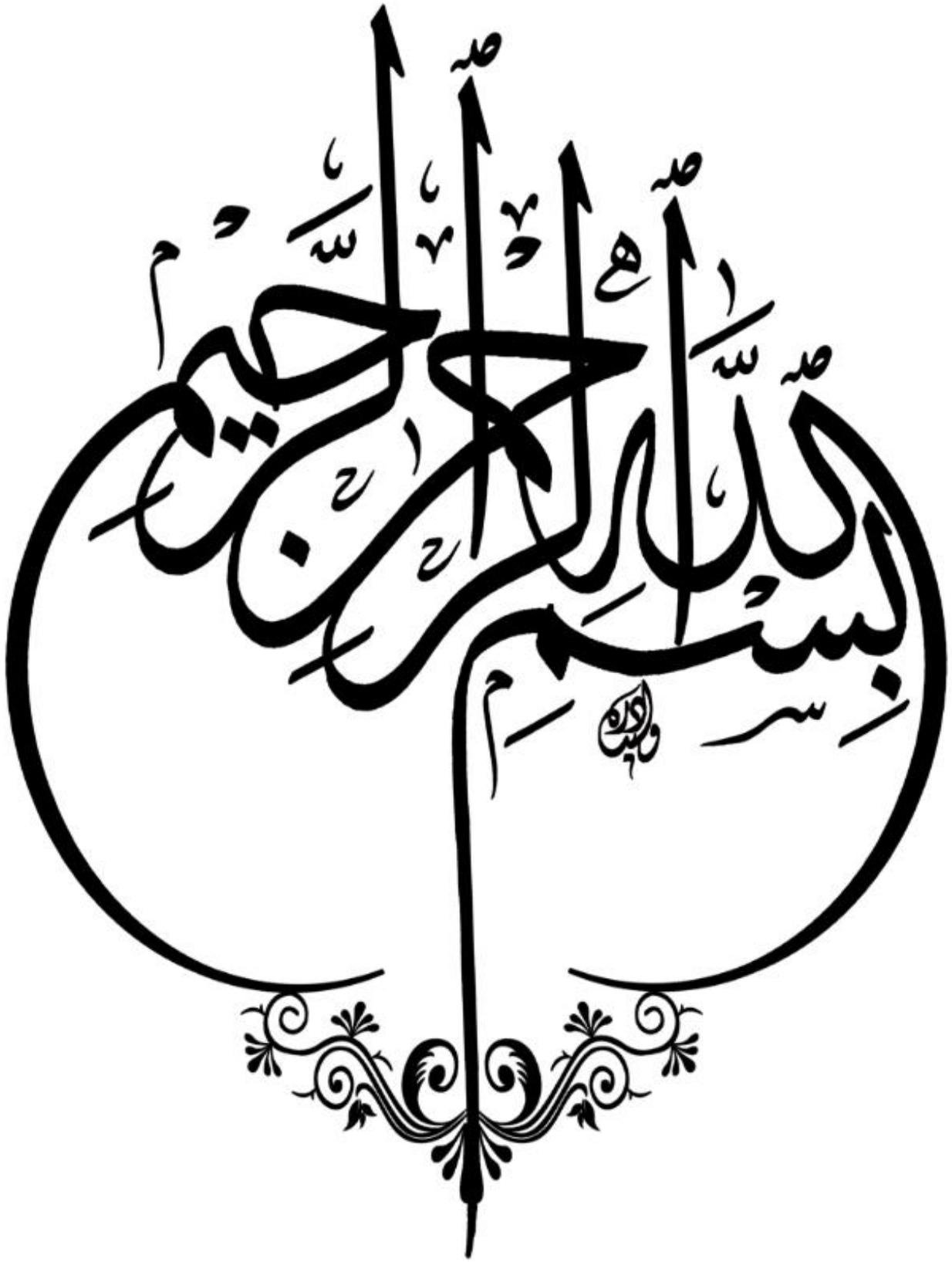
إعداد الطالبة:

نصيرة غرايسة 

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
يسمينة لعجال	أستاذة التعليم العالي	جامعة ورقلة	رئيساً
د. عياض محمد عماد الدين	أستاذ محاضر "أ"	جامعة ورقلة	مشرفاً ومقرراً
هشام بن الشيخ	أستاذ محاضر "أ"	جامعة ورقلة	عضواً
طه عيساني	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة ورقلة	عضواً
راضية عيمور	أستاذة التعليم العالي	جامعة الأغواط	عضواً
فريدة بن عثمان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة البليدة	عضواً

السنة الجامعية: 2023/2022



إهداء

إلى الذين بددوا وحشة الطريق ... واملؤوا حياتي حباً وأملاً وعطاء.....

إلى أولئك الذين يفرحهم نجاحنا ويحزنهم فشلنا

إلى من إليهم أنتمي وهم أقوى وأستمر إلى عائلتي



نصيحة

شكر وتقدير

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث المتواضع فالحمد لله حمداً كثيراً من هذا المقام أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف الدكتور "عياض مُجَّد عماد الدين" لما أبداه لي من حسن رعاية ورحابة صدر وروح علمية مخلصة، وعلى ما قدمه لي من توجيهات ونصائح سديدة وملاحظات قيمة... فشكراً أستاذي.

والشكر الموصول أيضاً إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبولهم مناقشة هذه الأطروحة وتصويبها كلا بإسمه ومقامه.

وأخيراً لا بد من كلمة شكر ومحبة وامتنان إلى كل الأساتذة الذين أشرفوا على تكويننا في طور الدكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح -ورقلة- وكذا الطاقم الإداري وكذا أشكر كل من شد من أزري، وكل من ساندني في تحقيق هدي حتى ولو بكلمة طيبة.



نصيحة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ص: الصفحة
- ق. ت: القانون التجاري
- ق. م: القانون المدني
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ط: طبعة
- غ. م: الغرفة المدنية
- غ. ت. ب: الغرفة التجارية والبحرية
- ج. ر: جريدة رسمية

ثانياً: باللغة الأجنبية

- Art: article
- P: page
- c. c. f: code du commerce français
- Op.cit: opus citatum / opera citato

مقدمة

مقدمة

تشكّل الأعمال التجارية الجزء الهام من نطاق القانون التجاري، وهذا نظرا لنظامها القانوني المتميز مقارنة بالقانون المدني، بحيث يعد النشاط التجاري من أهم الأنشطة تطورا مع الزمن يتأقلم مع تغير وتوسع حاجات التجارة وهذا نتيجة حتميات إقتصادية، مما تولد عنه علاقات قانونية متعددة جعلها تحضى بالإهتمام التشريعي عبر فرض قواعد قانونية تعكس خصوصية البيئة التجارية، بحيث تعدّ هذه القواعد بمثابة ظوابط للمتعاملين في نطاقها تمنح لهم الإمتيازات من ناحية، وتفرض بموجبها الحماية القانونية من ناحية أخرى.

بالإضافة الى التطور الهائل للنشاطات التجارية التي كانت من بين الاسباب التي دفعت المشرع للاهتمام بعنصر الحماية القانونية للمتعاملين في نطاقها، رافقها أيضا تطور ذهنية التاجر الذي أصبح يستخدم ميكانيزمات أكثر فعالية في الانتاج والتوزيع والتسويق، مايجعلنا أمام طرف متمكن وقوي في العلاقة التعاقدية، مايجعلنا أمام معاملات تجارية متجددة وحديثة وتاجر يتقن التحكم فيها ويواكبها. وقد فرضت هذه المعادلة في ظل حداثة أهم ركيزتان من ركائز القانون التجاري وهما السرعة والائتمان جعل عنصر الحماية يتميز بأهمية قصوى في المجال التجاري، فمن أهم الصفات التي يتميز بها النشاط التجاري هي السرعة، على عكس الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء والتي لا تعرض على حياة الفرد إلا في القليل النادر أو في فترات متباعدة، أما الأعمال التجارية فتتلاحق بكثرة في حياة التاجر، كما أنها ترد على منقولات معرضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف مما ينبغي معه إبرامها بسرعة، وهذه الأخيرة فرضت قواعد خاصة تختلف عن قواعد القانون المدني⁽¹⁾.

فالقانون التجاري وُلِدَ البيئة التجارية نشأ وتطور إستجابة لحاجات التجارة المتطورة التي تقتضي تبسيط الإجراءات والبعد عن الشكليات، لإبرام العمليات التجارية بالسرعة المطلوبة فغير التاجر تعوزه الخبرة في إبرام التصرفات لندرة وقوعها، كما أنه لا يدوّن معاملاته بإنتظام في دفاتر لتساعد القضاء في حسم المنازعات، كما هو الشأن في المعاملات التجارية⁽²⁾.

(1) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري (الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية - المحل التجاري - الملكية الصناعية) دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص 14.

(2) البارودي علي، السيد أُلْفَي مُجَدِّد، القانون التجاري (الأعمال التجارية - التجار - الأموال التجارية - الشركات التجارية - عمليات البنوك والأوراق التجارية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1999، ص ص 85-86.

والسرعة في الحياة التجارية تتأثر بصورة مباشرة بإنتشار التكنولوجيا، وإنّ تطور تقنيات المعلومات والاتصالات اليوم يتخذ شكل التقدّم الخطي الصاعد مما يعكس على الجانب التجاري من حيث تغيير شكل ومضمون التجارة والأعمال، ومن بين هذه الأشكال الحديثة للتجارة هي التجارة الإلكترونية التي تنتمي إلى الإقتصاد الرقمي⁽¹⁾.

والإئتمان من ناحيته لا يقل أهمية عن عنصر السرعة، فهو يعني الثقة، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة مع الإلتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة محددة، وتنبع الثقة في المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه، ويعد الإئتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الإنتاج برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات، ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلا للوفاء به، حيث توفر هذه الثقة ضمان إقبال أكثر للعلاقات المالية واستقرارها، يتفادى معها ركود الاقتصاد الوطني⁽²⁾.

وعليه يعتبر الائتمان كإحدى دعائم النشاط التجاري، لأنّ معظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية تقوم على ظاهرة منح الآجال لسداد الديون الناشئة عنها، وتستوجب هذه الظاهرة وجود قواعد فاعلة لحماية الائتمان التجاري، مثل اقتراض التضامن، والتخفيف من إجراءات تنفيذ الرهن التجاري، وتقوية نظام الفوائد عن الديون التجارية، وكذلك مواجهة الإخلال بالائتمان التجاري بقواعد صارمة تبلور في نظام شهر الإفلاس الذي يسري على التجار المتوقفين عن دفع ديونهم التجارية⁽³⁾.

وازدادت الحاجة لوجود الإئتمان في المعاملات التجارية الحديثة نظرا لتشعبها وخطورتها من ناحية الآليات المستعملة، المتمثلة في تكنولوجيا الإعلام والاتصال والتي بالرغم من إيجابياتها وضرورة إدخالها، إلا أنّها تشكل خطورة لمستعمليها الذين يفتقرون للخبرة في إدارتها من ناحية؛ ومن ناحية ثانية حدوث الغش والاحتيال في إجراء الصفقات التجارية نتيجة للسرعة الإلكترونية وعدم وجود فترة إنتظار بين أطراف الصفقة⁽⁴⁾.

(1) العكيلي عزيز، الوجيز في القانون التجاري، الشركات التجارية، الأوراق التجارية، الأعمال التجارية، المتجر، التجار، العقود التجارية، المكتبة القانونية عمان، الأردن، ط1، سنة 2000، ص10.

(2) مُجّد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان (صور الإئتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 5.

(3) مُجّد فريد العريبي، هاني مُجّد دويدار، قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 19.

(4) صبايحي ربيعة، سلطة القاضي في رقابة الائتمان في الدفاتر التجارية، مداخلة في اطار اليوم الدراسي الوطني حول الجانب الالكتروني للقانون التجاري كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، يوم 2016/11/23، ص 174.

فتطور مفهوم الائتمان حاليا ليتوسع فلم يقتصر فقط في الثقة في منح الأموال وتداولها بصفة مؤجلة وليست حالية، بل أصبح يشمل الثقة في منح المعلومة والثقة في حماية المعطيات الشخصية للمتعاملين، فتغيرت طبيعة الأموال والسلع، فأصبح محل المعاملات نقود وأوراق إلكترونية وظهور المتاجر والبنوك والشركات الإلكترونية، لذلك وجب التحقق من ضمان وجود عنصر الائتمان في المعاملات الإلكترونية الحديثة أو التقليدية المحدثّة، فأضحى التحدي كبير في مواكبة التطورات الحاصلة في ميدان التجارة مضاعف من أجل خلق نوع من التوازن بين خاصيتي القانون التجاري.

وعليه فقد وضع المشرع آليات لحماية الغير المتعامل مع التاجر في إطار المعاملات التجارية، لما يحتله من مكانة مهمة في العلاقات القانونية التجارية لان المساس بمصالحه من شأنه تهديد إستقرار هذه العلاقات كما وقد يزداد هذا الضرر كلما اتسع نطاق هذه المعاملات⁽¹⁾.

لذلك كان لابد لنا قبل التوسع في مقدار الضرر الذي قد يقع لمصالح الغير أو التوسع في الآليات القانونية التي إتخذها المشرع لحمايته، يستوجب منا تحديد مفهوم "الغير"، والذي تعدّ مسألة تحديد صفتها صعبة الى حدّ ما، نظرا لتعدد المراكز القانونية للأغيار وعدم استقرارها⁽²⁾، غير أنّ دراسة ذلك إنطلاقا من اعتماد اساس قانوني موحد مستمد من النصوص القانونية الخاصة بالقانون التجاري، كفيل بتيسير تحديده ويختصر محاولة تعداده وبذلل طريق ملاحقة تغير مركزه القانوني، لذلك كانت الفكرة التي بنى على اساسها المشرع الاطار القانوني للغير في القانون التجاري هي الحماية في مواجهة حامل الصفة التجارية، ومقتضى هذا الاساس أن يكون "غيرا" كل من تعامل في اطار الاعمال التجارية مع تاجر⁽³⁾.

وبتتبع النصوص القانونية يتضح أن المشرع يقصد بالغير هنا هم الأشخاص الذين يفترض أن يتعامل معهم التاجر عند اكتسابه لهذه الصفة التجارية عند بداية نشاطه أو أثناءه وحتى بعد انقضاءه بصفة طبيعية بالشطب أو الحل أو بالإفلاس فهو الطرف الثاني إذا في المعاملة التجارية على خلاف القانون المدني الذي يمثل فيه الغير الطرف الثالث الأجنبي على العقد⁽⁴⁾، ونتيجة لذلك فإن الغير طبقا للأحكام العامة، من لم يوقع بإرادته على العقد فهو كل شخص أجنبي لا تنصرف إليه الإلتزامات المترتبة

(1) سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر، 1999، ص 61 و 65.

(2) Robert. Joseph. Pothier, Traité des obligations, préface de Jean louis Halpèrin, Dalloz, France, 2011, P 85.

(3) نصيرة غرايسة ومُجد عماد الدين عياض، مفهوم الغير في القانون التجاري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد الثاني، سنة 2022، ص 115.

(4) سعودي حسن سرحان، مرجع سابق، ص 65.

عنه⁽¹⁾، والواضح هنا أن المعيار المستعمل هو الإرادة الذي إستقر مدة من الزمن بالرغم من ظهور معايير أخرى في الفقه المدني الحديث كمعيار توسيع الارادة⁽²⁾، ومعيار المجموعة العقدية⁽³⁾، وذلك على خلافا للمعيار المستعمل في القانون التجاري، الذي إستند في تحديده لمفهوم الغير بالنظر الى صاحب الصفة التجارية، وبالتالي يكون أكثر دقة وخصوصية يتحدد بالنسبة الى أحد طرفي العلاقة القانونية الذي يحمل الصفة التجارية، دونما النظر الى العقد ككل، ولقد إعتمد المشرع الجزائري هذا المعيار في كافة مراحل النشاط التجاري.

وإستنادا الى ذلك يكون الأساس القانوني لمعيار الصفة التجارية في مرحلة إكتساب الصفة التجارية، المادة 22 ق ت ج، بحيث تناول المشرع في في الباب المتعلق بآثار اكتساب صفة التاجر ضرورة أن يلتزم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري والذين لم

(1) الفقه المدني التقليدي، كان يعرف الغير في القانون المدني بمفهوم الاستبعاد وفقا لمعيار الإرادة، فكل من لم يتدخل بإرادته في العقد هو أجنبي عنه. حيث عرف الأستاذ debran الغير أنه: (كل شخص أجنبي عن أثر الإنفاق فلا يستطيع أن يطالب "بتنفيذه ولا أن يلزم بهذا الأثر). إلا أن هذا التعريف تعرض لانتقادات شديدة من جانب الفقه حيث وصف أنه يمثل مصادرة على المطلوب، فيمكن القول بأن الفقه الفرنسي استقر على أن الأثر الملزم للعقد يقتصر على أطرافه، بمعنى أنه لا يترتب التزاما على الغير ولا يقرر له من حيث المبدأ حقا ونجد نفس الرأي هو السائد في الفقه الجزائري تنص المادة 113 ق م ج على ما يلي: " لا يترتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". أنضر حللمي ربيعة، الغير في العقد - دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق - سنة 2016-2017، ص 24.

(2) الفقه المدني الحديث تعددت فيه النظريات المحددة للغير في العلاقات التعاقدية فظهرت نظرية توسيع الارادة حاول (غاستان) وضع معياره الجديد بالتوسيع من دور الإرادة في تحديد المركز القانون للطرف والغير، إذ يشترط لاكتساب صفة الطرف شرطان، الأول: أن يتحمل أثر ا من آثار التصرف القانوني، وأن يكون قد عبر عن إرادته من أجل إنشاء هذا الأثر القانوني وبالتالي يجعل من الطرف على نوعين: الطرف المتعاقد والطرف المرتبط، فالأول هو من عبر عن إرادته في تكوين العقد، أما الثاني المرتبط هو الذي جاء تعبيره عن الإرادة بعد تكوين العقد والغير بهذه الوضعية هو من لم يعبر عن إرادته ابتداء ولا بعد وهو أيضا نوعين عند غاستان، الغير الصنف الأول هو الذي لم يعبر عن إرادته عند الإبرام أو عند ترتيب الأثر لكن ارتبط بآثار العقد بنص القانون مثل حالات الدعوى غير المباشرة، أما الغير الصنف الثاني هو الأجنبي تماما لا تتوفر فيه أي حالة من الحالات السابقة لم يعبر ولم يرتبط، أنضر يوسف كهيبة، سلام عبد الله: مقال بعنوان التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد:03، العدد:01، سنة:2019، ص 66-65.

(3) كما ظهرت نظرية المجموعة العقدية التي نادى أنصارها بأن كل شخص داخل هذه المجموعة يعد طرفا فيها وإن لم يكن هناك رابطا مشترك، وبالتالي فإن الغير في نظرهم هو الأجنبي والمقصود بالأجنبي في هذا الموضوع هو ذلك الغير الذي يقع خارج إطار المجموعة العقدية، أنضر جاسم نور نزار: مسؤولية المتعاقد قبل الغير في إطار المجموعة العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النهريين، كلية الحقوق، العراق، سنة 2017، ص15.

يبادروا بتسجيل أنفسهم عند إنقضاء مهلة شهرين، أن لا يكون لهم التمسك بهذه الصفة كتجار لدى الغير أو الإدارات العمومية إلا بعد تسجيلهم⁽¹⁾.

وكذلك المادة 11 من القانون رقم 08/04 مؤرخ في 14 أوت سنة 2004 المعدل والمتمم، الذي يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية التي تنص على أنه لا يعتد بتسجيل الشخص الاعتباري في السجل التجاري تجاه الغير إلا بعد يوم كامل من تاريخ نشره القانوني⁽²⁾ ويقابل هذه المادة في القانون التجاري المادتين 545 والمادة 549 ق ت ج التي تحمي الغير من عيوب التأسيس المتمثل في عدم الرسمية أو النشر⁽³⁾.

ومقتضى هذه النصوص هي إعتبار المشرع أن الغير تتحدد صفته بالنظر إلى صاحب الصفة التجارية شخص طبيعي أو معنوي، ويشدد على التنبيه على الإلتزامات القانونية الناجمة عن اكتسابه لهذه الصفة تجاه الغير الذي سيتعامل معهم في مراحل نشاطه الأولى، ويواصل المشرع كذلك تأكيده على نفس التوجه في مرحلة نشاط التاجر مستندا على نفس الاساس القانوني، حيث تتميز مرحلة النشاط على إتساع الاحكام القانونية المشار اليها "للغير" وتحديد مركزه القانوني.

ويكرس ذلك بداية في كل من المادة 23 والمادة 24 من القانون التجاري، اللتان أشارتا لمصطلح الغير في إطار عدم الاحتجاج من طرف التاجر تجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم التجاري حيث تشدد على ضرورة الإعلام والنشر للوقائع التي تم الغير المتعاقدين معهم وتتأثر مصالحهم بعدم نشر هذه الوقائع، ومنه فلا يمكن للتاجر المسجل الذي يتنازل عن متجره أو يؤجر إستغلال تأجير التسيير، أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي عليه من جراء الإلتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر، إلا ابتداء من اليوم الذي وقع فيه إما الشطب وإما الإشارة المطابقة وإما الإشارة التي تتضمن وضع المتجر على وجه تأجير التسيير⁽⁴⁾.

ولم يغير المشرع معنى الغير الذي يقصده بإعتباره الطرف المقابل للتاجر، ففي المحل التجاري وتحديدًا في إطار التصرف بالبيع الوارد عليه فقد ورد لفظ "الغير" على المتعاملين للمحل التجاري والذين لهم الحق في مواجهة المتصرف له بالبيع حسب نص المادة 95 ق ت، وفي نفس السياق اعتمد المشرع الصفة التجارية كأساس لتحديد مركز الغير الذي يتعامل مع الشركات التجارية عند نشاطها

(1) الأمر رقم 75 / 59 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم.

(2) القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 18/08/2004.

(3) راجع المادتين 545 والمادة 549 ق ت ج.

(4) الأمر رقم 75 / 59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وذلك عندما أدخل في مفهوم "الغير" بصفة موسعة كل دائني الشركة التجارية مهما كان نوعها كالموردين واحاملي السندات والعمال وغيرهم ممن يتعاملون معها، وعلى هذه الحالة فالمساهمين والشركاء والمسيرين لا يعتبرون من الغير⁽¹⁾.

وقد كان للمشرع في أحكام السفتجة إشارة بأن كل من المستفيد أو المدين بقيمة السفتجة يعتبر "غيرا" في مواجهة محررها وذلك في المادة 395 من القانون التجاري الجزائري عندما منع على الساحب أن يتهرب من التزاماته تجاه الحامل الشرعي، وكذلك المادة 409 ق ت ج بنصها على الضمانات التي تبين أن كل من خارج سلسلة التوقيعات هو بالنسبة للورقة التجارية "غيرا"، ويظهر هذا الحكم في المادة 448 من القانون التجاري في قسم التدخل عندما يبين المشرع أن المسحوب عليه قبل قبول السفتجة كان بحكم الغير بالمعنى الواسع، لكن بعد قبولها ينظم للإلتزام الصرفي ويمكن له تعيين متدخل للوفاء بقيمتها في مكانها عند تاريخ الاستحقاق، وهذا المتدخل يعتبر "غيرا" بالنسبة للورقة التجارية حتى يضع توقيعه عليها.

وعليه فهنا يكون الحكم على الغير المتعامل في إطار الأوراق التجارية بالنظر للعمل التجاري ككتلة واحدة دوغما النظر للالتزامات المسببة لقيامه، فالمدين بقيمة الورقة التجارية خصّه المشرع بعدة حقوق وامتيازات أهمها الإحتجاج وقاعدة الرجوع الصرفي تجاه كل الملتزمين الصرفيين الموقعين على الورقة التجارية⁽²⁾.

ولقد حافظ المشرع على نفس التوجه في مرحلة انقضاء النشاط التجاري، ما يجعل معيار الصفة التجارية ينجح في كونه المحدد لمقصود المشرع بالغير في المعاملات التجارية، حيث يعتبر جماعة الدائنين في الإفلاس التجاري من الغير بالنسبة للتاجر إذ وبصدور الحكم بشهر الإفلاس تغل يد المدين عن التصرف في أمواله وعلى ذلك فلا يعتد بكل تصرف يقوم به المدين بعد حكم شهر الإفلاس، فلا يحتج بها في مواجهة الجماعة إذا وقعت في فترة الريبة، فالحق الذي تباشره جماعة الدائنين بشأن ذلك حق مستمد من القانون⁽³⁾.

(1) إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 04.

(2) غرايسة نصيرة وعياض مجّد عماد الدين، مرجع سابق، ص 119.

(3) قصري، ناسيم، اصلاح نظام إفلاس الشركات التجاري "دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06 (العدد 01)، 2020، الجزائر جامعة حسبية بن بوعلبي بالشلف، ص 627-642.

وإذا ما قرر الشركاء إنهاء نشاط الشركة التجارية بجلها فلا ينتج هذا الأخير آثاره تجاه الطرف المقابل الذي بينهم تعاملات تجارية ومصالح، لذلك عبر عنها المشرع في المادة 766 ق ت "بالغير" الذين تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة في مواجهتهم في مرحلة التصفية لحين انتهاءها حماية لمصالحهم وتفاديا لتهرب الشركة والشركاء من مسؤولياتهم وذلك ابتداء من اليوم الذي تنشر فيه في السجل التجاري⁽¹⁾.

ويمكن أن نوسع تعميم مفهوم الغير في القانون التجاري باعتماد معيار الصفة التجارية على مختلف الأحكام القانونية المستحدثة التي لحقت المعاملات التجارية فيما يتعلق بالغير في المحل التجاري الإلكتروني والغير في الشركات التجارية الإلكترونية والغير أيضا في الأوراق التجارية الإلكترونية، لأنها تمثل امتداد إلى المعاملات التجارية التقليدية مع بعض الخصوصيات.

فإذا كان المشرع في النصوص المتعلقة بالقانون التجاري يخاطب فئة معينة من الأشخاص وهم التجار وطائفة معينة من الأعمال وهي الاعمال التجارية، فإن أساس اطلاق الأحكام تكون من خلال المخاطب بهم، وعليه فإن الصفة التجارية هي المحدد للمركز القانوني للغير وهذا ما يميز الغير في القانون التجاري مقارنة بالقانون المدني، الذي يستند هذا الأخير في أحكامه على تحديد الأغيار انطلاقا من طرفي العلاقة التعاقدية دونما الإقتصار على أحدها مهما كانت صفته أو مهما كانت طبيعة محل التعاقد. إلا أن الأساسين القانونيين في تحديد مركز الغير سواء كان الصفة التجارية أو العقد والارادة يصلحان بصفة إنفرادية أو تضامنية، بحيث تتحدد جاهزية كل منهما حسب مجال الدراسة إن كانت في نطاق المعاملات المدنية أو التجارية، ولا يلغي المركز القانوني للغير بوصفه طرفا ثانيا في القانون التجاري وجود غير بوصفه طرفا ثالثا بمفهوم القانون المدني⁽²⁾، ويتقاطعان في الهدف وهو الحماية التي تمثل مختلف الآليات والضمانات القانونية، التي يهدف الغير الحصول عليها وفقاً لما تضمنته الاحترام الكامل لحقوق كافة الأطراف ذات العلاقة للحد من المخاطر التي تهدد المصالح المشروعة للأغيار المتضررة شريطة أن تنطبق عليهم كافة الشروط القانونية للمطالبة بالحماية.

هذه الشروط التي تمثل ضوابط قانونية تدعم معيار الصفة التجارية، فلا يمكن أن نطلق على جميع من تعاملوا مع تاجر في إطار المعاملات التجارية ب"أغيارا" بصفة مطلقة بل لا بد أن تتوفر في هذا الطرف المقابل لصاحب الصفة التجارية شروط أهمها "المصلحة المشروعة"، فلا بد أن يكون الغير

(1) راجع المادة 676 ومايليها من القانون التجاري .

(2) غرايسة نصيرة وعياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص121.

صاحب مصلحة وتكون هذه الأخيرة مشروعة يحميها القانون، فيكون تعامله مع المحل التجاري مثلاً في إطار نشاطه طبقاً للأحكام القانونية المعمول بها في هذا الشأن ومع الشركة التجارية أيضاً وهكذا⁽¹⁾. وعليه فإن الغير يكون هنا متأثره إيجابياً بالتاجر ونشاطه التجاري وليس سلبياً، وبمفهوم المخالفة لا يمكن أن يستفيد من الضمانات القانونية المقررة للحماية الأطراف الذين انقضى التزامهم دون عيب ظاهر أو مستتر أو دونما تضرر من معاملاته، ومنه لم يحدد المشرع الطبيعة القانونية للغير بل أشار إليه بصفة "الدائن" في عديد من الأوضاع القانونية⁽²⁾، دونما توضيح إن كان شخص طبيعي أو معنوي أو مدني أو يحمل بدوره صفة التاجر، ما يجعله مفتوح على كل الاحتمالات، فقد يكون الغير صاحب صفة تجارية فيكون هنا إما تاجر شخص معنوي يتخذ إحدى الأشكال القانونية للشركات التجارية سواء كانت شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة تضامن أو شركة مساهمة وغيرها أو يكون تاجر شخص طبيعي، كما قد يكون الغير شخص طبيعي أو شركة مدنية لا يحمل صفة التاجر كما قد يحتل أن يكون تعامل مع تاجر في إطار نشاط تجاري، أو تعامل معه في معاملة مدنية اتخذها التاجر لأغراض تجارته.

باعتباره دائماً لا بد التمييز بين المفهوم القانوني للغير والغير بالمفهوم الإقتصادي الذي أطلق عليه القانون الفرنسي عبارة "الدائن المهني"، حيث إستعملت هذه العبارة في القانون المتعلق بالمبادرة الاقتصادية لكن دون التطرق لوضع مفهوم له⁽³⁾.

وانطلاقاً من هذه الضوابط يتبين أن هنالك مفهوم واسع للغير ومفهوم ضيق، فالمفهوم الموسع ينعكس على "كونه الطرف الثاني الذي يتمثل في كل شخص طبيعي أو معنوي تربطه علاقة قانونية وفق مبادئ حسن النية مهما كانت طبيعته القانونية في مواجهة صاحب صفة تجارية وفي إطار الأعمال التجارية التقليدية كانت أو الإلكترونية، وتأثرت مصلحته بهذا التعامل بصفة مباشرة أو غير مباشرة".

(1) تعرف المصلحة لدى فقهاء القانون بعدة تعريفات أهمها وصفها عنصر من عناصر الحق وحيناً بمعنى كونها شرطاً لقبول الدعوى، وهي كما قال أهرنج: "كل شيء يشبع حاجة مادية أو معنوية لشخص ما" كما تم تعريفها على أنها "العلاقة بين الشخص وماله"، أنظر أبرار محمد حسين زينل، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامّة، مذكرة شهادة ماجستير جامعة البصرة، العراق، سنة: 2014، ص 03.

(2) راجع المواد التي تم ذكرها سابقاً تشير إلى أن الغير هو الدائن والطرف المقابل للتاجر.

(3) La Loi n 2003-721 du 1 aout 2003 j.o 5 Aout 2003، P 13449 sur l'initiative économique.

J.O.R.F 05aout 2003.

(4) غرايسة نصيرة وعياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 121.

أما المفهوم الضيق يقتصر على كل دائن للتاجر في نطاق الأعمال التجارية، مهما كانت طبيعته القانونية تعامل في نطاق مصالحه المشروعة".

ومنه فإن الغير محل الدراسة يعكس هذا المفهوم فقد يمثل كل دائن للمحل التجاري أو الشركة التجارية أو الدائن على قيمة الورقة التجارية أو حاملها الشرعي شريطة أن يتصف بحسن النية، وبصورة أشمل يمثل الطرف الثاني المقابل للتاجر وتعامل وفقا للأطر القانونية وتولدت على هذه التعاملات مصلحة مشروعة .

ونظرا لأهمية هذه المصلحة المشروعة في استقرار المراكز القانونية وتفاديا للمنازعات فقد أحاطها القانون بالحماية القانونية، والأساس القانوني في ضمان المشرع للحماية القانونية للغير في المعاملات التجارية يكون إنطلاقا من معايير تتمثل في معيار السرعة والائتمان ومبدأ حسم النية، حيث يمثل كل من عنصر السرعة والائتمان أهم ركيزتين يقوم عليهما القانون التجاري، وهما الخاصيتين اللتان يمكن الفصل بموجبهما بين القانون التجاري ومختلف فروع القانون الأخرى، وتضمن إستقرار المعاملات التجارية⁽¹⁾ .

هذه المعايير التي تمثل بناء قانوني يستند عليه الغير في الحفاظ على مصالحه وافتكاك الضمانات القانونية الكفيلة بذلك نظرا لما توفره هذه المعايير من تطبيقات قانونية بمثابة آليات فعالة في حماية الغير حسن النية، ومن أهم الضمانات القانونية التي تنبثق على معيار السرعة والائتمان في حماية الغير هو مبدأ حرية الاثبات الذي لطالما ما حمل أحكام متميزة على الاثبات في القواعد العامة، حيث أن مقتضيات السرعة التي تمثل أحد مميزات العمل التجاري، فرضت مسايرتها بموجب قواعد اثبات تضمن سرعة الاجراءات لأن المعاملات التجارية تنبني على البعد عن التعقيدات وطول الإجراءات التي قد تكلف التاجر الجهد والوقت وتتسبب في خسارته المالية وتفويته لفرص الربح⁽²⁾ .

وعليه فلا يجب أن يكون الاثبات مقيدا حسب القانون التجاري ويستفيد الغير من ذلك باختياره وسائل الإثبات بحرية، لدرجة يمكنه صنع دليل لنفسه كما يمكن أن يكون هذا الدليل الذي من صنعه ضده، هذه الأحكام المتميزة بالرغم مما طرأ عليها من ضبط كفرض الرسمية في بعض المعاملات التجارية

(1) Lova Raja belina. Les antécédents et les conséquences de la confiance en ligne : le cas du secteur financier. Thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en administration des affaires. Université du Québec à Montréal. Novembre 2011 p01-02.

(2) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 20.

وبالتالي العودة للإثبات المقيد في القواعد العامة، إلا أن مبدأ الإثبات الحرّ يعدّ ضماناً لا يمكن إنكارها ويستتبع الإثبات السهل الإعذار الأسهل، وذلك وفقاً لنفس الحرية في التبليغ دونما الحاجة لشكليات رسمية للإعذارات والتبليغات، كما يستفيد الغير من التقادم القصير الذي لا يتجاوز خمس سنوات كأقصى مدة.

وفي نفس السياق دائماً يوفر معيار السرعة والائتمان ضماناً أخرى غاية في الأهمية تتمثل في المعارضة، حيث أتاح القانون للغير حسن النية أمام احتمالات تهديد مصلحته أن يعارض في التصرفات التي من شأنها الانتقاص من ضماناته، كما يمكنه القانون أيضاً من معارضة دفع المقابل المادي الذي ترتبه التصرفات القانونية المعارض فيها.

فكلما تسارعت درجة حداثة المعاملات التجارية، كلما كان التفكير في خلق آليات تدعم الائتمان بصفة موازية، بهدف تحقيق الاستقرار في المعاملات⁽¹⁾.

وإلى جانب معيار السرعة والائتمان هنالك معيار آخر هو مبدأ حسن النية فيمثل أحد أهم أسس الحماية في القانون التجاري، فيشترط القانون ضرورة توفر حسن النية في الغير حتى يستفيد من الحماية القانونية، فأصبح مبدأ حسن النية مطلباً مهماً من أجل حصول الغير على الضمانات لصالحه والذي يتحدد وجوده وقت التعامل، حيث ساهم في تطور فكرة حماية الغير في القانون التجاري، ما جعل القضاء يستند إليه ويتخذ كعنصر جوهري في الكثير من المبادئ القضائية التي أرست أنظمة مهمة⁽²⁾، هذا من ناحية وكونه المعيار الذي يتحدد من خلاله ضمان عدم التعسف في استعمال الحق وعدم إلحاق الضرر بالتاجر الذي قد يتجاوز خطر ضرره الغير من ناحية أخرى، لذلك فهناك خط رفيع بين الحماية والتعسف في استعمال الحق في الحماية وعليه كان لابد للغير أن يتسم بحسن النية .

إنّ مبدأ حسن النية قد يبدو في ظاهره معيار أخلاقي غير ملموس صعب التحقق منه، لكن نظراً لأهميته تم تضمينه في مختلف التشريعات على شكل قواعد قانونية آمرة، تحدد من خلالها نية الغير ليتقرر

(1) المقصود هنا هو المعاملات التجارية التقليدية المتمثلة في الشركات التجارية والمحلات التجارية و الأوراق التجارية، حيث تم تحديث وعصرنة هذه المعاملات لتواكب التكنولوجيا، لكن تطبيق تكنولوجيا الإعلام والاتصال في الجزائر خصوصاً أبدى العديد من النقائص في التطبيق مما يضعف الائتمان وثقة الغير المتعامل في إطار هذه المعاملات.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 6.

على إثرها الحماية القانونية، فهو إعمال لمبادئ الصدق والأمانة وعدم الغش والإحتيال والنزاهة والتعاون في التصرفات والإجراءات عموماً، صيانة لمصلحة الغير الذي اطمئن للأوضاع القانونية الظاهرة⁽¹⁾.

لذلك نجد أن المشرع كرس هذا المبدأ في عديد النصوص المتعلقة بالمعاملات التجارية سواء تعلق الأمر بالمحل التجاري أو الشركات التجارية وحتى الأوراق التجارية، وبالتالي فرض أخلقة هذه المعاملات عن طريق مبادئ تعكس مفاهيم الشفافية والنزاهة والتعاون أهمها مبدأ الشكلية الذي يجسد التطور الذي لحق القانون التجاري والتحول إلى سياسة الضبط والحماية، وتجدد الإشارة أن الشكلية بثوبها الجديد لا تحمل معنى معاكس لمبادئ السرعة والإئتمان وإنما أضحت تعمل في خط متوازي مع هذه الخصائص لضمان الحماية واستقرار المعاملات⁽²⁾، عن طريق الكتابة بشقيها الرسمية والعرفية وعن طريق ماينطوي تحتها من قواعد ومبادئ كمبدأ الاعلام، الذي يعتبر حالياً سمة من سمات القانون التجاري، وتبرز مظاهر هذا المبدأ أكثر في القوانين المتعلقة بالممارسات التجارية وحماية الغير المستهلك بالنص صراحة على مفاهيم النزاهة والشفافية والتعامل بحسن نية.

وبالرغم من قوة هذه الضمانات التي كانت وليدة مبادئ أقوى وهي مبادئ السرعة والثقة وحسن النية، إلا أن فعاليتها تكمن في الأثر الذي ترتبه، حيث يمهّد تخلف هذه الضمانات إلى قيام المسؤولية القانونية للتاجر في مواجهة الغير حسن النية، قوامها المسؤولية التضامنية المفترضة.

هذا التضامن الذي يجعل الغير في مأمن للحفاظ على مصالحه، حيث يمكنه من الرجوع على كل الأطراف المتسببة في الضرر دونما يكون لها الحق في الدفع بالتقسيم والتجريد، فيقتصص الغير من الذمة المالية بصفة منفردة أو جماعية، وقد كانت هذه المسؤولية عبارة عن نتائج مترتبة على الإخلال بالالتزامات القانونية يعاقب من خلالها المشرع مالك المحل التجاري أو الشركة التجارية التي أخلت بتعهداتها تجاه دائئها حسني النية.

وواقع الأمر قد يتعرض التاجر إلى آثار أكثر قساوة وخطورة نتيجة ماخلفه من إرتباكات في العلاقات التجارية التي سجلها نشاطه التجاري، وعدم مراعاته لأهمية هذه التوازنات من خلال إخلاله بمبدأ الائتمان والثقة فيكون جزاءه الإفلاس، الذي يمثل الحكم به نهاية حياته التجارية، كما أن الغير قد

⁽¹⁾ حمّار نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، مذكرة تخرج لئيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران - كلية الحقوق - سنة: 2011-2012، ص 10.

⁽²⁾ بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟، المجلة النقدية القانون والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 2، الصادرة عن جامعة تيزي وزو، الجزائر 2019/12/31، ص 203.

يتمسك بقاعدة عدم الإحتجاج حتى لا تنفذ التصرفات الضارة في مواجهته، والتمسك بنظام البطلان الذي يعيد كل شيء إلى حالته التي كان عليها قبل التعاقد إذا ما تعلق بتخلف الكتابة الرسمية لدى الضابط المختص، كون الكتابة المقررة لعقد الشركة أو العقود الواردة على المحل التجاري هي ركن للإنعقاد وليست للإثبات، فيكون العقد باطلا إذا لم يتم افراغه في الشكل الرسمي⁽¹⁾.

كما قد يكون البطلان أقل حدة ويكون نسبي فيما تعلق بتخلف أو إغفال البيانات الجوهرية التي يفرضها القانون، كالبيانات المتعلقة بالورقة التجارية أو بجداول قيد رهون الحيازية أو قيد الإمتياز وغيرها لذلك ميز القانون التجاري البطلان بخاصية التصحيح، فأصبح البطلان من نوع خاص يخول خاصية تصحيح عيوب التصرف الباطل نظرا لاعتبارات الحماية للغير حسن النية، مما أدى إلى ظهور الشركة الفعلية.

والملفت للإنتباه هو التطور الحاصل في هذه الآثار القانونية، وعندما يتعلق الأمر بالمسؤولية التضامنية يلاحظ توجه تشريعي نحو المسؤولية الجنائية للأعمال عن طريق سياسة فرض العقوبات المالية والغرامات والعقوبات التكميلية المتمثلة في الغلق والتعليق للنشاط التجاري، وكذلك في تكثيف المعاينات وغيرها من الإجراءات والمفاهيم التي تشكل في مجملها فعالية مضاعفة لمسألة الحماية.

ويعد الإفلاس أيضا إحدى الآثار القانونية الهامة المترتبة على عدم إحترام الضمانات المقررة للغير إلا أنه في الوقت الراهن لم يعد الضمانة الوحيدة التي يتمسك بها، بل ظهرت قواعد أكثر فعالية في المحافظة على إستمرارية النشاط التجاري وضمن إستقراره الذي يمثل إستقرارا بالنتيجة لمصالحه، ومن بين القواعد المستحدثة والتي تبنتها القوانين المقارنة، تتمثل في فكرة الحوكمة والتسيير العقلاني للتحكم في النشاط ومحاولة إدارته وفقا لمعايير تضمن استمراريته ومساعدته في تخطي تعثراته، فيبدو أن بعض المفاهيم على الرغم من أهميتها إلا أنها بدأت تتخذ شكلا أكثر مرونة.

وقد يكون الغير في إطار التعاملات التجارية التقليدية في مركز أكثر أريحية مقارنة بالغير في التعاملات التجارية، نظرا لكون هذه الأخيرة حديثة العهد من ناحية التنظيم القانوني بالرغم من فرض سيطرتها ووجودها منذ فترة من الزمن من الناحية العملية، إلا أن السكوت التشريعي عن تنظيم بعض التعاملات المهمة كمسألة الشركات الإلكترونية والمتاجر الإلكترونية تجعل من الغير الإلكتروني المتعامل في نطاقها منقوص الحماية.

(1) راجع المادة 324 مكرر 1.

حيث يظهر تردد المشرع في الاعتراف بالعقد الرسمي الإلكتروني وفي إدخال تقنيات التوقيع الإلكتروني في المحرر الرسمي، وغياب تعديلات على مستوى مواد القانون التجاري، وذلك عن طريق إضافة مواد متعلقة بالمُتاجر الإلكترونية مثلما فعل المشرع في الأوراق التجارية بإدخال تعديلات وإضافة الأوراق التجارية الحديثة في إشارة صريحة للاعتراف بالأوراق التجارية الإلكترونية.

وعليه وبناء على ما سبق ذكره تتضح لنا الأهمية التي يحتلها الغير في المعاملات لمختلف الأنظمة القانونية التجارية، والتي انعكست بصورة مباشرة على كل آليات حمايته التقليدية والحديثة، سواء من الناحية التشريعية، القضائية، والفقهية، فالغير إذا أولى له المشرع الحماية وتضرره من شأنه أن يخل بالمراكز القانونية ويهدد استقرار المعاملات التجارية كما وسبق أن أشرنا، مما يعطي للبحث قيمة قانونية.

وبالرغم من كل الصعوبات التي واجهت هذه الدراسة خصوصا أن مسألة تحديد الغير في القانون التجاري بالمفهوم الواسع مسألة ليست هينة وتزداد تعقيدا في البحث عن آليات حمايته، عن طريق مجموعة من الضمانات، هذه الأخيرة تأتي متناثرة في نصوص القانون التجاري، خصوصا إذا ما حاولنا تسليط الضوء على المعاملات التجارية في الشكل الحديث الإلكتروني، لذلك ارتأينا إتخاذ بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالنظام القانوني للمحل التجاري والشركات والأوراق التجارية، ارتأينا إتخاذها كتطبيقات في عملية إستقراء البحث عن الآليات القانونية المكرسة لصالح الغير، بموجب خصائص السرعة والإئتمان ومبدأ حسن النية، مع الإشارة في كل مناسبة إلى الأحكام المستحدثة إلكترونيا في هذه الأنظمة.

وتبدو أهمية الدراسة أيضا في مايتعلق بالحماية الإلكترونية للغير الإلكتروني التي أصبحت تشكل أهمية قصوى، تتساوى في الوقت الحالي مع الأهمية التي تحضى بها حماية الغير في المعاملات التجارية التقليدية، نظرا للنقائص المسجلة على مستوى التنظيم التشريعي لها، حيث إنتشرت المُتاجر الإلكترونية التي تنشط عبر الشبكة، وأصبح نشاط الشركات التجارية الإلكترونية يفوق نشاط الشركات التجارية التقليدية، لكن كان التحدي مضاعفا عن طريق التفكير في ضبط المركز القانوني للغير الإلكتروني، وفي إمكانية تطبيق نفس الأحكام القانونية على الغير التقليدي.

والمثير للإهتمام في هذه الدراسة هو محاولة معرفة ما إذا كان الغير الإلكتروني قد خصص له المشرع بموجب الأحكام المستحدثة ضمانات مضاعفة أم أنه يحتكم إلى القواعد العامة في القانون التجاري، نظرا لأن القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية تظهر قصور في الحماية القانونية للغير، ما يفسح

المجال لتطبيق نفس الأحكام على الغير في المعاملات التقليدية، وبالتالي يستفيد الغير الإلكتروني من كل الضمانات المقررة للغير في المعاملات التقليدية أيضا.

ولعل ما يزيد هذه الدراسة قوة وأهمية أيضا، هو نقص التطرق لهكذا دراسة موسعة تشمل البحث في تحديد آليات حماية الغير في المعاملات التجارية في القانون التجاري بالمفهوم الواسع، دونما اقتصارها على جانب معين من المعاملات التجارية، حيث أن معظم الدراسات القانونية اقتصرت على تناول حماية الغير في الشركات التجارية، كما اقتصرت على رصد ضمانات الحماية بالنظر إلى الشركات التجارية فقط، فشمولية الدراسة لمختلف الأنظمة القانونية في القانون التجاري تعطيها أهمية علمية وقانونية، مما دفعنا لإتخاذ كمبرر موضوعي حفّزنا لإختيار الموضوع.

أما المبررات الشخصية تتمثل في وضع دراسة شاملة للغير في القانون التجاري، يكون بإذن الله إضافة في رصيد المكتبة القانونية في مسألة البحث في حماية الغير في القانون التجاري، وتشكّل مرجعا للطلبة والباحثين في هذا المجال.

استنادا إلى كل ما سبق ذكره تتضح لنا إشكالية الدراسة، وذلك عن طريق الوقوف على مختلف ضمانات حماية الغير في المعاملات التجارية، والآثار المترتبة عنها إستنادا إلى مبدأ حسن النية وخاصيتها السرعة والإئتمان، من خلال التساؤل التالي: **مامدى كفاية الحماية القانونية المرصودة للغير في المعاملات التجارية؟**

وحتى تكون الدراسة بشكل منهجي منظم وفقا لطرق البحث العلمي السليم، تم الإعتماد على المنهج الإستقرائي عند استحضارنا لمظاهر الحماية القانونية للغير على ضوء خصائص السرعة والإئتمان ومبدأ حسن النية، وتمت الإستعانة بالمنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية، شرح وتحليل الضمانات والوقوف على مدى فعاليتها في تأدية دورها الحمائي، مع تسليط الضوء على النقائص المسجلة في هذا الشأن.

وحتى تتمكن من الإجابة على الإشكالية ارتأينا أن يكون التقسيم موزع على باين، في الباب الأول نسلط الضوء على خاصيتي السرعة والإئتمان وحماية الغير في المعاملات التجارية، وهو مقسم بدوره إلى فصلين نتناول في الفصل الأول ضمانات حماية الغير على ضوءي السرعة والإئتمان، ندرس فيه مبدأ حرية الإثبات وأحكام التنفيذ والإعذار الخاصة، والنقطة الثانية نتعرض لأحكام المعارضة سواء المعارضة في التصرف أو في الدفع، أما الفصل الثاني نخصصه للوقوف على الأثر المترتب على الإخلال

بهذه الضمانات، عن طريق رصد هذه الآثار من خلال النظام المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية والمتعلق بنظام المسؤولية التضامنية والجزائية .

وقد تم الإستقرار على أن يكون عنوان الباب الثاني هو مبدأ حسن النية وحماية الغير في المعاملات التجارية، نحاول في الفصل الأول التركيز على مظاهر أخلقة العمل التجاري، من خلال الوقوف على مدى فعالية الأخلقة وتجسيدها في المعاملات التجارية، ومن خلال أحكام الشكلية ومايتعلق بها من كتابة سواء كانت رسمية أو عرفية، ومن ناحية أخرى نتطرق لأحكام الإعلام القانوني المتضمن الإشهارات والقيود القانونية، أما الفصل الثاني نتعرف من خلاله على أثر تخلف مظاهر الأخلقة على حماية الغير، فيكون هذا الأثر عن طريق نظرية البطلان ومايندرج تحتها من أحكام خاصة بالبطلان الخاص بالمعاملات التجارية، ومن جهة أخرى الأثر المتعلق بقاعدة عدم الإحتجاج وتناول عدم الإحتجاج بالامتناع عن التصرف أو عن طريق القيام به .

الباب الأول

السرعة والائتمان وحماية الغير في

المعاملات التجارية

الباب الأول

السرعة والائتمان وحماية الغير في المعاملات التجارية

تجسد خاصيتا السرعة والائتمان مجموعة من الآليات القانونية الحماية، التي تعتبر بمثابة تطبيقات لها يستفيد منها الغير أثناء تعاملاته التجارية حفاظا على مصالحه، فخاصية السرعة تندرج تحتها عدة ضمانات وأهمها متعلق بالاثبات والتنفيذ، حيث يعدّ مبدأ حرية الاثبات مبدأ متميز مقارنة بالأحكام العامة الذي يتميز بالتقييد، وكذلك الأمر بالنسبة للتنفيذ خصوصا المسائل المتعلقة بإجراءات المهل القضائية والإعذارات، أما خاصية الائتمان فتضمن للغير تفعيل أحكام المعارضة، فالغير له الحق في فرض رقابته عن طريق استعمال وسائل تسهل له مواجهة التاجر بيسر وسهولة، أو الاعتراض على مختلف القرارات أو التصرفات التي تطرأ على كل من المحل التجاري أو الشركات أو الأوراق التجارية والتي من شأنها أن تؤثر في مصلحته وتتسبب في ضرر له وفي حقيقة الأمر أنهما آليتين تجسدان الشفافية في العلاقات الاقتصادية وقد زاد الاهتمام التشريعي بهما وتضمنيهما في مختلف الأحكام القانونية الرامية للحماية تحقيقا للتوازن بين العلاقات التجارية.

ولم يقتصر المشرع في حمايته القانونية على منح هذه الضمانات للغير، بل أحاطها بجزاءات في حالة الإخلال بها، عن طريق تمكينه من شهر إفلاس التاجر وكذلك قيام مسؤوليته القانونية، بحيث يجوز للغير في هذه الحالة أن يمارس حقه في اللجوء للقضاء وطلب إفلاس التاجر أو أن يطالبه بتحمل مسؤوليته القانونية سواء كانت مدنية أو جزائية، لذلك سنتولى في الفصل الأول التطرق للضمانات القانونية التي تجسد حماية الغير على ضوء السرعة والائتمان وبيان مختلف أحكامها على ضوء أهم الانظمة القانونية التجارية المنتشرة سواء تعلق بأحكام المحل التجاري أو الأوراق التجارية أو الشركات التجارية، وسيتم الوقوف في الفصل الثاني على تأثيرات هذه الآليات وكيفية تفعيلها وناقش مدى نجاعتها لصالح الغير تحقيقا لحمايته المقررة قانونا عن طريق نظام الإفلاس والتسوية القضائية، وكذلك نظام المسؤولية القانونية.

الفصل الأول

ضمانات حماية الغير على ضوء خاصيتي السرعة والائتمان

إن الضمانات التي يمكن رصدها لحماية للغير، هي انعكاسا لخاصيتي السرعة والائتمان، لذلك كان هنالك تطبيقات تمثل آليات حماية للغير حسن النية المتعامل في إطار الأنظمة القانونية في القانون التجاري الذي ستم دراستها على ضوء أحكام المحل التجاري والشركات التجارية والأوراق التجارية،

هذه التطبيقات التي تبناها المشرع في مختلف النصوص القانونية وثبتت تميزها على القواعد العامة وكانت بمثابة تعزيز للمركز القانوني للغير في المواد التجارية، لذلك نسجل أهم التطبيقات من خلال خاصية السرعة والتي تشكل بدورها مبادئ استثنائية في مجال العلاقات التجارية كمبدأ حرية الاثبات، الذي يعد خروجاً على القواعد العامة في الاثبات وما ينتج عنها من قواعد اهم تدعم الحماية، وتتفرع أيضاً على مبدأ السرعة خاصة سرعة التنفيذ التي تعد بدورها ضمان من ضمانات حماية الغير، وفي المقابل يوجد تطبيقات انعكاس لخاصية الائتمان تتمثل أساساً في آلية المعارضة القانونية، هذه الأخيرة التي تكون سواء في الدفع بالنسبة لمختلف الوضعيات القانونية من محل تجاري أو أسهم وحصص في الشركات التجارية أو قيم مالية تحملها الورقة التجارية، كما يمكن أن تكون المعارضة في التصرفات التي تنقل الضمان القانوني للغير محل الحماية من ذمة المدين المالية فتضعف مركزه القانوني، وتبعاً لما تمت التوطئة له، كان تقسيم الدراسة في هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: تطبيقات السرعة كضمانات للغير والذي سيتم تقسيمه بدوره إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: مبدأ حرية الاثبات كضامن لحماية الغير في القانون التجاري، والمطلب الثاني: مبدأ السرعة في التنفيذ.

أما في المبحث الثاني: تطبيقات خاصية الائتمان في القانون التجاري فستتم معالجة هذه التطبيقات عن طريق شرح آلية المعارضة في مطلبين، المعارضة في الدفع كآلية لحماية الغير في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نتعرض للمعارضة في التصرف.

المبحث الأول

تطبيقات السرعة كضامن لحماية الغير

ولعل أهم التطبيقات التي يمكن رصدها في هذا الشأن هي التي تمثل انعكاسا لخاصية السرعة أهمها مبدأ حرية الاثبات، وكذا مبدأ التنفيذ بما يشتمل عليه من عنصر الاعذار، المهل القانونية والتقدم، فهي آليات فعالة لحماية الغير في مختلف الأنظمة القانونية في القانون التجاري، تم تتبعها في إطار المحل التجاري، الشركات التجارية، ثم في إطار الأوراق التجارية سيتم البحث في مبدأ حرية الاثبات وذلك في المطلب الأول، لنسلط الضوء في المطلب الثاني على مبدأ التنفيذ، يستعمله الغير لتأمين الحماية القانونية لحقوقه.

المطلب الأول

مبدأ حرية الاثبات

نظام الاثبات له خصوصية مقارنة بأحكام الاثبات المتعارف عليها في المواد المدنية، تتكيف أحكامه مع خصوصية المعاملات التجارية تبسيطا للإجراءات وابتعادا على التعقيد، فكان الاثبات حرا هذه الميزة التي تعتبر تعزيزا لحماية الغير في مواجهة التاجر المعتدي على حقوقه، نتطرق لكيفيات ذلك بالشرح في الفرع الأول، أما النتائج المترتبة على مبدأ حرية الاثبات فهي جواز التاجر تقديم دليل لنفسه وضد نفسه وهما قاعدتين تمثلان خروجاً عن المألوف في قواعد الاثبات، سيتم تسليط الضوء حولهما في الفرع الثاني مع محاولة معرفة مدى استفادة الغير من القاعدتين تعزيزا لمركزه القانوني في الاثبات، وهذا ما نتعرض من خلال ما يلي:

الفرع الأول

مضمون مبدأ حرية الاثبات

تعتبر العقود التجارية من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما بالإيجاب والقبول وتتميز العقود التجارية بالابتعاد عن الشكلية المعقدة، مما يجعل إثباتها حرا، وفق ما قضت به المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، ويرجع ذلك لما تتطلبه التجارة من سرعة وائتمان، وكذلك تكرار العقود التجارية وسرعة تلاحقها بحيث يتعذر على التاجر أن يعد محررا أو دليلا لإثبات

كل عقد يبرمه⁽¹⁾، والمادة 333 من القانون المدني قد رسخت بصورة صريحة لا لبس فيها مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، وعليه فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انتهائه⁽²⁾، حيث يهدف الإثبات إلى تلمس الحقيقة واستقرار التعامل باعتباره الوسيلة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم، فالحق لا قيمة له إذا لم تتوافر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه.

إلى جانب المصلحة الفردية التي يحققها الإثبات، فإنه يحقق مصلحة عامة اجتماعية، حيث يؤدي إلى حسم المنازعات ومنع الادعاءات الكيدية وتوفير أسباب الاستقرار في المجتمع⁽³⁾.

حيث أكد المشرع على هذا المبدأ بموجب المادة 30 قانون تجاري عندما جعل من دفاتر التجار والرسائل وفواتير كوسائل إثبات مقبولة يمكن الإحتجاج بها الى جانب السندات الرسمية، إلا أنّ المادة ذكرت في آخرها أنه يمكن الإثبات بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها⁽⁴⁾.

وعليه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات حول صياغة المادة وما تحمله من قراءات كما يلي:

– تشير المادة على التعدد على سبيل الترتيب التسلسلي وذلك ظاهر من خلال الترقيم

– المادة عمدت في صياغتها على ان تكون مفتوحة في آخر وسيلة وبالتالي تشير إلى أنه يمكن أن تكون هنالك وسائل أخرى غير مذكورة في المادة، مما يوحي بأن الوسائل التي تم ذكرها، مذكورة على سبيل المثال وليس الحصر، وهنا يبدو غموض النص الذي يظهر حصريا للوسائل تارة وتارة أخرى غير ذلك.

– وسع المشرع في المادة من سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات خلافا لما هو معمول به في الأحكام العامة في مبادئ القضاء حيث يمكن للخصوم تقديم أدلة تكون محل سلطة تقديرية للقاضي في قبولها من عدمها، هنا يدعوننا الموضوع لطرح التساؤل حول كون هذا التوسع بإمكانه خدمة مصلحة الغير وتعزيز حمايته من عدمه؟

(1) محمد الأمين نويري، الطرق الخاصة للإثبات التجاري بين النص والتطبيق في الجزائر، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد 04، العدد 20، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي ببرلين، ألمانيا، جانفي 2020، ص 194.

(2) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم.

(3) بقدر كمال، حرية الإثبات في المادة التجارية، مجلة القانون، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن جامعة معسكر، الجزائر، 14/06/2012، ص 66.

(4) راجع المادة 33 ق ت ج.

الإجابة على هذا التساؤل تكمن في المادة نفسها، فالحرية في اختيار وسائل الإثبات يعد بحد ذاته ضمانات إضافية، إلا أن واقع الامر بفرض المادة 324 مكرر 1 الكتابة الرسمية في بعض الأحكام التي تعتبر من أهم الأنظمة القانونية في القانون التجاري كعقد الشركة والعقود المتعلقة بالتصرفات الواردة على المحل التجاري، تعيدنا إلى الإثبات المقيد لكن غاية المشرع من الشكلية تثبت حماية للغير وليس عرقلة لحمايته، وأحكام الشركة الفعلية تجسد ذلك فلا يحتج بالشكلية في مواجهة الغير حسن النية وعليه فالغير حسن النية حمايته مضمونة بموجب الشكلية العرفية أو الرسمية أو بموجب اختياره أية وسيلة يقتنع بها القاضي.

ويطبق هذا المبدأ على التصرفات القانونية التي تثبت لها الصفة التجارية، ولقد حدد القانون التجاري ما يعد، عملاً تجارياً بصفة أصلية، فضلاً عن تبين المشرع لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، بإقراره قرينة تجارية، وبوجود القرينة يكون المشرع خفف من حيث وجود قاعدة الإثبات، إلا أنه لا يعني إطلاقاً استبعاد الدليل الكتابي الكامل من الإثبات أو إبعاد قوته، بحيث إذا وجد الدليل الكتابي غير المنكر أو المطعون فيه بالتزوير كانت له قوته في الإثبات ويظل للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير ما تقدم في الدعوى من بيئة وقرائن بما يخالفه⁽¹⁾.

ومن الحالات التطبيقية لمبدأ حرية الإثبات ما نصت عليه المادة 31 فقرة أولى قانون تجاري بقولها "يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقاً لأحكام المادة 30 أعلاه، وعليه يتضح أن رهن المنقولات في القانون التجاري يختلف عنه في القانون المدني من جهة أنه يجوز إثباته سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير بكافة طرق الإثبات، أي بالبيئة أو القرائن أو باليمين أو بالإقرار، وكذلك إثبات بيع المحل التجاري بالكتابة وهذا طبقاً للمادة 79 فقرة 01 من القانون التجاري⁽²⁾.

وما نصت عليه المادة 795 مكرر 2 قانون تجاري بقولها: "...ويمكن إثباتها بكل الوسائل".

ويلاحظ على هذا النص القانوني أن المشرع التجاري لم يشترط إثبات شركة المحاصة بعقد مكتوب، غير أنه تجب التفرقة بين الحالتين:

(1) كمال بقدر، مرجع سابق، ص 68.

(2) تنص المادة 79 من القانون التجاري المعدل والمتمم على أنه: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً".

الحالة الأولى: في العلاقة القائمة بين الغير وشركة المحاصة، فإن إثباتها كان وما زال حرا بكافة طرق الإثبات، والعلة في ذلك أن الغير لا بد له في كتابتها، زد على ذلك أن الشركة بالنسبة للغير واقعة مادية.

الحالة الثانية: لما كانت شركة المحاصة تتميز بصفاتها المستترة فهي لا تخضع لركن الشكلية الواجب توافره في عقد الشركة وبناء على ذلك لا يشترط أن يتم عقد تأسيسها كتابة، ولا يشهر عقدها، ويترتب على ذلك أن عقد شركة المحاصة يوجد فيما بين الشركاء سواء تم كتابة أو لم يتم، وفي هذه الحالة يمكن إثبات هذا العقد فيما بين الشركاء بكافة طرق الإثبات.

ومن ثم يتضح أن العبرة في تحديد قواعد الإثبات هي بطبيعة العمل وصفة الخصم المراد الإثبات في مواجهته لا بطبيعة المحكمة المعروض عليها النزاع، لذلك نجد أن الغير المتعامل مع تاجر يعفى من الإثبات وينتقل عبء الإثبات الى المدعى عليه، حيث أصبح الخطأ هو معيار الحماية من اجل تعزيز الائتمان⁽¹⁾.

وتعتبر قاعدة حرية الإثبات حق للخصوم، متى طلب الخصم ذلك، وجب على القاضي أن يسمح بتقديم الدليل الذي طلب الخصم تقديمه، وهو بعد ذلك حر في الأخذ به أو في طرحه أو في طلب تكملته بأدلة أخرى، ومع ذلك يفهم من الفقرة الأخيرة للمادة 30 السالفة الذكر أن حرية الإثبات رخصة للقاضي وليست للخصوم بحيث لا يجبر القاضي على النظر في دليل غير الكتابة متى قدر ذلك⁽²⁾.

مع الإشارة أن البعض من الفقه يعتبر أن الإثبات بالكتابة للأعمال المختلطة يمثل قييدا أو استثناء على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية⁽³⁾، ومبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفته واشتراط الإثبات بالكتابة، وحينئذ يمتنع الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، كأن يتفق مثلا على أن إثبات التخالف من الدين لا يكون إلا بمخالصة كتابية⁽⁴⁾، وذلك ما سار عليه الفقه والقضاء الفرنسي على جواز اتفاق أطراف التصرف القانوني على القواعد المقررة في الإثبات خاصة ما يتعلق منها بضرورة الاستعانة بالدليل الكتابي، ومن ثم يجوز التنازل عن التمسك

(1) مزعاش عبد الرحيم، قواعد الإثبات في الأمور التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 01، السنة الجامعية 2001/2000، ص 108.

(2) J.calais. Aulo, Essai Sur la Notion d'apparence en droit commercial, In: Revue internationale de droit compare. Vol. 12 N° 4, 1960,p:824-825.

(3) بقدر كمال، مرجع سابق، ص 71.

(4) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 35.

بالمادة 1341 من التقنين المدني الفرنسي صراحة أو ضمنا بغض النظر عن قيمة التصرف محل الإثبات⁽¹⁾.

وسبب هذا الخروج هو أن هذه العقود والتصرفات يستغرق إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا يكون لدى المتعاقدين فسحة من الوقت لتحرير سند كتابي حسماً لكل نزاع محتمل في المستقبل حول طبيعتها وآثارها لا سيما وأن إثباتها عن طريق البيئة ينطوي على خطورة لا تخفي⁽²⁾.

ولما كانت حرية الإثبات مقدرة لمصلحة أصحاب الشأن ولا تتعلق بالنظام العام، فإن لهم أن يتنازلوا عنها صراحة أو ضمنا بأن يتفقوا مقدما فيما بينهم على ضرورة الإثبات بالكتابة⁽³⁾، حيث أشار القانون التجاري إلى وجوب إثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة ويرجع ذلك إلى أهمية هذه العقود التجارية، فهي تمثل دورا مهما في البيئة التجارية والاقتصاد الوطني، وتبلغ قيمتها مبالغ كبيرة تطبيقا على ذلك، وقد يتجاوز المشرع أحيانا ويستلزم الكتابة ليست للإثبات، وإنما شرطا لصحة العقد ذاته، ففي هذه الأحوال يجب الإثبات بالكتابة، ولا يقبل إثبات عكس مضمون الكتابة إلا بكتابة أخرى، ولا يحتج بتاريخ المحرر الحرفي إلا متى كان ثابتا بوجه رسمي⁽⁴⁾.

وهذا الاستثناء لبعض التصرفات يجعل إثباتها مقيدا بوجود دليل كتابي سواء كان رسميا أو عرفيا دون غيره من وسائل الإثبات، نظرا لما تتضمنه من تفاصيل تجعل الأطراف يفكرون طويلا قبل الإقدام على التعاقد، مما جعل طرق الإثبات الأخرى لا تكفي حفاظا على حقوق الأفراد والغير، وذلك خروجا عن القاعدة العامة.

واشترط الدليل الكتابي لإثبات مثل هذه العقود لا يتعارض على الإطلاق مع ما تقتضيه التجارة من سرعة ويسر، بل هو ولا شك أكثر سهولة وأسرع من اجتلاب الشهود ذلك أن التجار يطبعون عادة نماذج العقود التي تعودوا إبرامها بعد دراسة الشروط المطلوبة والالتزامات المقبولة⁽⁵⁾، ففي الأوراق التجارية لم يجز المشرع الإثبات بأي دليل آخر غير الورقة التجارية، عملا بمبدأ الكفاية الذاتية وقد تقرر هذا المبدأ خاصة من جهة لحماية الحامل وطمأنته من عدم السماح لأي مدين في السند التجاري بإثارة

⁽¹⁾ Article n° 1314 du Code civil français: "Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur".

⁽²⁾ مُجّد فريد العريبي، هاني مُجّد دويدار، مرجع سابق، ص 34.

⁽³⁾ مُجّد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 202.

⁽⁴⁾ من ذلك ما نصت عليه المادة 545 قانون تجاري بقولها: "ثبتت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة".

⁽⁵⁾ مُجّد فريد العريبي، هاني مُجّد دويدار، مرجع سابق، ص 34.

أية وسيلة أخرى لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون الورقة التجارية، ليتصل من دفع قيمتها، وبغض النظر عن هذه الاستثناءات فإن اللجوء إلى الإثبات بالكتابة أصبح منتشرًا بعد شعور المتعاملين في الميدان التجاري بتوفير الحماية لأنفسهم في حالة النزاع، فأضحت الشكلية ضرورة للحماية لا تعرقل التجارة وإنما تخدمها⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى ومع تزايد اللجوء للعصرنة وظهور التجارة الإلكترونية يدعونا للتساؤل حول كيفية الإثبات في الأحكام التجارية عبر الشبكة؟

يعد الإثبات من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية وارتقائها، وذلك للاختلاف ما بين العقد الإلكتروني⁽²⁾، والعقد العرفي القائم على المحرر والتوقيع التقليدي كعامل إسناد أولي في الإثبات. في حين لا تعترف التجارة الإلكترونية بهذه الوسائط في الإثبات، لما تقوم عليه من التقاء للقبول والإيجاب في محيط إلكتروني يقوم على تبادل البيانات الكترونياً - (EDI) Electronic Data Change . والتقدم بذلك نوعاً جديداً لم نألفه من الكتابة والتوقيع بأسلوب الكتروني، حيث يتم التحميل على دعوات غير ورقية داخل أجهزة الاتصال، أو خارجها، والتوقيع عليها من مرسل الرسالة الإلكترونية بأسلوب التشفير⁽³⁾.

(1) دحماني محمد الصغير، مدى تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2014/03/01، ص ص 39-40.

(2) المشرع الجزائري فقد نص بدوره على العقد الإلكتروني في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، لكن المادة المتعلقة بالتعريفات أحالت تعريفه إلى القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، وبالرجوع لهذا الأخير لا سيما المادة الثالثة منه، تحديداً الفقرة الرابعة منه: يعرف العقد كما يلي: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً"، راجع: القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة في 2010/08/18.

(3) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق - المنازعات العقدية وغير العقدية)، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 58.

كما تبني المشرع مجموعة من الآليات الفنية والقانونية، كتقنية التشفير وجدران الحماية، باعتبارها أهم الوسائل في مجال توفير أمن وسلامة البيانات والمعاملات عبر الانترنت، أين لا يقتصر دورها على تأدية وظيفة الحماية وضمن السرية للرسائل الرقمية، بل يمتد إلى تدعيم الإثبات المعلوماتي⁽¹⁾.

فجاءت الحكومة الفرنسية من جديد في تاريخ 15 نوفمبر 2003 بمشروع قانوني حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي" والذي تم الموافقة عليه من قبل المشرع الفرنسي في 21 يونيو 2004، واعتبارا من هذا التاريخ أصبح لمقدمي خدمات الإنترنت في فرنسا نظامهم القانوني الخاصة⁽²⁾.

يتضح من نص المادة سالفه الذكر أن المشرع الفرنسي قد تبني تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة، ليشمل كل أنواع الكتابة، سواء كانت كتابة على دعامة ورقية، أو كتابة على دعامة إلكترونية وتكون بذلك الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات، بنفس الحجية المعطاة للكتابة على الدعامة الورقية، بشرط أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها⁽³⁾.

وبدوره القانون الجزائري اعترف بالكتابة الإلكترونية وسأوى بقوتها القانونية الدعامة الورقية في أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني⁽⁴⁾.

تبعي الإشارة فيما يتعلق بمشكلة الإثبات الإلكتروني، إلى أن المشرع الفرنسي كان السباق في وضع مقارنة واقعية وشاملة لحل هذه المشكلة، حيث نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي، على أن الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أي ما كانت دعامتها وشكل إرسالها⁽⁵⁾.

لكن الإشكال يطرح في حالة التنازع بين الأدلة الكتابية على دعامة ورقية والأدلة الكتابية على دعامة إلكترونية فأيهما يأخذ القاضي؟ أي على فرض احتجاج طرف بالكتابة أو مستند الكتروني تحت

(1) نورة حسين، الفوترة الإلكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، الصادرة عن جامعة عمار النليجي بالأغواط، الجزائر، جوان 2019، ص 135.

(2) LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Journal officiel français, n° 143, du 21 juin 2004.

(3) بوعزة هداية، النظام القانوني للدفع الإلكتروني - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019، ص 70.

(4) تنص المادة 324 مكرر 1 ق ت ج على ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(5) Article n° 1316 du Code civil français Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres. déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé.

يده، في حين قدم الخصم محرر كتابي خطي فبأيهما يأخذ القاضي ومن يرجع من الأدلة؟، وقد توجد في الواقع عدة حالات يكون فيها الفصل واجبا من القاضي، وهذا ما يجرنا للتساؤل عن الحلول التي يتبعها القاضي خاصة الجزائري؟.

في الواقع لم يجيب المشرع على هذا التساؤل ما يجرنا للبحث في القوانين المقارنة وعلى الخصوص القانون الفرنسي⁽¹⁾، والتي أعطى فيها المشرع الفرنسي للقاضي سلطة فض النزاع بين الأدلة الكتابية سواء كانت الكترونية أو ورقية، وترجيحه مبني على الأخذ بالدليل الذي يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال مهما كان شكل الدعامة المثبت عليها، وهذا ما لم يوجد اتفاق صحيح أو نص قانون يقضي بخلاف ذلك يمنح أولوية لمحرر أو كتابة على أخرى، وبالتدقيق في نص المادة 2/1316 السالفة الذكر يتضح أن المشرع الفرنسي لم يقيد القاضي بمعايير على أساسها يختار الدليل الأنسب، أي أنه منحه سلطة تقدير ذلك بنفسه⁽²⁾.

يمكن أن نأخذ بنفس الحكم اسقاطا على القانون التجاري الجزائري بالرغم من أن المادة 33 من ق ت لم تشير لهذه الإشكالية، ولكنها منحت السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في اختيار وقبول وسائل الاثبات المعروضة أمامه وعليه يمكن أيضا له ممارسة سلطته التقديرية في المفاضلة بين الاثبات الورقي والإلكتروني.

بالرغم من أهمية البحث في إشكالية الاثبات في التشريع الجزائري، إلا أن عدم الاعتراف التشريعي ببعض التحديثات التي طرأت على الأنظمة القانونية التقليدية كالمحل التجاري وظهور المتاجر الإلكترونية وكذلك الحال مع الشركات الإلكترونية، يجعل هذه الإشكالية غير مطروحة في التشريع الجزائري لأن قانون التجارة الإلكترونية، يحضر اعتبار معاملة الكترونية تخضع لها، التصرف الذي يفرض فيه المشرع الرسمية وذلك نظرا لاعتبارات تتعلق بعدم تبني المشرع الجزائري دعائم ومفاهيم الكترونية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني⁽³⁾ والتوثيق الإلكتروني، مع الإشارة أنه بات ضرورة ملحة مع التزايد الرهيب للمعاملات

(1) حيث أنه استحدثت نص المادة 2/1316 بموجب القانون رقم 2000/230 الصادر في 30 مارس 2000 والمعدل للقانون المدني.

(2) زروق يوسف، مكانة الكتابة الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، المجلد 03، العدد 06، الصادرة عن المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتسمسليت، الجزائر، 2012/12/06، ص 265.

(3) التوقيع الإلكتروني ELECTRONIC SIGNATURE عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره ويتم اعتماده من الجهة المختصة. وتتعدد أشكال التوقيعات الإلكترونية المستخدمة حاليا بهدف أداء وظيفة أو عدد من الوظائف التي تؤديها التوقيعات الخطية والتي تعتمد على التوثيق المبني على الإحصاء باستخدام- قلم خاص يتم به التوقيع يدويا على شاشة الكمبيوتر على لوح رقمي، وعندئذ يتم تحليل التوقيع الخطي عن طريق الكمبيوتر وتخزينه كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات كما يمكن

الإلكترونية مما يجعل الغير المتعامل في هذا الاطار تتضاءل فرص حمايته، لأن مجال المعاملة تقتصر حول طرفين بحسب مفهوم قانون التجارة الإلكترونية وهما:

المورد الإلكتروني⁽¹⁾ والمستهلك الإلكتروني⁽²⁾ فالمشرع الجزائري يبدو أنه أورد مفهوم ضيق للمستهلك الإلكتروني وليس موسعا، عندما جعل منه مقتني بغرض الاستخدام النهائي فقط، وبالتالي يتضح أن قانون التجارة الإلكترونية ينظم علاقة التاجر والذي يتمثل أساسا في صفة المورد الإلكتروني بغير تاجر الذي يمثل المستهلك الإلكتروني، فالغير هنا بمفهوم معيار الصفة التجارية⁽³⁾ "هو المستهلك الإلكتروني".

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما هو القانون الذي يمكن أن نطبقه على العلاقات

بين مورد إلكتروني وآخر؟ وكيف يمكن حماية الغير الذي يمكن أن يكون مورد الكتروني وليس مستهلك الكتروني؟ خصوصا وأنّ المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية في الفقرة الأولى صريحة في تعريفها للأطراف العقد الإلكتروني، موضحة بأتهما: المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني.

فالإجابة على هذا السؤال غير موجودة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لأنه لا ينظم هذه العلاقة، إلا إذا كان المورد الإلكتروني طالب الخدمة أو السلعة سيقتني هذه السلعة أو الخدمة بغرض الاستخدام النهائي فيدخل هنا في حكم المستهلك النهائي، أما إذا كان غرضه التداول فلا يطبق عليه أحكام القانون 05/18، ويطبق عليه باقي القوانين الأخرى كالقانون التجاري السابق بيانه، وقانون الممارسات التجارية 02/04.

لذلك استوجب المسارعة في اتخاذ قرارات بإدراج آليات التوقيع الإلكتروني وتفعيل ما يعرف بالتوثيق الإلكتروني الذي يسمع لفئة الموثقين على مستوى التراب الوطني من تحرير العقود الرسمية عبر آليات تكنولوجية حديثة، كما يستوجب توسيع العلاقات التي يمكن أن تخضع لقانون التجارة الإلكترونية

للمتلقي عرضها على شاشة الكمبيوتر للتوثيق والتي من المفترض أن عينات من التوقيع الخطي قد سبق تحليلها وتخزينها بواسطة الأدوات الإحصائية، راجع: مُجد منير الجنيبي، ممدوح مُجد الجنيبي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 23.

(1) المورد الإلكتروني عرفه القانون رقم 05/18 في المادة السادسة بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

(2) تنص المادة 6 فقرة 3 " من نفس المصدر أن المستهلك الإلكتروني: هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي.

(3) معيار الصفة التجارية تم شرحه وتفصيله، في المقدمة كمعيار لتعريف الغير في القانون التجاري.

لتشمل حماية الغير الحسن النية سواء كانت في علاقته مع مورد الكتروني آخر أو بصفته مستهلك إلكتروني.

الفرع الثاني

اصطناع دليل الاثبات في المواد التجارية

تقضي القواعد العامة في الإثبات أنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلاً ضد غيره، بما يجزره لمصلحة نفسه، ذلك من مقتضيات تحمل المدعي عبء إقامة الدليل على ما يدعيه، أنه لا يقبل منه ما يصطنعه لنفسه من مستندات ومحرمات كدليل على دعواه⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فإنه لا يمكن لأحد تغيير حيازته بنفسه لنفسه مثلاً، لأنه من غير الممكن في أحكام القانون المدني صنع الشخص دليل لنفسه⁽²⁾.

ومع ذلك القانون التجاري بصياغة واضحة ومحددة أورد استثناء على هذا الأصل العام، بحيث سمح للتاجر أن يحتج بدفاته كخروج عن الأصل العام وذلك في نص المادة 330 من القانون المدني⁽³⁾. ويعتبر مبدأ حرية الاثبات في ظاهر الامر من المزايا التي يتمتع بها التاجر، لكن في المقابل هي حماية للمتعاملين معه وبالتالي فهي خطراً عليه، ذلك إذا لم يحسن التدبير والتقدير في معاملاته فهو معرض للإفلاس⁽⁴⁾.

ثم أنه تتوجب الإشارة إلى أن الحرية في مجال الاثبات لا تشمل كل المسائل المتعلقة بالإثبات فتعديل القواعد المتعلقة بتوزيع عبء الاثبات رغم أنها ليست من النظام العام، إلا أن ذلك لا يعني اعتبارها قواعد مكملة، ومن ثمة نجد الحرية في الاثبات منحصرة فقط في اختيار الوسائل، خاصة أن كثير من الوسائل المعددة في المادة 30 لا تصلح دليلاً في غير المواد التجارية ويلاحظ تمييز المادة بين الأوراق العرفية⁽⁵⁾.

(1) بقدر كمال، مرجع سابق، ص 72.

(2) فقد نصت المادة 831 من القانون مدني على أنه: "ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده على أنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم به".

(3) حيث نص المادة على أنه: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبيئة".

(4) دحماني محمد الصغير، مرجع سابق، ص 37.

(5) نورة بن بوزيد، النظام القانوني للإثبات في المواد التجارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 01/06/2016، ص 163.

ويجيز القانون التجاري من ناحية أخرى الاستناد إلى الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة من يمكنها أو ضد مصلحته وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بعدم جواز قيام الشخص باصطناع دليل لمصلحته أو بعدم إجباره على تقديم دليل ضد نفسه⁽¹⁾.

وإضافة هذه الحجية على الدفاتر التجارية ومنح التاجر حق التمسك ببيانات دفاتره لمصلحته إنما أملت الثقة والسرعة اللتان تتصف بهما الأعمال التجارية مما يدعو التاجر في كثير من الأحيان إلى الاكتفاء بتدوين ما يقوم به من عمليات في دفاتره دون أن يهتم بالحصول على كتابة مثبتة لحقه، كما أن للتاجر الآخر الذي يحتج عليه بالدفاتر إثبات عكس ما جاء فيها بجميع الطرق بما فيها البيئة والقرائن⁽²⁾. وقد اعترف المشرع بهذه القوة القانونية للدفاتر الإلكترونية التي تم تعريفها على أنها: "قيام التاجر بتدوين كل ما يتعلق بتجارته عن طريق الحاسب الآلي بدلا من الدفتر التقليدي وتخزين هذه البيانات وفق الاصول"⁽³⁾.

وبالرغم من أن المشرع في القانون التجاري لم ينص على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وكيفيات مسكها إلا أنه يمكننا ان نستنتج من خلال المادة 324 مكرر 1 ق م التي اعترفت بالكتابة الإلكترونية، وتدخل الكتابة الإلكترونية على الدفاتر التجارية ضمن ذلك، ونفس المادة اشترطت للأخذ بها في الإثبات شرطي التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وضرورة الحفظ السليم لها، تتحقق الأولى عن طريق التوقيع الإلكتروني عليها والشرط الثاني يتحقق بجملة من الضوابط منها ما قضت به المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 110/09، بحيث لا يسمح البرنامج المعلوماتي للمحاسبة بعد التصديق على التسجيلات المحاسبية لكل فترة محاسبية بأي تعديل أو حذف لعملية⁽⁴⁾.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه⁽⁵⁾.

(1) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 34.

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 168.

(3) جامع مليكة، بكر اوي محمد المهدي، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 03،

الصادرة عن جامعة تامنغست، الجزائر، 01/11/2021، ص 248.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 110/09 المؤرخ في 07/04/2009، الذي يحدد شروط وكيفية مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الاعلام الآلي، الجريدة الرسمية،

العدد 21، المؤرخة في 08/04/2009.

(5) بقدر كمال، مرجع سابق، ص 73.

وأما إذا كانت غير منتظمة فيؤخذ كمبدأ الإثبات بالكتابة خاصة إذا كانت ضد التاجر لكونها تعد إقرار من التاجر ما ورد فيها من بيانات وبما أن البيانات الواردة في الدفاتر التجارية تعد بمثابة إقرار كتابي صادر من التاجر فان القواعد الخاصة ب الإقرار تقضي انه لا يجوز للخصم تجزئة هذه البيانات ليأخذ منها ما ينفعه ويترك ما يضره⁽¹⁾، وبالتالي فأما يؤخذ بها كاملة وأما صرف النظر عنها كأداة للإثبات كأن يقر التاجر في دفتره بدين لشخص آخر عليه ثم ذكر في إحدى صفحات الدفتر انه تم دفع الدين فان هذا الإقرار لا يمكن تجزئته⁽²⁾.

ويجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشر سنوات، كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نقص المدة⁽³⁾. وحتى تتحقق عملية الحفظ بالنسبة للدفاتر التجارية الإلكترونية، عالج المشرع الجزائري بموجب المرسوم رقم 142/16 المؤرخ في 05 ماي 2016، الذي يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً كما يلي:

- ضرورة ضمان استرجاع الوثيقة في شكلها الأصلي؛
- التأكد بأن يكون الحفظ يتم على دعامة بالنفاذ إلى محتواها⁽⁴⁾؛ ويجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية، كما أنّ الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه، وعليه لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس⁽⁵⁾.
- وإضافة هذه الحجية على الدفاتر التجارية ومنح التاجر حق التمسك ببيانات دفاتره لمصلحته إنما أملت الثقة والسرعة اللتان تتصف بهما الأعمال التجارية مما يدعو التاجر في كثير من الأحيان إلى الاكتفاء بتدوين ما يقوم به من عمليات في دفاتره دون أن يهتم بالحصول على كتابة مثبتة لحقه، كما أن للتاجر الآخر الذي يحتج عليه بالدفاتر إثبات عكس ما جاء فيها بجميع الطرق بما فيها البيعة والقرائن⁽⁶⁾.

(1) حيث تنص المادة 330 فقرة 2 ما يلي على أنه: "ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

(2) مزعاش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 183.

(3) أنظر المادة 12 ق ت ج.

(4) جامع مليكة، بكر اوي محمد المهدي، مرجع سابق، ص 252.

(5) أنظر المادة 13 ق ت ج.

(6) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع السابق، ص 168.

تعود فكرة إلزام المشرع التاجر بمسك الدفاتر التجارية، بتمكينه من أن يقيد فيها جميع العمليات المتعلقة بنشاطه التجاري (من بيع وشراء، ورهن، وديون والمصاريف المختلفة ...) حتى يتسنى له معرفة مركزه المالي، ماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بتجارته من جهة، وأن يتمسك بما كأداة إثبات صحة ما يدعيه ضد الغير من جهة أخرى، ويتقرر لرعاية مصلحة التاجر فقط لكنه يهدف من جهة أخرى تنظيم مهنة التجارة التي تقتضي استمرار وقوع التعامل بين التاجر مع الغير⁽¹⁾.

حيث يكون من الطبيعي ألا يقتصر الاستفادة من الدفاتر على التاجر الذي يمسكها بل يكون لكل ذي مصلحة، أما إذا كانت المستندات بحوزة أحد طرفي الخصومة من اللازم عليه تقديمها لخصمه وللمحكمة من أجل الإطلاع عليها حتى يتسنى له تقديم دفعه وذلك طبقا للمادة 70 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، وتمكين القضاء من الاطلاع على الدفاتر تعود للحجية التي يضيفها القانون على هذا النوع من المستندات، فقد اعتبر الكذب في البيانات الذي تتضمنه نوعا من الوسائل الاحتمالية التي يعاقب عليها القانون، وهذا الاتجاه قد سار عليه القضاء، وخاصة القضاء الفرنسي في القضايا المعروضة عليه في هذا الشأن⁽³⁾.

1- الاطلاع الجزئي

الاطلاع الجزئي يكون للمحكمة أو لخبير تندبه لهذا الغرض لا البيانات المتعلقة بالنزاع دون غيرها وذلك بحضور التاجر وتحت رقابته ودون تحليه عن حيازة الدفاتر حفظا لأسرار عمليات التاجر. والاطلاع الجزئي جائز في جميع الدعاوى تجارية كانت أو مدنية⁽⁴⁾.

كما ألزم المشرع في الحالات الأخرى على التاجر تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها ولكن اطلعا جزئيا فقط حيث يقتصر على الصفحة أو الصفحات المدعى بها من الدفاتر التجارية التي وردت فيها البيانات المتعلقة بالنزاع موضوع الدعوى ويكون الإطلاع عليه للمحكمة وحدها دون الخصوم وفقا للمادة 16 تجاري⁽⁵⁾.

(1) مزعاش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 183.

(2) القانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون إجراءات مدنية وإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23، المعدل والمتمم.

(3) جمال عبد العزيز العثمان، الإنصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة (دراسة قانونية مقارنة)، ماجستير قانون تجاري،

دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص 309

(4) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 174.

(5) راجع: المادة 16 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

2- الاطلاع الكلي:

تنص المادة السادسة عشر قانون تجاري المذكورة أعلاه، على الاطلاع الكلي أو الشامل فيكون بإيداع الدفاتر قلم كتابة المحكمة أي بتسليمها إلى الخصم للاطلاع على جميع محتوياتها، ولما كان الاطلاع الكلي يؤدي إلى الكشف عن أسرار التاجر، فإن المشرع لم يجزه إلا في أحوال معينة.

فمن خلال نص هذه المادة حدد المشرع الحالات على سبيل الحصر ألزم فيها الخصم الذي بحوزته الدفاتر التجارية أن يقدمها إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها اطلاقاً كلياً في القضايا المتعلقة بالإرث وقسمة الشركات وحالة الإفلاس⁽¹⁾.

وقد راع المشرع في تقريرها أن الدفاتر في هذه الحالات تعتبر ملكاً مشتركاً لجميع أطراف الدعوى، مما ينتفي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها، كما لم تعد ثمة فائدة من الاحتفاظ بأسرار عمليات التاجر كما هو الحال في الإفلاس⁽²⁾.

ويجوز للقضاة أن يوجهوا إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعينون قاضياً للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك في حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به، إذا كانت هذه الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة، وإذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقديم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر⁽³⁾.

وبالنسبة للشركات التجارية، فلا يجوز للشركاء إثبات الشركة تجاه الغير إلا بالكتابة، في حين أنه يجوز للغير أن يثبت قيام الشركة أو أي شرط من شروطها بكافة طرق الإثبات⁽⁴⁾.

فأرى الفقه من مسألة إثبات الشركات التجارية الإلكترونية عن بعد، يرى جانب من الفقه أن الصعوبة في مسألة الإثبات الإلكتروني في المسائل التجارية، والسبب لان القواعد التقليدية في الإثبات تركز على أسس تختلف عن تلك المبادئ التي يركز عليها الإثبات الإلكتروني، إذا أنها وسائل مجردة عن أي مرتكز ورقي⁽⁵⁾، و أيضاً على اعتبار أن هذه الوسائل تبدو أنها متعارضة مع القاعدة التقليدية في

(1) راجع: المادة 15 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 174.

(3) راجع: المادة 18 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(4) بقدار كمال، مرجع سابق، ص 77-78.

(5) براهيم احمد بلقاسم، تأسيس الشركات التجارية الكترونياً، في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 02، الصادرة عن جامعة طاهر مولاي بسعيدة، الجزائر، 2021/11/08، ص 150.

الاثبات التي تقضي بعدم جواز اصطناع الشخص دليل لنفسه⁽¹⁾، فهذه الوسائل الحديثة والتي تترجم في الحاسب والأجهزة الذكية والبرمجيات التي يتحكم بها المبرمج يسعى فيها مستخدمها لاصطناع الدليل لنفسه، إلا أن هذا الكلام مردود عليه إذا لا قيمة لها الا بالتوقيع التقليدي في غياب قانون يعتمد التوقيع الإلكتروني في هذه التشريعات التي تجيز إبرام عقود الشركات التجارية بالطرق الإلكترونية وفق للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة لم تواكب منظومتها القانونية التطور التشريعي في مجال الاثبات الإلكتروني⁽²⁾.

بالإضافة إلى جواز الاحتجاج في مواجهة الغير بالمحررات العرفية حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ في المعاملات التجارية، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ، ويعتبر هذا التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس على خلاف الأصل العام الذي نصت عليه المادة 328 قانون مدني⁽³⁾.

وعليه يتبين من هذا النص أن الأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة، فيما عدا التاريخ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا، والعلة من هذا الاستثناء حماية الغير من خطر نتائج التاريخ والأوراق العرفية.

وأن مناط الاحتجاج بتاريخ المحرر العرفي قبل الغير هو ثبوته دون أن يكلف بإثبات صحته، على خلاف ما هو معمول به في نطاق المادة التجارية إذ يسوغ الاحتجاج بالأوراق العرفية في المسائل التجارية على الغير حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ. لأن هذه التصرفات لا تخضع لقيود الإثبات المدنية، لذلك يقال إذا كان القانون لا يتطلب الكتابة للإثبات فمن باب أولى لا يلزم ثبوت التاريخ⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

سرعة التنفيذ

التنفيذ يعتبر ضمانا مهمة لاكتساب الغير الحماية القانونية بصفة فعالة، فتكمن إذا خصوصيته في إطار المعاملات التجارية بخاصية الفعالية والسرعة مقارنة بالأحكام المدنية، ويشتمل تبعا لذلك على المهل القضائية القصيرة والكثيرة حتى يضبط بها المشرع التاجر ليتمكن الغير حسن النية من ممارسة الحق

(1) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 175.

(2) براهم احمد بلقاسم، تأسيس الشركات التجارية الكترونيا، في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 02، الصادرة عن جامعة طاهر مولاي بسعيدة، الجزائر، 2021/11/08، ص 150.

(3) بقولها: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه، إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء...".

(4) بقدر كمال، مرجع سابق، ص 77.

في المطالبة القانونية وهو إجراء حمائي بحد ذاته يتبعه التقادم قصير المدى الذي يعتبر بدوره فعلا في وضع التاجر المخل بالتزامه مجبرا على الحماية للغير في آجال قانونية تجعل منه مقيدا، سيتم معالجة مبدأ التنفيذ في عنصرين، في الفرع الأول نتطرق لنظام الاعذارات القانونية وفي الفرع الثاني نخصصه للمهل القانونية والتقادم.

الفرع الأول

الاعذارات والآجال القانونية

تتسم السرعة في التنفيذ من خلال مجموعة الاعذارات القانونية المفروضة لصالح الغير وهذا ما سيتم التطرق له (أولا) وكذلك بقصر الآجال القانونية لضبط الحماية (ثانيا).

أولا: الاعذارات القانونية

المشعر لم يورد تعريفا للإعذار، بل اقتصر على بيان إعذار الدائن للمدين ثم عدد وسائله في نص المادة 180 من ق م ج⁽¹⁾، إلا أن الفقه القانوني حاول إيجاد تعريف له يختلف باختلاف الزاوية التي غلبها فيه، ومن الفقهاء من عرف الإعذار من زاوية الغاية فعرّفه بأنه: "وضع المدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه، حين يترتب على تأخره نتائج قانونية" ومنهم من ركز على المضمون القانوني الذي يتجسده الإجراء القانوني المحقق للإعذار فيعرف بأنه: "أمر يوجهه الدائن إلى المدين لينفذ التزامه، يثبت به رسميا تأخر المدين في التنفيذ لسبب راجع إليه"⁽²⁾، ومن خلال تعريف الإعذار يمكن القول أن له أهداف ثلاث:

1- إعلام الدائن مدينه بأن له مصلحة في التنفيذ

بالإعذار يعلم الدائن مدينه بأن له مصلحة في التنفيذ الفوري للالتزام، إذ أن المدين ليس معذرا بقوة القانون لمجرد حلول الأجل وهذا هو مدلول القاعدة الرومانية التي تقول أن حلول الأجل وحده ليس إعذارا " dies non interpellat pro homine " .

وينجر بذلك القول أنه إذا بلغ لعلم المدين إرادة دائنه في تنفيذ الالتزام انقطعت مظنة المدين في الاعتقاد بأن الدائن موافق على قيامه بالوفاء في مهلة تالية لتاريخ الإستحقاق.

(1) نصت المادة 180 من ق م ج على أنه: "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الأعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

(2) لواني عبد المجيد، الإعذار في المواد المدنية والتجارية طبقا للقانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2003/2004، ص 5.

2- يمنح به الدائن مدينه فرصة أخيرة للتنفيذ

والقاعدة العامة أن الأعدار في المواد المدنية لا يكون إلا بإنذار المدين، أي بمطالته بالوفاء بمقتضى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة المحضرين، أو بما يقوم مقام الإنذار⁽¹⁾، وبالإعذار يكون الدائن قد منح مدينه فرصة أخيرة من أجل التنفيذ العيني، فإذا كان المدين يجهل تاريخ الوفاء فإن الإعذار يعين له أو لخلفائه تاريخا محددًا يتعين الوفاء عنده وإلا رفض الدائن الوفاء ويطلب بالتعويض سواء عن التأخير في التنفيذ إذا نفذ المدين التزامه عينا، فينقلب التزامه إلى دفع تعويض مقابل التنفيذ العيني وإن لزم الأمر أن يطلب بالتعويض عما لحقه من ضرر وفاته من كسب أيضا متى توافرت شروطه⁽²⁾، وبالتالي يعد التبليغ إجراء جوهريا لإمكان ممارسة الغير حقه في المطالبة بالحقوق.

فالبائع في أحكام بيع المحل التجاري على سبيل المثال، يضمن حقه في الفسخ الإتفاقي وضمانا قويا لحماية حقوق الغير حسن النية الذين تعلقت حقوقهم بالمحل التجاري أثناء تعاملهم مع المشتري، وذلك دعما للثقة والائتمان التجاري⁽³⁾.

وأهمية التبليغ لا تقتصر على نفاذ الفسخ الإتفاقي في مواجهة الدائنين المقيدين فحسب، وإنما تكمن أيضا في بدء حساب المدة التي يصبح فيها الفسخ نهائيا حيث أن هذا الفسخ لا يصبح نهائيا إلا بعد مضي شهر من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين وفق الشكل المطلوب قانونا، بشرط أن يتضمن التبليغ ذكر المهلة التي يصبح فيها نهائيا أي شهر من تاريخ التبليغ تحت طائلة البطلان⁽⁴⁾.

3- تحميل المدين رسميا نتائج إخلاله بالالتزام

الإعذار يضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به فيهدف بذلك إلى إحاطة المدين علما بصفة رسمية بأنه لم ينفذ التزامه وتحميله نتائج عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، وذلك باعتباره شرطا قانونيا للمطالبة بالتعويض⁽⁵⁾، حيث يحمل على الرأفة بحال المدين بتذكيره بتاريخ وموضوع الالتزام من جهة ومن جهة أخرى يحمل التشدد معه من أنه لن يتسامح معه في حالة عدم أو التأخير في تنفيذ التزامه، ومن الناحية العلمية، للأعدار أهمية ولو لم يكن مطلوبا قانونا، وآية ذلك أنه

(1) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 37.

(2) لوائي عبد المجيد، مرجع سابق، ص 7.

(3) راجع المواد المتعلقة بالمحل التجاري من المادة 79 ومايليها ق ت ج .

(4) عليمه بوضلاح، وسائل حماية بائع المحل التجاري في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2011/2012، ص 137.

(5) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 38.

في كثير من الحالات يحقق الهدف منه بل وقد يغني عن إقامة الدعوى متى استجاب المرسل إليه لفحواه⁽¹⁾.

قواعد الأعدار وتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد التجارية تنفيذا معجلا وحظر منح مهلة لإيفاء الديون التجارية فيكون إعدار المدين أو إخطاره بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل بعلم الوصول ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال السريعة، وذلك نظرا لما تتطلبه التجارة من السرعة في الإجراء فلا يجوز شل حركتها وتعطيلها بانتهاج ما قضى به القانون المدني في إثبات تقصير المدين في الوفاء بتعهداته⁽²⁾.

فان تأجيل الوفاء بالالتزام أمر معتاد عليه في العقود التجارية وذلك لان التجارة تنشط بالائتمان، أما القاعدة في العقود المدنية فتتمثل في أن الأجل مقرر مصلحة المدين، بينما في العقود التجارية فهو مقرر أيضا لمصلحة الدائن كما هو الحال عليه مثلا بالنسبة لأجل استحقاق السفتجة فهو مقرر مصلحة كل من الساحب والمسحوب عليه والحامل⁽³⁾.

فالمشروع لا يعتد بالتأخر الفعلي بعدم الوفاء بعد حلول الأجل، بل يعتد بالتأخر القانوني الذي لا يتحقق إلا من لحظة الاعذار، لذلك فإن الدائن إذا بادر إلى رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ ثم عمد بعدها المدين للتنفيذ، رفضت دعوى الدائن لأن المدين لا يعتبر متأخرا مادام يتم اعذاره⁽⁴⁾.

ثانيا: المهل القانونية

إذا حل أجل الدين فانه يجوز للقاضي المدني أن ينفذ على المدين المعسر بتنفيذ التزامه بأن يمهله أجل معقول على شرط أن لا يزيد الأجل على مدة عام واحد⁽⁵⁾، وهذا الأمر غير جائز في العقود التجارية كأصل عام، لأن التجارة في حاجة إلى تنفيذ الالتزامات في المواعيد المحددة ولذلك لا يحق للقاضي أن يمهل المدين بالالتزام التجاري، فالأصل بالنسبة للتنفيذ للالتزامات العرفية لا يجوز للقضاة إعطاء مهل للوفاء بقيمة الورقة الاسمية فلا يجوز ذلك إلا في حالة الظروف القاهرة بتدخل فيها المشروع

(1) لواني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 8.

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 19-37

(3) راجع: أحكام السفتجة، الفصل الأول من الكتاب الرابع، القانون التجاري.

(4) سرايش زكريا، إشكالية ضرورة الاعذار للمطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، 2019/12/31، ص 654.

(5) راجع: المادة 278 من القانون المدني.

أو السلطة التنفيذية فيمنح المدين بإسناد تجارية أجلا قانونيا لتنفيذ التزامه بسبب الكوارث الطبيعية، الفيضانات أو بسبب الحروب أو الاضطرابات الاجتماعية⁽¹⁾.

بمجرد لا يجوز في المواد التجارية منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن، وفي بعض الأحيان لا يعرف المشرع الشفقة بالمدين المقصر وإنما يأخذ بالشدة، فيحرمه من الحصول على مهلة للوفاء بالتزامه، مفضلا بذلك حماية الائتمان على مصلحة التاجر، ويتجلى ذلك بوضوح في الوفاء بالأوراق التجارية، وينذر في المسائل التجارية أن يمنح القاضي نظرة الميسرة، لأن من شأن إجازة مثل هذه المهلة ولو عند الضرورة زعزعة الثقة وتقويض الائتمان الذي لا حياة للتجارة بدونه⁽²⁾.

وعملا بأحكام القانون المدني لا يجوز الاستغناء عن الإعذار الرسمي إلا إذا ما وجد استثناء على خلاف ذلك فيما بين الدائن والمدين أما في العقود التجارية فلا يشترط الأعدار بل يكفي أن يحصل هذا بورقة عادية غير رسمية كخطاب موصي عليه أو خطاب عادي أو برقية يرسلها الدائن إلى المدين، أو عن طريق احتجاج عدم الوفاء الصادر عن كتابة ضبط المحكمة بمقتضى العرف التجاري⁽³⁾.

ثالثا: قاعدة سقوط الآجال القانونية بقوة القانون تعزيزا لحماية الغير

تتمتاز الآجال المحددة لاستفاء الديون في القانون التجاري، بأحكام خاصة مقارنة بالقانون المدني فهي مكونة من مصطلحين: الإسقاط والآجال، حيث يعرف الإسقاط لغة: هو إلقاء الشيء وإيقاعه خارجا أو اعتبارا، كما في إسقاط الخيار في المعاملات التجارية، أما الآجال لغة: هو مدته والوقت الذي يحدد لانتهاء الشيء أو حلوله، والجمع آجال، وإسقاط الآجال اصطلاحا: هو انتهاء المدة الزمنية الباقية لتنفيذ الالتزام وجعله حالا، ويكون ذلك لعدة أسباب عامة أو خاصة⁽⁴⁾.

أ- شروط تطبيق قاعدة إسقاط الآجال القانونية

وحتى يتم تطبيق هذه القاعدة يستوجب شروط معينة نطرحها كما يلي:

(1) مزعاش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 123.

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 38.

(3) سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 657.

(4) دموش حكيمة، سليمان صيرينة، حماية الدائنين في عقد التسيير الحر، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2017/12/31، ص 154.

أ- 1 قاعدة إسقاط الآجال من النظام العام

يبدو أن المشرع الجزائري جعل من مهل التبليغ القانونية من النظام العام، نظراً لأنها ترتب آثار قانونية تتمثل في البطلان أو الإلغاء ويبرر هذا الحكم الصياغة القانونية للنصوص القانونية التي تحمل قواعد أمره باستعمال مصطلحات: "ك يجب؛ و" لا يجوز".

ففي الأحكام المتعلقة بالمحل التجاري مثلاً، كل إجراء لمعارضة أو إعلان قانوني يتعلق بالعمليات الواردة على المحل التجاري لا يتعدى 15 إلى 20 يوماً، بل أكثر من ذلك فيعد كل تجاوز للمهل القانونية المقررة ينتج عليها البطلان وهذا ما أشارت إليه العديد من النصوص القانونية المتفرقة كالمادة 112 من القانون التجاري الجزائري التي تشدد على وجوب أن يتضمن التبليغ ذكر هذه المهلة تحت طائلة البطلان ب أن يتضمن التبليغ ذكر هذه المهلة تحت طائلة البطلان⁽¹⁾.

وأيضاً المادة 153 التي تناول بطلان القيد عند عدم احترام الآجال القانونية، وترتب على هذا النص جواز إسقاط أجل ديون الدائنين لتصبح واجبة الإستحقاق قبل حلول أجلها نتيجة لرهن المحل التجاري⁽²⁾، وحدد المشرع شروطاً يجب توافرها هي:

– أن تكون هذه الديون العادية سابقة على قيد الرهن؛

– أن تكون هذه الديون مرتبطة باستغلال المحل التجاري لاستيفاء ديونهم؛

– يجب أن يصيب الدائنين العاديين ضرراً من جراء قيد الرهن.

فإذا ما توافرت هذه الشروط كان للدائنين العاديين طلب إسقاط أجل الدين واستيفاء ديونهم⁽³⁾

ولا يجوز أن يصدر الحكم بعد مضي شهر من تاريخ هذا التبليغ، وفي نفس السياق لا يجوز أن يحرر العقد التأسيسي أو التعديلي الذي يثبت تقديم هذه الحصة إلا بعد خمسة عشرة يوماً من تاريخ انقضاء المعارضات⁽⁴⁾، كلها قواعد أمره لا يجوز مخالفتها.

ويظهر الاهتمام التشريعي للمهل والآجال القانونية أيضاً في الباب المتعلق بالأوراق التجارية، بحيث لا يجوز منح أي يوم إمهال إداري أو قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في التشريع

(1) مزعاش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 123.

(2) حيث تنص: "يجب أن يقيد الرهن الحيازي، طبقاً للشروط الواردة في المادتين 120 و 121 وفي مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي، وإلا عد باطلاً".

(3) محمد أنور حمادة، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 72.

(4) أنظر المواد 130-111 و 117 ق ت ج .

الجاري به العمل والمتعلق بتمديد الآجال الخاصة بالاحتجاج أو بتمديد استحقاقات السندات القابلة للتحويل⁽¹⁾.

وبالرجوع للنصوص القانونية المنظمة لأحكام القانون التجاري، يمكن ملاحظة بأن أهم ما يميزها الضبط التشريعي للمهل القانونية في المعاملات التجارية، فرضته الحياة التجارية من سرعة وائتمان وعليه فإن الغير يستفيد من الضبط الزمني للمعاملات التجارية لتعزيز حمايته القانونية عن طريق الاستعجال في التحرك القانوني لاسترداد الحقوق وافتكك مكاسب قانونية المعتدى عليها، وفي الباب المتعلق بالشركات التجارية المهل القانونية لها آثارها القانونية تؤدي في كثير منها إلى إلغاء القرارات التي يؤخذها الشريك الوحيد في مؤسسة الشخص الوحيد ذات مسؤولية محدودة عند تجاوز ستة أشهر اعتبارا من اختتام السنة المالية⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يقرر المشرع ضمانا مهمة للغير حسن النية، من خلال إعتبار الآجال القانونية ليست مجرد آلية لضبط مواعيد من استفاء الغير لحقوقه، وإنما آلية فعالة تؤدي لجعل الديون حالة الأجل فنقل المحل التجاري دون موافقة البائع أو الدائنين المرتهنين مثلا، يمكن أن يترتب عليه استحقاق ديونهم فيما نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري، كما أن قيد الرهن الحيازي يمكن أن يجعل الديون السابقة والتي يكون موضوعها استغلال المحل التجاري، حالة الأجل⁽³⁾، فقاعدة رفع الآجال القانونية تساوي الحلول وقت الدفع بقوة القانون عند بيع، أو انتقال مقر المحل أو تأجيله للتسيير.

وفي الباب المتعلق بالأوراق التجارية وتحديدًا في القبول فإن الامتناع عن القبول يترتب عليه قانونا سقوط الأجل مع تحمل المسحوب عليه مبلغ النفقات والمصاريف⁽⁴⁾.

أ- 2 تعرض تحصيل الديون للخطر

يعتبر المشرع بأن ضمان الدين مهم جدا وأنه في حالة تعرض الديون للخطر تسقط الآجال القانونية وهذا ما نهت له المادة 208 ق ت ج، لكن تجدر التنبيه بأن المادة المذكورة سلفا لم تشير الى

(1) أنضر المادة 534 من القانون التجاري.

(2) راجع المادة 584 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(3) ورد في نص المادة 123 الفقرة قبل الأخيرة من نفس المصدر: "كما أن قيد الرهن الحيازي يمكن أن يجعل الديون السابقة والتي يكون موضوعها استغلال المحل التجاري، حالة الأجل.

(4) راجع المادة 403 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

درجة الخطورة أو الى من تقع عليه إثبات هذا الخطر، ما يستلزم البحث في مقصود المشرع من الخطر وعلى من يقع عبء اثباته⁽¹⁾.

وبالرجوع الى التفسيرات الفقهية نجد أن هنالك عدّة تعريفات للخطر ومن بينها أنه يعرف على أنه: "هو الإضرار بمصالح الدائنين، حيث يؤدي إلى حرمانهم من الحصول على حقوقهم في آجالها المحددة أو إضعاف ضماناتهم المتعلقة بهذا المحل"⁽²⁾.

إلا أنّ الضرر الموجب للتعويض يشترط أن يكون شخصياً، محققاً، ومباشراً بموجب أحكام المادة 124 ق م ج، لكن المادة 208 السالفة الذكر لم تشترط ذلك⁽³⁾، ما يدفع للقول بأن أي ضرر عام واحتمالي يمكن موجبا لإسقاط الآجال، حيث يقع عبء اثبات تعريض تحصيل الديون للخطر إلى الدائنين وذلك بتقديم ما يجوزتهم من وثائق وأدلة تثبت مخاوفهم، إلا أن ذلك ليس بالأمر الهين وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في إسقاط الآجال من عدمه، وخصوصاً أن إثبات حسن نيته⁽⁴⁾.

والملاحظ أيضاً أن المواعيد القانونية التي وضعها المشرع معدلها ما بين 15 يوماً إلى 3 أشهر على الأقل، وهي مدد صغيرة إلى متوسطة مقارنة بالمواعيد في المواد المدنية، وعليه يمكن اعتبار خاصية المهل القانونية القصيرة والتي أوردها المشرع على شكل قواعد أمر، هي ضمان للغير في استفاء حقوقه، حيث تخوله مراقبة ومتابعة تصرفات مدينه وتفادي إجراء أي تصرف يمكن أن يضعف من ضمانه، على شرط أن يكون هنالك ضرر يهدد مصلحته، فعند تبليغه بالمهلة القانونية يتمكن من مواجهة آثار التصرفات القانونية بمختلف الآليات كالمعارضة في نقل التصرف أو في الدفع كما سيأتي شرحه في المبحث الثاني كما أن عدم إحترام التاجر للآجال القانونية المحددة قانوناً قد تنتج آثار قانونية بقوة القانون أهمها حق الغير في المطالبة بشهر افلاس التاجر أو ينتج عنها قيام مسؤوليته القانونية وهذا ما سنفصل فيه كآثار في الباب الثاني من هذه الأطروحة كما قد ينتج عنها سقوط الآجال وحلول آجال الدفع القانونية.

(1) يجوز للمحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري، أن تحكم حين تأجير التسيير، بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الأداء فوراً إذا رأت أن تأجير التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر".

(2) دموش حكيم، سليمان صيرينة، مرجع سابق، ص 154.

(3) راجع المادة 124 ق م ج .

(4) دموش حكيم، سليمان صيرينة، مرجع سابق، ص 155.

الفرع الثاني

التنفيذ المعجل والتقادم الخاص في المواد التجارية

تمتد خصوصية أحكام القانون التجاري إلى أهم آليتين هما النفاذ المعجل والتقادم القصير، هذه الخصوصية التي تمثل ضمانا مهمة في يد الغير المتعامل مع التاجر، يضمن بها الأمان لحقوقه نناولهما وفقا لما يلي:

أولا: النفاذ المعجل

هو تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية أو رغم حصول الطعن فيه بإحدى هذه الطرق، وهو واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية ولو كانت قابلة للاستئناف أو طعن فيها بهذا الطريق بشرط تقديم كفالة. والأمر على خلاف ذلك في المسائل المدنية، إذ الأصل أن النفاذ المعجل لا يجوز الحكم به إلا في حالات استثنائية وردت في القانون على سبيل الحصر وأساس هذه التفرقة هو ضمان السرعة في المعاملات التجارية وقطع الطريق على المدين المماطل الذي يسعى جاهدا إلى التهرب من تنفيذ التزاماته عن طريق وقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضده بالطعن فيها⁽¹⁾.

والتنفيذ المعجل أحد المميزات التي يختص بها القانون التجاري، تستمد هذه الخصوصية من مبدأ السرعة وما تمليه من احكام نظرا للطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية التي تكون في أغلبها ذات طبيعة استعجالية، يضمن الطابع الاستعجالي لتنفيذ أحكام القانون التجاري حماية للغير في مواجهة التاجر المخل بالتزاماته⁽²⁾.

ففي الأحكام المتعلقة بالتصرف في المحل التجاري، يؤكد المشرع على أنّ الاستعجال لا يكون نافذا إذا ثبت تواجد دائنين معارضين وألزم المشتري باكتتاب صريح بعدم وجود دائنين آخرين معارضين غير الذين شملهم النزاع، وأكثر من ذلك فلا تعتبر ذمته مبرأة في مواجهتهم حتى ولو تسلم مبلغ البيع في حالة ظهور دائنين وتعهد بسوء نية إخفائه⁽³⁾.

(1) مُجّد فريد العريبي، هاني مُجّد دويدار، مرجع سابق، ص 38.

(2) لواني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 7.

(3) راجع: المادة 93 القانون التجاري المعدل والمتمم.

وهذا ما أكدت عليه المادة 194 ق ت بضرورة لجوء كل طرف يهيمه الأمر في العمليات المتعلقة بالمحل التجاري بعد استنفاد المهل القانونية، بالتوجه للقضاء الاستعجالي أمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً، ونفس الحكم نصت عليه المادة 536 ق ت في ما يتعلق بتنفيذ الدفع على الأوراق التجارية⁽¹⁾.

ثانياً: التقادم

يعتبر التقادم سبب من أسباب إنقضاء الالتزام بمضي مدة معينة يحددها القانون من وقت إستحقاق الالتزام دون مطالبة الدائن للمدين، ويرجع العديد من الفقهاء أن أساسه قرينة الوفاء، فعندما يسكت الدائن طول مدة الالتزام بعدم المطالبة بالوفاء فهنا يعتبر أنه أوفاه أو أبرأه منه، لكن هنالك رأي راجح يرجع إقرار التقادم مدة من الزمن من طرف المشرع الى استقرار المعاملات والمصلحة العامة⁽²⁾.

بحيث يتميز التقادم بدوره بخصوصية في المعاملات التجارية، شأنه شأن كل الأحكام المتعلقة بالإثبات والتنفيذ التي سبق وتم شرحها، وهذه الخصوصية تتمثل في قصر المدة القانونية للتقادم مقارنة بالأحكام العامة فمعدل مدة التقادم بالنسبة لمختلف الأحكام القانونية في القانون التجاري يتراوح ما بين سنة الى ثلاث و خمس سنوات، ففي الباب المتعلق بالأوراق التجارية مثلاً، يقوم التقادم القصير على قرينة الوفاء، أي افتراض أن سكوت حامل الكمبيالة عن المطالبة بقيمة الكمبيالة أو سكوت من أوفي قيمتها عن الرجوع على ضامني الوفاء طوال المدد المقررة أنه قد استوفي قيمة الكمبيالة، ويجب على الملتزم الصرفي التمسك بالتقادم، ويجوز للدائن درء أثر التقادم بتوجيه اليمين إلى الملتزم على براءة ذمته من الالتزام الصرفي، وبالنسبة الى الدعاوى المرفوعة من مظهرين السفتجة والسندات الاذنية على بعضهم البعض او على الساحب، فمدة التقادم سنة واحدة⁽³⁾، ولقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي حيث لا تتجاوز مسؤولية المصفي تجاه الغير مدة ثلاث سنوات من تاريخ التصفية⁽⁴⁾.

كذلك لا يكون هناك مجال للتمسك بالتقادم إذا أقر الملتزم بوجود الالتزام الصرفي وعدم الوفاء به⁽⁵⁾، أما المسؤولية المدنية ضد القائمين بالإدارة فردية أو مشتركة الشركات التجارية، تتقادم بمرور ثلاث سنوات وذلك في نص المادة 715 مكرر 26 ق ت وكررت نفس الحكم المادة 743 ق ت⁽¹⁾.

(1) راجع: المادة 536 القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 390-391.

(3) راجع المواد 461-465. ق ت ج.

(4) Article 38 : Le liquidateur est responsable a l'egard de la societeet des tiers.des fautescommieses dans lexercice de ses fonction".

(5) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 185.

أما فيما يتعلق بالايجارات التجارية، فإن المشرع أحال الأطراف في حالة عدم اتفاق عند انتهاء مهلة ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ، ومهما كان مبلغ الإيجار، ترفع كل النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا الباب لدى الجهة القضائية المختصة والتي يكون موقع العمارة تابعة لها، وذلك عن طريق تكليف بالحضور يقدم من الطرف الذي يهمله التعجيل، غير أنه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء، جاز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة، وذلك قبل إنتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة⁽²⁾.

بحيث يلحق تقرير الخبرة، الذي يجب إيداعه في ظرف شهرين بكتابة الضبط، بملف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة المختصة التي تفصل في الموضوع بعد إيداع التقرير المذكور⁽³⁾.

وطبقا للأحكام العامة فإن التقادم قد يتوقف ووقفه يفترض أنه قد بدأ سريانه بالنسبة لحق معين ثم وجد مانع يجعل مطالبة الغير متعذرا، عندئذ يقف سريان التقادم طول فترة المانع فإذا زال المانع عادت مدة التقادم الى سريانها، وفي حالة وقف التقادم تحسب مدته على أساس ضم المدة السابقة على وجود مانع الى المدة اللاحقة لزواله، فلا يؤخذ في الاعتبار مدة وجود المانع، وهذا المانع قد يكون مادي أو أدبي أو قانوني يحول دون المطالبة بالوفاء⁽⁴⁾.

وقد أورد القانون المدني الجزائري أسباب وقف التقادم، وهذه الأسباب جميعا ترجع الى وجود مانع يحول بين الغير وبين المطالبة بحقه، او يجعل هذه المطالبة أمرا عسيرا إعمالا لقاعدة أن التقادم لايسري ضد من لا يستطيع أن يطلب قضاء بحقه⁽⁵⁾.

ويخضع التقادم الخماسي من حيث انقطاعه للقواعد العامة، فينقطع بالتنبيه والحجز والتقدم في تفليسة الشريك، وبإقرار الشريك بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا، ومتى انقطع التقادم بدأ تقادم جديد

(1) تنص المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم: "تتقدم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة مشتركة كانت أو فردية ثلاث سنوات، ابتداء من تاريخ ارتكاب العمل الضار، أو من وقت العلم به أن كان قد أخفي"، كما تنص المادة 743 من نفس المصدر: "تتقدم دعوى المسؤولية المبنية على إبطال الشركة أو الاعمال اللاحقة لتأسيسها بثلاثة أعوام اعتبارا من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي".

(2) أنظر المادة 194 ق ت ج.

(3) أنظر المادة 195 ق ت ج.

(4) مُجَّد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 415.

(5) راجع المادة 316 قانون مدي جزائري.

يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب عليه بسبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول (خمس سنوات⁽¹⁾). والدعوى التي يسري عليها التقادم الخمسي هي:

— الدعوى المباشرة التي يرفعها الغير من دائني الشركة على لشركاء بصفتهم الشخصية أو ورثتهم لمطالبتهم بدين استحق على الشركة؛

— الدعوى المباشرة التي يرفعها الغير على الشركاء بمطالبتهم بالوفاء بحصصهم في الشركة أو ما تبقى منها، و لو كان هؤلاء الشركاء من ذوي المسؤولية المحددة كالمساهمين أو الموصين؛

— الدعوى التي يرفعها دائنو الشركة على الشركاء بمطالبتهم برد ما حصلوا عليه من أرباح صورية؛

— الدعوى التي يرفعها دائنو الشركة على الشركاء لمطالبتهم برد الأموال أو الأعيان التي وزعت عليهم نتيجة لقسمة موجودات الشركة⁽²⁾.

أما الدعوى التي لا يسر عليها التقادم فهي:

— الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم الشركة لمطالبة الشريك بتقديم حصته؛

— دعوى الشركاء على بعضهم البعض، مثل الدعوى التي يرفعها الشريك على الآخر لمطالبته بما يخصه في ديون الشركة التي قام بدفعها؛

— الدعوى التي يرفعها الشركاء على المصفي شريكا أو غير شريك لتقديم الحساب أو تسليم المستندات الممثلة لحصصهم أو رد أموال احتجزها دون وجه حق أو لتعويضهم عن ضرر لحق بهم من جرّاء خطأ ارتكبه أثناء ممارسته لعمليات التصفية،

— الدعوى التي يرفعها المصفي على الغير لمطالبته بما في ذمة الشركاء أو تلك التي يرفعها الغير على الشركة باسم المصفي لأنه يمثلها؛

— الدعوى التي يرفعها دائنو الشركة أو الشركاء على المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بسبب ما ارتكبه من إهمال أو تقصير أثناء قيامهم بإدارة الشركة⁽³⁾.

ويشترط لإمكانية الاحتجاج بالتقادم الخمسي توافر الشروط التالية:

— أن تكون الشركة المنحلة شركة تجارية، طبقاً لأحكام القانون التجاري الجزائري أيا كان شكلها؛

(1) مُجّد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 418 ومايليها.

(2) معمر خالد، النظام القانوني للمصفي في التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 115.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 360.

- أن تكون هذه الشركة قد تم انقضاؤها، وانحلت؛
- أن يتم شهر انحلال الشركة بالسجل التجاري بالطرق المقررة قانونا؛
- أن يكون الفعل المسبب للمسؤولية قد نشأ قبل انحلال الشركة، أما إذا كان بعده فإن التقادم لا يحسب إلا من تاريخ نشأته أو استحقاقه، لا من تاريخ نشر انحلال الشركة، وذلك لأن الحق لا يتقادم قبل وجوده أو استحقاقه؛ وأن تكون الدعوى مما ذكرناه سابقا⁽¹⁾.

المبحث الثاني

تطبيقات الائتمان كضمانات لحماية الغير

يتعامل الغير في علاقاته القانونية في إطار المحل التجاري أو الشركات التجارية، أو غيرها من الأنظمة التجارية المنتشرة وبالتالي يحتاج للحماية القانونية، وقد خوله المشرع الية مهمة جدا تمكنه من الحفاظ على حقوقه عن طريق معارضة كل القرارات أو التصرفات التي من شأنها الانتقاص منها والتي من الممكن أن تؤثر عليه سلبا سواء على مصلحته الاقتصادية أو على مركزه القانوني تجاهها.

فبموجب آلية المعارضة يتمكن الغير حسن النية من معارضة أي تصرف يفقد ضماناته على الشركة أو المحل التجاري أو حتى الورقة التجارية، فالمعارضة بمعناها اللغوي: "هي عبارة عن المقابلة على سبيل الممانعة، المدافعة" والاعتراض: يقصد به التصدي والمنع، إذ اعترض الشيء واعترض عليه وحال دونه، واعتراض عليه أي أنكر قوله أو فعله وعارضه أي جانبه وعدل عنه"، حيث أن أصل العرصة في اللغة هو الاعتراض، ومنه اشتقت المعارضة بالخلاف لا بالوفاق⁽²⁾.

وبالرغم من عدم وجود مفهوم لمعنى المعارضة في المجال التجاري نظرا لاختلاف المعنى وتناوله في مجالات أخرى، إلا أنه يمكن إعطاء مفهوم اصطلاحى للمعارضة في القانون التجاري: "هي مجموعة الإجراءات والتدابير التي يتمسك بها الغير حسن النية بهدف التصدي للتصرفات التي يقوم بها التاجر من شأنها أن تضر بمصلحته المشروعة".

لذلك فقد مكنه من معارضة التصرف في المحل التجاري أو في أسهم الشركة التجارية مثلا وفي حالة عدم تحقق فعل التصرف، فخوله المشرع معارضة الدفع، وعليه سيتم شرح آلية المعارضة بشقيها فيتم

(1) معمر خالد، مرجع سابق، ص 18.

(2) ليلي بن بغيلة، المعارضة البرلمانية والبناء غير المكتمل بعد تعديل دستور 2016، مجلة المعيار مجلد 25، العدد 01، الصادرة عن جامعة العلوم الاسلامية الأمير عبد القادر بفسنطينة، الجزائر، 2021/01/15، ص 558.

التطرق في **المطلب الأول** إلى المعارضة في الدفع، أما **المطلب الثاني** سيتم مناقشة هذه الآلية التي مكنها المشرع للغير في حالة التصرف.

المطلب الأول

المعارضة في الدفع

سوف تتم الدراسة بتتبع حق الغير في المعارضة في الدفع، موزعة على فرعين يتم التطرق في **الفرع الأول** حول المعارضة في الدفع في إطار دفع ثمن بيع المحل التجاري، **والفرع الثاني** في إطار دفع قيمة الورقة التجارية.

الفرع الأول

حق الغير في معارضة الدفع في إطار بيع المحل التجاري

يعد المحل التجاري⁽¹⁾، من أهم الأنظمة التجارية المنتشرة في أوساط التجار وتحقق حركة إقتصادية مهمة، تستند الحماية في إطاره بتمكين متعامليه من حق الرقابة على كافة العمليات التي ترد عليه من عمليات ناقلة للملكيته أو عمليات ترمي لاستغلاله من غير مالكه، وبالرغم من أن المشرع لم يعرف المحل التجاري، إلا أنه ذكر العناصر التي ترتبط به وجودا وعدما والتي تتمثل بصفة إلزامية في عنصري الشهرة والاتصال بالزبائن⁽²⁾.

وإستنادا لذلك تولى الفقه تقديم تعريف للمحل التجاري كما يلي: هو مجموعة الأموال المنقولة المخصصة لممارسة حرفة تجارية، وأن هذه المجموعة تتضمن نوعين من العناصر: مادية كالسلع والمهمات، وعناصر معنوية هي الأهم، كالاتصال بالعملاء والاسم التجاري والعلامات وغيرها⁽³⁾، فالمحل التجاري

⁽¹⁾ تنص المادة 78 من القانون التجاري المعدل والمتمم على ما يلي: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته، كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لإستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الأيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك مالم ينص على خلاف ذلك".

⁽²⁾ يقصد بالاتصال بالعملاء مجموعة من الأشخاص الذين يقتنون حاجتهم بصفة اعتيادية من عند تاجر معين، وهناك من يضيف على هذا أن العملاء هم أيضا أولئك الذين تجذبهم صفات شخصية في التاجر، أو بمفهوم آخر هم أولئك الذين يرتبطون بتاجر معين نظرا لصفات شخصية فيه كالثقة، أو كتنقيات البيع "التوجيه، التواصل الاجتماعي، حسن استقباله لعملائه، راجع: كركدان فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 09، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة ببيجاية، الجزائر، ص 157/2018/07/31.

⁽³⁾ سهام زعموم، حماية المحل التجاري -دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2004/2003، ص 12.

مال منقول معنوي، يتمتع بقيمة اقتصادية منفصلة عن القيمة الذاتية لكل عنصر من عناصره المادية والمعنوية وأنه يمثل هذه العناصر كوحدة معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة، وهو عنصر أساسي في الذمة المالية للتاجر، إلا أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية وفي هذا يتميز المحل عن الشركة التجارية⁽¹⁾. وقد كان لظهور التجارة الإلكترونية⁽²⁾ وما احتوته من مفاهيم الأثر في تطوير طرق ووسائل التجارة مع استحداث التكنولوجيا، أدى لبروز آليات عمل وتسويق جديدة تتمثل في النشاط التجاري عبر الشبكة وظهور المتاجر الإلكترونية، التي أدت بظهورها ابتكار مفاهيم جديدة في تعريف المحل التجاري، إلا أن المشرع كما هو الشأن في المحل التجاري التقليدي لم يرد تعريف المحل التجاري الإلكتروني في القانون التجاري أو في قانون التجارة الإلكترونية السابق بيانه، إلا أن البعض عرف المحل التجاري عبر الانترنت، بأنه: مجموعة من العناصر التي تتميز بقدرتها على جذب الزبائن للخدمات التجارية التي يقدمها عبر مواقع الانترنت، ويشترط فيه أن يكون مشتملا على عناصر المحل التجاري التقليدي سيما عنصر الاتصال بالعملاء، فهو المكافئ الإلكتروني للمحل التجاري التقليدي⁽³⁾.

يظهر من خلال التعريف بأن المحل التجاري الإلكتروني يجب أن يتوفر على عناصر المحل التجاري التقليدية المنقولة وتحديد الشهرة والاتصال بالعملاء، مع الاحتفاظ ببعض خصوصية المتجر الإلكتروني

(1) زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري المحل التجاري والحقوق الفكرية، الجزء الأول، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 09-10.

(2) كما عرفت بأنها: "النشاط الاقتصادي الذي يقوم به الشخص، بتقديم أو ضمان عن بعد وإلكترونيا توريد السلع أو تقديم خدمات" راجع: Doctorante aux Universités Montpellier I et Gaston Berger de Saint-Louis، Droit Souple et Commerce Electronique. MINATA SARR P.52، 2012، (Sénégal)

(3) سعداوي نذير، بطيمي حسين، مقومات المحل التجاري الإلكتروني طبقا للتشريع التجاري الجزائري - القانون رقم 18/05 المتضمن قانون التجارة-، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد 14، العدد 01، الصادرة عن جامعة غرداية، الجزائر، 2021/06/24، ص 1140.

في عناصره كالاسم التجاري والعنوان والحق في الايجار التي تجد مقابل لها في المفهوم الإلكتروني بالموقع الإلكتروني وعقد الايواء⁽¹⁾ والمؤسسة الافتراضية⁽²⁾ واسم النطاق.

أولاً: شروط معارضة دفع ثمن بيع المحل التجاري

إن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة بموجب أحكام المادة 79 ق ت ج، يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً، وقد إشتراط المشرع عدة بيانات يجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل فيها وإلا كان مهدد بالإبطال لمصلحة من طلب ذلك⁽³⁾.

ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة آنفاً بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة، حيث تعتبر أموال المدين هي الضمان العام للدائنين بمعنى أن أمواله جميعها ضامنة للوفاء بديونه، فإذا لم يقيم المدين بالتزامه، كان للدائن، أن يقتضي حقه بالتنفيذ الجبري على أي مال من أموال المدين⁽⁴⁾.

(1) يمكن تعريف عقد الإيواء على أنه : "عقد يلتزم متعهد الإيواء بمقتضاه بأن يضع جزءاً من حساباته الآلية (مساحة معينة من قرص الصلب من قدرة معالجة آلية) تحت تصرف صاحب الموقع الإلكتروني"، من هنا نتساءل عن إمكانية اعتبار عقد الإيواء بمثابة عقد إيجار أشياء أو عقد مقاول؟ ذهب الرأي الراجح إلى تغليب تكييف عقد الإيواء بمثابة عقد إيجار على أساس أن تقديم خدمة الإيواء بمقال هو بمثابة تأجير لجزء من مساحة القرص الصلب أو ملكان على الشبكة تابع لمتعهد الإيواء (الذي يمثل المؤجر) لصاحب الموقع الإلكتروني (الذي يمثل المستأجر)، راجع: حمادوش أنيسة، القاعدة التجارية الإلكترونية، مداخلة ضمن اليوم الدراسي حول "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، يوم 23 نوفمبر 2016، ص 81.

(2) المؤسسة الافتراضية عبارة عن كيان غير محدود بمقدار، ولا يشغل مساحات ملموسة، ينشط في البيئة الرقمية المستخدمة لوسائل المعلومات والتكنولوجيا، إذ قد تربط بين موظفين في مواقع جغرافية متناثرة، يتعاملون بأسلوب مرن وغير مكلف، وعموماً تنعدم بينهم اللقاءات الفعلية، من أجل تحقيق هدف مشترك، راجع: حليلة خنوس، إبراهيم بختي، زينب شطبية، استراتيجيات المؤسسات الافتراضية دراسة حالة مؤسسة أمازون، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، المجلد 08، العدد 01، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، 08/07/2019، ص 89.

(3) من أهم هذه البيانات اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات،

1- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري،

2- رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقيم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات،

3- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة،

4- وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحل.

(4) محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، المكتبة القانونية، مصر، 2001، ص 07.

غير أن الضمان العام⁽¹⁾ لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل الاستيفاء حقه الذي قد يضيع كلياً أو جزئياً بسبب إعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقي الدائنين له في استيفاء حقوقهم، أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين. أضف إلى ذلك أن الضمان العام لا يقي الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته⁽²⁾.

لذلك قد يترتب على بيعه إضراراً بدائني البائع العاديين وذلك لخروج المحل من الضمان العام له وبذلك تتعرض حقوقهم للخطر وكان على المشرع أن يتدخل بنصوص قانونية لحماية دائني بائع المحل العاديين خاصة⁽³⁾.

ولا تكفي الوسائل السابقة التي وضعها القانون تحت تصرف الدائن فالدعاوى الثلاث (الغير مباشرة البوليصية، الصورية) لا تقي تهاون المدين في تقاضي حقوقه أو التصرف في أمواله غشا بدائنيه لأن شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الإثبات خاصة فيما يتعلق بإثبات التواطئ أو الغش أو الصورية. أضف إلى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذي باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين، مما يعرضه إلى الدخول معهم في قسمة غرماء ولا يحصل بالتالي إلا على جزء من حقه⁽⁴⁾.

لذلك خول لهم المشرع الحق في المعارضة وذلك من خلال المادة 84 ق ت، بحيث يمكن لكل دائن للمالك السابق سواء أكان أو لم يكن دينه مستحق الأداء في خلال خمسة عشر يوماً ابتداءً من تاريخ

(1) الضمان العام، هو نظام قانوني يهدف الى توفير حماية للدائن لاستيفاء حقوقه من مدينه، وهذه الحماية ليست حماية موجهة لصالح دائن معين بالذات أو مجموعة من الدائنين معينين بالذات، وإنما هذه الحماية القانونية التي يخولها هذا الضمان العام للدائنين لاستيفاء الحقوق من ذمة المدين، هي حماية عامة موجهة لصالح جميع الدائنين العاديين وغير عاديين مهما كانت طبيعة حقوقهم الموجودة في ذمة مدينهم، راجع: اوباجي مُجَّد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07 العدد 02، الصادرة عن جامعة البليدة، الجزائر، 2018/06/10، ص 223.

(2) مُجَّد حسين منصور، مرجع سابق، ص 09.

(3) ثار جدل فقهي حول تحديد معنى الدائن العادي فقبل في التعريف المبسط له هو الذي لا يتمتع بضمان خاص على أموال المدين، ومن ثم فإن القواعد العامة تقضي بان أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وقد أعطى المشرع في القانون المدني لهؤلاء الدائنين الحق في إقامة الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس والمقاصة، إلا أن المشرع في القانون التجاري لم يكتف بهذه القواعد الفردية من جانب الدائنين فقرر نظام الإجراءات الجماعية (الإفلاس)، من خلال قيام وحدة قانونية بينهم في مواجهة مدينهم عن طريق وقف الدعاوى والإجراءات الفردية نظراً لما تقتضيه خصوصية القانون التجاري من سرعة وائتمان ولا يتم ذلك إلا بمباشرة إجراءات جماعية تحت إدارة وكيل التفليسة، راجع: الصادق عبد القادر، آثار حكم شهر الإفلاس على حقوق دائني المفلس دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 107.

(4) مُجَّد أنور حمادة، مرجع سابق، 2001، ص 49.

آخر يوم تابع للإعلان أن يعارض في دفع الثمن بواسطة عقد غير قضائي ويجب أن تتضمن المعارضة وإلا كانت باطلة بيان المبلغ وأسباب الدين وكذلك اختيار الموطن في دائرة الاختصاص التي يوجد فيها المحل التجاري⁽¹⁾.

وحق ممارسة الغير الحق في المعارضة شروط تمثلت في:

1- شروط موضوعية

تتمثل في نقطتين أساسيتين وهما مبدأ المساواة في الدين وفي طبيعة الدين، نتطرق لهما كمايلي:

أ- مبدأ المساواة في الدين

فبالنسبة لحق الاعتراض على دفع الثمن، فحسب نص المادة 84 فقرة أولى من القانون التجاري فإن المشرع أعطى الحق لكل دائن للبائع سواء كان دينه عاديا أو مكفول برهن أو دين ممتاز⁽²⁾. فالغير الذي يتميز دينه بأنه دين ممتاز يعتبر ذو طابع خاص، نظرا لكونه محمل بالضمان وبالرجوع للقواعد العامة المنظمة لحقوق الامتياز في المواد من 982 إلى المادة 1002 منه، فطبقا لنص المادة 982 م ج التي جاء فيها: "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين....."، فالميزة التي تجعله ذو طابع خاص مقارنة بالديون العادية هي صفة الأولوية والتقدم، أين يتقدم صاحب حق الامتياز على جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع أصحاب الديون الممتازة وعليه يعد حق عيني تباعي غير قابل للتجزئة يتتبع صاحبه من أجل استيفاء دينه في أي يد يكون، فهو بذلك سلطة مباشرة على الشيء حيث تقع على كل أموال المدين الموجودة في ذمته عند التنفيذ⁽³⁾.

والشيء الملفت في هذا النص هو مساواة الحماية القانونية للغير المتعامل مع المحل التجاري وبالتالي سقوط صفة الامتياز أمام الحق في الاعتراض. كما أن المشرع أورد لفظ "دائن" في ذات المادة مطلقا من دون أن يميز بين الدائن العادي (Créancier chirographaire)، أو الدائن صاحب الامتياز العام

(1) راجع المادة 85 ق ت ج.

(2) راجع المادة 84 ق ت ج.

(3) طرح إشكال قانوني حول طبيعة الحقوق الممتازة فانقسم الفقه القانوني فذهب فريق منهم وعلى رأسهم بوبلافكس إلى اعتبار كل الحقوق الممتازة ترتب حقوقا عينية، فتعطي لصاحبها التبعية والتقدم والفريق الثاني عارض واعتبرها مجرد صفات تلتصق ببعض الديون فتمنحها ميزة التقدم على غيرها عند التزاحم، أما الفريق الثالث جاء وسطا جاعلا حق الامتياز وصف يلحق الديون يجعل لصاحب الحق حق التقدم في كل الحالات لكن اذا وقع على أموال خاصة فيعتبر حق عيني، أما المشرع الجزائري يتبين من تموقع تناولها في أحكام القانون المدني أفرد لها صفة الحق العيني التباعي، راجع: مريم تومي، أثر تزاحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، 2021/09/28، ص 675.

أو الخاص (Créancier à privilège général ou même à privilège spécial)، بما في ذلك الدائن المقيد الذي استفاد من المحل التجاري كضمان عيني لحقه⁽¹⁾.

ب- يجوز الاعتراض مهما كانت طبيعة الدين

الاعتراض على دفع الثمن وذلك خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ إتمام آخر إجراء من إجراءات شهر عقد البيع، وهذا الحق المكفول للدائن يجوز إعماله مهما كانت طبيعة الدين سواء كان مستحق الأداء أو مقترن بأجل، كما يستوي في ذلك أن يكون الدين مدنيا أو تجاريا ولا أهمية لمصدره أيضا فيستوي أن يكون ناشئا عن عقد أو عن إرادة منفردة أو عن مسؤولية تقصيرية⁽²⁾.

يفهم من هذا الأمر أن المشرع أعطى الحق لكل دائن للبائع سواء كان دينه عاديا أو مكفول برهن أو دين ممتاز، الاعتراض على دفع الثمن وذلك خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ إتمام آخر إجراء من إجراءات شهر عقد البيع، وهذا الحق المكفول للدائن يجوز إعماله مهما كانت طبيعة الدين سواء كان مستحق الأداء أو مقترن بأجل، كما يستوي في ذلك أن يكون الدين مدنيا أو تجاريا ولا أهمية لمصدره أيضا فيستوي أن يكون ناشئا عن عقد أو عن إرادة منفردة أو عن مسؤولية تقصيرية، غير أنه لا يجوز لمؤجر العقار أن يقوم بالمعارضة لاستيفاء مقابل الإيجار المستحق أو الذي سيستحق وذلك بالرغم من كل شرط يخالف ذلك⁽³⁾، فالغير الذي يمثل الدائن للمحل التجاري، له حق رقابة التنفيذ المنتظم للالتزاماته، فتساوى الديون مهما كانت طبيعتها مدنية أو تجارية، وتساوى بالنتيجة الآجال وتسقط ولا يصبح للدين المحدد بأجل أيه أولوية على الدين المحدد بأجل، وكذلك يستوي أن يكون ناشئا عن عقد أو إرادة منفردة أو عن مسؤولية تقصيرية⁽⁴⁾.

(1) كرم وشتاتي، حماية دائني بائع المحل التجاري- دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 19، العدد 03، الصادرة عن جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، 2013/09/30، ص 164.

(2) منصور داود، الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 25، المجلد الثاني، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2008، مرجع سابق، ص 433.

(3) بن زواوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 159.

(4) منصور داود، الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 25، المجلد الثاني، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2008، مرجع سابق، ص 433.

2- شروط إجرائية

يمكن إستخلاص العديد من الإجراءات القانونية التي نص عليها المشرع حتى تكون المعارضة صحيحة وتنتج آثارها القانونية أهمها:

– ضرورة بيان المبلغ وأسباب الدين؛

– اختيار الموطن في دائرة الاختصاص التي يقع فيها المحل التجاري؛

– ضرورة المعارضة بواسطة عقد غير قضائي؛

– أن تكون المعارضة في خلال خمسة عشرة يوماً⁽¹⁾.

وبانقضاء هذه المهلة يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل، أن يرفع دعوى مستعجلة أمام رئيس المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها والذي يأمر أما بإيداع الثمن في مصلحة الودائع والأمانات وأما بتعيين حارس موزع⁽²⁾.

كما أنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يمنح الإذن المطلوب إلا إذا أقام المشتري المدخل في الدعوى إشهداً صريحاً بعدم وجود دائنين آخرين معارضين غير الدائنين الذين شملهم النزاع، وفي هذه الحالة لا تعتبر ذمة المشتري مبرأة بتنفيذه الأمر تجاه الدائنين الآخرين إذا وجدوا على أثر حجوز ما للمدين لدى الغير ومبلغة قبل صدور الأمر وقد تعمد المشتري إخفاءها⁽³⁾.

أما فيما يخص الودائع المالية المتعلقة بمبلغ ضمان المعارضات، فإنه يجب أن يكون في يد الحائز من الغير، ويكون لها حق الامتياز على غيرها لاستيفائها دون أن يتسبب ذلك في انتقال المحكمة لصالح المعارض أو المعارضين في القضية تجاه الدائنين الآخرين المعارضين للبائع إذا كان له محل، وابتداء من تنفيذ الأمر الصادر عن القضاء المستعجل تبرأ ذمة المشتري، وتنتقل آثار المعارضة على الحائز من الغير⁽⁴⁾.

حيث يجيز القانون للبائع إسترداد الثمن في حالة عدم جدوى المعارضات أو بطلانها، وعليه إذا لم يكن للمعارضة سند ولا سبب أو كانت باطلة شكلاً ولم ترفع دعوى أصلية فإنه يجوز للبائع رفع دعوى مستعجلة لدى رئيس المحكمة للحصول على إذن بقبض ثمن البيع بالرغم من المعارضة، شريطة أن يقوم

(1) لقد تم النص على هذه الشروط بصفة ضمنية في النصوص المتعلقة بالمعارضة كالمادة 83 ق ت ج مايليها وتم إستخلاص هذه الشروط منها.

(2) راجع المادة 84 ق ت ج.

(3) راجع المادة 93 ق ت ج.

(4) راجع المادة 94 ق ت ج.

بكل الإجراءات القانونية اللازمة للإعلام القانوني بالمعارضات ويسسقط حق الاسترداد إذا تم دفع الثمن من طرف المشتري وقبضه من طرف البائع في المدة المقررة للمعارضات دون إنتظار مهلة خمسة عشرة يوما تحت طائلة المسؤولية القانونية لصالح الغير⁽¹⁾.

أما عن إيداع الثمن فقد نص المشرع على أن يكون في جهة محايدة تتمثل في مصلحة الودائع والأمانات، ويتحمل الطابط العمومي الذي تم البيع في مكتبه بتوزيعه على أن لا يتجاوز مهلة أربعة أشهر وبانقضاء هذه المهلة يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع دعوى مستعجلة أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المحل التجاري، ولا يخرج الحكم من فرضيتين،

الأولى: بأن يأمر القاضي بإيداع الثمن المتعلق ببيع المحل التجاري في مصلحة الأمانات والودائع، والفرضية الثانية: أن يأمر بتعيين حارس موزع يقوم بمهمة توزيع المبلغ المالي بين المعارضين المسجلة معارضاتهم بشكل قانوني⁽²⁾.

وأصحاب المصلحة في طلب الإيداع هم المشتري والبائع، فللمشتري مصلحة في إبراء ذمته والتخلص من مراجعة الدائنين له لكي لا تسيء سمعته أما البائع فتكمن مصلحته في الحصول على المبلغ الذي يستفيد منه في التجارة، وقد تكون هنالك فائدة للدائنين من هذا الإيداع، وتبرز هذه الفائدة عند إفلاس المشتري خصوصا بالنسبة للديون التي ليس لها إمتياز أو أولوية⁽³⁾.

ولا يسوغ للمؤجر أن يقوم بالمعارضة لاستيفاء بدل الإيجار المستحق أو الذي سيستحق وكل إتفاق يميز إستفاء المؤجر بدل الإيجار يعتبر كأن لم يكن، ويعتبر كل نقل للمحل التجاري في هذه الفترة غير نافذ في مواجهة الغير ويجب رفع طلب إلغاء المعارضة إلى رئيس محكمة المكان الذي يقع فيه المحل التجاري، لأن هذا النقل من شأنه الحاق ضرر بالمؤجر، وفي هذه الحالة فإن عبء إثبات الضرر يقع عليه والضرر المحقق بالنسبة للمؤجر يتعلق بالخوف من تهديد مصالحه من طرف المشتري والبائع عن طريق المنافسة غير المشروعة خصوصا إن كان لدى المؤجر نشاطا مماثلا، ويترتب على ذلك إذا كان الضرر محتملا لا يعتد به، حيث استوجب المشرع أن يقدم المشتري ضمانا كافيا للمؤجر للوفاء بالتزامات

(1) بن زواوي سفيان، مرجع سابق، ص 160.

(2) راجع المادة 90 ق ت ج.

(3) منصور داود، مرجع سابق، ص 433.

باعتباره خلفا خاصا للمستأجر السابق وهذا الضمان بجانب الضمان العام وهو المنقولات القائمة بالعين وتفي بالأجرة لمدة سنتين طالما لم يلحقه ضرر محقق من ذلك التنازل⁽¹⁾.

وقد أفرزت آلية المعارضة إجراء مهم حماية للغير المتعامل في إطار المحل التجاري تخوله ليس فقط معارضة بيع ودفع ثمن قيمة المحل التجاري وإنما الحق في طلب المزايدة بالسدس أصلا عن القيمة المقدمة للمحل ثمنا لبيعه وعليه سيتم تسليط الضوء على هذا الإجراء والتفصيل فيه:

ثانيا: قاعدة المزايدة بالسدس

تضمنت أحكام بيع المحل التجاري قاعدة مهمة وهي المزايدة بالسدس، وهي قاعدة مهمة تتميز بها الأحكام الخاصة بالقانون التجاري فيما يخص بالبيع عن القواعد العامة، بحيث تعتبر ضمانا مضاعفا ترفع الغبن عن التصرف في المحل التجاري، وتشابهه و قاعدة الغبن في العقار في القانون المدني⁽²⁾.
غير ان المزايدة في الباب المتعلق بالمحل التجاري تستوجب شروط معينة نستخلص أهمها من النصوص القانونية على النحو التالي:

- يجب أن تكون المزايدة ابتداء من البيع وإلى انقضاء مهلة عشرين يوما من آخر يوم من الإعلانات،
 - يجب الاحتفاظ بنسخة من عقد البيع في محل الإقامة المختار توضع تحت تصرف كل دائن معارض أو مقيد لمراجعتها دون حاجة للانتقال
 - حق الإطلاع للغير المعارض على عقد البيع والمعارضات في مقر إقامته المختار، شريطة ان يكون قد قدم معارضاته في الآجال القانونية وطبقا للشروط المحددة قانونا ،
 - طلب الزيادة أصلا عن المحل التجاري دونما تشمل المعدات والبضائع، وذلك عندما يتم التأكد من عدم كفاية الثمن لاستيفاء كافة الديون المقدم بها⁽³⁾.
- يتضح من النص المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري يضع بين يدي الغير آلية مهمة وهي المزايدة بالسدس عن ثمن البيع المتفق عليه للمحل التجاري، ما يطرح تساؤلات عدة حول شروط الاستفادة من هذه الآلية ومدى جدواها؟

(1) محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 53-85.

(2) استنادا الى المادة 358 القانون المدني التي تنص: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن 1/5 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل (4/5).

(3) راجع المواد من 133-139 .

وعليه حتى يتمكن الغير من الدائنين من ممارسة حقهم في الحفاظ على قيمة المحل التجاري الذي يعتبر الضامن للوفاء بديونهم أن تتوفر في المزايدة الشروط طبقا الواردة في المواد من 133 إلى 139 تمثلت في الشروط التالية:

1- أن يكون الغير قد قدم معارضته خلال الآجال القانونية

حتى يتمكن الغير من ممارسة الحق في المزايدة بالسدس، يجب أن يكون ضمن الدائنين المقيدون أو الذين قدموا معارضتهم خلال مدة 15 يوما.

2- التأكد من عدم تغطية مبلغ البيع للديون

يجب لكل دائن معارض عند تبليغه في محل إقامته التي قدمها عند معارضته وبعد الاطلاع على قائمة الديون والمعارضات، وتأكد من عدم تمكن مبلغ البيع المعروض للمحل التجاري من تغطية كافة الديون فيحق له طلب المزايدة بالسدس على الثمن المقدم⁽¹⁾.

3- يجب أن تتوفر في المزايدة الملاءة المالية

أكدت المادة 86 ق ت على الموظف العمومي المكلف بالبيع ألا يقبل في المزايدة إلا الأشخاص المعروفين بملاءتهم لديه أو الذين أودعوا أما بين يديه أو في مصلحة الودائع والأمانات مبلغا لا يقل عن نصف الثمن الكامل للبيع الأول أو عن جزء ثمن البيع المذكور المشتراط دفعه نقدا مع إضافة الزيادة وكذلك التخصيص السداد ثمن البيع، كما أن المادة 133 في فقرتها الأولى على ضرورة اثبات المزايدة لقدرته المالية الكافية على الدفع أو أن يقدم ضمانا كافيا لدفع أثمان التكاليف⁽²⁾.

4- وجوب التبليغ الرسمي

يجب تحت طائلة سقوط الحق إبلاغه للمشتري وللمدين المالك السابق في ظرف خمسة عشر يوما من التبليغات، مع التكاليف بالحضور أمام محكمة موقع المحل التجاري، وذلك للبت، في حالة النزاع، في صحة تجديد المزاد بالمزايدة، وفي قبول الضامن أو ملاءة المزايدة بالزيادة، ثم الأمر بالشروع في المزايدات العلنية للمحل التجاري مع المعدات والبضائع التابعة له وإلزام المشتري المزاد عليه باطلاع الموظف

(1) راجع المواد من 83-84 .

(2) تنص المادة 133 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم، على أنه يجوز لكل دائن مقيد على محل تجاري في حالة عدم تطبيق المادة 131، أن يطلب طرحه للبيع بالمزايدة العلنية على أن يعرض رفع ثمنه الأصلي ما عدا المعدات والبضائع بمقدار العشر وأن يدفع ضمانا عنه لدفع أثمان التكاليف أو أن يثبت له القدرة الكافية على الدفع.

العمومي المكلف بالبيع على عقد الإيجار أو عقد التنازل عنه، ولا يجوز زيادة مهلة الخمسة عشر يوما بسبب المسافة التي تفصل بين الموطن المختار والموطن الحقيقي للدائنين المقيدين⁽¹⁾.

5- عدم التراجع عن المزايدة

يشدد المشرع من خلال المادة 136 ق ت على ضرورة إتمام إجراءات المزايدة بالسدس والبيع وفي حالة إخلاله بذلك يحق لكل دائن أو مشتر مقيم القيام بذلك، على نفقة ومسؤولية وتبعية المزايد بالزيادة ويبقى ضمانه ساريا على حسب القواعد المقررة في المادة 125 الفقرات من 5 إلى 8 والمواد 126 و127 و130 الفقرة 3، هذا الحكم ليضمن المشرع جدية المتقدمين بالمزايدة وعدم التعسف في استعمال الحق في المزايدة والاضرار بالمشتري أو مالك المحل التجاري⁽²⁾، و يحق لكل دائن مقيم أو معارض عند تبليغ إعادة المزايدة العمل على الحلول محل المزايدة بالزيادة في ملاحقة الإجراءات إذا لم يتابع هذا الأخير دعواه خلال شهر من إعادة المزايدة، ولا يسمح للمزايد بالزيادة وإن دفع مبلغ المزايدة أن يحول دون وقوع مرسى المزاد العلني بتنازله عن البيع إلا إذا وافقه جميع الدائنين المقيدين⁽³⁾.

حيث تجيز المادة 129 إعادة بيع المحل التجاري عن طريق إعادة المزايدة إذا لم يتم الراسي عليه المزاد بتنفيذ شروط مرسى المزاد بعد إنذار غير متبوع بنتيجة، في مهلة عشرين يوما وذلك وفقا للأوضاع المقررة في المادة 127⁽⁴⁾.

ويلزم المزايد المتخلف، تجاه دائني البائع والبائع نفسه بالفرق الحاصل بين الثمن الذي تم به البيع له والثمن الحاصل من إعادة البيع عن طريق إعادة المزايدة، دون أن يكون له الحق في المطالبة بالمزايدة إن

(1) راجع المادة 133 فقرة 2.

(2) حسب المادة 125 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم في الفقرات من 5 إلى 8: إذا لم يطالب الدائن ذلك، تحدد المحكمة المهلة التي يجب أن يتم فيها البيع بناء على طلب المدين حسب الأوضاع المقررة في المادة 127 الآتي ذكرها بعده، وتأمراً بأنه إذا لم يباشر المدين البيع في المهلة المذكورة يستأنف السير بإجراءات الحجز التنفيذي وتتابع ابتداء من آخر إجراء وقفت عنده...."

(3) المادة 135 ق ت ج .

(4) ورد في نص 127 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم: أن الدائن القائم بالملاحقة أن ينذر مالك المحل التجاري والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي أمر بالبيع، في محلات الإقامة المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل خمسة عشر يوما على الأقل من البيع، بالاطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك، ويتم البيع بعد عشرة أيام على الأقل من لصق الإعلانات المتضمنة اسم الشخص القائم بالملاحقة ومالك المحل التجاري مع بيان مهنة كل منهما ومحل إقامته والحكم الصادر بالبيع ومحل الإقامة المختار بمكان المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ومختلف عناصره التجارية ونوع أعماله التجارية وموقعه والسعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي يحصل فيها مرسى المزاد واسم الموظف العمومي المكلف بالبيع والمؤمن على دفتر الشروط...."

وجدت، وتكون نفقات المزايدة الأولى على عاتق الراسي عليه المزاد الأولي، وتحصل عند الاقتضاء تنفيذيا بواسطة الموظف العمومي المكلف بالبيع⁽¹⁾.

6- تحمل تبعة رسو المزاد

تنص المادة 137 ق ت على انه يتعين على الراسي عليه المزاد أن يتسلم المعدات والبضائع الموجودة بالمحل عند حيازته له بالثمن على أساس الخبرة الرضائية أو القضائية بحضور كل من المشتري المزاد عليه وبائعه والراسي عليه المزاد.

ويكون ملزما بزيادة على مبلغ مرسي المزاد بأن يسدد للمشتري الذي انتزعت منه الحيازة، النفقات والمصاريف القانونية لعقد شرائه مع مصاريف التبليغات والقيود والنشر المشار إليها في المواد 83 و 84 و 97 و 109 و 116 إلى 119 أعلاه ولمن كان لهم الحق فيها للتوصل لإعادة البيع.

وحسب ما تنص عليه المادة 98 من القانون التجاري فإنه لا يجوز المزايدة بالسدس إذا تم بيع المحل التجاري بالمزاد العلني سواء بطلب من الوكيل المتصرف القضائي أو من الشركاء المالكين للمحل التجاري على الشيوخ أو إذا تم البيع عن طريق القضاء، والحكمة من حظر إعادة البيع في هذه الحالة أنه لا توجد أي شكوك أو شبهة في هذا النوع من البيع باعتباره تم تحت إشراف جهة القضاء أو من طرف مالكيين شركاء على المحل التجاري مما يستفاد منه أن الثمن جدي⁽²⁾.

يتضح جليا من خلال الشروط والضوابط التي وضعها القانون من أجل ممارسة الحق في المزايدة بالسدس أو العشر أنها غير متاحة لجميع الأغيار، لأن أحد شروطها أن يكون يتمتع بملاءة مالية وأن يستمر في إجراءات البيع وأن يتولى كافة المصاريف في حالة رسو المزاد عليه، وهذا بالإضافة لمجموعة الاعذارات والتبليغات ومختلف الإجراءات التي يمكن لها أن تتجاوز دينه ويمكن أن تدخل الغير في مشاكل مالية هو في غنى عنها، لذلك يظهر أنها آلية بعيدة التطبيق من حيث الفعالية للغير.

ومن ناحية أخرى يصطدم الغير بمبدأ إمتياز البائع حيث إن البائع يستوفي حقه من ناتج بيع المحل التجاري جبرا بالأولوية على سائر الدائنين، كما يستطيع البائع التنفيذ على المحل التجاري حتى وإن انتقلت ملكيته إلى مشتر جديد، لذلك نطرح التساؤل التالي: هل يمكن أن يهدد إمتياز البائع حقوق الغير ؟

(1) راجع المادة 133 فقرة 2.

(2) بن زواوي سفيان، مرجع سابق، ص 160.

وجواب ذلك طبقاً لنص المادة 982 من القانون المدني التي جاء فيها: "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين..."، فإن الأولوية والتقدم هي الصفة الجوهرية لحق الامتياز وعنصره الأساسي، أين يتقدم صاحب حق الامتياز على جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع أصحاب الديون الممتازة، وعليه يعد هذا الحق حق عيني تبعي، غير قابل للتجزئة، يتتبع به صاحبه، المحملة بالضمان، من أجل استيفاء دينه في أي يد يكون.

أما القانون التجاري فلم يتطرق لتعريف الامتياز وإنما نص على شروط حتى يثبت في مواجهة الغير حسن النية، حيث تنص المادة 96 من القانون التجاري الجزائري على أنه لا يثبت إمتياز بائع المحل التجاري إذا كان البيع ثابتاً بعقد رسمي ومقيداً في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه.

وحرصاً من المشرع على ألا يفاجأ الغير بامتياز بائع المحل التجاري، فرض شرطين يجب توافرها لكي يكون الامتياز نافذاً في مواجهة الغير أي لكي يمكن للبائع الاحتجاج بالامتياز في مواجهة الغير، وهذان الشرطان هما؛ أن يكون عقد البيع ثابتاً أما بعقد رسمي، وأن يتم شهر عقد البيع وذلك بقيده في سجل خاص بمكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرته المحل التجاري، حيث ورد في المادة بأنه لا يترتب إمتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية⁽¹⁾.

يترتب على تجزئة ثمن بيع المحل التجاري تقسيم الامتياز إلى ثلاث إمتيازات مستقلة عن بعضها البعض، ولا يضمن كل إمتياز منها إلا الثمن المقابل له و لا يتعداه إلى ثمن إمتياز آخر، وتفسير هذه التجزئة بقاعدة خصم المدفوعات بحيث أن ما يدفع من الثمن يخصم منه أولاً ثمن البضائع ثم المعدات ثم العناصر المعنوية⁽²⁾، تعد هذه التجزئة الخاصة المميزة لإمتياز بائع المحل التجاري خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بعدم تجزئة الامتياز⁽³⁾.

(1) Art L141-5 "Le privilege du vendeur d un fons de commerce n a lieu que si la vente a été constatée par un act authentique ou sous seing prive.....".

(2) بن زواوي سفيان، مرجع سابق، ص 160.

(3) لقد نظم القانون التجاري الفرنسي أحكام إمتياز البائع في القسم الثاني من المواد L141-5 إلى غاية L141-22.

ولعل أهم ما يمكن ملاحظته من خلال الأحكام الخاصة بأن إمتياز البائع يجوز أن يتمسك بامتياز حقه بالأولوية تجاه مجموعة دائني المحل التجاري، وهنا يصبح الامتياز وسيلة مضادة تجعل من الغير في موقف ضعيف مما يجعل من آلية المعارضة فارغة المحتوى.

الفرع الثاني

معارضة دفع قيمة الورقة التجارية

ان الاوراق التجارية هي من أهم أنظمة في القانون التجاري التي تركز الائتمان، وأقدمها ظهوراً، و نظراً لما تحويه من التزامات صارمة، فقد أحاطها القانون بضمانات لحاملها القانوني، عن طريق آلية معارضة قيمتها، وقبل التطرق إلى كفاءات المعارضة نحاول عرض أهم الاحكام حول الاوراق التجارية

أولاً: مفاهيم عامة حول الاوراق التجارية

لم يتناول المشرع الجزائري أو التشريعات المقارنة تعريف الأوراق التجارية لكن الفقه تولى ذلك وأهم تعريف كالتالي: الأوراق التجارية "عبارة عن صكوك تمثل نقوداً تدفع في مكان معين وفي ميعاد قريب تقوم مقام النقود في الوفاء بسبب سهولة تداولها"⁽¹⁾، وتعتبر الأوراق التجارية من أهم تقنيات تسوية الديون، وهي متعددة أهمها: السفتجة:

وتعرف السفتجة بأنها: "الورقة التجارية التي تتضمن أمراً من الساحب موجه للمسحوب عليه للوفاء بقيمتها إلى الحامل في وقت معين أو قابل للتعين، فإن الساحب أصدر هذا الأمر لأن له في ذمة المسحوب عليه وقت إستحقاق السفتجة مبلغاً كدين عليه بحيث يساوي على الأقل قيمة السفتجة، فالساحب بطلب بموجب السفتجة من المسحوب عليه تسليم قيمة السفتجة إلى المستفيد لأن الساحب مدين لهذا الأخير بدين مستحق الأداء بتاريخ استحقاق السفتجة في حدود قيمتها"، وهذا يتضح أن السفتجة أنشأت الوجود دينين على أطرافها الثلاثة دين للساحب على المسحوب عليه ويسمى مقابل الوفاء، ودين للمستفيد على الساحب يسمى بالقيمة الواصلة⁽²⁾.

وهناك ورقة تجارية لا تقل قيمة عنها وهي الشيك، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرفه وإنما اكتفى بالنص على بياناته في المادة 472 من القانون التجاري المعدل والمتمم السابق بيانه.

(1) محمد صالح بك، الأوراق التجارية، الكمبيالة والسند الاذني والشيك، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950، ص 12.

(2) بن قويدر الطاهر، حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي لأفلو، الجزائر، 2019/01/01، ص 211.

غير أنه وبالرجوع للفقہ نجد أن الشيك يعرف بأنه: "هو ورقة تجارية ثلاثية الأطراف تتضمن أمرا يصدر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن بمجرد الاطلاع مبلغا معيناً لإذن شخص ثالث هو المستفيد أو لحامل الشيك"⁽¹⁾.

و يمثل السند لأمر أو السند الإذني نوع آخر من أنواع الاوراق التجارية، الذي يمثل ورقة تتضمن تعهد محررها بدفع مبلغ معين لإذن شخص آخر هو المستفيد بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين⁽²⁾، بالإضافة إلى الأوراق التجارية الحديثة، حيث أضاف المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05/02 المؤرخ في 2005/02/06، الباب الرابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب والدفع وذلك بنص المادة 543 مكرر 23، وقد اعتبرها أوراق تجارية حديثة كاعتراف من المشرع بالفناء الإلكتروني في المعاملات التجارية. وهذا ما توضح أكثر في نص المادة 69 من قانون النقد والقرض بنصها على توسع طبيعة السند أو الأسلوب التقني المستعمل للفناء الإلكتروني الذي يمثل عملية الدفع النقدي بأساليب الكترونية⁽³⁾.

فانتشر العمل بالأوراق التجارية، نظرا لما توفره من وقت وجهد وائتمان بحيث تتميز بالقابلية للتداول فتشتمل على شرط الاذن فتنتقل بين الناس بطريق التظهير، بمقتضى أصول وأوضاع أسهل وأبسط من الأصول والأوضاع المقررة في القانون المدني وكذا يجب ان يشتمل الصك بيان قيمته ومبلغ الدين بوضوح، وتتميز ايضا بقابلية التحويل لنقود فورا⁽⁴⁾، بهذه الخصائص استطاعت مسايرة التكنولوجيا وظهرت ما يسمى السفتجة الإلكترونية التي تعرف بأنها: محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكتروني بصورة كلية أو جزئية يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين⁽⁵⁾.

وهناك نوعين: سفتجة الكترونية ورقية وأخرى ممغنطة، فالأولى تصدر في شكل ورقة ويتم معالجتها الكترونيا عند تقديمها لدى البنك لتحصيلها أو تظهيرها، أما الممغنطة فكثر القول حول

(1) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 190.

(2) هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الالكترونية والتحول الجوهري الى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية "استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية"، مجلة البحوث والدراسات العليا، المجلد 08، العدد 02، الصادرة عن جامعة يحي فارس بالمدينة، الجزائر، 2014/11/30، ص 08.

(3) بلحاج محجوبة، تدخل المصرف في عمليات السفتجة الالكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، 2018/06/01، ص 130.

(4) محمد صالح بك، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ص 13-14.

(5) هادف حيزية، مرجع سابق، ص 08.

طبيعتها وكونها تعد سفتجة حيث يصدر هذا النوع على دعامة ممغنطة وليست ورقية يتم الاطلاع عليها ومعاملتها عن طريق الكمبيوتر فقط دون أن يوفر إمكانية الاطلاع المباشر⁽¹⁾، كما ظهر السند لأمر الكتروني حيث يعرف السند لأمر الإلكتروني بأنه: "محرر شكلي ثنائي الأطراف معالج الكترونيا بصورة كلية أو جزئية يتضمن تعهدا من محرره بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن شخص آخر يسمى المستفيد"، وبالتالي، فالسند لأمر الإلكتروني ليس إلا صورة متطورة عن السند لأمر التقليدي، إذ لا يختلف عن هذا الأخير، إلا في كونه معالجا الكترونيا بصورة كلية أو جزئية، في حين يعود السند لأمر الإلكتروني ليلتقي مع نظيره التقليدي، في كونه يتضمن تعهدا من محرره بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن شخص آخر يسمى المستفيد⁽²⁾.

وظهر ما يعرف بالشيك الكتروني ومن أهم التعريفات التي طرحت بشأن الشيك الإلكتروني: "الشيك الإلكتروني هو محرر ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بشكل كل أو جزئي يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد، الشيك الإلكتروني⁽³⁾".

وبالرغم من الدور المهم الذي تلعبه والايجابيات التي تحققها الاوراق التجارية، إلا أن استعمالها لا يخلو من مخاطر ومنازعات لحاملها وأهم المنازعات إن لم نقل جلها قائمة بشأن عدم تسديد مقابل الوفاء بالدين⁽⁴⁾ المضمون بهذه الورقة التجارية، لذلك خصّ المشرع حاملها الشرعي بألية مهمة وهي الاحتجاج ضمنا للحقوق التي تحملها الورقة التجارية، و نظرا لصعوبة الامام بدراسة كافة السندات التجارية فقد تم الاستقرار على تسليط الضوء على إجراءات الاحتجاج في السفتجة بإعتباره يعد ضمانا لحامل الورقة حسن النية و نظرا أيضا لكون المشرع نفسه أحال في تطبيق إجراءات مختلفة إلى مواد المنظمة للسفتجة نظرا لتطابقها في عديد الأحكام، لذا ستوضح الدراسة نقطتين، الأولى منها ستوضح كيفية الاحتجاج (ثانيا) والتعرّف في الثانية على الاستثناءات الواردة على الاحتجاج(ثالثا).

(1) بلحاج محجوبة، مرجع سابق، ص 132.

(2) بوعزة هداية، مرجع سابق، ص 158.

(3) كردي نبيلة، الشيك الإلكتروني، مجلة العلوم الاجتماعية والسياسة، المجلد 10، العدد 02، الصادرة عن جامعة العربي التبسي بتبسة، الجزائر، 2017/06/30، ص 250.

(4) بن قويدر الطاهر، مرجع سابق، ص 212.

ثانيا: إجراءات الاحتجاج المصرفي

يقصد بالرجوع المصرفي مطالبة كل من قبل الالتزام المصرفي بأداء قيمة السفتجة، ويشمل الرجوع المسحوب عليه القابل والساحب والمظهرين وكل من تدخل كضامن احتياطي لأي من هؤلاء، ولقد رأينا أن جميع الموقعين على الكمبيالة يلتزمون بأداء الكمبيالة على وجه التضامن، لذلك يجوز الحامل الكمبيالة الرجوع عليهم دفعة واحدة فيما يعرف بالرجوع الجماعي⁽¹⁾، ويمكن التساؤل فقط حول كيفية الرجوع في الورقة الإلكترونية، الذي يدعونا بدوره حول إمكانية التظهير فيها، لان عملية الرجوع مرتبطة بعملية تسبقها وهي التظهير، وحقيقة لا يوجد من حيث الأصل ما يمنع من خضوع السفتجة الإلكترونية الورقية لنفس قواعد التظهير المطبقة على السفتجة الورقية التقليدية، ومنه لا مانع من تظهير السفتجة الإلكترونية الورقية، ولكن من الناحية العملية أن هذه السفتجة وجدت لتوفير الوقت والجهد البشري والنفقات الباهظة للتعامل اليدوي وبالتالي فإن تظهيرها يتعارض مع الفلسفة القائمة عليها، إلا أن تظهير السفتجة الإلكترونية الورقية ليس مستبعد إذ يستطيع المستفيد أن يستخدم التظهير مع بعض مراسليه ويمكنه أن يظهرها للمصرف أو إلى حامل آخر فان ظهرها للبنك فإن البنك يصبح الحامل الشرعي للسفتجة الإلكترونية فيعمل على خصمها من حساب المسحوب عليه عن طريق البنك⁽²⁾.

فالهدف من الورقة التجارية هو استحقاق مقابل الوفاء، حيث يعتبر قبول السفتجة ضمانا أساسيا للوفاء بقيمتها، وهذا ما أكدته المادة 407 من القانون التجاري الجزائري⁽³⁾، وبالتالي قبل القبول يكون الساحب هو المدين الأصلي بقيمة السفتجة أما بعد القبول يصبح المسحوب عليه هو المدين الأصلي بقيمتها فهو الذي يطالب بالوفاء أولا، ويصبح الساحب هو المدين الاحتياطي لا يسأل عن قيمة السفتجة إلا عند عدم قيام المسحوب عليه بالوفاء⁽⁴⁾، والحالات التي يكون فيها الحامل ملتزم بتقديمها للقبول، تقديم السفتجة المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع وحددتها المادة 403 الفقرة 06 من القانون التجاري الجزائري وهي سنة من تاريخ إصدارها.

(1) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 180.

(2) زبيبة غزالي، السفتجة الالكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 15، العدد 01، الصادرة عن جامعة محمد أمين دباغين بسطيف، الجزائر، 2018/03/01، ص 167.

(3) تنص 407 على: "إن القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ السفتجة في الإستحقاق"

(4) يعرف الوفاء على أنه: "تعهد المسحوب عليه بإرادته المنفردة بدفع قيمة السفتجة لحاملها في ميعاد استحقاقها"، راجع: بن فويدر الطاهر، مرجع سابق، ص 214.

فالحامل للورقة التجارية الذي يرغب في الرجوع على الموقعين، يجب عليه إثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بمبلغ الورقة التجارية، ولا يكون ذلك الا عن طريق إقامة الاحتجاج فالهدف منه هو إثبات واقعة الامتناع وهو أول إجراء يبدأ به حامل الورقة التجارية، فإذا قدمها وامتنع المسحوب عليه عن قبولها، يحق للحامل أن يقيم احتجاج عدم القبول من أجل الرجوع على الموقعين قبل حلول تاريخ الإستحقاق، أما إذا قدمها للوفاء في ميعاد إستحقاقها وامتنع عن الأداء يلزم الحامل بتحرير احتجاج عدم الوفاء في الأجل المحدد وإلا أعتبر حاملا مهملا ويسقط حقه في الرجوع⁽¹⁾.

وبالنتيجة فإن محضر الإحتجاج لايعتبر صحيحا إلا بعد تبليغه للمسحوب عليه ويتعين على حامل السفتجة أن يتحصل على صيغتها التنفيذية ويكلف أطرافها طبقا للقواعد المقررة في ق إ م وهذا ما قرره الغرفة المدنية الذي أكدت فيه أن السفتجة تصبح سند تنفيذي بعد التبليغ الرسمي للإحتجاجات الى المدين⁽²⁾.

1- الشروط الموضوعية: لا بد من عرض الورقة التجارية للقبول (أ)، وذلك في تاريخ الاستحقاق (ب)، وفقا لما يلي:

أ- عرض الورقة التجارية للقبول

ويمكن أن يعرض قبول السفتجة على المسحوب عليه بمقره لغاية تاريخ الإستحقاق سواء من قبل الحامل أو من أي شخص آخر حائز لها، إلا أنه يشترط في كل سفتجة وجوب عرضها للقبول مع تعيين آخر أجل لذلك أو بدون تعيين أجل، وان الامتناع عن القبول يرتب عليه قانونا سقوط الاجل مع تحمل المسحوب عليه مبلغ النفقات والمصاريف، كما يمكن أيضا للمسحوب عليه أن يطلب عرض القبول عليه مرة ثانية في اليوم الذي يلي العرض الأول ولا يجوز للحامل أو الحائز رفض الطلب⁽³⁾.

وتقديم السفتجة الإلكترونية الورقية للقبول أمر ممكن، ونموذج السفتجة المطبوع يشير إلى إمكان ذلك على أن ترسل إلى القبول بنفس شروط السفاتج العادية، إلا أنه حتى إذا كان القبول ممكن بالنسبة إلى هذا النوع من السفاتج إلا أنه لا يتفق مع روح العمل بنظام السفتجة الإلكترونية لأن التظهير

⁽¹⁾ خديجة مضي، ياسين الكيوي، الدعوى المصرفية كآلية لحماية حامل الورقة التجارية، مجلة الأفاق القانونية الإلكترونية، 19/10/2018، ص 06، متاحة

على الرابط: <http://afaqdroit.com>، تاريخ آخر إطلاع 2022/12/11، ساعة الإطلاع 11: 50.

⁽²⁾ قرار مؤرخ بتاريخ 2015-09-17، ملف رقم 1033264، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2015.

⁽³⁾ راجع: المادتان 402-403 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

يتطلب تداول الأوراق الأمر الذي يسعى هذا النوع من السفاتج لتجنبه، ونشير إلى أنه يمكن تبني آلية معينة أو إشارة دالة على القبول بالنسبة للسفتجة الإلكترونية الورقية تفاديا للإشكالية التوقيع بالقبول⁽¹⁾. وبالرغم من كل هذا فيظهر ان السفتجة الإلكترونية أو غيرها من السندات التجارية الإلكترونية أكثر قوة وأمان، كونها تكون تحت رقابة البنك أو جهات محترفة فأى تصرف يرد عليها يكون تحت اشراف منظم مما يزيد في الإئتمان.

ينص القانون التجاري على أن يحرر القبول على السفتجة ويعبر عنه بكلمة "مقبول" أو أي كلمة أخرى تماثلها ويكون ممضى من المسحوب عليه وعن مجرد الامضاء على السفتجة يعتبر قبولا منه، وإذا كانت السفتجة واجبة الدفع في أجل معين لدى الاطلاع أو إذا كان ينبغي عرضها للقبول في أجل معلوم بمقتضى شرط خاص، يجب أن يؤرخ القبول باليوم الذي تم فيه مالم يطلب الحامل أن يؤرخ بيوم العرض وإذا خلا القبول من التاريخ فإنه يجب على الحامل حفاظا لحقوقه في الرجوع على المظهرين والساحب أن يثبت هذا السهو باحتجاج يحرر في الأجل القانوني. تهميش احالة الى المادتين المذكورتين اعلاه

يمكن القول بدون قيد أو شرط، لكنه يمكن للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ السفتجة وكل تعديل آخر يحدته القبول في البيانات الواردة في نص السفتجة يعتبر بمثابة رفض القبول على أن القابل يبقى ملزما بما تضمنه الصيغة التي عبر بها عن القبول⁽²⁾، كما أن التشطيب من قبل المسحوب عليه بعد كتابة صيغة القبول قبل ترجيع السفتجة يعد القبول مرفوضا⁽³⁾.

ب- تاريخ الإستحقاق

ان القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ السفتجة في الإستحقاق، و آجال استحقاقها وردت كما يلي: يمكن سحب السفتجة:

– لدى الاطلاع؛

– أو لأجل ما بعد الاطلاع، أو لأجل يتدئ من تاريخ معين؛ أو ليوم محدد.⁽⁴⁾

(1) نزيهة غزالي، مرجع سابق، ص 167.

(2) راجع: المادة 405 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(3) راجع: المادة 408 من نفس المصدر.

(4) راجع: المواد 411-407 من نفس المصدر.

- أما السفاتج التي تتضمن آجال استحقاق أخرى أو استحقاقات متعاقبة فهي باطلة⁽¹⁾، ويترتب في الغالب على عدم الوفاء في تاريخ الإستحقاق اضطراب في العلاقات التجارية، وعموماً يكمن الفرق في اختلاف أهمية تاريخ الإستحقاق بين الأوراق التجارية والقانون المدني إلى ما يلي:
- إن تأخير التسديد في الورقة التجارية، يضر بالموقعين عليها جميعاً والمتعاملين معهم أيضاً، كما أن تأخر سداد ديون التاجر يؤدي إلى إفلاسه وبالتالي إفلاس المتعاملين معه أما في المجال المدني فإن تأخير المدين من حيث المبدأ عن وفاء دينه، لا يضر إلا دائنه دون غيره.
 - ربط تاريخ الإستحقاق بالالتزامات التي رتبها القانون على الحامل لحفظ حقه في الرجوع على الملتزمين.
 - يحدد تاريخ الإستحقاق بدء سريان مدة تقادم الدعاوي الناشئة عن الورقة التجارية في حالة السفتجة مشتملة على شرط عدم القبول⁽²⁾.

2- شروط شكلية الاحتجاج

- تنص المادة 441 ق ت على أن الاحتجاج لعدم القبول أو الوفاء يحرر بواسطة إجراء لدى كتابة الضبط وتترك نسخة حرفية منه للمسحوب عليه، ويجب أن يتم الاحتجاج في موطن الشخص الذي كان يجب عليه وفاء السفتجة أو آخر موطن معروف له، وفي موطن الأشخاص المعينين في السفتجة لوفائها عند الحاجة، وفي موطن الغير الذي قبلها بطريقة التدخل، ويجب أن يتم كل ذلك بإجراء واحد وعند وجود بيان مزيف بالنسبة للموطن يتم إجراء التفتيش قبل الاحتجاج⁽³⁾.
- ويجب أن يشتمل الاحتجاج على نسخة حرفية لنص السفتجة والقبول والتظاهرات والقيود المبينة بها مع الإنذار بوفاء مبلغ السفتجة ويذكر فيه ما إذا كان الشخص الذي يجب عليه الدفع حاضراً أو غائباً مع بيان مزيف بالنسبة للموطن يتم إجراء التفتيش قبل الاحتجاج⁽⁴⁾.

(1) راجع: القسم السادس، في الإستحقاق من نفس المصدر.

(2) وتعطى لتاريخ الإستحقاق في نطاق القانون التجاري على وجه العموم، ونطاق الأوراق التجارية على وجه الخصوص، أهمية بالغة لا يجوز المساس بها إلا ضمن نطاق ضيق جداً. وذلك لأن التاجر المرتبط بأجل الإستحقاق، يعول عليه في الوفاء بالتزاماته، أو لتحقيق صفقاته. بينما في القانون المدني يجب الوفاء بالالتزام في الموعد المحدد، ومع ذلك ونتيجة لظروف معينة للمدين اللجوء للقضاء من أجل الحصول على مهلة للتنفيذ، وللقاضي أن يمهله إذا استدعت حالة المدين ذلك، مع مراعاة أن لا يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً، راجع: مُجدد ملين صديقي، رجوع حامل الورقة التجارية عند تاريخ الإستحقاق وشروطه في التشريع الموريتاني والمقارن، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة ابن خلدون ببيارت، الجزائر، 2019/06/01، ص 131.

(3) راجع: المادة 442 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(4) راجع: المادة 443 من نفس المصدر.

ويجب تقديم الاحتجاج لعدم القبول في الآجال المعينة لتقديم السفتجة للقبول وإذا كانت قدمت للمرة الأولى من اليوم الأخير من الأجل الثاني لعرض الوفاء أو اليوم التالي له، كما يجب دفع الاحتجاج لعدم الوفاء في يوم محدد أو في أجل محدد من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها، خلال العشرين يوما الموالية لليوم الذي يجب فيه دفع السفتجة، كما تجدر الإشارة أن الاحتجاج لعدم القبول يغني عن الاحتجاج لعدم الوفاء⁽¹⁾.

ويمكن للحامل القيام عن طريق أمر على ذيل عريضة بحجز وبيع ممتلكات المسحوب عليه، وفي حالة ظهور صعوبة يلتمس كاتب الضبط المكلف بالتنفيذ، قاضي الأمور المستعجلة طبقا لأحكام قانون إجراءات مدنية وإدارية، كما يمكن لحامل السفتجة المحتج فيها لعدم الوفاء فضلا عن دعوى الضمان أن يتخذ إجراءات تحفظية بعد الترخيص من القاضي إزاء الساحبين والمظهرين والضامنين⁽²⁾.

ثانيا: الاستثناءات التي ترد على الاحتجاج

منها ما هو قانوني ومنها ما هو اتفاقي:

1- الاستثناءات القانونية

حدد المشرع عدة حالات يعفى فيها الحامل من تحرير احتجاج عدم الوفاء، وذلك لاعتبارات مختلفة، ففي حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه أو الساحب فإن تقديم الحكم بالإفلاس، يكفي لإجراء دعوى الرجوع، دون الحاجة إلى تحرير احتجاج عدم الوفاء، سواء كان المسحوب عليه قابل للسفتجة أو غير قابل لها، فإن الإدلاء بالحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية، يحل محل تحرير الاحتجاج، ذلك ما نصت عليه المادة 427 ق ت فقرة أخيرة⁽³⁾.

أما في حالة القوة القاهرة إذا حالت دون تحرير الاحتجاج في الوعد المحدد، امتدت مواعيده وعلى الحامل اشعار من ظهر له السفتجة بالقوة القاهرة مع بيان توجيهه الاخطار المؤرخ والموقع من قبله في السفتجة أو في الورقة المتصلة بها، وعلى المظهر الذي تم اشعاره على الوجه المذكور أن يشعر بدوره مظهره وضامنيه بالقوة القاهرة وباسم وعنوان موجهي الاشعارات السابقة وذلك خلال يومين من تبلغه الاشعار وهكذا دواليك حتى يبلغ ساحب السفتجة وإذا تعذر عليه الوقوف على عنوان المظهر السابق،

(1) راجع: المادة 427 من نفس المصدر.

(2) راجع: المادة 440 من نفس المصدر.

(3) تنص الفقرة الأخيرة على التالي: "... وفي حالة إفلاس المسحوب عليه سواء أكان صدر منه قبول أم لا وكذلك في حالة إفلاس ساحب السفتجة المشروط عدم تقديمها للقبول، فيكفي تقديم الحكم بشهر الإفلاس لتمكين الحامل من ممارسة حقوقه في الرجوع".

اكتفى بإشعار من سبقه ولما كانت القوة القاهرة من الأسباب الموجبة للإعفاء من الالتزام، وهذا الإعفاء مؤقت يزول بزوالها، فمتى زالت تعين على الحامل أن يقوم بتنفيذ التزامه⁽¹⁾.

2- الاستثناء الاتفاقي

ويكون عن طريق الإعفاء من شرط الرجوع أو الاتفاق المسبق بعدم التقديم للقبول.

أ- الإعفاء من الاحتجاج

الإعفاء من احتجاج عدم الوفاء ليس من النظام العام، بالرغم من كونه شرط شكلي جوهرى لدعوى الرجوع الصربي على الضامنين عند امتناع المدين الأصلي عن الوفاء.

وعليه يمكن لكل من الساحب والمظهر أو الضامن الاحتياطي، أن يعفي الحامل من واجب تحرير الاحتجاج، كشرط للرجوع على الضامنين، وذلك من خلال شرط الرجوع بدون مصاريف أو بدون احتجاج، الذي يضعه متن الورقة التجارية ويذيله بالتوقيع، وإذا كان الشرط في ورقة مستقلة كان التزمأ عاديا لا صرفيا، وبالتالي لا يلزم إلا طرفيه وفقا للقواعد العامة في القانون المدني⁽²⁾.

فلما كان تحرير الاحتجاج يستلزم نفقات قد لا تتناسب مع قيمة السفتجة، وقد يلحق ضررا بالغا بائتمان المدين قد يؤدي إلى شهر إفلاسه، فقد جرى العمل على إعفاء الحامل من ضرورة تحرير الاحتجاج بمقتضى شرط خاص يدرج في السفتجة يسمى "شرط الرجوع بلا مصاريف"، بحيث يجوز للساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي، بناء على شرط "الرجوع بدون مصاريف" أو بدون احتجاج" أو أي شرط مماثل له مقيّد في السند مع توقيعه عليه أن يعفي الحامل متى أراد ممارسة حقوقه في الرجوع من تحرير احتجاج لعدم القبول أو الوفاء"⁽³⁾.

فإذا اشترطه الساحب استفاد منه جميع الموقعين على السفتجة، وإذا أقام الحامل احتجاجا رغم وجود هذا الشرط، فإن نفقاته تكون على عاتقه، أما إذا كان مشترطة أحد المظهرين فإن أثره لا يتناول سواه، وعلى الحامل تحرير الاحتجاج عند رجوعه على الملتزمين الآخرين، وإذا حرر الحامل الاحتجاج في هذا الفرض فإن نفقاته يمكن استفاؤها من جميع موقعي السفتجة⁽⁴⁾.

(1) راجع: المادة 438 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(2) محمد أمين صديقي، مرجع سابق، ص 150.

(3) راجع: المادة 431 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(4) عثمانى كريمة، القبول في السفتجة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الموسم الجامعي 2001/2000، ص 31.

ب- إدراج شرط عدم التقديم للقبول

إن مآل السفاتج تقديمها للقبول في أجل معين أو بدون تعيين أجل، إلا أن المشرع أجاز للساحب أن يمنع بنص السفتجة عرضها للقبول مالم تكن سفتجة واجبة الدفع لمدة معينة لدى الاطلاع أو لدى الغير أو في منطقة غير منطقة موطن المسحوب عليه⁽¹⁾.

قد يتوخى الساحب من إدراج هذا الشرط أغراضا عديدة فقد يهدف به الإعفاء من الرجوع عليه قبل الإستحقاق إذا ما رفض المسحوب عليه قبول السفتجة وتفاديا لمصاريف تحرير احتجاج عدم القبول التي قد تكون باهضة لا تتناسب مع قيمة السفتجة أو يهدف به الاحتفاظ بحق التصرف في مقابل الوفاء حتى حلول ميعاد الإستحقاق⁽²⁾.

المطلب الثاني

المعارضة في التصرف

من أخطر العمليات القانونية التي يمكن أن تضر بحقوق الغير المتعلقة بالمحل التجاري أو الشركة التجارية، هو التصرف، لأن المساس برأس مال الشركة التجارية عن طريق إحالة الحصص أو الأسهم أو التصرف بالشركة ككل عن طريق الاندماج أو التحويل من شأنه الاضرار بالغير لأن رأس المال يعتبر الضمان الأساسي له في استفاء ديونه، ومن جهة أخرى أيضا، أي تصرف يخرج مثلا المحل التجاري من ذمته المالية يضعف إئتمان الغير، لذلك احتاط المشرع ووضع ضوابط عند التصرف عن طريق حق معارضته وفقا لإجراءات وشروط معينة، لذلك ستكون الدراسة (فرع أول) في كفيات المعارضة في التصرف في إطار الرهن الحيازي للمحل التجاري كنموذج، ثم يتم التعرض لكفيات ذلك في إطار الشركات التجارية (فرع ثاني).

الفرع الأول

المعارضة في التصرف في رهن المحل التجاري

المحل التجاري نظرا لأهميته يمكن أن ترد عليه عدة تصرفات كالرهن الحيازي ولكن قبل إبرام هذه التصرفات هو مثقل بالعديد من الالتزامات تجاه الغير حسن النية، وقد خول القانون لهذا الأخير معارضة مالك المحل في التصرف فيه حفاظا على ضمانه في استفاء دينه لذلك سيتم تناول هذه النقطة

(1) راجع: المادة 403 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(2) عثمانى كريمة، مرجع سابق، ص 57.

عن طريق تسليط الضوء على كيفية المعارضة في اطار رهن المحل التجاري رهنا حيازيا بالتطرق للأحكام المتميزة للرهن الحيازي التجاري أولا، ثم إلى قاعدة المزايدة بالعرض ثانيا.

أولا: خصوصية الرهن الحيازي للمحل التجاري

يمكن القانون الغير أهم آيتين في أحكام رهن المحل التجاري، تجعله متميزا على أحكام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني⁽¹⁾ التي تولت شرح أحكامه المواد من 948 إلى 981 من ق. م⁽²⁾، إلا أن الرهن الحيازي للمحل التجاري في القانون التجاري لها طابع خاص، سيتم من خلال هذه الجزئية التطرق لهذه الخصوصية، ثم التعرض إلى طرق حمايته، حيث له معارضة التصرف في المحل التجاري المرهون عن طريق امتيازه عليه الذي يمكنه حق الأولوية والتتبع، وكذلك الحق في المزايدة بالعرض عند بيع المحل التجاري سيتم تناوله على النحو التالي:

1- أحكام امتياز الغير الراهن

لم يرد تعريف الرهن الحيازي في القانون التجاري، ولكن المشرع الجزائري نظم أحكامه في القسم الثاني المتعلق بأحكام المحل التجاري وقد أجازت المادة 118 من ق ت رهن المحل التجاري رهنا حيازيا دون حاجة للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها، ومنه يتضح ان الرهن الحيازي في الاحكام المتعلقة بالقانون التجاري هو نظام قانوني يكفل الدائن استيفاء حقه من قيمة الدين دون حاجة لانتقال حيازة الشيء المرهون لما يوفره له القانون من حماية، حيث ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه إذا حل أجل الدين ولم يقيم المدين بالدفع للدائن المرتهن لهذا الأخير طلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنه⁽³⁾.

فإذا كان من الواضح أن الدائن المرتهن سيعود على المدين الراهن بقيمة دينه بالإضافة إلى مصاريف المتابعة وأن أساس حقه قائم على القيد، إلا أن الاشكال يطرح في حالة تعدد الدائنين المقيدين

(1) تمرات ريمة، مرجع سابق، ص 14.

(2) للإشارة ورد تعريف الرهن الحيازي في المادة 948 من القانون المدني المعدل والتمم، بأنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

(3) للإشارة ورد تعريف الرهن الحيازي في المادة 948 من القانون المدني المعدل والتمم، بأنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

فكيف يتم ترتيب الأفضلية؟ وما هو الحل عند تراحم مجموعة من الدائنين؟ هذه التساؤلات نجيب عليها في اثاره مسألة حق الأفضلية والتتبع وفق ما يلي:

أ- حق الأفضلية

يقصد به تقرير الأولوية للدائن المرتهن، في إستيفاء حقه من ثمن المحل التجاري في حالة بيعه عن باقي الدائنين أصحاب الحقوق المضمونة التاليين له في القيد، وكذا الدائنين العاديين، يظهر حق الأفضلية في حالة تعدد الدائنين أما إذا وجد دائن واحد فلا يمكن حينئذ الكلام عن حق الأفضلية، لأنه يستوفي حقه مباشرة دون مزاحمة من أحد⁽¹⁾.

وانطلاقاً من نص المادة 120 من القانون التجاري، فإن امتياز الدائن المرتهن يقوم على كامل المحل التجاري بجميع عناصره المرهونة، كما يقوم على فروع المحل التجاري إذا وجدت وشملها الرهن وفق ما رأيناه سابقاً، ورغم ذلك فلدائن المرتهن التنفيذ على كامل المحل أو عنصر من عناصره أو أكثر بصورة مستقلة، كما أنه ووفقاً لآلية الحلول العيني فإن العناصر الجديدة للمحل التجاري والتي لم تكن موجودة عند الرهن تدخل ضمن المحل التجاري موضوع المتابعة متى جاءت هذه العناصر لتعويض عناصر كانت موجودة عند إنشاء الرهن، وأن مبالغ التعويضات المتحصل عليها نتيجة هلاك عنصر أو أكثر من عناصر المحل التجاري المرهون، تحل محل هذه العناصر، وتكون موضوع متابعة⁽²⁾.

ويتمثل محل الأفضلية في المحل التجاري المرهون، وحسب نص المادة 119 يستنتج حالتين وهما:

– في حالة أن تكون العناصر محل الرهن معلومة

فإن الدائن المرتهن لا يحق له التنفيذ على العناصر الأخرى غير المشمولة بعقد الرهن الحيازي بين الراهن والدائن المرتهن على العناصر التي يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإن حقه محصور في تلك العناصر المذكورة في العقد، علماً أن المتعاقدان لهما الحرية المطلقة في اختيار تلك العناصر بشرط أن يدرجا عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، حيث لا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر باعتباره جوهر المحل التجاري.

(1) كركادان فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 07، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2016/07/17، ص 278.

(2) تنص المادة 120 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم: "يبث الرهن الحيازي بعقد رسمي"، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستعمل في نطاق دائرته المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي تشملها الرهن الحيازي.

- حالة سكوت عقد الرهن الحيازي

أقر المشرع حكما في الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث أن هذا الأخير لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية، وعليه في حالة عدم اتفاق المدين الراهن والدائن المرتهن على العناصر التي يشملها عقد الرهن فإن الدائن المرتهن لا يمكن له التنفيذ على غير هذه العناصر⁽¹⁾.

كما أنه من جهة أخرى وتطبيقا للقواعد العامة للرهن الرسمي، فإن امتياز الدائن المرتهن على المحل التجاري عكس امتياز البائع لا يتجزأ، بل يبقى إلى حين تسديد الدين المضمون كله فلا يؤدي الوفاء الجزئي إلى سقوط الرهن عن جزء من المحل، إذ أن كل جزء من المحل التجاري المرهون ضامن لكل الدين، وأن كل الدين مضمون بالمحل التجاري كله⁽²⁾.

ب- حق التبع

إن امتياز الدائن المرتهن يتبع المحل التجاري في كل يد قد انتقل إليها وهذا ما أكدت عليه المادة 132 ق ت بنصها على أنه يتبع امتياز البائع والدائن المرتهن المحل التجاري أينما وجد.

والمقصود هنا أن بإمكانه التمسك بحقوقه الناجمة عن الرهن إزاء التاجر الراهن، أي المالك الحالي للمتجر أو كذلك إزاء المالك الجديد في حالة انتقال ملكية المتجر عن طريق التنازل أو الإرث، أو قام برهنه مرة أخرى أو قدمه كحصة في الشركة، فإن للدائن المرتهن أن يتبع المتجر وينفذ عليه بهدف استيفاء حقه المضمون بالرهن⁽³⁾.

ج- تراحم الدائنين

يظهر التراحم عند تقسيم أموال المدين المنفذ ضده، وعدم كفايتها عند إعطائها للدائنين المشتركين في حصيلة التنفيذ والذين حل أجل الوفاء بديونهم وكل ذلك من أجل استيفاء حقوقهم منها، فيتعدد الدائنون دون كفاية الأموال للتسديد مما يستدعي وضع طرق قانونية للتوزيع بينهم عن طريق التوزيع

(1) تنص المادة 119 من القانون التجاري المعدل والمتمم الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية و على وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به."

(2) جامع رضوان، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الموسم الجامعي 2000 / 2001، ص 71.

(3) كركادان فريد، مرجع سابق، ص 282.

النسي - قسمة غرماء - أي كل بحسب نسبة دينه بالنسبة لمجموع الديون، مع إتباع الترتيب في التوزيع حسب نوع الدين وصفته ودرجته بالاتفاق، أو الرجوع للنص القانوني⁽¹⁾.

ورهن المحل التجاري باعتباره تأميناً عينياً فهو يخول للدائن المرتهن التقدم في استيفاء حقه على جميع الدائنين العاديين، وأنه عند تراحم مجموعة من الدائنين المرتهنين فإن العبرة بتاريخ القيد يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية⁽²⁾.

وعليه فإن العبرة بأسبقية القيد فالمرتبة الأسبق تكون لمن سجل رهنه في بداية الشهر حتى ولو كان من سجل في منتصف الشهر له عقد رهن يحمل تاريخ أسبق، وأن المقيدين في يوم واحد لهم رتبة واحدة، من جهة أخرى في حالة تراحم امتياز الدائن المرتهن مع امتياز بائع المحل التجاري، فإنه ووفقاً لنص المادة 3/97 من القانون التجاري فإن بائع المحل التجاري والذي قيد امتيازاً عليه يتقدم على جميع الدائنين المرتهنين متى كان قيده قد تم في المواعيد خلال 30 يوم من انعقاد البيع⁽³⁾.

وتفسير ذلك أن امتياز البائع يرتب أثره بصورة رجعية أي أنه مهما كان تاريخ القيد فإن امتيازته تكون مرتبته من تاريخ البيع لا من تاريخ القيد بشرط أن يتم القيد في خلال 30 يوم من تاريخ البيع⁽⁴⁾. كذلك بشأن، تراحم حقوق رهن الأدوات ومعدات التجهيز مع حقوق الامتياز، فيمكن للدائن المرتهن أن يستفيد من حق الأولوية، تجعله يتقدم على الدائنين الممتازين، إلا إذا وجد امتياز الخزينة، وامتياز المصاريف القضائية، امتياز المصاريف التي تنفق للمحافظة على الشيء، وكذلك الامتياز الممنوح لأصحاب الأجور، و يتقدم كذلك حق الدائن المرتهن، على حق بائع المحل التجاري و الدائن المرتهن لمجموع المحل التجاري الذي يتضمن الأدوات و المعدات، كما نصت عليه المادة 159 ق.ت⁽⁵⁾.

(1) مريم تومي، أثر تراحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، الصادرة عن جامعة الوادي، الجزائر، 2021/09/08، ص 679.

(2) راجع المادة 120 ق ت ج .

(3) جامع رضوان، مرجع سابق ص 71.

(4) تنص المادة 121 من القانون التجاري المعدل والمتمم على: " يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان. ويجوز لكل ذي مصلحة وإن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان".

(5) بعجي أحمد، حماية الدائن المرتهن في رهن المنقول دون تجريد المدين الراهن من الحياة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 01، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/01/16، ص 98.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد نص على آلية التطهير للديون، بحيث يمكن للمشتري للمحل التجاري أن يتفادى كل المنازعات والمعارضات مع الغير عن طريق عرض تسديد الديون، إلا أن الثمن المعروض للتطهير قد لا يكون محل إتفاق وهذا ما يجعل المشتري لا يعرض ذلك، ومن ناحية أخرى فإن العقد الصوري قد يزيد في ضرر الغير من الدائنين عن طريق إخفاء الثمن الحقيقي والتصريح بثمن ظاهر غير حقيقي للإتفاص من ضمان الدائنين وهذا بهدف العش والتحايل⁽¹⁾، من أجل كل ذلك ومن أجل حماية الدائن المرتهن أجاز المشرع الحق في المزايدة بالعاشر.

ثانيا: الحق في المزايدة بالعاشر

كما رأينا سابقا فإنه بإمكان الغير الذي قدم معارضة في دفع ثمن بيع المحل التجاري، عند عدم قدرة المبلغ على استفاء الديون المقيدة، عن طريق المزايدة بالسدس⁽²⁾، ولم يستثنى المشرع رهن المحل التجاري من المزايدة فقد حول الدائنون المرتهنون المزايدة بالعاشر.

حيث أقر المشرع الحق في طلب بيع بالمزايدة العلنية بزيادة العاشر من ثمن الانتقال من المدين إلى الحائز، أي اقتراح اكتساب المحل التجاري بالقيمة المتفق عليها بين المدين والحائز (قد يكون المشتري بموجب عقد بيع) بزيادة عاشر تلك القيمة، وهذه المزايدة تشمل فقط العناصر المعنوية للمحل المرهون. وعليه فلكي يمكن إجراء طلب البيع بزيادة العاشر (10/1) بعد الاطلاع على نص المواد: تم استخلاص الشروط التالية:

- 1- أن يصدر تبليغ من حائز المحل التجاري المرهون يعرض فيه التطهير من القيود.
- 2- أن يكون المبلغ المقدم من طرف الحائز غير كاف للوفاء بالديون.
- 3- أن يتم تقديم طلب أمام المحكمة التي يقع بدائرتها المحل التجاري من طرف دائن مقيد على المحل، فلا يمكن للدائن العادي طلب ذلك، وبالموازاة مع هذا الطلب يتم تكليف كل من المدين والحائز بالحضور أمام المحكمة⁽³⁾.
- 4- أن يكون طلب البيع يشمل المحل التجاري كمجموع معنوي بحيث لا يمكن ذلك بالنسبة لعنصر أو عناصر من المحل التجاري بصورة مستقلة.
- 5- أن يكون تقديم الطلب في خلال 15 يوم من تاريخ التبليغ بالتطهير⁽¹⁾.

(1) جامع رضوان، مرجع سابق، ص 72.

(2) راجع: ص ص 14-15 من هذه الاطروحة.

(3) راجع: 133 ق ت ج.

6- أن يتضمن الطلب عرض دفع ثمن المحل التجاري بزيادة العشر.
 7- أن يتم تقديم ودیعة بالدفع وبعد موافقة المحكمة على طلب البيع يتم المباشرة بإجراء البيع بالمزايدة، ويجب التمييز بين البيع بزيادة العشر الذي هو مقرر فقط للدائنين المقيدين، والبيع بزيادة السدس والذي نصت عليه المواد من 85 إلى 89 من القانون التجاري الجزائري والذي هو مفتوح لكل الدائنين الذين يعترضون على البيع، كما يجب الإشارة إلى أن البيع بزيادة العشر يكون في حالة انتقال المحل التجاري المرهون من المدين الرهن إلى الحائز سواء كان الانتقال بموجب عقد بيع ودي أو بموجب هبة أو حتى في صورة مبادلة، في حين لا يمكن طلب البيع بزيادة السدس إلا في حالة البيع الودي⁽²⁾.

ثالثا: مدى تقاطع أحكام الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي للمحل التجاري

تبنى المشرع أحكاما أخرى حاول من خلالها أن يجعل الدائن المرتهن في وضع كفاء لوضع المدين الرهن، ويتجلى ذلك من خلال:

1- تعطيل قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية، دون حاجة لغير الشروط والإجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية: لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها⁽³⁾.

فإذا كان التاجر تصرف في محله التجاري كوحدة واحدة فإن الدائن المرتهن يمارس حقه في تتبع هذا المحل التجاري المرهون بكامل العناصر الداخلة في تكوينه، أما إذا اقتصر التصرف على بعض العناصر المادية منفردة فإنه لا يمكن للدائن المرتهن تتبع هذه العناصر والتنفيذ عليها في يد حائزها الحسن النية، لأنها عناصر مادية يمكن لحائزها التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁴⁾.

فلا تنتقل الحيازة وفقا لنص المادة والتشديد على وجوب الإبقاء على الحيازة بيد الرهن، وما يرتب ذلك من حق الاستعمال والاستغلال، وحق التصرف، على خلاف ذلك في أحكام الرهن في القواعد

(1) راجع: 132 ق ت ج.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 419.

(3) راجع: م 118 ق ت ج.

(4) كركادان فريد، مرجع سابق، ص 283.

العامّة، حيث وجد المشرع في نقل الحيازة وسيلة كافية لعلم الغير بوجود الرهن، ومن ثم أصبح تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون للدائن أو لعدل يتفق عليه، شرطا عاما لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، وإلى جانب هذا الشرط العام الذي يلزم توافره بالنسبة لكل حالات الرهن الحيازي مهما كانت طبيعة الشيء المرهون: (عقار، منقول، دين) استلزم الشارع بعض الشروط الأخرى تختلف باختلاف نوع المال المرهون⁽¹⁾.

تعد قاعدة التعيين الذاتي للمنقول، من أجل أيضا تعطيل قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، التي يراها بعض الفقه، أنها ترجع إلى طبيعة المنقول، الذي صار أحيانا يعادل قيمة المنقول، والأهم من ذلك لها صفات معينة ومستقلة، تضمن للمنقول فرصة تعيينه، مجردا عن حيازة الشخص له، الذي يميّز المنقولات عن بعضها البعض، من خلال سهولة تعيين المنقول، حيث أن المشرع اشترط تخصيص الرهن من حيث محل الرهن الذي يجب أن يكون معين وبدقة، ومن حيث الالتزام المضمون بتحديد مبلغ الدين طبقا لنص المادة 3/98 القانون التجاري الجزائري⁽²⁾.

وسهولة الوصول إلى مالك المنقول، ومعرفة ما يرتبه من حقوق، وهنا يعدّ أن الحائز مرتكبا خطأ جسيما، كما جاء في المادة 824 ق.م، وقد يوصف بأنه سيئ النية، وبالتالي يحرم من قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، كما يسمح أيضا التعيين الذاتي للمنقول، من التأكد من أن شهر التصرفات على مثل هذه المنقولات يعدّ أمرا ليس صعبا، بحكم إمكانية تحديده وثباته من جهة أخرى، كما هو الحال في رهن السفينة، والطائرة⁽³⁾، فإن المشتري لا يكون له الاحتجاج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز انصب البيع على أحد العناصر المعنوية يشملها الرهن كبراءة اختراع لأن هذه القاعدة لا تعمل بالنسبة للمنقولات المعنوية، بحيث يكون للدائن أن يمارس حقه في التتبع في مواجهة المشتري المذكور ولو كان حسن النية، على أنه كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل

(1) مجّد حسين منصور، مرجع سابق، ص 421.

(2) تنص المادة 98 فقرة 3 من القانون التجاري المعدل والمتمم، على أن أثمان البيع على وجه التفصيل بالنسبة للمعدات والبضائع والعناصر المعنوية للمحل التجاري، مع الإشارة كذلك إلى الأعباء المالية المترتبة عليه بعد تقديرها إذا كان لها محل أو مبلغ الدين المحدد في السند والشروط المتعلقة بالاستحقاق.

(3) بعجي أحمد، مرجع سابق، ص 91.

جزء من الرهن غير قابل للانقسام حيث تنص 892 من القانون المدني إضافة إلى هذا فإن الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق⁽¹⁾.

2- تعويض احتفاظ الراهن بميزاة المحل التجاري بالرقابة

بحيث أن الرهن يتم بعقد رسمي، وهذا يمنح للدائن المرتهن إمكانية التثبيت من أصل ملكية الراهن، ومن أهليته للتعاقد، كما أن ذلك يضع بيده سندا قابلا للتنفيذ دون الحاجة إلى حكم إذا حل أجل الدين، كما يتقاطع الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي للمحل التجاري، باشتراط قيد الرهن وذلك خلال مهلة من العقد التأسيسي، كما يظهر تأثير الرهن الحيازي بالرسمي عن طريق أخذه أهم أثر والمتمثل في حق الأولوية والتتبع كما تم شرحه أعلاه على المحل التجاري، وحق تتبعه بأي يد كان، وهو من أهم آثار الرهن الرسمي بحيث أنه يمكن الدائن المرتهن من حماية حقوقه في مواجهة الدائنين الآخرين وفي مواجهة الغير الذي قد يكون حائزا للمحل التجاري⁽²⁾.

ونظرا لمواجهة إمكانية فقدان المحل التجاري لقيمته نظرا لسوء استغلال الراهن له، بمنح الدائن المرتهن حق مراقبة الاستغلال والتدخل عند الضرورة، بحيث حدد المشرع عدة حالات تؤدي إلى الإضعاف من تأمين الدائن، وأقر له في كل حالة إمكانية وكيفية التدخل ضمانا وحماية له⁽³⁾.

لكن ما يمكن ملاحظته هنا بالذات هو أن كثرة حالات التدخل التي منحها المشرع للدائن المرتهن لم تكن إلا لتؤكد مركزه الضعيف أمام المدين الراهن، ثم أنه حتى لو افترضنا أن كل هذه الضمانات تجعله في مركزه قوي فإننا نجد أنفسنا أمام سؤال مهم جدا وهو: هل الدائن المرتهن على استعداد لمراقبة استغلال الراهن للمحل التجاري مراقبة دقيقة؟.

إن للحيلولة دون تدني قيمة المحل التجاري المرهون أقر المشرع للدائن المرتهن إمكانية المراقبة والتدخل في مواجهة أي شخص له علاقة بالمحل المرهون ومن شأنه القيام بأي تصرف يؤثر سلبا عليه فكان له التدخل في مواجهة كل من مالك المحل التجاري، مؤجر المكان الذي يستغل فيه المحل وجميع الدائنين الآخرين⁽⁴⁾.

(1) كركادان فريد، مرجع سابق، ص 280.

(2) راجع م 121 ق ت ج.

(3) جامع رضوان، مرجع سابق، ص 92.

(4) عليمه بوضلاح، مرجع سابق، ص 101.

بالرجوع إلى القواعد العامة في الرهن الرسمي نجد أنه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، كما يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا⁽¹⁾. وعليه فإن راهن المحل التجاري سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا، أو كان قد أنتقل إليه المحل بيعا أو هبة فإنه ملزم بالمحافظة على قيمة المحل التجاري المرهون، وللدائن المرتهن التدخل في مواجهته، فإن قيمة المحل التجاري معرضة للانقاص أو حتى الانعدام إذا تم التنازل عن عناصره بالبيع أو الهبة وذلك بصورة منفصلة ومستقلة، حتى أنه إذا كنا بصدد عناصر مادية الدائن المرتهن ليس له حق تتبعها، لهذا وإن لم يكن هناك نص خاص لمواجهة ذلك فإنه تطبيقا للقواعد العامة فإن الراهن معرض لنوعين من الجزاء: من جهة وتطبيقا لمبدأ "سقوط الآجال للإضعاف من التأمين"، فإن للدائن المرتهن المطالبة بسقوط الآجال لأن التصرف في عنصر من عناصر المحل التجاري المرهون وإذا لم يتم تعويضه، حتما سينقص من قيمة المحل⁽²⁾.

ومن جهة أخرى وتطبيقا لنص المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري فإنه يمكن اعتبار تصرف الراهن إذا كان بسوء نية، تبديدا لأشياء مرهونة ويعاقب على أساس جريمة خيانة الأمانة⁽³⁾، الواقع أثبت أن الدائن عادة ما يرفض قبول المحل التجاري كضمان وإذا قبله فعادة ما يكون كضمان ثانوي، وعليه يمكن القول أن النظام القانوني الجزائري لرهن المحل التجاري لا يشكل ضمانا حقيقيا للدائن المرتهن، لذلك يبقى لجوءه الى وسائل الضمان العام كالدعاوى المباشرة وغير مباشرة كحلول ناجعة في حالة عدم توفر الحل الخاص أو تعثره⁽⁴⁾.

كما أن للدائن المرتهن حق مراقبته وهذا استثناءً من حرية المدين في إدارة محله التجاري، أوجب المشرع الجزائري على المدين الراهن الذي يرغب في نقل المحل التجاري إذا اقتضت منفعته التجارية ذلك، إبلاغ الدائن المرتهن وكل دائن مقيد بمحل إقامته المختار خلال خمسة عشرة يوما قبل النقل عن طريق إجراء غير قضائي عن رغبته في النقل وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيم فيه، والغاية المتوخاة من

(1) راجع المواد 894-898 ق مدني جزائري.

(2) عليمية بوضوح، مرجع سابق، ص 101.

(3) لأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 1966/06/11، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/06/19، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 2016/06/22.

(4) Le Lamy des societes commerciales.Dlloz. France.2013.p737.

هذه الأحكام القانونية هي حماية الدائن المرتهن والغير الذين تعاملوا مع التاجر في استيفاء حقهم قبل المدين الراهن، ذلك أن هلاك المحل التجاري أو نقص قيمته من جراء النقل قد يجعل الوفاء بديونهم مستحيلًا⁽¹⁾، وإلا سقط حقه في الأجل وأصبح دينه مستحق الأداء بحكم القانون، طبقا للمادة 1/123 ق.ت.

الفرع الثاني

المعارضة في التصرف في الشركات التجارية

سيعالج هذا الفرع الأحكام القانونية التي تمكن الغير المتعامل مع الشركات التجارية في مختلف أحوال المتعلقة بها سواء تعلق الأمر بالعمليات المتعلقة برأس مالها من تخفيض لرأس مالها أو تلك المتعلقة بشكلها القانونية من تحول أو اندماج وذلك في النقطة الثانية (ثانيا)، وقبل ذلك يتم تسليط الضوء على التحديتات التي اصابت الشركات التجارية خاصة على احكامها الخاصة التي تأثر في وجودها القانوني والتي يمكن أن تأثر هذه التطورات التكنولوجية في مركز الغير وحمائته وذلك (أولا).

أولا: الشركات التجارية بين الاصاله والمعاصرة:

نصت المادة 416 من القانون المدني الجزائري على الشركة وبينت أهم الأحكام العامة لتأسيسها المتمثلة في الأركان الموضوعية العامة، بالإضافة إلى الأركان الموضوعية الخاصة يضاف اليهما أهم ركن شكلي الذي يعتبر ملزما لوجودها هو الكتابة فالشركة عقد مكتوب طبقا للأحكام العامة من القانون المدني⁽²⁾، كما تقابلها المادة قانون الشركات الفرنسي⁽³⁾.

كما أنها تأثرت بفعل التطور التكنولوجي الذي يعيشه العالم ووجود العولمة الاقتصادية وانتشار الأنظمة الاتصالية والمعلوماتية، فقد وجدت الشركات التجارية نفسها ملزمة على مواكبة التقدم، وذلك بداية من طريق تأسيسها عبر صورة تقليدية إلى وضعية آخري أدت لظهور شركات تجارية باستعمال أنظمة والتكنولوجيات الحديثة، فانتشرت الشركات التجارية الإلكترونية وأصبح نشاطها يفوق نشاط

(1) عليمه بوضلاح، مرجع سابق، ص 102.

(2) لا تقوم الشركات التجارية إلا بتوفر أركانها الموضوعية، ولعل مسألة التفصيلات الدقيقة لهذه الأركان الموضوعية العامة قد تمت معالجتهم من خلال العديد من مواضيع قيام العقد.

(3) Article 2 : "La societe est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d affecter en commun leurs apports ». Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, n 171, abrogé par l'ordonnance 2000-912, 18.09.2000, J.O.R.F 21 septembre 2000.

الشركات التقليدية أو يوازها مما يدعو للوقوف عندها والتساؤل حول ما إذا كانت هذه الشركات تنطبق عليها احكام المتعلقة بالشركات التقليدية؟

يعود الإقبال الواسع لهذه الشركات نظرا لما توفره للمستثمرين في بيئة الاعمال من مزايا يمكن إيراد أهمها فيما يلي:

- خفض التكلفة: فاعتماد الشركات على الإنترنت في التسويق يتيح عرض منتجاتها وخدماتها في العالم مما يوفر فرصة كبيرة للحصول على الأرباح.
- خفض التكلفة الإدارية: فإن الشركات تستطيع قطع التكاليف الإدارية لشراء بنسبة 85 بالمائة.
- تقليل الوقت بين إنفاق رأس المال واستلام المنتجات والخدمات: عن طريق استعمال عملية السحب في نظام إدارة سلسلة التوريد، بالحصول على طلب تجاري من قبل المستهلك، وتزويده بطلبه من خلال التصنيع الوقي المناسب.
- تخفض المدة الزمنية: فالإنترنت أرخص بكثير من الشبكات القيمة والمضافة، وتمكن من إنشاء تجارات متخصصة جدا⁽¹⁾.

وتطبق على الشركات التجارية الإلكترونية الأحكام العامة المتعلقة بالشروط الموضوعية العامة من تراضي ومحل وسبب وبالنسبة لصحة التراضي في الشركات التجارية الإلكترونية فإنه يتم تطبيق نفس الأحكام والقواعد العامة في العقود والتصرفات القانونية عموما، والمعروف بأن التراضي لوحده لا يكفي حتى يكون العقد صحيحا وناظدا، وإنما بالضرورة وجب أن يكون هذا التراضي صحيحا وقد لا يكون من الضروري التطرق لهذه المسألة بتفصيلها الدقيق وعلى وفق القواعد العامة التي قلما يخلوا من بحثها شرح أو مؤلف لنظرية العقد مع بعض الخصوصيات نظرا لكونها تأسس عبر الشبكة⁽²⁾.

(1) قايد سامية، واقع التجاري الإلكتروني في الجزائر، يوم الدراسي حول "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، بالتعاون مع خيرة القانون والتكنولوجيا الجديدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، يوم 23 نوفمبر 2016 ص ص 7-8.

(2) إنشاء الشركات التجارية أصبحت تعتمد الوسائل الحديثة التي تعتمد في التفاوض على تقنية البريد الإلكتروني بتبادل الرسائل الإلكترونية التي تشمل على الملفات والرسوم والصور والبرامج الى غير ذلك باستعمال البريد الإلكتروني بدل من عنوان البريد التقليدي وقد أجمع الفقه على إمكانية ابداء الايجاب والقبول عبر شبة الانترنت من خلال ارسال رسالة بيانات يكون مضمونها ابداء الايجاب، أو القبول بطريقة صريحة أو ضمنية و بالاعتماد على احدى الطرق الإلكترونية و ذلك لعدم وجود فيه ما يخالف القانون، فالمادة 60 من القانون المدني الجزائري نصت على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا..."، وتندرج تلك الرسالة الإلكترونية مع ما نص عليه القانون من أن التعبير عن الايجاب والقبول يكون بالكتابة ودون الغوص في مسألة تحديد زمان الانعقاد و مكانه فتجدر الإشارة الى التعاقد عبر الانترنت باستعمال خاصية المحادثة الهاتفية يعتبر تعاقدًا بين غائبين فيما يتعلق بالمكان وبين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وقد اعطت هذه الصورة حكم التعاقد بين حاضرين، ونصت المادة 67 من القانون المدني المعدل والمتمم، على أنه يعتبر ما

أما بالنسبة للأركان الموضوعية الخاصة فيمكن اسقاط التقارب كما يلي:

– **التقديرات ونية الاشتراك:** لا يمكن أن يتصور القيام بتقديم حصة عينة عبر استخدام وسائل التكنولوجيا وبصفة استثنائية يمكن أن يساهم الشريك بالسهم الإلكتروني والذي يعتبر منقول وعلى سبيل المثال ومن خلال التشريع المقارن فقد نص القانون التونسي صراحة على ذلك: "...لا يمكن أن يتضمن رأس مال هذه الشركات عند تأسيسها طبقا للفقرة الأولى من هذا الفصل مساهمات عينية"⁽¹⁾، إلا انه لا يجوز أن تكون أسهم في شركات المساهمة طبقا لنص المادة 567 ق.ت. إلا أسهم نقدية أو عينية ولا يمكن أن تكون ممثلة في حصص بعمل، باستثناء شركة التضامن والشركة ذات مسؤولية محدودة التي أجاز فيها تقديم الحصص في شكل عمل معين أما ركن نية الاشتراك يعتبر قيامه نتيجة حتمية للصفة التعاقدية في عقود الشركات، وتكمن أهمية هذا الركن في رسم حد لإرادة الشركاء الذي يتولد عنه الالتزام بالمشاركة في عقد الشركة، والتي تترجم وتتجلى في عنصر تقديم حصة الشركاء⁽²⁾ والتقديرات المالية لا تشكل عائقا فقد تكون نقدية باستخدام الوسائل التكنولوجية وعلى سبيل المثال النقود الإلكترونية أو طرق التحويل الحديثة⁽³⁾.

– **ركن تعدد الشركاء:** يشترط لقيام الشركات التجارية على العموم تعدد الشركاء ويشترط القانون شخصين كقاعدة عامة لقيام الشركة التجارية طبقا لما ورد في نص المادة 416 من القانون المدني إلا أن المشرع تدخل في الحد الأدنى والحد الأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات، ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة تدخل المشرع في تحديد الحد الأدنى من خلال نص المادة 564 القانون

بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول والتعاقد عبر البريد الإلكتروني يعتبر تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان متى كان فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وأما التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة يؤخذ حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ومن حيث المكان.

⁽¹⁾ القانون عدد 89 المؤرخ في 31/12/2004، يتعلق بإجراءات تأسيس الشركات عن بعد في تونس، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 105، المؤرخ في 2004/12/31.

⁽²⁾ براهيم أحمد بلقاسم، مرجع سابق، ص 158.

⁽³⁾ وتعرف النقود الإلكترونية ELECTRONIC CHASH بأنها مجموعة من البروتوكولات والتوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية، وبعبارة أخرى فإن النقود الإلكترونية أو الرقمية هي المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية التي اعتدنا تداولها، كما أن لها خصائص متعددة أهمها: - النقود الإلكترونية لها قيمة نقدية؛ النقود الإلكترونية مخزنة على وسيلة الكترونية؛ النقود الإلكترونية غير مرتبطة بحساب بنكي؛ النقود الإلكترونية وسيلة وفاء؛ النقود الإلكترونية نقود خاصة؛ النقود الإلكترونية سهلة الاستخدام والحمل؛ النقود الإلكترونية لها صفة القبول العام، للمزيد من المعلومات راجع: حشيفة مجدوب، النقود الإلكترونية كآلية للوفاء الإلكتروني، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، الصادرة عن المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة، الجزائر، 2018/06/01، ص ص 340-341.

التجاري وخرج عن القاعدة العامة وسمح بتأسيس الشركة بشخص واحد أو عدة أشخاص وحدد الحد الأقصى من خلال المادة 592 القانون التجاري بـ 20 شريكا، وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة فالحد الأقصى 50 شريكا⁽¹⁾.

– **ركن اقتسام الأرباح والخسائر:** أن توفر ركن اقتسام الأرباح والخسائر المنصوص عليه في المادة 426 من قانون المدني الجزائري لا يفرض أي عائق لقيامه باستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة إذا أنه مجرد اتفاق بين الشركاء لتحمل الأرباح والخسائر ويخضع لأحكام خاصة بالنسبة لشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة طبقا لنص المادة 733 من القانون التجاري.

– **الشكلية الإلكترونية:** ينطبق عليها نفس الأحكام العامة مع مراعاة خصوصية الشكل الإلكتروني الذي نشئت في ظلّه⁽²⁾، فشرط الكتابة هذا يتم تحقيقه في الشركات الإلكترونية وإنما بشكل آخر عنه في الشركات التقليدية إذ أن الكتابة الإلكترونية والمستند الإلكتروني رسالة البيانات الإلكترونية كلهم يقومون مقام شرط الكتابة التقليدية المنصوص على اشتراطها⁽³⁾، متى انعقدت الشركة صحيحة كانت شخصا معنويا بمجرد تكوينها ويترتب على ذلك أن تتمتع بالحقوق وأن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء وأن يكون لها الحق في التقاضي كما يكون لها موطن وجنسية، وتنتهي الشخصية المعنوية للشركة متى تم فسخها وتصفيته.

حيث أن الشخصية المعنوية⁽⁴⁾، التي تتمتع بها الشركات الإلكترونية تتطابق بين الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات التقليدية.

(1) القانون 20-15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتم الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 71، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015.

(2) نحيل التفصيل في أحكام الشكلية التقليدية والإلكترونية إلى الباب الثاني من هذه الأطروحة نظرا لضرورة التطرق لها بحكم كونها أهم تطبيقات مبدأ حسن النية التي تجسد حماية الغير حسن النية.

(3) محمد منير الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 35.

(4) الشخصية المعنوية هي: "الشخصية القانونية التي تتمتع بها مجموعات الأشخاص الطبيعية والتي ترمي إلى تحقيق هدف معين"، أو "مجموعة الأموال المخصصة لغرض محددة والشخصية الاعتبارية هي إحدى أسس القانون الوضعي الجزائري"، راجع: أكبر تسعديت، النظام القانوني للتجمع وفقا لأحكام القانون التجاري المواد من 796 إلى 799 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 08/93، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2010/2011، ص 56، واعدت المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم الأشخاص الاعتبارية وهي: الدولة، الولاية، البلدية؛ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛ الشركات المدنية والتجارية؛ الجمعيات والمؤسسات؛ الوقف؛ كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون الشخصية القانونية.

يتضح أن الشركة التقليدية لا تختلف، في مضمونها عن الشركات الإلكترونية سوى في طريقة الإنشاء وأسلوب ممارسة الغرض التي أنشأت من أجله وعليه فكل منهما تتمتع بالشخصية المعنوية بكافة جنباتها وخصائصها وليس للاختلاف الذي بينهما أي تأثير على الشخصية المعنوية التي تتمتع بها كل منهما⁽¹⁾، وعليه هناك تطابق كبير فيما بين الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات التقليدية والشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات الإلكترونية فخصائص كل منهما متطابقة إذ يكون لكل منها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء وأن كل منهما يكون لها حق التقاضي بان تقيم الدعاوى على الغير وأن تكون محل لتقام عليها الدعاوى وما إلى ذلك من خصائص الشخصيات المعنوية⁽²⁾.

الغير الذي يتعامل سواء في إطار الشركات التجارية التقليدية أو الإلكترونية يستوجب حمايته، لكن يظهر بأن الحماية المقررة للغير التقليدي أكثر قوة مقارنة بالغير الإلكتروني إن صح التعبير ، وذلك لأن القانون الجزائري لازال يفتقر لنظام قانوني متكامل يختص بالشركات التجارية الإلكترونية التي تنشط عبر الشبكة، ويبقى الغير المتعامل في هذا الإطار يتمسك بالأحكام العامة وبعض من الأحكام التي تنطبق عليه في إطار التجارة الإلكترونية أو القوانين الخاصة الأخرى، وأهم هذه المبادئ نوردتها فيما يلي:

ثانيا: معارضة المساس برأس مال الشركة

إن رأس المال يظل الحد الأدنى لضمان دائني الشركة، فلا يجوز توزيعه على الشركاء أو الانتقاص منه بطريقة أخرى، بل يتعين على الشركاء الاحتفاظ دائما بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذي بدأت به الشركة، وهذا ما يسمى بمبدأ ثبات رأس المال⁽³⁾.

لذلك منح المشرع للغير المدين للشركة حق المعارضة سواء تعلق الامر بالمعارضة في حالة تخفيض رأس مال الشركة وهذا ما سيتم شرحه في النقطة الأولى، أو ما تعلق بتغيير الشكل القانوني للشركة عن طريق الاندماج وسيكون شرح هذه العناصر في أهم شركتين كعينات هما الشركة ذات مسؤولية محدودة وشركة المساهمة مع استحضر المبادئ التي يمكن تعميمها في هذا الشأن على كافة الشركات التجارية.

(1) محمد منير الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، مرجع سابق، ص 17، 39.

(2) نفس المرجع، ص 40.

(3) المقصود بمبدأ ثبات رأس المال: "بقاء رأس المال عند رقمه الثابت في عقد الشركة، أو الذي انتهى إليه تعديل العقد بالزيادة أو التخفيض، أو أنه بقاء رأس مال الشركة على حاله بالنسبة للدائن الذي تعاقد مع الشركة في ظله، حيث يكون للدائن حق الاعتراض على أي مساس به لما في ذلك من إضعاف للضمان العام الذي يقره القانون لمصلحة"، راجع: علال شليغم، مبدأ ثبات رأس المال في القانون التجاري الجزائري، مجلة التواصل، المجلد 20، العدد 03، الصادرة عن جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، 2014/09/3039، ص 175.

1- المعارضة عند تخفيض رأس مال الشركة التجارية

إن مبدأ ثبات رأس المال يتفرع عنه أنه إذا نقص رأس المال بسبب الخسارة وجب أن تنقطع الشركة عن توزيع أي ربح على الشركاء إلى أن يعود رأس المال إلى أصله تماماً ما لم تقرر الشركة تخفيض رأس المال إلى المبلغ الموجود حقيقة، وأنه لا يجوز انقطاع رأس المال وتوزيعه في صورة أرباح على الشركاء وهذه هي الأرباح الصورية وأن لدائني الشركة حق مطالبة الشركاء مباشرة بالوفاء بمصهم⁽¹⁾.

لم يعرف معنى تخفيض رأسمال الشركة لكن تولى الفقهاء ذلك حيث عرفه البعض على أنه "صورة من صور التعديلات التي تقوم بها الهيئة العامة غير العادية في عقد ونظام الشركة والشركة تلجأ إلى هذا الاجراء عندما تحل خسائر تؤدي إلى فقد جزء من رأسمالها بحيث لا تستطيع تعويض هذا الجزء من الأرباح المستقبلية أو تلجأ إلى ذلك عندما تجد ان هنالك زيادة في رأس المال عن حاجة الشركة، فلا ترى ما يدعو لبقائه مجمداً من دون استغلال، فتقرر إعادة هذا الجزء الزائد إلى لشركاء"⁽²⁾.

والقاعدة أن تخفيض رأس المال لا يجوز أن يضر بدائني الشركة، ويجب التمييز بين الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل التخفيض، والدائنين الذين نشأت حقوقهم بعده، فالدائنون الذين نشأت حقوقهم قبل التخفيض، فإنهم قد تعاملوا مع الشركة بمراعاة رأس المال الموجود وقت ذاك، ويترتب على التخفيض أضرار بهم وانتقاص ما لهم من ضمان عام على رأس المال، ولذلك فإن تخفيض رأس المال لا يحتج به عليهم، ويجوز لمن يلحقه ضرر من جراء التخفيض أن يطالب في حدود مصلحته، بإعادة تكوين رأس المال، وذلك باسترداد ما دفع إلى المساهم أو مطالبته بالجزء غير المدفوع الذي أعفي منه، وغنى عن البيان أن يجوز للدائنين السابقين على التخفيض الطعن في قرار الجمعية العامة غير العادية بدعوى عدم نفاذ التصرف إذا توافرت شروطها ويلاحظ أنه إذا كان التخفيض بسبب نقص في موجودات الشركة بعد خسارة لحقتها، فالأصل أن هذا التخفيض إقرار للواقع ولا يتضمن في حد ذاته ما يضر بالدائنين⁽³⁾.

ويجب أن يظل الحد الأدنى لرأس المال قائماً خلال مراحل نشاط الشركة، فإذا قل رأس المال لسبب لا يرجع إلى إرادة الشركاء عن الحد المشار إليه، وجب على الشركاء أن يتخذوا إجراءات زيادته

(1) تنص المادة 723 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم، أنه تحدد الجمعية العامة بعد الموافقة على الحسابات والتحقق من وجود مبالغ قابلة للتوزيع، الحصة الممنوحة للشركاء تحت شكل أرباح. وكل ربح يوزع خلافاً لهذه القواعد يعد ربحاً صورياً.

(2) بشير أم الخير، معمر خالد، الجوانب القانونية لتخفيض رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، الصادرة عن جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، 2012/06/29، ص 473.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 524.

إلى ذلك الحد خلال سنة من تاريخ نزوله عن ذلك الحد، أو تغيير شكل الشركة إلى نوع من الشركات وفي حالة عدم قيام الشركاء بذلك يكون لكل ذي مصلحة أن يطلب من الشركة بحكم من القضاء⁽¹⁾ فالحد الأدنى لرأس المال فيه مضاعفة للأضرار التي تصيب الدائنين العاديين تحديدا إذ أن هؤلاء يخضعون لقاعدة قسمة الغرماء واحتمال حصولهم على كامل ديونهم ضئيلة وبفرض حد أدنى هو حماية للغير لأنه يعتبر ضمانا لهم وتقييدا للشركاء في قرارات التخفيض غير المبررة والتي تضعف من الضمان العام للغير⁽²⁾.

وعلاوة على ذلك يجب أن يبلغ القائمون بالإدارة قرار التخفيض ومبرراته على الجمعيات الغير عادية بشركات المساهمة إذا تقرر الجمعية العامة غير العادية تخفيض رأس المال التي يجوز لها أن تفوض المجلس الإدارة أو المجلس المديرين حسب الحالة كل الصلاحيات لتحقيقه⁽³⁾.

غير أنه لا يجوز لها بأي حال من الأحوال أن تمس بمبدأ المساواة، بين المساهمين، ويبلغ مشروع تخفيض رأس المال إلى مندوب الحسابات قبل خمسة وأربعين يوما على الأقل من انعقاد الجمعية، وعندما يحقق مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة، العملية بناء على تفويض الجمعية العامة، يجر محضرا بذلك يقدم للنشر، ويقوم بإجراء التعديل المناسب للقانون الأساسي، فإذا صادقت الجمعية العامة على مشروع يتضمن تخفيضا في رأس المال دون وجود مبرر للخسائر فإنه يجوز لممثلي أصحاب الأسهم والدائنين الذين يكون دينهم سابقا لتاريخ إيداع محضر المداولة بالمركز الوطني للسجل التجاري، أن يعارضوا تخفيض رأس المال في أجل ثلاثين يوما⁽⁴⁾.

والشركة ذات مسؤولية محدودة في المادة 575 من ذات القانون تأذن لجمعية الشركاء بتخفيض رأسمال الشركة حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يمس هذا التخفيض بمساواة الشركاء، وإذا قررت الجمعية تخفيض رأس المال من دون أن يكون ذلك مبرر بخسائر، فإن للدائنين الذين كان حقهم سابقا لتاريخ إيداع المحاضر في أمانة ضبط المحكمة، على أن يرفعوا هذه المعارضة في أجل شهر اعتبارا من يوم هذا الإيداع ويحكم القضاء برفض

(1) راجع: المادة 594 الفقرات 2-3-4 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(2) بشير أم الخير، معمر خالد، مرجع سابق، ص 481.

(3) راجع: المادة 712 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(4) لقد نص قانون الشركات التجارية الفرنسي على نفس الحكم في المادة 134.

المعارضة أو يأمر إما بتسديد الديون أو بتكوين الضمانات إذا عرضتها الشركة وإذا اعتبرت كافية، ولا يسوغ ابتداء عمليات تخفيض رأس المال أثناء أجل المعارضة⁽¹⁾.

الواضح أن المشرع في المعارضة في تخفيض رأسمال الشركة يجعل عملية التخفيض موقوفة الأثر لا تسري في مواجهة الغير المعارض لحين النضر فيه من طرف القاضي المختص وإذا قبل القاضي المعارضة، يوقف إجراء تخفيض رأس المال فوراً حتى تأسيس الضمانات الكافية أو تسديد الديون⁽²⁾ وتصدر الإشارة أن المشرع الفرنسي يطبق نفس الحكم حفاظاً على مصالح الغير⁽³⁾.

وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في النضر بالموضوع، وتصدر الملاحظة، إلا أنه وإن تم النص صراحة في شركة الساهمة على ان القبول يؤدي إلى الوقف الفوري كما تم شرحه أعلاه، فإن الامر خلاف ذلك في الشركة ذات مسؤولية محدودة رغم انه كان من الأحسن النص على نفس الحكم بهدف التنسيق ولتوفير حماية أكبر للدائنين، وإذا ما إنتهى الأجل القانوني دون ان تكون هنالك معارضة، أو أنه تم الفصل فيها فهنا يمكن الاحتجاج بالتخفيض تجاه الغير⁽⁴⁾.

والهدف من إعطاء الدائنين هذا الحق يتجسد في إرغاب المساهمين على ردّ ما إستوفوه من رأس المال نتيجة لقرار التخفيض الذي جرى بسبب زيادة رأس المال والتي أعفوا منها نتيجة لقرار التخفيض، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ وجوب الإكتتاب بكامل رأس المال المعلن عنه والقيام بإيفائه ليبقى الضمان الثابت لدائني الشركة، كما يتجسد في حالة التخفيض بسبب الخسارة، الى إرغام المساهمين على رد الأرباح التي قبضوها بعد التخفيض، والتي يجب أن تحفظ لتغطية الخسارة وإعادة رأس المال إلى أصله⁽⁵⁾.

(1) راجع: المادة 712 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 713 من القانون التجاري المعدل والمتمم المعدل والمتمم.

⁰³ Article 137 : "Lorsque l'assemblée générale décide une réduction du capital, les créanciers dont la créance est antérieure à la délibération peuvent former opposition dans le délai d'un mois à compter de la date de la publication de la décision de réduction. L'opposant devra dans le délai ci-dessus indiqué saisir le juge des référés qui statuera sur le bien fondé de l'opposition et, au cas où il la juge fondée, ordonnera soit la déchéance du terme de la créance, soit la constitution d'une sûreté suffisante pour en garantir le paiement. Tant que le délai d'opposition n'est pas expiré, la réduction du capital ne peut être réalisée".

(4) فوزية ميراوي، تخفيض رأسمال شركات الأموال، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، الصادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، 2020/12/27، ص 761.

(5) معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال الخاصة، دراسة مقارنة، ط1، سنة 2008، دار الحامد للنشر والتوزيع، الاردن، ص 283.

كما أن التخفيض في الشركة ذات مسؤولية محدودة اذا كان نتيجة خسارة الشركة ثلاثة ارباع رأسمالها يتعين أن يعرض المدير أو المديرون قرار الحل، بقرار غير عادي أما محلها أو بقائها، إلا أنه لزاماً على الشركاء في هذه الشركة في حالة الاتفاق على استمرار الشركة أن يعملوا على تخفيض رأس مال بالنسبة للخسارة التي منيت بها كما هو الحال في شركة المساهمة وعموماً لزاماً على الشركة أياً كان القرار الذي اتخذته شهره⁽¹⁾.

والتخفيض عموماً قد يبرره مصلحة الشركة، والتي تصدم بمصلحة الغير لذلك عادة ما تؤيد المحكمة قرار التخفيض إذا كان فيه مصلحة للشركة، وإذا قدمت هذه الأخيرة ضمانات كافية للمعتزين، كأن تقبل تسديد الديون أو تخصص مبلغاً مناسباً كضمان، وعليه فإن القاضي يكون أمام أساسين، أولهما قبول التخفيض إستناداً لمصلحة الشركة والثاني الضمان العام ومبدأ ثبات رأس المال الذي يجعله يقبل المعارضات من طرف الغير⁽²⁾.

ويمكن تلخيص أسباب التخفيض في ثلاث:

- إذا بقي جزء من رأس مال الشركة لم يكتب فيه على الرغم من عرض جميع رأس المال لإكتتاب بالنسبة لشركة المساهمة، وعندما لم يطالب المسير خلال خمس سنوات من تأسيس الشركة بباقي الحصص التأسيسية بالنسبة لشركة ذات مسؤولية محدودة⁽³⁾.

- إذا زاد رأس مالها عن حاجتها، عندئذ قد تقرر الشركة التخفيض لكي تبقى بالقدر الذي يكفي لممارسة نشاطها،

عندما تصبح الشركة في وضع تتراكم عليها الخسائر بحيث تحاول مواجهتها وتسديدها من الأرباح التي تأمل بتحقيقها في السنوات المقبلة، إلا أن التخفيض لا يجب أن يكون إلى أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً أو اتفاقاً بموجب القانون الأساسي للشركة التجارية⁽⁴⁾.

تجدر الملاحظة على سبيل المقارنة إلى أن المشرع الفرنسي قد نص في كل من الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة على أنه إذا ما اتضح من خلال الوثائق الحسائية أن الأموال الخاصة

(1) بشير أم الخير، معمر خالد، مرجع سابق، ص 482.

(2) معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 285.

(3) المادة 594 ت ج التي تنص على مايلي: "يجب ان يكون رأسمال شركة المساهمة بمقدار خمسة ملايين دينار جزائري على الأقل، في حالة اللجوء الى الإدخار العيني، ومليون دينار جزائري على الأقل، في الحالة المخالفة.....".

(4) معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 389-388.

بالشركة أصبحت أقل من نصف رأس المال هنا يستدعى الشركاء أو المساهمون لاتخاذ قرار إما حل الشركة أو الاستمرار، مع إعادة تشكيل أموالها بقيمة ، تساوي على الأقل نصف رأس المال وذلك كأخر أجل خلال إقفال السنة المالية الثانية اللاحقة والتي تم فيها التوصل للخسائر على أنه إذا ما كانت الخسارة أقل من نصف رأس المال فان للشخص المعنوي تنظيم أموره كما يشاء للخسائر للخروج من الأزمة، وهذا باختيار دخول شركاء جدد أو حل الشركة أو إعادة التنظيم الداخلي⁽¹⁾.

كما يمكن تحويل الشركة⁽²⁾ وقد لا يكون التحويل خطر على الغير بقدر ما هو وسيلة لإنقاذ الشركة و إستمرارها من شأنه ضمان تسوية ديونها⁽³⁾.

حيث أجاز القانون لشركة المساهمة التحويل إلى شركة أخرى بشرط يستوجب أن تكون الشركة قائمة متمتعة بشخصيتها المعنوية على الأقل سنتين منذ تاريخ انشائها وأن تكون قد أعدت ميزانية السنتين الماليتين الأوليتين وتم الموافقة عليها من طرف المساهمين⁽⁴⁾.

حيث يتخذ قرار التحويل بناء على تقرير مندوبي الحسابات الذين يشهدون أن رؤوس الأصول تساوي على الأقل رأس مال الشركة، يعرض التحويل، عند الاقتضاء، لموافقة جمعيات أصحاب السندات، ويخضع قرار التحويل لشروط الإشهار المنصوص عليها قانونا⁽⁵⁾، فيجب أن يكون التغيير مقتصرًا على شكل الشركة دون أن يصل إلى حد المساس بكيانها، لأنه يؤدي لانقضاء شخصيتها المعنوية بالتالي تظل الشركة مالكة لأصولها وموجوداتها وعليه تستمر ذمتها المالية ولا تحتاج الشركة لإتباع إجراءات حوالة الحق أو حوالة الدين بالنسبة لحقوقها وديونها، كما تبقى ذمتها المالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ويبرر استمرارية الشخصية المعنوية للشركة لحماية للغير حسن النية ذلك أنها تقع عليها التزامات

(1) فوزية ميراوي، مرجع سابق، ص 753.

(2) التحويل هو تغيير الشكل القانوني للشركة، وهذا التحويل يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة، بل تظل هذه الشخصية قائمة مستمرة في الشكل الجديد متى كان هذا التحويل جائزًا بمقتضى نص في القانون أو في عقد الشركة أو نظامها، راجع: مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 525.

(3) معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 171.

(4) تنص المادة 715 مكرر 15 من القانون التجاري المعدل والمتمم، أنه: يجوز لكل شركة مساهمة أن تتحول إلى شركة من نوع آخر إذا كان عند التحويل، قد مر على تاريخ إنشائها سنتان على الأقل وأعدت ميزانية السنتين الماليتين الأوليين وأثبتت موافقة المساهمين عليها.

(5) راجع: المادة 715 مكرر 16 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

منذ انشائها وما يزيد الامر أهمية في حال تحول شركات الأموال القائمة على الاعتبار المالي إلى إحدى شركات الأشخاص القائمة على الإعتبار الشخصي⁽¹⁾.

إذ لا يجوز أن يترتب على تغيير شكل الشركة إخلال بحقوق دائئها فلا يجوز للشريك في حالة تخفيف مسؤوليته نتيجة التحول مثلا من شركة تضامنية إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أن يتمسك بهذا التغيير في مركزه القانوني تجاه دائئ الشركة قبل التحول، فيبقى الشريك بعد التحول مسؤولا تجاه الدائئ مسؤولية تضامنية مطلقة عن الديون السابقة للتحويل كما يمتد إفلاس الشركة للذمة المالية للشريك⁽²⁾.

وبالرجوع إلى احكام النصوص المنظمة للتحويل فإنه يتطلب موافقة كل الشركاء اذا كان التحويل إلى شركة تضامن نظرا لما تمتاز به من اعتبار شخصي حسب نص المادة 591 ق ت ج. أما التحويل إلى شركة توصية بسيطة أو شركة مساهمة فإنه يتقرر حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي وبموافقة كل الشركاء الذين يقبلون أن يصبحوا شركاء متضامين. ويتم التحويل إلى شركة ذات مسؤولية محدودة وفقا للشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي لهذا النوع من الشركات⁽³⁾.

كما يظل الغير مدينون للشركة ولا يمكن بأي حال من الأحوال التنصل من إلتزاماتها بحجة التحويل فلا تأثير على ديون الشركة جراء عملية تغيير الشكل القانوني، فمثلا خصائص الدين بعد التحول تجرد السندات التي تصدرها شركة المساهمة بسبب التحول إلى شكل آخر من قابليتها للتداول لتمثل ديون عادية لا تنتقل إلا بالحوالة مع بقائها محكومة بالنظام الذي صدرت به من حيث الإستحقاق والفوائد، ومثال آخر العلاقة الإيجارية التي أبرمتها الشركة قبل التحول تظل سارية وقامة حتى بعد التحول

(1) بن سالم أحمد عبد الرحمان، أثر تحول الشركة التجارية على مبدأ استمرار الشخصية المعنوية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2022 /03/01، ص: 190.

(2) فتقضي المادة 590 من القانون التجاري المعدل والمتمم، لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة عشرين شريكا. وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة. وعند عدم ذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل.

(3) حسب المادة 715 مكرر 17 من نفس المصدر: يتطلب التحويل إلى شركة تضامن موافقة كل الشركاء، ويتقرر التحويل إلى شركة توصية بسيطة أو شركة مساهمة حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي وبموافقة كل الشركاء الذين يقبلون أن يصبحوا شركاء متضامين، ويتم التحويل إلى شركة ذات مسؤولية محدودة وفقا للشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي لهذا النوع من الشركات، على إن تحويل شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة تضامن يستوجب الموافقة الإجماعية لشركاء حسب المادة 591 من نفس المصدر.

ويترتب أنه لا يجوز لصاحب العين المؤجرة أن يتمسك بالأحكام المقررة للمؤجر في حالة النزاع عن الايجار، لأن العين المؤجرة لم تنتقل إلى شخص آخر⁽¹⁾.

2- أحكام معارضة اندماج الشركات التجارية:

الاندماج هو ضم شركتين أو أكثر قائمتين من قبل أما بإدماج إحداها في أخرى أو بتأليف شركة جديدة تندمج فيها الشركات القائمة ويفترض الاندماج شركتين قائمتين من قبل على الأقل فلا يعد اندماجا تقديم شركة وحيدة أصولها إلى شركة تنشأ خصيصا لهذا الغرض⁽²⁾.

ويخضع الاندماج لإجراءات قانونية نظمها القانون⁽³⁾، وبما أن هذا التصرف القانوني من شأنه أن يضعف من حماية وضممان الغير المتعامل مع الشركة المدمجة تم ضبط إجراءاتها من طرف المشرع ومنح للغير حق معارضة هذا التصرف إذا ما كان مضرا بمصلحة الغير حسن النية، حيث تنص المادة 756 ق ت على أنه تصبح الشركة مدينة لدائني الشركة المدمجة في محل ومكان تلك دون أن يترتب على هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم.

والخطورة بأن يترتب على الإندماج إنقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، وبالتالي إنتهاء سلطة ممثليها في التصرف بإسمها، لكن القانون إحتاط لذلك بأن لايسمح للشركة بالتصل من مسؤولياتها، وتعتبر بذلك الشركة الداخلة أو الشركة الناتجة عن الإندماج خلفا عاما للشركة المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها من حقوق وما عليها من إلتزامات، وذلك في حدود ما اتفق عليه في عقد

(1) بن سالم أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 191.

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 197.

(3) تنص المادة 747 من القانون التجاري المعدل والمتمم على أنه: يحدد مجلس الإدارة مشروع الإندماج أو الانفصال سواء لكل واحدة من

الشركات المساهمة في الإندماج أو للشركة المقرر إدماجها ويجب أن يتضمن البيانات التالية:

1- أسباب الإندماج أو الانفصال وأهدافه وشروطه،

2- تواريخ قفل حسابات الشركات المعنية، المستعملة لتحديد شروط العملية،

تعيين وتقديم الأموال والديون المقرر نقلها للشركات المدمجة أو الجديدة؛

3- تقرير روابط مبادلة الحصص،

4- المبلغ المحدد لقسمة الإندماج أو الانفصال. يبين المشروع أو أي بيان ملحق به طرق التقديم المستعملة وأسباب خيار روابط مبادلة الحصص .

وتنص المادة 748 من نفس المصدر أنه يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المدمجة والمستوعبة، ويكون محل نشر في

إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية، كما تؤكد المادة 755 و المادة 750 ق ت ج .

الاندماج مع عدم الاخلال بحقوق الغير من الدائنين، وتصبح الشركة الداخلة هي الجهة التي تختصم بخصوص الحقوق والالتزامات التي كانت للشركة المندمجة أو عليها⁽¹⁾.

ويجوز لدائني الشركة الذين شاركوا في عملية الإدماج وكان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج، أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل 30 يوما ابتداء من النشر المنصوص.

ويتخذ بعد ذلك قرار قضائي أما برفض المعارضة أو يلغى الأمر أما بتسديد الديون، وأما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة بشرط أن تكون هذه الضمانات كافية.

يفهم من نص المادة أن المشرع منح لدائني شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة الحق في الاعتراض على عملية الدمج أو الانفصال في أجل 30 يوما من تاريخ الاشهار القانوني لاعلام الغير الذين نشأت ديونهم قبل النشر، ولا تكون المعارضة سببا في إبطال عملية الاندماج، بل أن جدواها يكون في تعجيل الوفاء الفوري للديون والالتزامات.

وجاء المشرع الفرنسي بفكرة الانتقال الشامل للذمة المالية من الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة أو الجديدة في محاولة منه للحفاظ على حقوق الدائنين وحفاظ حقوق الشركات الراغبة في الاندماج، فقد قانون الشركات الفرنسي لعام 1966 على مسؤولية الشركة الداخلة أو الجديدة عن ديون الشركة المندمجة دون أن يعتبر حلول الشركة الناتجة عن الاندماج تجديدا في مواجهة الدائنين على أن تنشأ هذه حقوق الدائنين في ذمة الشركة المندمجة منذ بداية وقف حسابات الشركة وبين تاريخ تحقيق عملية الاندماج فنص في المادة 265 من المرسوم 236 لعام 1967 على أن الاندماج بطريق الضم أو بطريق المزج ينتقل معها الذمة المالية للشركات المندمجة وفقا للتاريخ النهائي من تحقيق عملية الاندماج⁽²⁾.

فالمبدأ أن الاندماج يضح حدا لوجودها القانوني لذلك إثيرت فكرة الابقاء على الشخصية المعنوية لحين إنتهاء مدة المعارضات، تحت مبرر وجود خطر الغش والتحايل على القانون، لأن الشركة قد تتخذ قرار الاندماج تهربا من تعاقداها تجاه الغير، بحيث يستمر نشاطها تحت مضلة الشركة الداخلة⁽³⁾.

هنا تكون الشركة الداخلة مسؤولة عن الوفاء للدائنين طالما كانت موسرة، أما إذا كانت معسرة فإن الدمج يضعف الضمان ويسقط الأجل ويجوز لهم طلب الوفاء الفوري، أو التنفيذ على الأصول

(1) مُجّد حزيط، مرجع سابق، ص 159.

(2) أبو طه خالد، آثار اندماج الشركات على حقوق المساهمين والغير في قانون الشركات العماني 2019/18، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بأفلو، الجزائر، 2022/06/13، ص 144.

(3) مُجّد حزيط، مرجع سابق، ص 163.

الخاصة بالشركة المندمجة وبما أن إضعاف التأمينات يؤدي إلى سقوط الأجل فإنه لا يجوز الاحتجاج بالدمج في مواجهة الدائنين المعارضين الذين أمرت المحكمة بتسديد حقوقهم فوراً أو تقديم ضمانات كافية للوفاء بها.

بينما دمج شركة مساهمة مع شركة تضامن أو توصية بسيطة يؤدي لضرر يلحق بالمساهمين والشركاء والغير والسبب يعود لاختلاف المركز القانوني للشركاء في كل من الشركتين، واختلاف المسؤولية تجاه الغير فإن إطلاق النص يمكن أن يؤدي لاندماج شركات مختلفة ودون بيان شكل الشركة الناتجة عن ذلك مما يؤدي للإضرار بالمساهمين وبحقوق الغير⁽¹⁾.

على خلاف الدائنين حاملي السندات، لا يتمتع الدائنون العاديون للشركة المندمجة بإمكانية المشاركة في تقرير مشروع الاندماج لذا فانه من واقع الانتقال العام للذمة المالية للشركة المندمجة وانقضائها، فان الشركة الداخلة تصبح المدينة لهؤلاء الدائنين العاديين للشركة المندمجة، غير أن هذه العملية من الممكن أن تسبب ضرراً لدائني الشركة المندمجة وذلك إذا كانت خصوم الشركة الداخلة تفوق أصولها، لذلك يمنح القانون لأصحاب الديون السابقة على إشهار مشروع الاندماج حق المعارضة قضائياً⁽²⁾، إلا أنه لا يسري الاندماج أو الانفصال تجاه الغير إلا بعد تعديل القانون الأساسي أو إبرام العقد التأسيسي بالنسبة للشركات المستفيدة من الانفصال، وبعد نشره وإعلام الغير به ووحد المشرع الجزائري الأحكام المطبقة في كل من الشركة ذات مسؤولية محدودة وشركة المساهمة⁽³⁾.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق المشرع الى الطرف المسؤول في المرحلة الانتقالية قبل الاندماج النهائي تجاه الغير، إلا أنه في رأينا يمكن إلحاق حكم الشركة في طور الاندماج بحكم الشركة في حالة التصفية فتبقى شخصيتها المعنوية قائمة بصفة مؤقتة لحماية لمصالح الغير الى حين اشهار قرار الاندماج النهائي.

(1) أبو طه خالد، مرجع سابق، ص 143.

(2) بن صاري رضوان، الآثار القانونية لاندماج الشركات التجارية على حقوق الشركاء والدائنين مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، تخصص الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق - بن عكنون، الجزائر، 2011، ص 75.

(3) من تحيل المادة 763 من القانون التجاري المعدل والمتمم، لوحدة التطبيق بنصها على تطبيق في حالة إدماج أو انفصال الشركات ذات المسؤولية المحدودة لصالح شركات من نفس الشكل المواد 756 و760 و761 والفقرة 1 و2 وتطبق المادة 751 في حالة وجود مندوبين للحسابات. وتحيل المادة 764 من نفس المصدر إلى المواد التي تسري على شركة المساهمة بنصها على ما يلي: تطبيق أحكام المواد 756 و760 و761 إذا كانت العمليات المشار إليها في المادة 744 تتضمن مساهمة الشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

أما إذا استمرت الشركة المندمجة بعد شهر انقضائها في مباشرة نشاطها بصفتها الأولى في الواقع فإنه يجوز للغير التمسك بوجودها كشركة واقعية إذ لا يكفي شهر الاندماج في هذا الفرض لتجاوز هذا الوضع الواقعي وعلى ذلك يجوز إخضاع الشركة المندمجة كشركة واقعية لنظام الإفلاس على الرغم من شهر انقضائها في السجل التجاري⁽¹⁾.

لكن الغير يمكن أن يتمسك بحقه بالمعارضة في عملية الاندماج إذا رأى ان الاندماج من شأنه تحديد مصالحه، وتحديد ذلك يعود للسلطة التقديرية للقاضي المختص. وإذا لم تنفذ الشركة الدامجة الالتزامات الناتجة عن الحكم الذي فصل في المعارضة، بمعنى إذا لم تقم بالسداد الفوري للديون أو بتقديم الضمانات التي وعدت بها فإنه إعمالاً لما جاء في قانون الشركات الفرنسي فلا يحتج بالاندماج على الدائنين المعارضين⁽²⁾.

فإذا عارض دائنو الشركة المندمجة عملية الاندماج فإن ذلك يهدف حماية الضمان المقرر لهم، أما دائني الشركة الدامجة فيفضلون عدم مزاحمة دائني الشركة المندمجة والذين لم يعترف لهم المشرع بحق المعارضة على عكس الكثير من التشريعات والتي منحتهم نفس حقوق دائني الشركة المندمجة وبنفس الإجراءات مثل المشرع الفرنسي في المادة 14/236 من القانون التجاري، وإن هذا الاعتراف بحقهم في المعارضة يمكنهم من التنفيذ على أموال الشركة وبدون مزاحمة دائني الشركة المندمجة خاصة عندما تكون ديون الشركة المندمجة أكبر من حقوقه⁽³⁾.

الفصل الثاني

آثار السرعة والإئتمان في حماية الغير في القانون التجاري

إن الضمانات التي وضعت بيد الغير على ضوء خاصيتنا السرعة والإئتمان كما هو وارد في الفصل الأول، تترتب عليها آثار قانونية في حالة إخلال التاجر بها تجاه الغير، فيكون بذلك عرضة للإفلاس، هذا الأخير الذي يمثل نظام قانوني متميز في المعاملات التجارية، كنتيجة حتمية للإخلال بالثقة

(1) بن صاري رضوان، مرجع سابق، ص 47.

(2) راجع المادة 3/381 قانون تجاري فرنسي .

(3) Art n 236-14 du c . c. f « Les créanciers non obligataires des sociétés participants à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure a la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui- ci dans le délai fixé par décret en conseil d'état. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances soit la constitution de garanties si la sociétés absorbante m offre et si elles sont jugées suffisantes »

والإئتمان،(المبحث الأول)، ولا يمكنه التنصل بكل الأحوال من مسؤوليته القانونية تجاه الغير، خصوصا وأن التضامن مفترض في الأحكام التجارية تعزيزا لمبدأ الأمان التجاري فيسأل التاجر مسؤولية تضامنية وقد تصل إلى مسؤولية جزائية من نوع خاص في بعض الحالات تجاه الغير حسن النية(المبحث الثاني)

المبحث الأول

نظام الإفلاس كأثر لتطبيقات السرعة والائتمان

نظرا للخصائص التي تميز القانون التجاري من ثقة وائتمان وسرعة في المعاملات التجارية، فقد يصادف أن يتعرض أحد التجار لضعف مركزه المالي نتيجة عجزه عن دفع ديونه مما يخول لدائنيه الحق في المطالبة باستيفاء ديونهم، لذلك نظم المشرع هذه المطالبة وفق نظام خاص هو نظام الإفلاس والتسوية القضائية الذي يتميز عن غيره من الأنظمة في عدة جوانب⁽¹⁾، يمثل أحد أوجه الحماية للغير عند اخلال التاجر بالتزاماته في الحالات العادية، وعليه سيتم الوقوف على المركز القانوني للغير في مرحلة ما قبل الحكم بالإفلاس في (المطلب الأول)، وتتم معالجة هذا المركز القانوني للغير في مرحلة ما بعد الحكم بالإفلاس (مطلب ثاني).

المطلب الأول

المركز القانوني للغير في مرحلة ما قبل الحكم بالإفلاس

للغير دور إيجابي في تحريك إجراءات الإفلاس ومنه قد يصل إلى انهاء حياة التاجر التجارية، فيخول له القانون التقدم للمحكمة وطلب شهر افلاس التاجر، نظرا لان المهل القانونية كما سبق وشرحنا في الفصل الأول لها أهمية كبيرة في الثقة والائتمان في الحياة التجارية، وعليه فيحق لكل دائن للتاجر عند حلول أجل الدين أن يتقدم بطلب تثبت من خلاله المحكمة مسألة التوقف عن الدفع وهذا ما سنتناوله بالشرح في (الفرع الأول)، لنوضح في الفرع الثاني قوة مركز الغير القانونية في تحديد مصير التاجر عند ممارسته لحق الرقابة قبل التقدم بطلب الافلاس وكذلك قوته عند توجيه الطلب من الافلاس إلى التسوية القضائية والصلح، نرجع على كل هذه النقاط في(الفرع الثاني)

(1) محمد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 205.

الفرع الأول

الدور الايجابي للغير في تقرير الافلاس

يشترك الغير في اجراءات الافلاس، عن طريق الرخصة التي منحها إياه القانون في تقديم لب شهر افلاس التاجر المتخلف عن الدفع في ميعاد الاستحقاق، كجزء عن اخلاله بالائتمان التجاري، وعليه سنتعرف على اجراءات التقدم بطلب الافلاس (أولاً)، ثم نرجع إلى أحكام التوقف عن الدفع وأهميته في تثبيت الافلاس وما ينجر عنه من حقوق والتزامات (ثانياً)

أولاً: التقدم بطلب الافلاس

الإفلاس هو عبارة عن الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع ديونه، أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديون في ميعاد إستحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء⁽¹⁾، وهو من النظام العام نظرا لكون الإفلاس يتعلق بالثقة والائتمان وتنقية الأجواء التجارية من الغش والفساد ومحاولة القضاء على مخالفات التجار لتعهداتهم، فهذه الأمور جميعها تتعلق بالنظام العام لذا قام المشرع بحماية للمدين والدائنين والائتمان بجعل قواعد الإفلاس قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽²⁾، ولا يطرح مسألة التمييز بين صفة التاجر فرد أو شخص معنوي، فكّرّس عدم التمييز بين توقف الشركة التجارية عن الدفع والتاجر، إذ ساوى بينهما ولم يخص الشركة بمعاملة خاصة نظرا للأهمية التي تكتسبها في الحياة الاقتصادية والتجارية⁽³⁾.

ويمكن أن يتم شهر إفلاس التاجر إذا توقف عن دفع دين تجاري واحد، فلا يشترط أن يتوقف عن دفع عدد كبير من الديون⁽⁴⁾، لذلك يعرف التوقف عن الدفع بأنه: "عدم إحترام التاجر لديونه المؤكدة والمستحقة الدفع، ولا يتعلق بمدفوعات ذات طبيعة معينة ولكن بكل المدفوعات الرئيسية ذات الأهمية

(1) نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص05.

(2) محمد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 208.

(3) فصري ناسيم، إصلاح نظام إفلاس الشركات التجارية- دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2020/06/29، ص 630.

(4) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 419.

العالية نسبياً⁽¹⁾ ويعد شرط رئيسي لشهر الإفلاس، ويكتسي تاريخ التوقف عن الدفع أهمية أيضاً، حيث يقع عبء إثبات تاريخ التوقف عن الدفع على عاتق المدعي ويتم بكافة طرق الإثبات، ويقدر قاضي الموضوع ملائسات وظروف التوقف عن الدفع بواسطة القرائن والمتمثلة في تحرير الاحتجاجات بإثبات وقائع عدم دفع قيمة أوراق تجارية في مواعيد استحقاقها، صدور أحكام نهائية بالدين وتوقيع حجوزات غير مجدية، إقرار المدين بتوقفه وعجزه عن دفع ديونه، اختفاء المدين أو غلقه لمحله التجاري، إصدار شيكات بدون رصيد وتحرير سفاتح المجاملة، بيع البضائع بثمن بخس والإقراض بفوائد مرتفعة⁽²⁾.

يستخلص من المادة المذكورة أعلاه، بأنه لا يشترط أن يكون الدين تجارياً كي تفتح التسوية القضائية أو الإفلاس ومن ثم فيستوي أن يكون الدين من طبيعة تجارية أو مدنية⁽³⁾، ومن ناحيتها تجيز المادة 220 ق ت طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية في أجل عام من شطب المدين من سجل التجارة إن كان التوقف عن الدفع سابقاً لهذا الشطب، كما ويجوز طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية لشريك متضامن في أجل عام من قيد انسحابه في سجل التجارة إذا كان التوقف عن الدفع سابقاً لهذا القيد.

وبمجرد تلقي الطلب فلرئيس المحكمة أن يأمر بكل إجراءات التحقيق لتلقي جميع المعلومات عن وضعية المدين وتصرفاته في أول جلسة يثبت فيها لدى المحكمة التوقف عن الدفع فإنها تحدد تاريخه كما تقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس، فإن لم يحدد تاريخ التوقف عن الدفع، عد هذا التوقف واقعا بتاريخ الحكم المقرر له⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن تكييف الأفعال في هذه الحالة يتعلق بالتاريخ الذي أرتكبت فيه هذه الأخيرة، فإذا كانت الشركة عند هذا التاريخ في حالة توقف عن الدفع، فالأمر إذن لا ولم تكن في حالة In bonis يمكن أن يتعلق إلاً بجنحة الإفلاس، أما إذا كانت الشركة مازالت توقف عن الدفع فيجب

(1) DETHIER Thibault, Etude morale et éthique de la notion juridique de « faillite » : évolution à travers son développement historique dans les ordres juridiques européens. Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects international, belge et européen), 2020-2021, p 11.

(2) محمد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 211.

(3) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 15.

(4) راجع: المادة 221 و 223 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

الأخذ هنا بتكليف جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، ولذلك يتعين على القضاة تحديد تاريخ الاختلاسات المتابعة بدقة لمعرفة إذا ما ارتكبت قبل أو بعد توقف الشركة عن الدفع⁽¹⁾.
وقد أجازت المادة 216 ق ت إمكانية أن افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف الدائن بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه، ولا سيما ذلك الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في أجل محدد، ويمكن المحكمة أن تتسلم القضية تلقائيا بعد الاستماع للمدين أو استدعائه قانونا.
وعليه فإن سلطة التمثيل أمام القضاء باسم ولحساب الشركة تعود لوكيل التفليسة لأنه بشهر إفلاسها فقدت الشركة حقها في التقاضي، ويكون وحده صاحب الحق في تقرير رفع الدعاوى⁽²⁾ وذلك بموجب المادة 244 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: "وما دام في حالة الإفلاس، ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة"، ويكون ذلك تلازما مع مهمته بتمثيل الدائنين⁽³⁾.

غير أنه بتطبيق هذه القواعد نجد أن وكيل التفليسة خلال الإفلاس يمثل في الوقت ذاته المدين وجماعة الدائنين، وإن هذا الغموض قد أثار صعوبة في ميدان الدعوى المدنية المباشرة في إطار جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، أين نجد أن التأسيس كطرف مدني لدائني الشركة يرفض بسبب أن هؤلاء لا يمكنهم التمسك بوجود ضرر مباشر أصابهم من جراء هذه الجريمة وذلك على خلاف الدعوى المدنية للشركة الضحية الأساسية للجريمة⁽⁴⁾.

وحتى يكون الاجراء صحيحا لشهر الافلاس، أن يكون وفقا لشكليات معينة اولها تقديم الطلب لشهر الافلاس أو التسوية القضائية، ومنه فإنّ بيانات الطلب المقدم لشهر الافلاس أو التسوية القضائية، حيث يتعين أن يرفق بالإقرار المذكور، علاوة على الميزانية وحساب الاستغلال العام وحساب النتائج، وكذلك بيان التعهدات الخارجة عن ميزانية آخر سنة مالية أخرى، الوثائق التالية التي تحرر بتاريخ الإقرار:

1- بيان المكان،

2- بيان التعهدات الخارجة عن الميزانية،

(1) زكري ويس ماية، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2003/2004، ص 140.

(2) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 154.

(3) راجع: الفقرة الثانية من المادة 244 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(4) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 154.

3- بيان رقمي بالحقوق والديون مع إيضاح اسم وموطن كل من الدائنين مرفق ببيان أموال وديون الضمان،

4- جرد مختصر لأموال المؤسسة،

5- قائمة بأسماء الشركاء المتضامنين وموطن كل منهم إن كان الإقرار يتعلق بشركة تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة.

ويتعين أن تؤرخ هذه الوثائق وأن يكون موقعا عليها مع الإقرار بصحتها ومطابقتها للواقع وذلك من طرف صاحب الإقرار فإن تعذر تقديم أي من هذه الوثائق أو لم يمكن تقديمها كاملة تعين أن يتضمن الإقرار بيانا بالأسباب التي حالت دون ذلك⁽¹⁾..

يثبت طلب الإفلاس أو التسوية القضائية أساسا للدائنين أصحاب المصلحة الرئيسية، حيث أجاز المشرع لأي دائن أن يتقدم بطلب إلى محكمة من أجل افتتاح الإجراءات الجماعية بحق الشركة المدينة حماية لحقوق الدائنين، ويقصد بالدائن كل صاحب دين يمكنه إجبار المدين على الوفاء به ولا عبء فيما إذا كان هذا الدين قليلا أو كبير، أو ذا أولوية أي محمل برهن أو امتياز أم دينا عاديا شريطة أن يكون الدين تجاريا محققا وصحيحا، وبالمقابل على المحكمة التي تنظر في طلب الدائن بشهر إفلاس الشركة أو تسويتها قضائيا أن تتحقق من توافر الصفة التجارية للشركة المدينة وتوقفها عن الدفع لتمكن بعد ذلك من إصدار حكمها، وقد تقتضي برفض طلب شهر إفلاس الشركة المدينة وهنا يحق للشركة أو لممثلها القانون أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحق بسمعة الشركة، إذا أثبتت أن الدائن قد تصرف بسوء نية وتعتمد الإساءة إلى السمعة التجارية للشركة⁽²⁾.

لذلك نجد كثيرا الفقه المقارن يتحدث عن شرط أزمة الائتمان أو الثقة، يضيفها كشرط معنوي قبل شهر الإفلاس وهذا المعيار يجده البعض غير ضروري، في حين يجده البعض الآخر له جدوى من الناحية العملية، لأنه السبب في تسهيل عملية التسوية القضائية، أو سببا في الحكم بالتسوية والصلح بدلا من الإفلاس، فالسلطة التقديرية للقاضي من خلال النظر في أحوال التاجر ووضعيته، فيتبين مدى قدرة

(1) راجع المواد 218 وما يليها قانون تجاري.

(2) شيباني نضيرة، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في الإفلاس والتسوية القضائية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2010/2011، ص 49.

التاجر على الاستمرار أو إلى شدة الصدمة واختلال الثقة بحيث يستحيل عليه الاستمرار وتأزم علاقته بالغير المتعامل معه مما يقرر شهر إفلاسه⁽¹⁾.

ومن أهم ميزاته أيضا توفير الحماية؛ إذ يعمل على حماية الدائنين ويحافظ على أموالهم من الناحية الوقائية ومن الناحية العلاجية فالطبيعة الجزائية لنظام الإفلاس تجعل مسيري الشركة يتخذون سبيل الحيطة والحذر في تصرفاتهم المالية حتى لا تضيع أموال الشركة، وبهذا تتم المحافظة على أموال الدائنين من الجانب الوقائي، أما من الجانب العلاجي فإن غل يد المسيرين ومنعهم من التصرف في أموال الشركة تحول بين الشركة المدينة وبين التصرف بأموالها تصرفا من شأنه إيقاع الضرر بالدائنين، فأهم مقصد من أحكام الإفلاس هو حماية الدائنين وتقديم مصلحتهم على مصلحة الشركة المفلسة مما يضيف عليه طابع جماعي بالمقابل يمنع عليهم إتخاذ الإجراءات الفردية ورفع الدعاوى وتنفيذ الأحكام على أموال الشركة، وهذا من شأنه تحقيق المساواة بينهم حتى لا يستأثر أحدهم بأكثر مما يستحقه⁽²⁾.

إلا أن هذه الحماية قد تعطل في كثير من الأحيان في مواجهة مصلحة أولى بالحماية من وجهة نظر القانون ومثال ذلك امتياز بائع المحل التجاري، هذا المبدأ الذي يحميه القانون إذا ما ثبت له بطريقة شرعية وغير منافية للأحكام المنظمة له في الباب المتعلق بالمحل التجاري، ولا يمكن للغير في حالة افلاس المحل أن يحتجوا بسقوط امتياز البائع وذلك حسب نص المادة 114 ق ت⁽³⁾، ومن جهته المشتري إذا ما قيد البيع في الآجال القانونية، الاحتجاج بحقه في مواجهة التفليسة وهذا ما أكدته المادة 97 من القانون التجاري: "وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الاحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية".

ثانيا: تاريخ التوقف عن الدفع

يختلف التوقف عن الدفع على نظام الاعسار ، فالمدین المعسر هو الذي تستغرق ديونه كل أمواله، فلا تكفي أمواله لسداد ديونه، أما التوقف عن الدفع فكما عرفناه اعلاه فليس من الضروري أن يكون التوقف نتيجة اعساره، فقد تكون لديه أموال كثيرة متجمدة تتجاوز قيمتها ديونه ولكنها ليست سائلة، فيتوقف عن الدفع تمهيدا لشهر افلاسه⁽⁴⁾.

(1) DETHIER Thibault, Op.Cit, p12

(2) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 2.

(3) تنص المادة 114 من القانون التجاري المعدل والمتمم: "يجوز لبائع المحل التجاري أن يتمسك بامتياز حقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفليسة".

(4) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 14.

ويقع عبء إثبات تاريخ التوقف عن الدفع على عاتق المدعي ويتم بكافة طرق الإثبات، ويقدر قاضي الموضوع ملاسبات وظروف التوقف عن الدفع بواسطة القرائن والمتمثلة في تحرير الاحتجاجات بإثبات وقائع عدم دفع قيمة أوراق تجارية في مواعيد استحقاقها، صدور أحكام نهائية بالدين وتوقيع حجوزات غير مجددة، إقرار المدين بتوقفه وعجزه عن دفع ديونه، اختفاء المدين أو غلقه لمحلته التجاري، إصدار شيكات بدون رصيد وتحرير سيفاوح المجاملة، بيع البضائع بثمن بخس والإقراض بفوائد مرتفعة⁽¹⁾.

وبالعودة إلى نص المادة 222 ق ت نجد أنها تمنح السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير تاريخ التوقف عن الدفع، وذلك بناء على ما جاء في مضمون الطلب المقدم إليها من حسابات ووثائق تخص معاملات التاجر وديونه، وإذا لم تتمكن المحكمة من تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في أول جلسة، عد هذا التوقف واقعا بتاريخ الحكم المقرر له، غير أنه لا يسوغ لها العودة بهذا التاريخ إلى أكثر من ثمانية عشر شهرا تسبق تاريخ صدور الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية، كما أن هذه المراجعة لا يسوغ أن تكون بعد القفل النهائي لكشف الديون وانتهاء عملية التحقيق فيها، فكل طلب لتعديل لتاريخ التوقف عن الدفع يكون غير مقبول⁽²⁾، واختصاص المحكمة بالدعاوى الناشئة عن التفليسة من النظام العام، فإذا رفعت إلى محكمة غيرها جاز الدفع بعدم الاختصاص، وتختص المحكمة نوعيا بدعاوى الإفلاس والتسوية القضائية للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية على أنه يجوز للمحكمة الجنائية ان تنظر في حالة الإفلاس بصفة فرعية للحكم بعقوبة الإفلاس بالتقصير أو التدليس ومحليا تختص المحاكم التي يقع في دائرتها موطن المدين، ويقصد بالموطن التجاري هو المكان الذي توجد فيه الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية، وإذا غير موطنه خلال النظر في دعوى الإفلاس فلا يآثر ذلك وتبقى مختصة، أما إذا تغير الموطن في الفترة بين التوقف عن الدفع ورفع دعوى الإفلاس كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها الموطن الجديد⁽³⁾.

وإنطلاقا من الاختصاص الاصيل للمحكمة في متابعة اجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، فقد قضت المادة 215 ق ت على أن يقدم طلب شهر الإفلاس خلال 15 يوم من تاريخ التوقف عن الدفع.

(1) محمد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 211.

(2) راجع: المواد 248-247-233 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 17.

وتحول المادة 216 في فقرتها الثانية للمحكمة شهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها وذلك بعد استدعائه وسماعه شرط مراعاة مصلحة الدائنين الغائبين وهو إجراء استثنائي، وقد يكون مجاله حالات الافلاس بالتدليس أو بالتقصير نظرا لكونهما جرائم تتدخل فيهما السلطة العامة عن طريق دعوى عمومية كونها تتعلق بالنظام العام، وصور الافلاس بالتقصير والتدليس نصت عليها المادة 378 والمادة 382 ق ت نوردها فيما يلي:

في حالة توقف شركة عن الدفع، تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصنفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وبوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة، يكونون بهذه الصفة وبسوء نية:

- 1- استهلكوا مبالغ جسيمة تخص الشركة في القيام بعمليات نصبية محضنة أو عمليات وهمية،
- 2- أو قاموا بقصد تأخير إثبات توقف الشركة عن الدفع بمشتريات لإعادة البيع بأقل من سعر السوق، أو استعملوا بنفس القصد وسائل مؤدية للإفلاس للحصول على أموال،
- 3- أو قاموا بعد توقف الشركة عن الدفع بإيفاء أحد الدائنين أو جعله يستوفي حقه إضرارا بجماعة الدائنين،

4- أو جعلوا الشركة تعقد لحساب الغير تعهدات ثبت أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعها عند التعاقد وذلك بغير أن تتقاضى الشركة مقابلا، أو أمسكوا أو أمروا بإمسك حسابات الشركة بغير انتظام⁽¹⁾.
أما فيما يخص التفليس بالتدليس فيعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفي حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته، غير أنه غالبا ما يتم الحكم على الافلاس بالتدليس، نتيجة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة أثناء افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو إفلاس الشركة، فعادة عندما تُعلن هذه الأخير عن إفلاسها تظهر تصرفات المسيرين الذين كانوا يتمتعون إلى حين الإعلان عن الإفلاس بوسائل احتيالية ناجعة لإخفاء أفعالهم عن الشركاء أنفسهم وخاصة عن الغير المتعاملون معهم⁽²⁾، حيث أن الشركة الضحية والمثلة في شخص الشركاء لم تكن بحوزتها وسائل تسمح لها باكتشاف جريمة

(1) أنظر المادة 378 ق ت ج.

(2) أنظر المادة 374 ق ت ج.

الاستعمال التعسفي لأموال الشركة⁽¹⁾، كما أن المادة 382ق ت أحالت في تطبيق عقوبات التفليس بالتدليس على :

- 1- الأشخاص الذين يثبت أنهم قد اختلسوا لمصلحة المدين أو أخفوا كل أو بعض أمواله المنقولة⁽²⁾،
- 2- الأشخاص الذين يثبت أنهم قدموا في التفليسة أو التسوية القضائية بطريق التدليس ديونا وهمية سواء باسمهم أو بوساطة آخرين،
- 3- الأشخاص الذين مارسوا التجارة خفية باسم الغير أو باسم وهمي وارتكبوا أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 374 المذكورة أعلاه.

وحق الدائن في طلب شهر الافلاس أو التسوية، حق مطلق لا سبيل إلى الطعن فيه بالتعسف، ومتى اثبت الغير توقف التاجر عن دفع ديونه فليس للمحكمة ان ترفض طلبه بل هي ملزمة به⁽³⁾.

الفرع الثاني

الدور الوقائي للغير في تفادي الافلاس

قد يكون تفادي الافلاس للتاجر في صالح الغير أكثر من الحكم به، خصوصا إذا كان دين الغير كبيرا والذمة المالية للتاجر لا تكفي لتغطيته، أو يكون الغير دينه عادي وليس من الديون الممتازة، فيختار طريق الرقابة حفاظا على مصالحه سواء في معاملاته مع شركة أو مؤسسة شخص طبيعي أو محل تجاري، حيث خوله القانون حق الرقابة والمعينة (أولا) كما يمكنه أن يقبل الصلح والتسوية القضائية (ثانيا)

أولا: الغير في مركز المنقذ و المراقب

قد لا يكون الغير من يتدخل فقط عند انسداد الذمة المالية للتاجر، وإنما قد يشارك ايجابيا بوصفه مراقبا وحاميا لحقوقه عبر حماية النشاط من الافلاس، لذلك تغيرت النظرة حديثا إلى الانقاذ، نوضح كفاءات ذلك أكثر في النقاط التالية:

1- سياسة الانقاذ

لغرض تحديد المقصود بالإنقاذ، ينبغي علينا تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية:

(1) يجب مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد 42-43 قانون العقوبات الجزائري.

(2) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 140.

(3) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 19.

أ- تعريف الانقاذ لغة: الأصل الثلاثي للكلمة هو: نقد نقذاً، نجا وأنقذه هو وتنقذه، والنقذُ بالتحريك والنقيد والنقيذة: ما أستنقذ وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقض وقبض ، فنقول الجوهري أنقذه من فلان واستنقذه منه وتنقذه بمعنى نجاه وخلّصه.

ب- تعريف الانقاذ اصطلاحاً: "هو الحيلولة دون وقوع التاجر أو المشروع التجاري المتعثر في حالة الإفلاس، عن طريق إتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات لمواجهة أسباب التعثر بما يحفظ له نشاطه وفرص العمل فيه ، فضلاً عن تسوية الديون"⁽¹⁾.

وهذا هو التوجه الذي تؤيده القوانين المقارنة، فسياسية الانذار بالمخاطر من طرف كل من يهمله الامر ونقصد هنا الغير أو من طرف المختصون بذلك وهم أساسا جهاز الرقابة، مهم في استمرارية النشاط، فبالقدر الذي يظهر بان نظام الافلاس هو قاسي وصعب بالنسبة للتاجر، بالقدر ما هو نظام يحمي التاجر سواء كان شخص طبيعي أو شركة من خطر التوقف عن الدفع، فيفترض أن يلجئ له من أجل تسوية الديون، فعندما يكون نظام الافلاس جيد وله رؤية تحمي التاجر والغير معا، يكون ايجابي وليس سلبي، لأن شهر الافلاس قد لا تغطي اجراءات التنفيذ فيه كافة ديون الغير، من جهة، وفكرة قسمة الغرماء قد لا تحقق الحماية الكافية للغير ومصالحه، من جهة أخرى، لذلك فالتوجه الصحيح هو المراقبة والوقاية وسياسة الانذار من المخاطر، قصد العمل السليم للوضعية الاقتصادية للمؤسسة أو الشركة من أجل تمكّنها من تفادي الافلاس واستمرارها واستفائها لالتزاماتها تجاه الغير⁽²⁾.

وعليه فإن الأخرى إنقاذ النشاط أفضل من إنتهائه، والحلول التي تترتب عن برنامج الإنقاذ تتمثل أما في مواصلة المؤسسة لنشاطها عندما تكون هناك إمكانيات جديدة لمواصلة النشاط مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل وخلاص الديون، ويمكن أن تكون مواصلة النشاط مصحوبة ببيع أو إحالة بعض الممتلكات أو النشاطات الفرعية للمؤسسة، أو في إحالة المؤسسة إلى الغير إذا تعذر مواصلة نشاطها أو كراء المؤسسة أو كرائها كراء مشفوعا بإحالتها أو إعطائها للغير في إطار وكالة حرة لمن يقدم أفضل عرض من طرف الغير⁽³⁾.

(1) آزاد شكور صالح، ريبير حسين، نظام إنقاذ التاجر من الإفلاس "تعريفه ومقارنته بنظام الصلح الوافي من الإفلاس"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 05، الصادرة عن المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، 20/12/2018، ص ص 6-7.

(2) NadineLevratto, La mesure de l'efficacité du droit des faillites, retour sur l'appréciation quantitative d'une institution capitaliste, p03.

(3) قصري ناسيم، مرجع سابق، ص 635.

لكن إ انعدام الاتصال بين أعضاء الشركة والقضاء في مجال الإنذار بالصعوبات؛ حال دون تحقيق ذلك، بحيث لا يخطر القاضي في القانون الجزائري من طرف الهيئات المكلفة بمراقبة الشركات والتي تلعب دور الوقاية من التوقف عن الدفع، لا سيما في إطار مهام محافظ الحسابات إلا فيما يتعلق بإخطار وكيل الجمهورية بالأفعال التي تعد جنحة، لذا يبقى الدور محصور على مستوى الشركة، وعلى أساس ذلك يبقى دور القاضي بعيدا في مرحلة الوقاية من التوقف عن الدفع أو الرقابة الداخلية من منظور القانون الجزائري⁽¹⁾.

ويقتصر هذا التدخل عند التخفيف من بطلان الشركة، ويلحظ هنا الدور الإيجابي للغير في الانقاذ حيث خول له القانون التبليغ في حالة إكتشاف عيوب في التأسيس من أجل تصحيح الوضعية القانونية للشركة وتفادي بطلانها⁽²⁾، لكن لا يجب أن يقتصر الانقاذ فقط في مرحلة التأسيس أو فيما يخص تعرض الشركة للبطلان بتخلف النشر، لا بد أن يكون للغير الذي له مصلحة دور إيجابي في التبليغ على التصرفات التي من شأنها الانقاص من الضمان، ونجد هذه الفكرة جذورها في مبادئ الضمان العام وتمكين الدائنين من وسائل المحافظة على الضمان العام، كدعوى عدم نفاذ التصرفات، إلا أن مجالها في المعاملات التجارية يجب أن يكون أكثر دقة وفعالية وسابق للتصرف الضار بمصلحته عن طريق الرقابة الدورية.

من أجل مرافقة الشركات ومحاولة معرفة وضعيتها المالية والاقتصادية والعمل على وقايتها من التوقف عن دفع ديونها، حيث أصبح اليوم يهدف القانون الاقتصادي إلى التعامل مع الصعوبات التي تواجه الشركات في حالة توقف المدفوعات أو التي تواجه ببساطة نقاط ضعف مالية، دون الحاجة بالضرورة إلى إصدار حكم قيمي على سلوك المدير⁽³⁾.

وعليه تتجه السياسية التشريعية الحديثة إلى تبني قوانين تخدم الشركة كمشروع اقتصادي لا بد من الحفاظ عليه على رأس هذه التشريعات لدينا المشرع الفرنسي والذي بدأ بوضع سلسلة من القوانين بغية تفادي هلاك الشركة وتمثل هذه القوانين في القانون رقم 148/84 والمتعلق بالوقاية والتسوية الودية

(1) المرجع نفسه، ص 632.

(2) تنص المادة 738 من القانون التجاري المعدل والمتمم: "في حالة بطلان شركة أو أعمال أو مداوات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضاء أو فقد أهلية شريك، وإذا كان التصحيح ممكنا، يجوز لكل شخص يهيمه الأمر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الإجراء، إما بالقيام بالتصحيح أو برفع دعوى البطلان في أجل ستة أشهر تحت طائلة إنقضاء الميعاد ويتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار".

(3) Corinne Saint-Alary-Houin, De la faillite au droit des entreprises en difficulté, p 389-412.at:

<https://books.openedition.org/putc/1595?lang=fr#authors>.

للمؤسسات المتعثرة اقتصاديا الصادر في 1 مارس 1984 استهدف المؤسسات التي لم تعلن توقفها عن الدفع⁽¹⁾، تضمن مجموعة من الإجراءات القانونية من شأنها الكشف المبكر عن الصعوبات التي قد تعترض الشركة،

وهدف القانون معالجة هذه الصعوبات قبل أن تؤدي بالشركة إلى التوقف عن الدفع، ومن جهة فقد تضمن هذا القانون إجراء التسوية الودية وهو حل آخر يتيح للشركة الاستمرارية في نشاطها، حيث فرض مجموعة من التدابير والالتزامات يشرف على تنفيذها أجهزة قانونية بهدف التقصي عن وضعية الشركة المالية واكتشاف أي صعوبات من شأنها أن تعرقل قدرة الشركة على الوفاء بتعهداتها المالية⁽²⁾، ومتابعة هذا التقصي لاشك أنها تنتج من الفعالية التي يتمتع بها الجهاز الاداري، والجهاز المحاسبي في الشركة أو الذي يعتمده التاجر، يتم ذلك من خلال التقارير الدورية التي يلتزم المديرون بوضعها وهي تكشف عن الوضع الحسابي والمالي للشركة، يتم تسليم هذه التقارير إلى مندوب الحسابات وكذا إلى مجلس إدارة أو مجلس المديرين ومجلس المراقبة إذا كنا بصدد شركة مساهمة أو إلى المديرين في ظل الشركات التجارية الأخرى، كما يتم التبليغ إلى ممثل أعمال الشركة⁽³⁾.

2- الحوكمة

ولعل من أبرز المفاهيم المنتشرة حديثا في الحفاظ على نشاط الشركات وحمايتها من الافلاس هي الحوكمة، حيث تعتبر حوكمة الشركات تلك الأداة التي تمكن إدارة الشركة من تحقيق أهدافها على المدى البعيد بطريقة تحمي حقوق ذوي المصالح، "إذ تعد حوكمة الشركات نظاما للتوجيه والتحكم والرقابة على نشاط الشركات، أي أنها تعميق لدور الرقابة ومتابعة الأداء في الشركات"، فقد عرفت مؤسسة التمويل الدولية "IFC" حوكمة الشركات بأنها: "النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها، وتعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية "OECD" بأنها: "مجموعة من العلاقات فيما بين

(1) فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو انقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 03، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن الخدة، الجزائر، 2008/09/15، ص 39

(2) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 37.

(3) تنص المادة 655 من القانون التجاري المعدل والمتمم: "يقوم مجلس المراقبة في أي وقت من السنة بإجراء الرقابة التي يراها ضرورية ويمكنه أن يطلع على الوثائق التي يراها مفيدة للقيام بمهمته"، وكذلك المادة 656 وما يليها من القانون التجاري المعدل والمتمم، ويتحمل جهاز الرقابة المسؤولية عند الافلاس بنص المادة 715 مكرر 29: "يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكتلتهم".

القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وحملة الأسهم وغيرهم من المساهمين"، بينما عرفها البنك الدولي 1992: "الحكم الراشد مرادف التسيير الاقتصادي الفعال⁽¹⁾.

وأهم أهداف الحوكمة ما يلي:

- ✓ الإنضباط: عن طريق إتباع السلوك الأخلاقي المناسب،
 - ✓ الإستقلالية: عن طريق تقديم بيانات صحيحة عن الوضعية الحقيقية للنشاط،
 - ✓ الإستقلالية: عدم وجود ضغوط خارجية وتبعية مالية أو إقتصادية للنشاط من شأنه التأثير على قراراته،
 - ✓ المسائلة: تدرج تحتها أعمال التقييم والرقابة،
 - ✓ العدالة: عن طريق مسائلة الأطراف المسؤولة أمام أصحاب المصالح،
 - ✓ المسؤولية: بإحتام حقوق مختلف المجموعات والفئات،
 - ✓ المسؤولية الاجتماعية: من خلالها يتم النظر الى النشاط التجاري كمواطن جيد يستوجب إندماجه في المجتمع الاقتصادي ومراعاته،
- وتجدر الإشارة ان مفهوم واهداف الحوكمة يمكن تطبيقه على مختلف الانظمة القانونية التجارية كالمحل التجاري، للحفاظ على استمراريته وديمومة نشاطها، مما يضمن استقرار الغير لمصالحهم دون تهديد⁽²⁾.

ثانيا: قبول الصلح والتسوية القضائية

يمارس الغير دوره في توجيه عملية الافلاس إلى تسوية قضائية و صلح بقبوله استمرار نشاط التاجر.

1- التسوية القضائية

يمكن تعريف التسوية القضائية على أنها "الطريق القانوني لحل إشكالات توقف التاجر عن دفع ديونه، وتفادي إشهار افلاسه"، ويمكن أن تكون نتاج التحقيق القضائي بعد طلب المقدم من طرف

⁽¹⁾ صافي أحمد، وآخرون، آليات حوكمة الشركات وأجهزة دعمها لتعزيز الأداء الاقتصادي في الجزائر، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن جامعة محمد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 2018/03/01، ص 50.

⁽²⁾ سعيداني محمد السعيد، وآخرون، مدى فعالية حوكمة الشركات في الالتزام بأخلاقيات الأعمال والمسؤولية الاجتماعية في الشركات العائلية في سبيل تحقيق أبعاد التنمية المستدامة، مجلة المالية وحوكمة الشركات، العدد 02، المجلد 02، الصادرة عن جامعة أم البواقي، الجزائر، 2018/12/03، ص 107.

التاجر للتسوية القضائية، والذي خلص لكون التاجر حسن النية سيء الحظ⁽¹⁾، فالمدين المقبول في التسوية القضائية يعتبر كالمفلس من الناحية القانونية، ولكن لا تغل يده في التصرف في أمواله، فيحل محله الوكيل المتصرف القضائي قصد مساعدته والأخذ بيده فقط، وإن كانت هذه المساعدة إجبارية، ولعل المحكمة التي يتوخاها المشرع الجزائري من ذلك هي وضع المدين تحت رقابة المحكمة⁽²⁾.

وهذا ما تأكده المادة 277 ق ت بجواز متابعة المدين في حالة التسوية القضائية لنشاطه، وبمعونة وكيل التفليسة وإذن القاضي المنتدب، ولكن في حالة الإفلاس، إذا ارتأى وكيل التفليسة استغلال المحل التجاري، لا يكون له هذا إلا بعد إذن المحكمة بناء على تقرير القاضي المنتدب بإثبات أن المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين تقضي ضرورة.

وبذلك يتضح جليا أن الهدف من التسوية القضائية للتاجر هو إنقاذه من الإفلاس فهو إجراء وقائي، وهو بهذه الميزة لا يهدف لإجبار الدائنين على الموافقة عليه بمنح آجال للتسديد أو بالإنقاص من مبلغ الدين، فإن موافقة الدائنين ليست إجبارية لإجراء التسوية القضائية، حيث لا يلزم القاضي الدائن بالتخلي عن دينه أو جزء منه دون موافقته فعنصر الإرادة هو الأساس الذي تقوم عليه التسوية⁽³⁾ وهذا ما سيأتي بيانه:

2- الصلح القضائي

يعترف المشرع الجزائري بالصلح القضائي " وهو اتفاق بين المدين الخاضع للتسوية القضائية فقط وبين دائنيه بأغلبية معينة وبشروط معينة"، ويجب أن يرفع إلى المحكمة لإقراره متى تكون له قيمة قانونية ويلزم الدائنين كلهم بما فيهم من لم يوافق عليه، ويجب ان يجتمع جماعة الدائنين ويتم استدعائهم خلال ثلاثة أيام من إقفال القائمة النهائية للديون، وإن كانت هنالك رفعت على دين ما، فتكون المدة هي ثلاثة أيام من تاريخ الفصل في المنازعة، غير أن القانون لم يرتب البطلان على مخالفة هذه المدة⁽⁴⁾.

(1) NadineLevratto. La mesure de l'efficacité du droit des faillites. retour sur l'appréciation quantitative d'une institution capitaliste, Op.Cit, p4

(2) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 66.

(3) وهذا ما أكده المشرع في المادة 317 فقرة أخيرة بنصها: "عقد الصلح هو اتفاق بين المدين ودائنيه الذين يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها".

(4) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 71.

ويجب أن يكون التاجر حسن النية سيئ الحظ لكي يمكنه الحصول على الصلح، ويقصد بحسن النية ألا يكون قد ارتكب غشا أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي، فلا يستفيد التاجر المهمل أو المقصر أو الطائش من الصلح.

أما سوء الحظ فيدل على أن الاضطرابات التي لحقت بتجارة التاجر لم تنشأ عن إهماله أو رعونته وإنما ترجع إلى ظروف لا دخل له فيها كأن شب حريق هائل بمصنعه أودى بكل ما فيه من آلات ومعدات ومواد خام و(1) .

وتنتهي التفليسة بعقد الصلح القضائي، فتقضي جماعة الدائنين وتنتهي مهمة أمين التفليسة الذي يلتزم بتسليم كل أموال المدين ودفاته إليه، لكن إذا لم يقيم المدين باحترام شروط الصلح ولم يوف بالديون التي تشغل ذمته يتم فسخ الصلح بموجب حكم من المحكمة وتعود التفليسة ثانية (2) .

وللدائنين التمسك بالحقوق الممنوحة لهم على سبيل التأمين وفي حالة عدم حصولهم على ما تم الاتفاق عليه جاز لهم طلب الفسخ أمام المحكمة التي صادقت على الصلح، وإذا قضت المحكمة بفسخ الصلح ينهار وينتهي بالنسبة لجميع الدائنين وليس بالنسبة للدائن الذي رفع الدعوى وحده لأن عقد الصلح غير قابل للتجزئة وللمحكمة أن تتولى تلقائيا الحكم بفسخ الصلح حسب ما جاء في المادة 340 في فقرتها الثانية.

وعليه قرر المشرع حق المعارضة لجميع الدائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصلح، أو الذين حصل إقرار بحقوقهم عند إبرامه على أن تكون المعارضة مسببة، وتبلغ للشركة ولوكيل التفليسة في 8 أيام التالية للصلح وإلا كانت باطلة، وتتضمن المعارضة إعلانات بالحضور أمام المحكمة في أول جلسة على أنه إذا ثبت للمحكمة أن المعارضة كانت تعسفية جاز لها الحكم بغرامة مدنية لا تتجاوز 5000 دج، وتوقف المحكمة الفصل في المعارضة إذا اعترضتها مسألة تخرج عن اختصاصها لتحدد ميعادا قصيرا يرفع فيها المعارض المسألة الأولية أمام القضاء المختص (3) .

يترتب على فسخ الصلح لإخلال الشركة بالتزامها إعادة فتح الإجراءات، على أن لكل دائن الحق في طلب الفسخ بصورة انفرادية، دون أن يكون هذا الحق للدائنين أصحاب الامتياز و المرتهنين كونهم لم

(1) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 424.

(2) المرجع نفسه، ص 439.

(3) راجع: المادة 323 و322 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

يكونوا طرفا في الصلح .و تنظر المحكمة التي صادقت على الصلح في دعوى الفسخ بحضور الكفلاء أو بعد استدعائهم قانون كما للمحكمة أن تتولى القضية من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

يجوز لكل دائن له حق الاشتراك في عمل الصلح أن يبلغ قاضي التفليسة كتابه بما لديه من اعتراض على الصلح وأسبابه وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ التوقيع على محضر الصلح وعلى قاضي التفليسة خلال ثلاثة أيام من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة أن يرسل محضر الصلح إلى المحكمة التي شهرت الإفلاس للتصديق على الصلح وذلك مع تقرير من القاضي عن حالة التفليسة ورأيه في شروط الصلح وبيان بالاعتراضات التي قدمت على الصلح وأسبابها⁽²⁾.

ومنه تتلخص، آثار بطلان أو فسخ الصلح في استئناف الإجراءات حيث يقوم وكيل التفليسة فوراً بجرد الأوراق المالية والأسهم والأوراق على أساس القائمة القديمة، وبمعونة القاضي الذي وضع الأختام، كما يقوم بتحرير قائمة وميزانية تكميلية إذا اقتضى الأمر ذلك حالاً.

كما يتم نشر موجز للحكم الصادر ودعوة الدائنين الجدد إن وجدوا حتى يقدموا مستندات ديونهم للتحقيق، ويحقق مباشرة في المستندات المقدمة على أنه لا تحقيق في الديون السابق قبولها مع الأخذ بعين الاعتبار الديون التي وفيت كلياً أو جزئياً⁽³⁾.

ولا يترتب على إبطال الصلح أو فسخه إلغاء التصرفات التي أجرتها الشركة بعد التصديق على الصلح و قبل الإبطال أو الفسخ، إلا ما جرى منه تدليسا بحقوق الدائنين، وفقاً للقانون المدني التي تقضي بإعادة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإن كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل، كما أن إبطال الصلح أو طلب فسخه لا يتيح للشركة صلحاً جديداً لأن إبطال الصلح من الحالات التي تقضي فيها المحكمة بتحول التسوية القضائية إلى إفلاس مما يجعل الدائنين في حالة الاتحاد⁽⁴⁾.

بالرغم من أهمية الصلح والتسوية القضائية في تفادي الإفلاس، واستقرار الضمانات القانونية للغير حسن النية، لكنها تنقصها الفعالية من الناحية الواقعية، نتيجة طول وتعقد إجراءاته، من جهة وجماد نصوصه وعدم مواكبتها للتطورات القانونية من جهة ثانية، لذلك فإن التشريعات الحديثة تتجه نحو

(1) راجع: المادة 346 من نفس المصدر.

(2) أحمد بسيوني أبو الروس، موسوعة الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الموسوعة القانونية، الإسكندرية، 2002، مرجع سابق، ص 447.

(3) راجع: المواد 334-333 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(4) راجع المادة 103 ق م ج .

مفاضلة نظام الانقاذ والحوكمة على نظام الافلاس والتسوية القضائية، هذا التوجه يخدم الغير قبل أن يخدم المؤسسة أو الشركة، كونه يضمن إستقرار المعاملات ولا يهدد مصالحه، وأنه لمثير للاهتمام عدم تبني المشرع الجزائري لقانون خاص بإنقاذ الشركات والمؤسسات الاقتصادية، وكذلك غياب أحكام متفردة تركز الحوكمة بمنظورها الحديث، وذلك من خلال البحث في الأحكام الخاصة بالشركات أو المؤسسات الاقتصادية، لذلك يتوجب النص على قانون خاص بالإنقاذ والحوكمة، كما هو الشأن في التشريعات المقارنة أقرها التشريع التونسي الذي سبق وأشرنا إليه.

المطلب الثاني

المركز القانوني للغير في مرحلة ما بعد الحكم بالإفلاس

الافلاس يتقرر بحكم يستوجب الاشهار ليعلم به الكافة، وبعد إشهاره يتخذ الغير صاحب المصلحة مركز قانوني متميز حيث يستفاد من عدم تمكن التاجر المفلس من التصرف في أمواله (الفرع الأول)، كما أنه يمارس حقوقه وفقا لجماعة ضمن الدائنين المقبولة ديونهم (الفرع الثاني)

الفرع الأول

استفادة الغير من قاعدة غل يد المدين عن التصرف

قبل أن نتعرف على أحكام استفادة الغير من قاعدة عدم تصرف التاجر المفلس في أمواله، يستوجب منا التطرق إلى الاحكام المتعلقة بالحكم بشهر الافلاس وذلك في (أولا)، ثم نعرض في عجلة على الآثار المترتبة عن هذا الحكم والمتعلقة أساسا بقاعدة غل يد المدين في التصرف بأمواله وذلك في (ثانيا).

أولا: الحكم بشهر الافلاس

تقضي المادة 225 ق ت بأنه لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك، وعليه فلا وجود لشهر الافلاس بدون حكم وتضيف المادة 228 ق ت بضرورة تسجيل الحكم المشهر للإفلاس في السجل التجاري واعلانه لمدة ثلاثة أشهر بقاعة جلسات المحكمة، وأن ينشر ملخصه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في المكان الذي يقع فيه مقر المحكمة، وكذلك في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية، كما يجب نشر البيانات التي تدرج بالسجل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوم من النطق بالحكم، ويتضمن هذا

النشر بيان إسم المدين أو التسوية القضائية ورقم عدد صحيفة الإعلانات القانونية التي نشر فيها ملخص الحكم.

والحكم الصادر بالإفلاس قابل ككل الأحكام الأخرى للطعن فيه بطرق الطعن العادية، فيجوز الطعن فيه بالاستئناف والمعارضة ولكن الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم، ومدة الطعن بطريق المعارضة هي عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس، أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بإجراءات الاعلان والنشر في الصحف المعتمدة فإنه لا تسري المدة إلا من تاريخ إتمام آخر إجراء مطلوب، أما مدة الطعن بالاستئناف فتحدد بعشرة أيام من تاريخ إعلان الحكم للمفلس أي تبليغه، ويجب على المجلس القضائي أن يفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أشهر ويكون الحكم واجب التنفيذ بموجب مسودته⁽¹⁾.

غير أن بعض الأحكام لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف، وهي أحكام تصدر في مسائل الإجراءات وتتمثل في:

1- الأحكام التي تفصل فيها المحكمة بوجه عاجل، قبول الدائن في مداوات تحقيق الديون عن مبلغ تحدده.

2- الأحكام التي تفصل بها المحكمة في الطعون الواردة على الأوامر الصادرة من القاضي المنتدب في حدود اختصاصاته.

3- الأحكام الخاصة بالإذن باستغلال المحل التجاري⁽²⁾.

لكن يثور التساؤل حول إمكانية امتداد آثار الإفلاس خارج حدود الدولة التي صدر فيها، بمعنى إذا كان للتاجر مجموعة من المحال خارج إقليم الدولة فهل تمتد آثار الإفلاس إليها أم لا ؟

والراجح فقها وقضاء انه لا يجوز امتداد آثار الإفلاس خارج الدولة ، ومن ثم فالحكم لا ينتج أثرا إلا بالنسبة للدولة التي صدر فيها ، ولأن قواعد القانون الدولي الخاص تقضي بخضوع المال سواء كان منقولاً أو عقاراً لقانون المكان الذي يوجد به، ومن الأفضل قبول وحدة الإفلاس بتقرير اثر دولي لحكم شهر الإفلاس الصادر من المحكمة التي يقع فيها الموطن الرئيسي لتجارة المدين⁽³⁾.

ويكلف القاضي المنتدب بمتابعة أعمال التفليسة وتنحصر مهمته في الإشراف على وكيل التفليسة حتى لا يتراخى أو يهمل الاعمال الموكلة اليه، فله سلطات واسعة في البحث بجميع عناصر المعلومات

(1) راجع: المواد 234-231 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 232 من نفس المصدر.

(3) الصادق عبد القادر، مرجع سابق، ص 77.

التي يجدها مجددة، كما يستمع للمفلس أو للغير المقبولة ديونه، وتقضي سلطة البحث التي يتمتع بها بأن يأمر بإجراء خبرة في التحقيق في محاسبة المدين، والتقرير الذي يقدمه الخبير للقاضي يمكن إستعماله أمام المحكمة، شريطة تبليغ الاطراف المعنية حتى يمكنها مناقشته⁽¹⁾، بالإضافة إلى سلطة التعيين والعزل للمراقبين ومنح الأذونات ورفع التقارير، وحل إشكالات الافلاس، والمنازعات الناجمة عنها، وكذلك ترأسه جمعية الدائنين⁽²⁾.

ثانيا: قاعدة غل يد المدين عن التصرف في أمواله

يقصد بغل اليد عند الإسقاط على أحكام الشركات التجارية، حرمان الشركة من إدارة أموالها والتصرف فيها، ويتم ذلك بمجرد صدور حكم الإفلاس وإذا لم يصدر فلا محل لغل اليد حتى ولو ثبت أمام المحكمة الجنائية توقف الشركة عن الدفع وترتب عن ذلك آثار الإفلاس الفعلي، وينتهي غل اليد بانتهاء التفليسة بالصلح أو قيام حالة الاتحاد، أما إذا أقفلت التفليسة لعدم كفاية أموالها فيظل غل اليد قائما لأن حالة الإفلاس مازالت قائمة، وإن عادت الشركة المفلسة على رأس نشاطها بسبب حصولها على أموال مكنتها من الوفاء بديونها، فإنها تستعيد أموالها بالحالة التي تكون عليها، لأن انتهاء غل اليد ليس له أثر رجعي⁽³⁾.

وتجد هذه القاعدة أساسها القانوني في نص المادة 244 ق ت ج التي تنص: "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة الإفلاس" وتقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة 4-631 L⁽⁴⁾.

فمن الجانب العلاجي فإن غل يد المسيرين ومنعهم من التصرف في أموال الشركة تحول بين الشركة المدينة وبين التصرف بأموالها تصرفا من شأنه إيقاع الضرر بالدائنين، فأهم مقصد من أحكام الإفلاس

(1) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 35.

(2) راجع: المواد من 235-237 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 67.

(4) Art L631-4 : "L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. En cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal, d'office, se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire".

هو حماية الدائنين وتقديم مصلحتهم على مصلحة الشركة المفلسة مما يضيء عليه طابع جماعي، بالمقابل يمنع عليهم اتخاذ الإجراءات الفردية ورفع الدعاوى وتنفيذ الأحكام على أموال الشركة، وهذا من شأنه تحقيق المساواة بينهم حتى لا يستأثر أحدهم بأكثر مما يستحقه⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك، يجوز للدائنين العاديين عدم قبول منح الصلح إلا لصالح أحد الشركاء خاصة في شركة التضامن دون باقي الشركاء باعتبارهم يفلسون تبعاً لإفلاس الشركة فيتم إعفاء من حصل على صلح خاص من مسؤولية الديون وتبقى أموال الشركة ضامنة للديون، هذا ما يتضح من المادة 318 من القانون التجاري، كما منع المشرع الدائنين أصحاب الامتياز الخاص أو الرهون أو حق التخصيص من التصويت على الصلح إلا إذا تنازلوا عن تأميناتهم وهذا ما ورد في المادة 319 كما يفقدهم التصويت امتيازهم بقوة القانون⁽²⁾.

أما في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية، فإن سلطة التمثيل أمام القضاء باسم وحساب الشركة تعود لوكيل التفليسة لأنه بشهر إفلاسها فقدت الشركة حقها في التقاضي، ويكون وحده صاحب الحق في تقرير رفع الدعوى، وعليه يترتب بحكم القانون على الحكم بشهر الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة الإفلاس، ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة⁽³⁾، ويكون ذلك تلازماً مع مهمته بتمثيل الدائنين⁽³⁾.

غير أنه بتطبيق هذه القواعد نجد أن الوكيل المتصرف القضائي خلال الإفلاس يمثل في الوقت ذاته المدين وجماعة الدائنين، وإن هذا الغموض قد أثار صعوبة في ميدان الدعوى المدنية المباشرة في إطار جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، أين نجد أن التأسيس كطرف مدني لدائني الشركة يرفض بسبب أن هؤلاء لا يمكنهم التمسك بوجود ضرر مباشر أصابهم من جراء هذه الجريمة وذلك على خلاف الدعوى المدنية للشركة الضحية الأساسية للجريمة⁽⁴⁾.

وكقاعدة عامة إن إفلاس شركة المساهمة لا يؤدي إلى إفلاس أعضاء مجلس الإدارة والمديرين لأنهم لا يكتسبون صفة التاجر، حيث أنهم يمارسون الأعمال التجارية باسم الشركة ولحسابها، ويرى جانب من

(1) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 2.

(2) أنظر المواد 318-319 ق ت ج.

(3) أنظر المادة 244 ق ت ج.

(4) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 154.

الفقه أنه لا تمتد إليهم آثار الإفلاس المالية والشخصية، وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة فإن المشرع الجزائري قد خرج عن ذلك من خلال النص في المادة 224 من القانون التجاري على جواز شهر إفلاس كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجورا كان أم لا في حالة استخدامهم للشخصية المعنوية للشركة واستغلال أموالها والتصرف فيها كما لو كانت أموالهم الخاصة⁽¹⁾.

وبما أن المدين الذي نقصده هو ذلك الشخص المعنوي فإن المعنيين بغل اليد هم مسيري الشركة باعتبارهم ممثلين لها، وفي هذه الحالة مارس الوكيل المتصرف القضائي جميع حقوق و دعاوى الشركة طوال إجراءات التفليسة، ومن أهم ميزاته أيضا توفير الحماية؛ إذ يعمل على حماية الدائنين ويحافظ على أموالهم من الناحية الوقائية ومن الناحية العلاجية فالطبيعة الجزائية النظام الإفلاس تجعل مسيري الشركة يتخذون سبيل الحيطة والحذر في تصرفاتهم المالية حتى لا تضيع أموال الشركة، وبهذا تتم المحافظة على أموال الدائنين من الجانب الوقائي⁽²⁾.

ومنه نصت المادة 224 من القانون التجاري في الفقرة الثانية على أنه: "في حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة، تشمل الديون علاوة على الديون الشخصية، ديون الشخص المعنوي".

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري قد ألزم أعضاء مجلس الإدارة الذين امتد إليهم الإفلاس بالتكفل بديون شركة المساهمة باعتبارهم المدينين الحقيقيين بسبب التعسف في استخدام شخصيتها المعنوية، غير أنه لم يحدد مقدار الدين التي يدفعها الأعضاء جراء تقرير تلك المسؤولية⁽³⁾، فالإعلان عن حكم الإفلاس هو إذن الظاهرة الكاشفة للغير عن هذه الجريمة، حيث تظهر للوكيل المتصرف القضائي عند قيامه بتحقيق الديون مثلا فيعلم بها النيابة العامة، كما يجوز لهذه الأخيرة وفي أي وقت طلب الإطلاع على كافة المحررات والدفاتر والأوراق المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس هذا فضلا عن أنه يمكن أن ينجر عن إستعمال المسير لأموال الشركة استعمالا مخالفا لمصلحتها وتحقيقا لأغراضه الشخصية

(1) بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، الصادرة عن

جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، 2020/04/05، ص 445

(2) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 154.

(3) بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مرجع سابق، ص 450.

إفلاس الشركة أو إدخالها في نظام التسوية القضائية بمعنى أن يكون هذا الإستعمال التعسفي من بين أسباب إفلاس الشركة⁽¹⁾.

ودائما في هذا السياق، يثور إشكال فيما يتعلق بتكليف الأفعال إن كانت جنحة إفلاس أو جنحة إستعمال تعسفي لأموال الشركة، خاصة وأنه نجد في كثير من النواحي أن العنصر المادي لهما يمكن أن يفسر من خلال أفعال متطابقة للإفكار الناتج عن الإنقاص من الأصول أو عن حصول تفاقم في خصوم الشركة⁽²⁾.

وهنا يجب التفرقة بين مجرد الخطأ في الإدارة من جهة، وبين العمل الذي ينطوي على الغش أو مخالفة القانون أو نظام الشركة من جهة أخرى، فلا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسئولين عن مجرد الخطأ في الإدارة تجاه الغير، بل تكون الشركة التي يمثلونها هي المسؤولة وحدها عن هذا الخطأ تجاه الغير، ولكن أعضاء مجلس الإدارة يكونون مسئولين تجاه الغير عن جميع أعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون أو لنظام الشركة، وهذه التفرقة مشابهة للتفرقة المعروفة في القانون الإداري بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي والمعمول بها بالنسبة إلى موظفي الدولة وعمالها⁽³⁾.

فلما كانت المسؤولية المترتبة على متولي إدارة الشركة هي مسؤولية خاصة مرتبطة بحالة الإفلاس، فلا يجوز الحكم بها إلا إذا تقرر هذا الإفلاس عن طريق صدور الحكم بإعلانه⁽⁴⁾، وفقا للفقرة الأولى من المادة 224 من القانون التجاري فإنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بشهر إفلاس أعضاء مجلس الإدارة شخصيا بمجرد وقوع الشركة في تسوية قضائية أو إفلاس بل لا بد من صدور حكم بشهر إفلاس الشركة قبل ذلك، إذ يعتبر امتداد شهر الإفلاس للمدير أثر من آثار إفلاس الشركة، فإن ذلك يستلزم أولاد القضاء بشهر إفلاس شركة المساهمة، حيث امتداد الشيء لا يأتي إلا بوجوده بداية ثم امتداده ليشمل أطرافا آخرين لم يكن ليشملهم في مراحل الأولى.

فكل انحراف لممثل الشركة أو المدير نحو تحقيق مصالحه الشخصية أو مصالح شركة أخرى أو مصلحة مجموعة من الشركاء أو المساهمين يفقده بلا شك مقتضى إضفاء الصفة التمثيلية عليه، إذ أن

(1) زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص 155.

(2) بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مرجع سابق، ص 451.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 473.

(4) بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مرجع سابق، ص 447.

استثنائه بهذه الصفة مشروط بتحقيق غرض الشركة والتي لا يمكن ظهورها أمام الغير إلا من خلاله لذلك تعتبر التصرفات التي وردت في المادة 224 من قبيلا تجاوز الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله⁽¹⁾.

كما لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهون الحيازية والامتيازات التي سجلت بعد صدور الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس، ومنه فلدائن صاحب التعهدات الموقعة أو المظهرة أو المكفولة تضامنيا من قبل المدين وشركاء له في الالتزام والمتوقفين عن الدفع، أن يطالب كل جماعات الدائنين بالقيمة الاسمية لسنده وأن يشترك في التوزيعات حتى الوفاء الكامل لا يكتفي المشرع بغل يد المدين المفلس من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس، وإنما يقرر أن بعض التصرفات التي يقوم بها المدين بعد توقفه عن الدفع تكون غير نافذة في مواجهة الدائنين⁽²⁾.

ويشترط لإعمال قاعدة عدم النفاذ الوجوبي أن يكون التصرف قد وقع في فترة الريبة⁽³⁾ وأن يكون ضارا بجماعة الدائنين ويكون كذلك عندما يكون صادرا من المدين ومتعلقا بأمواله فعندئذ يمكن أن يكون التصرف ضارا بجماعة الدائنين وهي التي شرع عدم النفاذ لصالحها، كما يشترط فيه أن يكون ضمن الحالات التي عددها المشرع، لأن طبيعة التصرفات الخاضعة لعدم النفاذ الوجوبي حملت المشرع على أن يفترض سوء نية المدين في الإضرار بالدائنين أو الإخلال بمبدأ المساواة بينهم⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

تكوين جماعة الدائنين

حتى يتمكن القاضي من ضبط نهائي لقائمة الدائنين، يجب التحقق من ديون الغير المتقدم بطلبه وقبولها، وذلك وفق اجراء يسمى تحقيق الديون "أولا"، ثم بعد ذلك يتم تكوين اتحاد الدائنين، الذي يمثل كتلة واحدة له آثاره القانونية تجاه بعضهم البعض واتجاه التاجر المفلس والقانون "ثانيا"

(1) راجع: المادة 224 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 429.

(3) ويبدو من تسمية هذه الفترة بهذه التسمية أن المشرع نظر للمفلس نظرة شك وارتباب فسلوكه في الغالب يتعارض مع ما يقضي به حسن في سلوك الرجل العادي، كما تظهر الغاية من فترة الريبة أنها تسعى إلى بسط الحماية لجماعة الدائنين ودفع أي ضرر قد يلحقها من أي تصرف قد يقوم به المفلس من يوم تاريخ وقوفه عن الدفع وهذا بنظام قانوني خاص يتمثل في عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة جماعة الدائنين فهو نظام لا يختلف في طبيعته وأثاره عن البطلان المقرر للتصرفات الحاصلة بعد صدور حكم شهر الإفلاس لان الأمر يتعلق في كلتا الحالتين بعدم نفاذ التصرف مع بقاء التصرف صحيحا وناظدا بين المتعاقدين، أنضر نادية فضيل، مرجع سابق، ص 46.

(4) الصادق عبد القادر، مرجع سابق، ص 98.

أولاً: في إجراءات تحقيق الديون

إبتداءً من صدور الحكم بإشهار الإفلاس بالتسوية القضائية يقوم جميع الدائنين الممتازون بما في ذلك الخزينة العامة بتسليم وكيل التفليسة مستنداتهم مع جدول بيان الأوراق المقدمة والمبالغ المطالب بها ويكون التوقيع على هذا الجدول مع الإقرار بصحتها ومطابقتها إما من الدائن أو وكيل قانوني عنه. ويتعين إخبار الدائنين المستفيدين بضمانات صدر نشرها شخصياً وعند الاقتضاء بموطنهم المختار وتقبل مؤقتاً وبصفة دين ممتاز أو دين عادي حسب الحالة :

1- الديون الجبائية الحاصلة عن تسعير إداري أو تبليغ بالتصحيح ولم تكن موضوع سند تنفيذي في آخر تاريخ لتقديم الديون؛

2- الديون الجمركية موضوع سند يأذن باتخاذ الإجراءات التحفظية والشخص المخول له بتحقيق الديون هو وكيل التفليسة يعاونه المراقبون إن عينوا، وذلك بحضور المدين أو بعد استدعائه قانوناً برسالة موصي عليها مع طلب العلم بالوصول.

فيذا ناقش وكيل التفليسة الدين كله أو بعضه يتعين عليه إخبار الدائن برسالة موصي عليها مع طلب العلم بالوصول، وللدائن أجل ثمانية أيام لتقديم بيانات كتابية أو شفاهية ويقدم وكيل التفليسة مقترحاته حول قبول أو رفض الديون المناقشة أم لا، غير أن الديون المشار إليها في القانون العام للضرائب وقانون الجمارك غير قابلة للمنازعة إلا بالشروط المنصوص عليها بالقانونين المذكورين وتقبل على وجه معجل⁽¹⁾.

ولقد منح المشرع للغير المتخلف عن احضار سنداته التي تثبت دينه، في مهلة شهر لا يقبل المتخلفون في التوزيع والأرباح ما لم ترفع عنهم المحكمة سقوط هذه المهلة إذا أثبتوا أن لا يد لهم في هذا التخلف، وفي هذه الحالة لا يمكن لهم إلا المشاركة في توزيع الحصص أو الأرباح المقبلة⁽²⁾.

وتشير المادة 283 ق ت على إتمام التحقيق وتوقيع القاضي المنتدب على كشف الديون، بحيث لا يتأخر ذلك عن ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس أو بالتسوية القضائية، يودع وكيل التفليسة بكتابة ضبط المحكمة كشف الديون التي أجري تحقيقها مع إيضاح القرار المتخذ بخصوص

(1) راجع: المواد 282-280 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 282 من نفس المصدر

المقترحات التي كان أباها في شأن كل من هذه الديون، ويمكن في ظروف استثنائية، مخالفة الأجل المحدد أعلاه بأمر من القاضي المنتدب.

ويقوم كاتب الضبط فوراً بإخطار الدائنين بإيداع ذلك الكشف، عن طريق نشره في واحدة أو أكثر من الصحف المعتمدة لنشر الإعلانات القانونية والنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، أما المادة 285 ق ت تنص على أنه يقبل كل دائن مدرج في الميزانية أو تم تقديم دينه، في إبداء كل مطالبة عن طريق الشرح على الكشف لدى كتابة ضبط المحكمة في ميعاد خمسة عشر يوماً من النشر الموجز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وذلك إما بنفسه أو بوكيل عنه كما أن للمدين نفس الحق ضمن نفس الشروط، حيث بعد إخطار الأطراف برسالة موصى عليها مع طلب علم الوصول بميعاد ثلاثة أيام سابقة على الأقل يرفع كاتب ضبط المحكمة الديون المتنازع فيها لأول جلسة، وذلك للفصل فيها بناء على تقرير القاضي المنتدب.

وعليه يجوز للمحكمة أن تقرر بوجه معجل قبول الدائن في المداولات عن مبلغ تحدده، ويقوم كاتب ضبط المحكمة في مدى ثلاثة أيام، بإخطار الأطراف برسالة موصى عليها مع طلب علم بالوصول، بالقرار الذي اتخذته المحكمة بالنسبة لهم.

ويترتب المسؤولية على وكيل التفليسة على أخطائه التي يرتكبها أثناء قيامه بتحقيق الديون، وتترتب على عاتقه مسؤولية مهنية بسبب الأضرار بجماعة الدائنين المرفوضة ديونهم وطلباتهم، ويكون لهم متابعتهم جراء هذه المسؤولية⁽¹⁾.

ثانياً: نشأة اتحاد الدائنين

إذا فشلت محاولات المدين في الحصول على صلح قضائي أو ترك أمواله للدائنين صار هؤلاء في حالة اتحاد بقوة القانون ويعني الاتحاد أنه لم يتبق للدائنين سوى تصفية أموال المدين لاستيفاء حقوقهم من ناتج بيعها ويحل أمين الاتحاد محل أمين التفليسة⁽²⁾.

غير أنه إذا كان الدائن صاحب التعهدات التضامنية، بين المدين المفلس أو المقبول في تسوية قضائية وبين شركاء له في الالتزام قد قبض قسطاً من حقه قبل التوقف عن الدفع فإنه لا يدخل ضمن

(1) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 47 .

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 440.

جماعة الدائنين إلا بعد استنزال هذا القسط مع حفظ جميع الحقوق عن القدر الباقي له ضد الشريك في الالتزام أو الكفيل⁽¹⁾.

بمجرد إشهار الإفلاس أو تحول التسوية القضائية يتكون اتحاد الدائنين⁽²⁾، وتضم جماعة الدائنين دائني المدين المفلس العاديين، والدائن العادي هو الذي لم يتقرر له تأمين عيني كرهن أو اختصاص ضمانا لحقه في مواجهة المدين، وبالتالي لا يدخل الدائنون الممتازون الذين يتمتعون بتأمين عيني في تشكيل جماعة الدائنين، بحيث يسود مبدأ المساواة بين الدائنين عمل جماعة الدائنين وتعد جماعة الدائنين من الغير بالنسبة إلى المدين، وبالتالي لا تكون التصرفات التي قام بها المدين خلال فترة الريبة نافذة في مواجهتها وكذلك لا تكون المحررات العرفية في المسائل المدنية ذات حجية عليها إذا لم تكن ثابتة التاريخ⁽³⁾.

إن اتحاد الدائنين ينشأ ويقوم بقوة القانون ولا يحتاج إلى اتفاق بين الشركة والدائنين، ولا يشترط لقيامه صدور حكم من المحكمة المختصة، وهو يشمل جميع دائني الشركة سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين ممتازين أو حائزين على رهن أو تأمين على عقار أو منقول، وينشأ اتحاد الدائنين بقوة القانون في الحالات الآتية :

- إذا لم يعرض ممثل الشركة صلحا على دائنيها؛
- رفض الدائنون عروض الشركة المفلسة؛
- عدم مصادقة المحكمة على الصلح- تقرير بطلان عقد الصلح أو فسخه دون حصول الشركة على صلح جديد⁽⁴⁾.

فعندما يتوقف المدين التاجر عن دفع دين مستحق عليه يجوز إفلاسه وهو أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه، لذلك اختص به التاجر لما للائتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة، لأن التاجر في العادة دائنية كثيرين ومتفرقون فمن المستحسن أن يتحدوا في جماعة وأن يجروا تصفية أموال مدينهم تسمية جماعية تحقق المساواة الفعلية بينهم⁽⁵⁾.

(1) راجع : المواد من 288 - 290 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع : المادة 349 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 433.

(4) راجع المادة 349. ق ت ج ومايلها .

(5) حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص 266.

تعتبر حالة اتحاد الدائنين على أثر فشل المفاوضات الهادفة لانعقاد الصلح بين الشركة والدائنين أو على أثر فسخ أو إبطال الصلح إذ يوجد الدائنون حتما في حالة الاتحاد، ويعني الاتحاد اجتماع الدائنين في كتلة منتظمة تهدف إلى بيع أموال الشركة لتوزيع منها على الدائنين، ويشمل الاتحاد جميع الدائنين بما فيهم أصحاب حقوق الامتياز العام و الامتياز الخاص، و بذلك يختلف عن جماعة الدائنين التي لا تضم أصحاب هذه الحقوق⁽¹⁾.

يترتب على صدور حكم شهر الإفلاس أن ينتظم الدائنون في جماعتهم بحيث تتولى تصفية أموال المدين تصفية جماعية، ومعنى ذلك أن يفقد هؤلاء الدائنون حقهم في اتخاذ الإجراءات الفردية في مواجهة المدين، وإنما تحل محلها الإجراءات الجماعية التي تقرها أحكام شهر الإفلاس، ويترتب على وقف الإجراءات الفردية، أنه لا يجوز للدائن بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس رفع الدعاوى على المفلس ولا الاستمرار في الدعاوى التي كان قد رفعها قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس⁽²⁾.

كذلك لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ على أموال المدين أو الاستمرار في إجراءات التنفيذ إن كان قد بدأها قبل الحكم بشهر الإفلاس⁽³⁾.

وأساس هذا الحكم المادة 245 ق ت ج التي تقضي بأنه يترتب على الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية وقف كل دعوى شخصية الأفراد جماعة الدائنين، وبناء على هذا توقف منذ الحكم كل طرق التنفيذ، سواء على المنقولات أو العقارات من جانب الدائنين الذين لا يضمن ديونهم إمتياز خاص أو رهن حيازي أو عقاري على تلك الأموال، أما الدعاوى المنقولة أو العقارية وطرق التنفيذ التي لا يشملها الإيقاف فلا يمكن متابعتها أو رفعها إلا ضد وكيل التفليسة أو إن كان للمحكمة أن تقبل المفلس كخصم متدخل، وفي التسوية القضائية لا يكون ذلك إلا ضد المدين ووكيل التفليسة معا.

فلا يمكن أن يباشر دائن إجراء فردية للتنفيذ على أموال المدين بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها السند باسم جميع الدائنين الذين يندمجون في الاتحاد⁽⁴⁾.

ويترتب على وقف الإجراءات الفردية، أنه لا يجوز للدائن بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس رفع الدعاوى على المفلس ولا الاستمرار في الدعاوى التي كان قد رفعها قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس،

(1) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 85.

(2) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 46 .

(3) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 434.

(4) حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 266.

كذلك لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ على أموال المدين أو الاستمرار في إجراءات التنفيذ إن كان قد بدأها قبل الحكم بشهر الإفلاس⁽¹⁾.

وبعد قيام اتحاد الدائنين لأي سبب من الأسباب فيجب على القاضي المنتدب دعوة الدائنين العاديين و الممتازين وأصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال الشركة المفلسة الاجتماع لاستشارتهم في إدارة التفليسة في فترة الاتحاد وفي تعيين وكيل المتصرف القضائي المباشرة إجراءات الاتحاد⁽²⁾، فلا يجوز أن لا ينفرد أحد الدائنين بالاستئثار بمال المدين إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص (رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك) يميزه عن سائر الدائنين، وبعد إقفال الإجراءات يحل اتحاد الدائنين بحكم القانون ويسترجع الدائنون شخصيا ممارسة أعمالهم وللدائنين أن يحصلوا بأمر من رئيس المحكمة على سند تنفيذي إذا حققت وقبلت حقوقهم⁽³⁾.

وتعد جماعة الدائنين من الغير بالنسبة إلى المدين، وبالتالي لا تكون التصرفات التي قام بها المدين خلال فترة الريبة نافذة في مواجهتها على نحو ما رأينا من قبل وكذلك لا تكون المحررات العرفية في المسائل المدنية ذات حجية عليها إذا لم تكن ثابتة التاريخ⁽⁴⁾.

ولأجل مقتضيات التأمين الجبري لمصالح الدائنين، فإن الحكم الناطق بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس يقتضي لمصالح جماعة الدائنين بالرهن العقاري الذي يتعين على وكيل التفليسة بتسجيله فوراً على جميع أموال المدين و على الأموال التي يكتسبها من بعد أول بأول⁽⁵⁾.

ويستفاد من هذا الحكم أن التسجيل هو عبارة عن تأمين الكتلة الدائنين، وقد يبدو أن لا فائدة من التأمين الممنوح بحكم القانون لكتلة الدائنين على عقارات مدينهم بعد الحكم بشهر إفلاسه بالنسبة للتفليسة ولكن فائدة التأمين تظهر بوضوح عند إقفال التفليسة بسبب الصلح وعودة الشركة المفلسة إلى إدارة أموالها، إذ يكون من شأن التأمين أن يعطي كتلة الدائنين حق الأفضلية وحق التتبع بالنسبة لجميع عقارات الشركة المفلسة بهدف تحصيل ديونهم التابعة في عقد الصلح⁽⁶⁾، ويوجه للدائنين المرفوضة ديونهم أو المتنازع فيها رسالة مسجلة خلال 15 يوماً من النشر الموجز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،

(1) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 434.

(2) راجع المادة 314 ق ت ج.

(3) راجع: المادة 354 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(4) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 433.

(5) راجع: المادة 254 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(6) نادية فضيل، مرجع سابق، ص 35.

لإخبارهم برفض ديونهم أو المنازعة فيها، على أنه يجوز لكل دائن مدرج في الميزانية أو تم تقدم دينه وكذا المدين إبداء كل مطالبة عن طريق الشرح على الكشف، لدى كتابة ضبط المحكمة في مهلة 15 يوما من النشر بنفسه أو عن طريق وكيله، و بعد إخطار الأطراف برسائل مسجلة مع طلب العلم بالوصول قبل 3 أيام على الأقل يقوم كاتب ضبط المحكمة برفع الديون المتنازع فيها لأول جلسة للفصل فيها، بموجب قرار القاضي المنتدب الذي يظهر في إحدى الصور التالية:

- رفض المطالبة.
- قبول المطالبة أما بتقرير قبول الدائن المرفوض و أما بحذف الدائن المقبول.
- القبول المؤقت للدائن الذي يكون حقه محتملا مع تحديد المبلغ الذي قبل به.
- الحكم بتأجيل إجراءات التفليسة في حالة ما إذا كانت المطالبة يرجع البت فيها إلى محكمة غير المحكمة النازرة في التفليسة، وبتخاذ المحكمة قرارها فإن كاتب الضبط بالمحكمة يخطر الأطراف بموجب رسائل بالقرار المتخذ بشأنهم⁽¹⁾.

بعد إتمام المعاملات والإجراءات التي تقدم ذكرها والتي ليست سوى تمهيد للحل الذي يرى الدائنون أنه من المناسب إتباعه لإنهاء حالة الإفلاس، وخاصة بعد أن تم حصر الأموال وتحديد الديون، وبعد أن أصبحت جماعة الدائنين على دراية كافية ما تستطيع أن تحصل عليه عند بيع الأموال و إجراء التوزيعات، فللوكيل المتصرف القضائي ممثل جماعة الدائنين، تقرير مصير التفليسة على ضوء جميع المعطيات التي طرحت أمام جماعة الدائنين، فيقدمون على اعتماد حل من الحلول لإنهاء التفليسة، والتي تنتهي في غالب الأحيان بالتسوية القضائية أو بقفل التفليسة لعدم الكفاية أو بالحكم بالافلاس⁽²⁾.

ويجري وكيل التفليسة عمليات تسوية الأصول وفي الوقت نفسه يضع كشفا بالديون، غير أن للخرينة العامة القيام بحققها في المطالبة الفردية بالنسبة لديونها الممتازة إذا لم يلب وكيل التفليسة في أجل شهر، إنذارها بدفع مبلغ حقوقها من الأموال المتوفرة أو عند عدم وجود أموال لها، والقيام بإجراءات التنفيذ اللازمة⁽³⁾.

(1) راجع: المواد 287-286 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المواد 354-355 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) نادية فضيل، مرجع سابق، ص35.

المبحث الثاني

نظام المسؤولية القانونية كأثر لضمانات السرعة والائتمان

تعتبر المسؤولية القانونية من أهم الآثار الايجابية لصالح الغير المتعامل مع التاجر شخص طبيعي أو شركة تجارية، حيث تمثل الجزاء القانوني للإخلال بالضمانات القانونية المقررة لصالحه، وتكون المسؤولية تضامنية لا يمكن للتاجر ردها أو التنصل منها وهذا ما سيتم شرحه في **المطلب الأول**، وهذه المسؤولية التي تطورت في أركانها والاساس القانوني الذي تستند اليه لتميل إلى الجانب الجزائي الخاص، هذا التطور الذي سيكون محط تفصيل في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

أحكام قيام المسؤولية التضامنية

من أهم ما يميز الأحكام التجارية عن المدنية هي التضامن المفترض، وعليه فإن المسؤولية التضامنية هي مفترضة وستتناول كيفيات ذلك في الشركات التجارية في الفرع الأول، وأحكام المسؤولية التضامنية بالنسبة للتاجر شخص طبيعي وستتناول هذه المسؤولية في اطار السفتجة والمحل التجاري وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

المسؤولية التضامنية في الشركات التجارية

التضامن المفترض أثر لخاصية الثقة في الحياة التجارية، وعليه تكون هذه القاعدة موجودة في أي نشاط تجاري يتعامل مع الغير، وستتعرف فيما يلي عليها في نشاط الشركات التجارية (أولاً)، ثم في مرحلة التصفية (ثانياً):

أولاً: المسؤولية التضامنية في مرحلة نشاط الشركات التجارية

التضامن في المواد المدنية لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، أما في المواد التجارية فالتضامن مفروض، خلافاً لما يدعيه البعض، بين المدنين بدين تجاري عند تعددهم دون حاجة إلى نص في القانون أو اتفاق خاص⁽¹⁾.

فقاعدة التضامن التجاري المفترض له طبيعة آمرة وأنه مطبق بقوة القانون، وليس بمقتضى قاعدة عرفية فهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على نفيه أو استبعاده بالاتفاق⁽¹⁾ وهدفها تدعيم الائتمان، إذ

(1) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 35.

الأخذ بما فيه ضمان للدائنين للحصول على حقوقهم وفيه يسر للمدينين إذ يسهل لهم سبيل الحصول على ما يطلبون.

والفقه مختلف حول هذه القاعدة؛ فذهب البعض إلى القول بأن مصدرها هو العرف التجاري بينما ردها البعض الآخر إلى العادة الاتفاقية مدللين على ذلك بما جرت عليه أحكام المحاكم⁽²⁾.

فالتضامن وصف يلحق الالتزام ويحول دون انقسامه عند تعدد المدينين وله صورتان تضامن إيجابي بين الدائنين وتضامن سلبي الذي جاء به المشرع في الأحكام المتعلقة بشركة التضامن حسب المادة 551 من القانون التجاري وشركة التوصية البسيطة في المادة 563 مكرر وشركة التوصية بالأسهم والذي قضت به المادة 715 ثالثا من القانون التجاري.

بحيث جعل المشرع الجزائري كل الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة التجارية متضامنين تجاه الغير بالنسبة لتصرفاتهم التي قاموا بها قبل اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أثناء فترة التأسيس، حسب ما ورد في المادة 549 من القانون التجاري حماية للغير في حالة تقرير بطلان الشركة باعتبار أن البطلان هو الأصل نظرا لأن لبطلان الشركة آثار سيئة بالنسبة للغير حسن النية الذي تعامل معها، كما نص المشرع في المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري على المسؤولية التضامنية حتى بالنسبة لمؤسسي الشركة المساهمة الذين تسببوا ببطلان إجراءات التأسيس خاصة أن إنشاء هذه الشركة يمر بمراحل متنوعة⁽³⁾.

وتشتد هذه المسؤولية عندما يكون الشريك المتضامن مسؤولا مسؤولية تضامنية ومطلقة في كل أمواله عن جميع ديون الشركة، وهذه هي أبرز خصائص شركة التضامن، وتتفرع عن مبدأ المسؤولية التضامنية والمطلقة قاعدتان: الأولى أن مسؤولية الشريك تضامنية، بمعنى أنه يمكن الرجوع عليه مباشرة لأي دين على الشركة ولا يستطيع أن يدفع مطالبة دائن الشركة بالتنفيذ عليها قبل التنفيذ على أمواله⁽⁴⁾. وتتعلق هذه القاعدة بالنظام العام، فلا تجوز مخالفتها بتحديد مسؤولية الشريك المتضامن وإلا فقدت الشركة شكل شركة التضامن، وأما القاعدة الثانية فهي أن مسؤولية الشريك المتضامن مطلقة بمعنى

(1) نسرين شريقي، الأعمال التجارية، التاجر- المحل التجاري- دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، ط 2017، ص 18.

(2) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 35.

(3) تنص المادة 549 من القانون التجاري المعدل والمتمم: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد بأموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

(4) المادة 551 من القانون التجاري المعدل والمتمم: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة".

أنها غير محدودة أصلا بقيمة الحصة التي قدمها في الشركة ولكنه يعتبر مسئولا عن كل ديونها في جميع أمواله⁽¹⁾.

وعليه يجب أن نفرق بين المسؤولية التضامنية للشركاء إنطلاقا من كونها جزء من الشكل القانوني للشركة التجارية كونه أحد الشركاء فيها كشركات التضامن، وبين المسؤولية التضامنية التي تنشأ عند الاخلال بالالتزامات وتضرر الغير حسن النية، فالأولى تكون في كل الاحوال نظرا لكون شخصية الشريك محل إعتبار وانه يسأل مسؤولية تضامنية مطلقة، وبالتالي ف نطاق التضامن واسع ومطلق في هذه الشركات و يترتب عليه ضمانات مطلقة للغير مقارنة بنطاق المسؤولية في شركات الأموال كشركة المساهمة أو الشركة ذات مسؤولية محدودة، حيث لا يسأل الشريك إلا في حدود حصته وتكون مسؤوليته التضامنية في حالات ضيقة، مما يبدو أن تقرير المسؤولية في شركات الأموال هي خروج عن القاعدة العامة في حدود المسؤولية، وذلك ضمانا لمصلحة الغير من جهة ، ولكن يجعل الغير ضماناته محدودة في هذا النوع من الشركات من جهة أخرى، ويثير هذه النقطة بالذات مسألة عبء الاثبات، فكثير من الحالات يجعل القانون من عبء الاثبات على الغير الذي يدعي المخالفة، وتثير أيضا مسألة البحث في اثبات حسن نية الغير أو سوء نيته، هذه النقطة التي نحيل البحث فيها إلى الباب الثاني من هذه الاطروحة.

لكن المتفق عليه أن في مرحلة التأسيس، مسؤولية المؤسسين تكون تضامنية تجاه الغير، وذلك بصريح المادة 549 ق ت ج في الفصل المتعلق بالأحكام العامة واستنادا ايضا لتبعنا لمختلف الأحكام القانونية للشركات التجارية، تتوزع بعد ذلك المسؤولية لتنتقل إلى الجهاز الاداري الذي يمكن أن يضم الشركاء المؤسسين أو المعينين، لكن في كل الأحوال فإن مسؤولياتهم قائمة تجاه الغير الذين تعاقدوا معه بإسم الشركة وهنالك حالات للخطأ الذي يقعوا فيه ويجعلهم عرضة للمسؤولية نوردته فيما يلي:

1- عند تجاوز جهاز الإدارة لصلاحياتهم

يقصد بجهاز إدارة الشركة التجارية: " كل كيان مؤهل لإتخاذ القرارات أو تطبيقها ممن يخولهم القانون أو النظام الأساسي لهذه الشركة، سلطة إدارتها والتصرف بإسمها، أي بصفة عامة الذين يمثلون

(1) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 322.

أهمية كبيرة في المؤسسة، بالنظر الى الوظائف التي يحتلوها والتي تؤهلهم الى تسيير أمورها والتكلم والتصرف والتعاقد بإسمها ولحسابها، والتي تتوقف إستمرارية المؤسسة على إرادتهم⁽¹⁾.

تنص المادة 555 من القانون التجاري: "تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة وذلك في علاقتها مع الغير"، هذا بالنسبة لشركة التضامن، أما المادة 577 من نفس القانون فتتص: "أن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم تدخل في نطاق موضوع الشركة⁽²⁾ ما لم تثبت أن الغير كان عالما أن التصرف فيتجاوز ذلك الموضوع"، أما المادة 578 المتعلقة بأحكام الشركة ذات مسؤولية محدودة قضت بأن يكون المديرون مسؤولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن، حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير، سواء عن مخالفات أحكام هذا القانون، أو عن مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم"، ونجد نفس الحكم في القانون الفرنسي التي تشدد على المسؤولية التضامنية تجاه الغير⁽³⁾.

أما المادة 622 من القانون التجاري فتتص: "يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة"، وتنص المادة 623: "تلتزم الشركة في علاقتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة"، هذا بالنسبة لشركة المساهمة.

وفي الأحكام المتعلقة بالتجمع تنص المادة 799 مكرر 2: "يلزم القائم بإدارة التجمع في علاقاته مع الغير، من خلال كل عمل يدخل في موضوع هذا الأخير ويكون كل تحديد للسلطات غير قابل للاحتجاج به على الغير".

كما يعد حسب نص المادة 715 مكرر 23 ق ت ج القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن، حسب الحالة، تجاه الشركة أو الغير، أما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وأما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة

(1) محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2014، ص200.

(2) لقد عرف الأستاذ لكومب جي J - Lacombe موضوع الشركة بأنه: "إذا كان البحث عن الفوائد هو الغاية بالنسبة للشركاء، فهو ليس وسيلة، هذه الوسيلة هي الممارسة من طرف الشركاء لنشاط الشركة"، راجع: زكري ويس ماية، مرجع سابق، ص227.

(3) Article 117: Le ou les gérants sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions légales applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit de fautes commises dans leur gestion. Si les faits générateurs de responsabilité sont l'œuvre de plusieurs gérants, le tribunal détermine la part contributive de chacun d'eux dans la réparation du dommage.

أثناء تسييرهم، إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال، فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر.

بتحليل مختلف النصوص القانونية التي تم عرضها يظهر الاتفاق على نقطة مهمة في فرض المسؤولية القانونية على القائمين بالإدارة في مختلف انماط الشركات التجارية إلى حالة تجاوز الإدارة موضوع الشركة، وبالرغم من كون المشرع قد اورد قيد لهذه المسؤولية فيما يتعلق بشركات الأشخاص وهو اشتراط عدم علم الغير بهذا التجاوز لموضوع الشركة كما هو وارد في نص المادة 555 ق ت فقرة الثانية⁽¹⁾، مما يجعل عبء إثبات العلم صعب من جهة الغير، مقارنة بالأحكام المتعلقة بشركات الأموال التي جعل فيها المشرع أن أي تجاوز لموضوع الشركة من طرف القائمين بجهاز الإدارة يعرضهم إلى المسؤولية التضامنية في مواجهة الغير دونما إشارة إلى وجوب التحقق من علم الغير للتجاوز من عدمه، وفي رأينا أصاب المشرع في هذه النقطة بالذات خصوصا أن نشاط شركة الأموال واسع وأن طبيعتها القانونية تفرض التعامل بقسوة في مواجهة الغير، إلا أنه يستوجب مساواة بين الأحكام القانونية مع ما هو وارد في باب شركات الأموال.

خصوصا وأن المسؤولية التضامنية حتى ولو تنصل منها المسير الشريك عند فشل الغير في اثباته لعدم علمه بتجاوز الصلاحيات، فإنه يسأل تضامنيا بصفته شريكا وليس مسيرا بصفة مطلقة وعليه يجعلنا هذا الحكم نفترض بأن المشرع هنا يقصد المديرين غير شركاء لأن الشركاء مسؤوليتهم مفترضة لا تحتاج للتحقق من علم الغير من عدمه، يبقى التساؤل مطروحا في اشتراط العلم بالنسبة لأحكام شركة ذات مسؤولية محدودة حسب نص المادة 577 ق ت المذكورة أعلاه التي يجب أن تعدل في اعتقادنا ويسقط هذا الشرط الذي يعتبر انقاص من ضمانات الغير خصوصا وأن المسؤولية محدودة في هذه الشركة على خلاف شركة التضامن.

مما يجعل الغير في هذه الحالة يتمسك بمسؤولية الشركة تجاهه وفقا لأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية فمسؤولية الشركة إتجاه الغير لا تكون مقصورة على العقود والتصرفات التي يبرمها المدير وإنما تمتد هذه المسؤولية إلى الأخطاء التقصيرية التي يرتكبها المدير عند مباشرته أعمال الإدارة، ذلك أن أخطاء المديرين التي تسبب ضررا للغير والمرتبطة بنشاط الشركة تعد وكأنها صادر عن الشخص المعنوي،

⁽¹⁾ تنص المادة 555 من القانون التجاري المعدل والمتمم الفقرة الثانية على ما يلي: "عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها في الفقرة المتقدمة لا أثر لمعارضة أحد المديرين لأعمال مدير آخر بالنسبة للغير ما لم يثبت أنه كان عالما به لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة".

حيث يحق الغير الرجوع إلى الشركة بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها المدير للغير وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، على أن يكون للشركة حق الرجوع إلى المدير، كما أن للغير الرجوع إلى الشركة والمدير في ذات الوقت⁽¹⁾.

لذلك يستحسن تفاديا للإضرار بالشركة والغير تطبيق قواعد الحوكمة، ضمانا للإدارة السليمة وحفظا للحقوق⁽²⁾، والمثير للاهتمام فيما يتعلق بالتسيير في شركة المساهمة وهو تخصيص أسهم الضمان حسب ما هو مشار اليه في المادة 619 ق ت ج، بحيث يشترط القانون تخصيص على الأقل ما يمثل 20 % من الأسهم كضمان للتسيير تحت طائلة غير قابلية للتصرف فيها، وهي ضمانات منفردة للغير وللشركاء معا من مخاطر التسيير.

2- عند القرارات المتعلقة برأس مال الشركة

تقوم المسؤولية التضامنية للشركة تجاه الغير حسن النية عندما يتم التلاعب برأس مال الشركة عن طريق عدم صحة التقديمات العينية للشركة المتعلقة بالعقارات أو المنقولات التي تدخل في تأسيس رأس مال الشركة أو في رفع رأسمالها.

بحيث تدخل الحصص العينية في رأس مال الشركة، وعليه فإنها تمثل ضمان للغير والخطأ في تقديرها بالمبالغة أو النقصان يآثر على قرارات وحقوق الغير المتعامل معها، وعليه فإن تقديرها يخضع للمسؤولية التضامنية، وبالعودة إلى نص المادة 568 ق ت ج تنص على أنه يجب أن يتضمن القانون الأساسي ذكر قيمة الحصص العينية المقدمة من الشركاء، ويتم ذلك بعد الإطلاع على تقرير ملحق بالقانون الأساسي يحرره تحت مسؤوليته المندوب المختص بالحصص والمعين بأمر من المحكمة من بين الخبراء المعتمدين، ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة⁽³⁾.

عند رفع رأس المال بخصص عينية، يكون مديرو الشركة والأشخاص الذين اكتتبوا بزيادة رأس المال مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير بقيمة التقدّمات العينية، وبالتالي تجعل قاعدة تضامن

(1) مداروي لحسن، حدود سلطات مسيري الشركات التجارية ومسؤوليتهم وآثارها على الغير، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، الصادرة عن جامعة أحمد دراية بأدرار، الجزائر، 2020/06/30، ص 64.

(2) نجيل في تعريف الحوكمة واهدافها وخصائصها الى المبحث الاول من هذا الفصل المتعلق بقواعد الوقاية من الافلاس، ص 84.

(3) في ظل عدم بيان صفة المؤسس بصورة واضحة في القانون التجاري فإن المفهوم الضيق للمؤسس هو المساهم الذي إكتسب في رأس مال الشركة بحصة نقدية أو عينية، ما يوفر ضمانا لصحة عملية التأسيس دعما للثقة تجاهخ الغير، وقد يكون المؤسس هنا مساهما ومسيرا. أنضر إيمان زكري، مرجع سابق، ص 323-324.

الشركاء دائن الشركة في موضع أفضل من الدائنين الشخصيين للشركاء وهنا تظهر أهمية هذا الالتزام التضامني الناتج عن الاشتراك في المصالح فتكون لكل متابعة لأحد الشركاء أثرها على الشركاء الآخرين⁽¹⁾.

كما تجيز المادة 715 مكرر 21 قانون تجاري أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان والقائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان، متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة.

فلو افترضنا أن هذا القرار ادى إلى حل الشركة أو تقرر تحويل شكلها القانوني فإن الشركاء لا يمكنهم أن يتصلوا من مسؤولياتهم القانونية أو التخفيف منها نتيجة التحول مثلا من شركة تضامنية إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أن يتمسك بهذا التغيير في مركزه القانوني تجاه دائن الشركة قبل التحول، فيبقى الشريك بعد التحول مسؤولا تجاه الدائن مسؤولية تضامنية مطلقة عن الديون السابقة للتحويل كما يمتد إفلاس الشركة للذمة المالية للشريك⁽²⁾.

ويلحق هذا الحكم أيضا الاندماج كون الشركات المستفيدة من الحصص الناتجة عن الانفصال مدينة بالتضامن تجاه دائني الشركة المنفصلة، في المحل والمكان دون أن يترتب عن هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم⁽³⁾.

وتعزيزا لفكرة حماية الغير من طرف المشرع امتدت المسؤولية إلى كل شخص تدخل في أعمال التسيير تجاه الغير حتى ولو لم يكن مسيرا للشركة، مثل مندوب الحسابات نظرا للأهمية الكبيرة للتقارير المالية - التي تعد من قبل مراجعي الحسابات - في بيان المركز المالي والاقتصادي للجهات المصدرة، فقد أصبح لهؤلاء دور هام في الرقابة على تلك الجهات ومراجعة حساباتها وبياناتها ومستنداتهما المالية بالشكل الذي يقدم الصورة الواضحة للجمعية العمومية لوضع تلك الجهة والظروف التي تحيط بها، ومن خلال الدور الرقابي الذي منحه المشرع لمراجعي الحسابات لن تمر أي مخالفات أو تجاوزات على الجمعية العمومية للمساهمين دون أن تكشف من قبله إلا في حالة وجود تواطؤ بين القائمين على الجهة المصدرة

(1) راجع المادة 574 ق ت ج.

(2) أنضرم 715-714 ق ت ج.

(3) أنضرم 760 ق ت ج.

ومراجع حساباتها، وحينئذ تتحقق مسؤولية مراجع الحسابات عن ذلك التواطؤ بالإضافة إلى جهة الإدارة في الشركة المصدرة⁽¹⁾.

أو أعضاء مجلس المراقبة في حالة قيامهم بأعمال التسيير، أو علمهم بالأخطاء والتجاوزات ومع ذلك لم يعلنوا عنها، فالأصل ألا يتحمل أعضاء مجلس المراقبة المسؤولية عن أعمال التسيير، إلا إذا تم اعتبارهم مسيرين فعليين⁽²⁾، لذلك يتجه الرأي إلى تطبيق قواعد المسؤولية فيما يتعلق بالترفة بين مجرد خطأ المدير في الإدارة وأخطائه المبنية على مخالفة القانون أو نظام الشركة أو الغش الصادر عنه وعلى ذلك إذا كان خطأ المدير هو مجرد خطأ في الإدارة لا ينطوي على غش أو مخالفة القانون أو العقد التأسيسي فإنه لا يكون مسؤولاً مباشراً قبل الغير بل بصورة تضامنية مع الشركة إلا أن الشركة تكون مسؤولة تجاه الغير بحكم القانون، أما إذا انطوى عمل المدير على غش أو مخالفة للقانون أو نظام الشركة فيكون مسؤولاً عنه تجاه الغير، كما تكون الشركة مسؤولة أيضاً عنه مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ولها أن ترجع عليه بالتعويض⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري لم يرد أي تعريف للمسير الفعلي، أو أي مفهوم قانوني يتم الاستناد عليه لتحديد مضمون التسيير الفعلي، ويعرفه الفقه بأنه " شخص يدير الشركة دون ان يتولى مهمة تمثيلها بطريقة شرعية من طرف هيكلها"⁽⁴⁾، فقد يرتكب هذا المسير الفعلي أخطاء تجاه الغير تهدد مصالحه، لكن المشرع لم يجعله مسؤولاً جزائية وإنما مسؤوليته مدنية تضامنية بموجب قانون التجاري.

يبدو أن المشرع الجزائري لم يوحد الفكرة في مسألة التسيير الفعلي، لأنه وبالرجوع لنص المادة 262 ق ت المتعلقة بالإفلاس أورد مصطلح لم يتم ذكره في الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية وهي مصطلح "التدخل" في إشارة إلى المسير الفعلي والذي تدخل في التسيير والإدارة، حيث جعل مسؤوليته

(1) جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة (دراسة قانونية مقارنة)، ماجستير قانون تجاري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، مرجع سابق، ص 249.

(2) تنص المادة 834 من القانون التجاري المعدل والمتمم على أنه: "تطبق أحكام هذا الفصل الخاصة برئيس الشركة والقائمين بإدارتها أو مديرها العامين على كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية تلك الشركات أو إدارتها في ظل محل أو مكان نائبهم القانونيين".

(3) نجاة دهمي، المسؤولية القانونية للشركات التجارية في حالي الانفصال والاندماج، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أحمد دراية - أدرار - كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق - الجزائر سنة 2021-2020، ص 42.

(4) محمد حزيط، مرجع سابق، ص 224-222.

يقتصر على حالة إفلاسها عندما يسأل المسير الفعلي عن توقفها عن دفع ديونها، وإذا كان المسير معين كما هو الشأن بخصوص المديرين العامين المعينون من قبل مجلس الإدارة بناء على اقتراح من رئيسه في شركة المساهمة التقليدية، أو مجلس المراقبة في شركة المساهمة الحديث الذين يسند لهم مهام مساعدة رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، فتتقرر مسؤوليتهم بصفة شخصية ولا يمكن اعتبارهم وكلاء عن الرئيس، نظرا لكون كل واحد منهم يمثل الشركة في مواجهة الغير، وإن كانوا يقومون بمهامهم تحت إشراف الرئيس وعلى مسؤوليته الشخصية⁽¹⁾.

لكن بالرجوع الى قانون العقوبات في المادة 51 مكرر نجد أن المشرع يشدد على ضرورة أن ترتكب الجريمة من طرف الممثل الشرعي للشركة التجارية، حتى تقوم مسؤوليتها الجزائية كشخص معنوي وعليه، فإنّ المسير بفعل الواقع أو الفعلي هنا، لا يخضع للمسائلة الجزائية إستنادا لقانون العقوبات، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي إكتفى بإستعمال كلمة "الممثل" دونما تحديد مما يفسر بمطلقها الممثل القانوني الظاهر أو الفعلي⁽²⁾.

لكن الملفت للانتباه وفي رأينا فيه خطورة على مبدأ المسؤولية، هو الاعفاء منها وبموجب نص صريح في الأحكام المتعلقة بالتجمع للشركات التجارية، هنا تجدر الإشارة إلى أنه يحق للدائن الرجوع على أي عضو من الأعضاء بمبلغ الدين دون أن يدفع هذا العضو بالتجزئة ولا بالتقسيم وهذه هي القاعدة العامة بحيث يرد عليها استثناءات هما:

- في حالة اتفاق الأعضاء في العقد على خلاف ذلك بما أن أحكام التجمع قواعد مكاملة يمكن الإتفاق على ما يخالفها، في هذه الحالة يمكن لأعضاء التجمع الاتفاق على أن لا تكون المسؤولية التضامنية على ديون التجمع.
- أن الدائن لا يمكنه متابعة المدين أو أعضاء التجمع إلا بعد إنذار التجمع بوثيقة غير قضائية وهو ما نصت عليه المادة 799 مكرر 1 في فقرتها الثانية من القانون التجاري⁽³⁾.

(1) مدراوي لحسن، مرجع سابق، ص 70.

(2) مجّد حزيط، مرجع سابق، ص 222.

(3) أكبر تسعديت، مرجع سابق، ص 72.

3- خصوصية الخطأ في التسيير في الشركات الإلكترونية

يمكن أن تدخل ضمن أخطاء التسيير التقليدية المنصوص عليها القانون، مخاطر الحماية الإلكترونية للمعاملات بالنسبة للشركات الإلكترونية عن طريق ما يلي:

أ- تقديم بيانات الكترونية مغلوبة

فيعتبر الخطر الأساسي هو العلاقة الموجودة فيما بين العميل والشركة الإلكترونية التي تتعامل معه فتلك العلاقة وإن كانت عادية في مظهرها إلا أنها تعد الخطر الأكبر الذي يهدد الغير فتلك العلاقة ما هي إلا بيانات إلكترونية يتم تبادلها فيما بين العميل والشركة الإلكترونية دون أن يكون هناك أي مجال لتحقيق الغير من صحتها أو من البيانات التي يقدمها المسيرون في الشركة الإلكترونية، وقد يقدم القائمون على الإدارة بيانات مغلوبة لغرض ما يريدون من جراه إدخال تلك البيانات وهم متيقنين من أن الغير لن يستطيع اكتشافه وتكون نتيجة إدخال تلك البيانات الغير صحيحة إلى الشركة الإلكترونية أنه قد يوافق على القيام بعمل تجاري واستثمار مبالغ كبيرة على أساس تلك البيانات الغير صحيحة وكذلك فيتعرض إلى عمليات نصب منظمة من قبل جهاز الإدارة والشركة التجارية الإلكترونية الذين قد يحاولون العمل معه بغرض النصب عليه والاستيلاء على مبالغ نقدية كبيرة⁽¹⁾.

وبالتالي الغير معرض للخطر، والأشكال هنا في عدم التنظيم القانوني لهذه الجرائم، إلا أن الغير يمكنه التمسك بالقواعد العامة والاستفادة من أحكام قانون العقوبات وتطبيق جرائم الاختلاس الذي يتضمن نية التملك والذي يتمثل في العنصر المادي لجريمة خيانة الأمانة الذي يتطلبه القانون والمحدد في نص المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري وعليه فجريمة خيانة الأمانة لا تقوم إذن إلا إذا اعتبر الأمين أن المال المؤمن عليه هو ملك خاص له يتصرف فيه كما يشاء ومن ثم يكون له الحق في الاختلاس والتبديد والاستعمال، كما يمكن للغير الاستناد إلى الأحكام الخاصة الواردة في قانون التجارة الإلكترونية⁽²⁾.

ب- عدم التأمين الكافي للنظم SYSTEM SECURITY

تنشأ هذه المخاطر عن إمكان اختراق غير المرخص لهم Access Unauthorized للنظم الإلكترونية للشركة الإلكترونية بهدف التعرف على المعلومات الخاصة بالعملاء واستغلالها سواء تم ذلك من خارج

(1) مُجّد منير الجنيبي، ممدوح مُجّد الجنيبي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 17.

(2) تنص المادة 376 "قانون العقوبات الجزائري" كل من بدد أو إختلس بسوء نية ". الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 1966/06/11، المعدل والمتمم .

الشركة الإلكترونية أو من العاملين بها بما يستلزم توافر إجراءات كافية لكشف وإعاقه ذلك الاختراق، وهنا لا بد من أن تقوم الشركة الإلكترونية بالاعتماد على مصادرها الخاصة لتقديم الدعم الفني لها دون الاعتماد على مصادر خارجية عنها وذلك للعمل على استمرار تقديم الدعم الفني وتحديث النظم الإلكترونية الخاصة بالشركة الإلكترونية دون أي انقطاع أو بطء وذلك سواء بالنسبة إلى البرمجيات التي تعمل بها الشركة الإلكترونية أو تلك النظم الإلكترونية التي تقوم على حماية تلك النظم البرمجية التي تؤدي بها الشركة الإلكترونية عملها بالنسبة إلى عملائها⁽¹⁾.

وتعزز هذه الحماية كذلك عن طريق التشفير الذي يعد فن حماية المعلومات عن طريق تحويلها إلى رموز معينة غير مقروءة، لا يمكن حلها إلا من خلال مفتاح سري يقوم بتحويل تلك الرموز إلى نص عادي مقروء، وهو تغيير لمظهر المعلومات بحيث يختفي معناها الحقيقي، من خلال إخفائها عن كل من ليست له صفة الاطلاع عليها، أو العبث بمحتوياتها بتغيير شكلها إلى صورة لا يمكن فهمها، إلا بعد إرجاعها إلى صورتها الأصلية، و ذلك لا يمكن أن يتم إلا باستخدام مفتاح معين، لا يملكه إلا صاحب الحق في الاطلاع على المعلومات⁽²⁾.

وإنه لمن الممكن أن يكون جهاز الادارة لا يقصد التحايل، ولكنه غير متحكم بالآليات الفنية وقاعدة البيانات الخاصة بالفضاء الإلكتروني الذي تنشط فيه الشركة الكترونيا مما يجعلها عرضة للمخاطر كالقرصنة والتحويل لمبلغ رأسمالها الذي يعد ضمانا للغير مما يهدد مصالحه ويهدد وجود الشركة، وهذا يعد خطأ من أخطاء التسيير في المجال الإلكتروني، يستوجب المسؤولية التضامنية، وعليه يستوجب تنظيم هذه الاخطاء وتعديل الأحكام المنظمة للشركات التجارية بإضافتها والأصح أن يكون القائمون بالإدارة على درجة عالية من التحكم العلمي بالتكنولوجيا في هذا النوع من الشركات الإلكترونية.

ثانيا: المسؤولية التضامنية في مرحلة التصفية

المصفي هو الشخص أو الأشخاص الذين يعهد إليهم بتصفية الشركة من خلال مباشرة الإجراءات والعمليات التي تستلزمها التصفية لحساب الشركة وصولا إلى تصفيتها تماما⁽³⁾.

(1) محمد منير الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، مرجع سابق، ص 19.

(2) بوعزة هداية، مرجع سابق، ص 384.

(3) معمر خالد، النظام القانوني للمصفي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2007/2008، ص 29.

والمادة 776 ق ت هي الاساس القانوني للمسؤولية التضامنية للمصفي، بحيث تأكد بأن المصفي مسؤولاً تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة الحاصلة عن الأخطاء التي ارتكبها أثناء ممارسته لمهامه، أما المادة 766 في فقرتها الأخيرة تنص أن حل الشركة لا يمكن أن يكون له أثر تجاه الغير إلا من يوم نشره ويترتب على شهر التصفية التزام الشركاء بتقديم ما تبقى من حصصهم، وامتناعهم عن التصرف فيها بيعها أو رهنها أو غيرها من التصرفات قبل إنتهاء التصفية، وتعتبر كل موجودات الشركة حتى دفاتها التجارية ملكاً لها وليست ملكاً شائعاً بين الشركاء على عكس مرحلة القسمة، فلا يمكن توقيع حجر على ممتلكات الشركة، كما يترتب على شهر التصفية انتهاء سلطات المسيرين تجاه الغير، ويصبح منذ ذلك التاريخ المصفي عضواً في كيان الشركة لا مجرد وكيل عن الشركاء فيها، فيصبح مركزه القانوني مطابقاً لمركز مدير الشركة، وبالرجوع الى القانون الفرنسي التجاري فيتقضي بنفس الحكم⁽¹⁾.

لذلك يعتبر إشهار التصفية وسيلة مهمة للحفاظ على حقوق دائني الشركة، وذلك لإعلامهم بكل التغييرات التي تطرأ على وضعية الشركة ليتمكنوا من اتخاذ التدابير اللازمة والوسائل القانونية للمحافظة على حقوقهم، كما يخضع قفل التصفية لنفس إجراء الشهر القانوني الذي أشارت إليه المادة 775 من القانون التجاري⁽²⁾.

هنالك من يعتبر المصفي وكيلاً عن الشركة في مرحلة التصفية وبالتالي يخضع لأحكام الوكالة العامة في مهمته، ومسؤوليته مبنية على أساس المسؤولية المدنية تجاه الغير، وإذا تعدد المصفون كانوا مسؤولين على وجه التضامن، على أن المصفي ولو كان متضامناً مع بقية المصفين، لا يعتبر مسؤولاً عن الأفعال التي يقوم بها أحدهم، لما يخرج عن حدود السلطة المقررة لهم بدون علم الباقيين وبدون تقصير منهم⁽³⁾.

كما يمكن للغير عدم قبول قرارات المصفي أو المصفين إذا تجاوز فيها صلاحياته وتسببت هذه القرارات في ضرر للغير حسن النية لكن يجب التمييز هنا بين المصفي الشريك الذي يعين بحسب اتفاق مسبق بين الشركاء لتولي مهام التصفية، وبين المصفي غير الشريك والذي لا يكون إلا ممثلاً للشركة، لأن رجوع المصفي الشريك.

(1) تناول المشرع الفرنسي أحكام التصفية في المواد من L22-1 وما يليها من القانون التجاري.

(2) راجع: المواد ص ص 765-777 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) معمر خالد، مرجع سابق، ص 102.

وفي سياق آخر لم يبين المشرع الجزائري موقفه من إمكانية قيام الشركة ذات مسؤولية محدودة بتوفير ضمان، أو قيامها بكفالة للوفاء بالتزامات ممثلها التي أجراها باسمه تجاه الغير على عكس بعض القوانين مثل القانون التونسي الذي منع ذلك، حيث تنص المادة 116 من مجلة الشركات التجارية التونسي على أنه: "لا يمكن للشركة أن تكفل أو تضمن الوفاء بالتزامات المدير تجاه الغير"⁽¹⁾.

وتأكيدا على مساعي المشرع لحماية الغير في مرحلة التصفية فقد حضر التنازل عن رأس مال الشركة حسب ما ورد في نص المادة 771 ق ت عن كل أو جزء من مال الشركة التي توجد في حالة تصفية إلى المصفي أو مستخدميه أو أزواجهم أو أصوله أو فروعهم، واشترط في المادة 772 ق ت أن يكون التنازل الإجمالي عن مال الشركة أو عن حصة المال المقدمة إلى شركة أخرى وفقا لترخيص مسبق إذا كان قد تم ذلك خاصة عن طريق الإدماج، ووفقا لشروط معينة⁽²⁾.

الفرع الثاني

المسؤولية التضامنية في المحل التجاري والاوراق التجارية

ستعنى الدراسة في هذا الفرع بالمسؤولية المترتبة على كل من المحل التجاري والسفحة التجارية، ترتيبا على ما تم تناوله من آليات في الفصل الأول:

أولا: أحكام التضامن في إيجار تسيير المحل التجاري

في الباب المتعلق بالمحل التجاري، لم نعثر على النصوص الصريحة المتعلقة بالمسؤولية التضامنية في البيع أو الرهن، نظرا لتوفر الآليات القانونية للحماية كالمعارضة والمزايدة، ويمكن أيضا الاستفادة من الأحكام العامة للتضامن المفترض في القانون التجاري، لكن يشير إلى المسؤولية التضامنية في الأحكام المتعلقة بتأجير تسيير المحل التجاري، أو كما يعرف بالتسيير الحر للمحل التجاري.

(1) القانون 65 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/07/27، المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الشركات التجارية التونسية، المعدل والمتمم للقانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 3 نوفمبر 2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 61، المؤرخ في 2005/08/02.

(2) حالات الترخيص التي ذكرتها المادة 772 من القانون التجاري المعدل والمتمم هي:

- في شركات التضامن بموافقة كافة الشركاء،
- الشركات ذات المسؤولية المحدودة بالأغلبية التي تطلب التعديل القانون الأساسي،
- الشركات المساهمة حسب شروط النصاب والأغلبية المنصوص عليهما في الجمعيات غير العادية.

يعرف إيجار التسيير الحر للمحل التجاري بأنه: "هو العقد الذي يمنح بمقتضاه مالك محل تجاري أو مؤسسة حرفية، حق استغلاله لشخص معين، مقابل أجره تسمى أجره الإستغلال، يسيره بصفة منفردة وحصرية، ويتحمل كافة الالتزامات الناجمة عن هذا التسيير"⁽¹⁾.

ولقد نظم القانون أحكامه في الباب الثالث المعنون بالتسيير الحر - تأجير التسيير، حيث عرفته المادة 203 ق ت أنه: "كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتها المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهده، يكون للمستأجر المسير صفة التاجر أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك".

ويلاحظ بشأن هذه المادة أن المشرع الجزائري أطلق أيضا على عقد تأجير التسيير اصطلاح عقد التسيير الحر، والواقع أن هذا الاصطلاح انتقده الفقه، ورأى ضرورة استعمال اصطلاح تأجير التسيير gérance-location، وذلك نظرا للبس الذي يثيره اصطلاح تسيير gérance، فرأى أنه يجب قصرها على أنواع الإدارة المأجورة، لأن اصطلاح "مسير" نقصد به الوكيل المأجور الذي يتبع أوامر مالك المتجر، في حين يختلف الأمر في عقد تأجير التسيير، فهو يستغل فيه المسير المحل التجاري ليس لحساب المالك وإنما لحسابه الخاص، ولا يخضع لأوامره، وعليه اتجه الرأي الغالب إلى تفضيل اصطلاح تأجير التسيير لأن هذا الاصطلاح يوضح طبيعته، كما يبين مهمة المسير⁽²⁾.

وتناول المشرع مسؤولية مستأجر التسيير ومؤجر المحل التجاري ومسؤوليتهما تضامنية عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر⁽³⁾، وعلى الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير أن تتوفر فيهم الشروط التالية:

— أن يكونوا قد مارسوا التجارة أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات؛ وهنا شرط لضمان نشوء القاعدة التجارية؛

— أن يكونوا قد مارسوا أو امتهنوا أعمال مسير أو مدير تجاري لمدة خمس سنوات؛

(1) أنظر المادة 203 ومايليها ق ت ج .

(2) طراد اسماعيل، النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2007/2008، ص 18-19.

(3) أنظر المادة 203 ومايليها ق ت ج .

– أن يكونوا قد استغلوا لمدة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير⁽¹⁾.
والأساس القانوني للمسؤولية التضامنية للغير هي المادة 209 ق ت التي تنص: "يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر".
ومنه نستخلص الشروط التالية لتقرر المسؤولية التضامنية للغير في عقد تسيير الحر:

1- شروط تطبيق المسؤولية التضامنية للمؤجر

تتمثل في ثلاثة شروط هامة لا بد من توافرها لترتيب المسؤولية التضامنية للمؤجر اتجاه دائني المستأجر المسير وهي:

أ- أن تكون الديون ناشئة عن استغلال المستأجر المسير للمحل التجاري

نستنتج هذا الشرط من نص المادة 208 ق. ت، حيث يجب أن تكون الديون التي تتعلق بمسؤولية المؤجر، ناشئة عن تعامل المستأجر المسير مع الغير بمناسبة استغلال المحل التجاري، أي أن تكون ديون المستأجر المسير تتعلق باستغلال المتجر، فلا تدخل الديون الشخصية للمستأجر في الضمان.

ب- أن تكون هذه الديون مبرمة من طرف المستأجر المسير

يشترط إلى جانب كون الديون متعلقة بالاستغلال التجاري، أن تكون مبرمة ممن له صفة المستأجر المسير، وقد نصت المادة 203 على أن مستأجر التسيير يكون تاجراً أو حرفياً في مؤسسة حرفية، كما يتعين على المستأجر المسير أن يشير في عناوين فواتيره ورسائله وطلبات البضاعة والوثائق المصرفية والتعريفات أو النشرات وكذلك في عناوين جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمه، رقم تسجيله في السجل التجاري ومقر المحكمة التي سجل لديها و صفته كمستأجر مسير للمحل التجاري زيادة على الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري⁽²⁾.

(1) راجع: المادة 205 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادتان 203-204 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

ج- أن تكون هذه الديون ناشئة بعد عقد تأجير التسيير

طبقا لنص المادة 209 من ق. ت يبدأ حساب مدة تضامن مؤجر المحل التجاري مع المستأجر التسيير، عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر، ابتداءً من تاريخ نشر عقد تأجير التسيير، وطيلة مدة 6 أشهر من ذلك النشر.

بمعنى أن بداية التضامن يتحدد من يوم نشر وإعلان العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وعليه يترتب في حالة اهمال المؤجر اتباع اجراءات شهر عقد تأجير التسيير، أو تأخره في ذلك ليس إلى بطلانه، وإنما إلى تأجيل بدأ سريان مدة الستة أشهر، ويظل خلالها المؤجر مسؤولاً لمدة غير محددة وبالتضامن مع المستأجر التسيير عن ديون المتجر اللاحقة لإبرام العقد⁽¹⁾.

يمكننا تقييم المسؤولية التضامنية في هذا الإطار أنها فعالة إلى حد ما، لأن مدة ستة أشهر التي تظل قائمة خلالها مسؤولية المؤجر والمستأجر، مدة في صالح الغير من دائني المستأجر، لكن يعاب على هذه الحماية أنها مقصورة على دائني المستأجر دون دائني المؤجر وهذا يجعل عدم التوافق بين الأعيان الأولى بالحماية، لأن دائني المؤجر لهم حق ضمان عام على المحل التجاري، وأخطاء التسيير قد تؤدي بهلاكه ومنه الانتقاص من الضمان، والأرجح تعميم الحماية بفرض مسؤولية تضامنية على المستأجر للتسيير في مواجهة دائني المؤجر أيضاً، ولكن نفترض بأن المشرع يقصد الدائنين الجدد الذين يؤلفون المحل وهم زبائن عرضيين نظراً لسمعته، لذلك جعل من المالك متضامن مع المستغل للمحل، غير انه في كل الاحوال جانب المشرع الصواب بصياغته لنص المادة، مما فتح المجال للتأويل، ويستوجب معه تعديلها.

ومن ناحية أخرى فمن الأفضل تمكين دائني المؤجر خلال 15 يوماً المقررة لإشهار عقد التسيير الحر، تمكينهم من معارضته كما هو الآن في التصرف في المحل التجاري بالبيع أو الرهن، وفقاً لشروط لا تدع مجالاً لتعسف الغير في استعمالهم لهذا الحق، أو ما يجعل المحل يتوقف، كما يفترض جعل ديون الغير من دائني المؤجر بمجرد إبرام عقد إيجار التسيير ونشره، حالة الأداء خصوصاً وأن المسؤولية التضامنية بعد إبرام الإيجار وإشهاره لا تشملهم، وتقتصر على دائني المستأجر خلال ستة أشهر، ومثلما أسقط الآجال عند إنتهاء عقد التسيير، يفترض اسقاطها عند إبرامه.

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه، هو إمكانية الاستفادة من هذه المسؤولية فيما يخص المتاجر

الإلكترونية؟

(1) طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 147.

وإنه وكما سبق لنا التعرض لمسألة المتاجر الإلكترونية أنها منقوصة التطبيق، ومنه منقوصة الحماية وبالرغم من أنه ثبت تواجدها بقوة، وثبت تطابق أحكامها لحد بعيد مع المتاجر التقليدية إلا أن مجالها يبقى يخضع للأحكام العامة المنصوص عليها في قانون التجارة الإلكترونية ولا يمكن التحدث حالياً على الأقل على تنظيم خاص بالمتاجر الإلكترونية ومدى فعالية المسؤولية التضامنية للغير الإلكتروني الذي ينشأ الحماية، وتجدر الإشارة بأنه يوجد ضمان قانوني فردي يقع على عاتق المورد الإلكتروني، وهو ضمان المعاملة ومسؤوليته مسؤولية فردية مطلقة تجاه الغير المتعامل معه، وذلك من خلال نص المادة 23 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجد أن المورد الإلكتروني ملزم بتنفيذ أحكام الضمان طبقاً للقاعدة العامة في حالة تسليم منتجات معيبة أو غير مطابقة، حيث يلتزم بالضمان من خلال تضمينه في الإعلام حسب المادة 11 ومن خلال العقد الإلكتروني حسب المادة 13 من القانون 05/18، ويبدو أن عدم النص على العقوبة التي يتحملها المورد نتيجة إخلاله بالضمان يحملنا للاستناد على المادة 35 من نفس القانون التي تحيلنا للقانون رقم 03/09، حيث يتحمل المخالف الإلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتج بغرامة مالية.

كما أن قانون التجارة الإلكترونية لم ينص على إلزامية الخدمة ما بعد البيع رغم إلزامية تضمينها في الإعلام والعقد الإلكتروني وهو ما يحيلنا أيضاً لنص المادة 77 من القانون 03/09 تهميش القانونين كما يمكن للمورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود على المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة القاهرة، ويجب على المورد الإلكتروني تسليم المنتج خلال الأجل المحدد⁽¹⁾.

وفي ظل غياب اعتراف تشريعي بنص صريح حول مماثلة المحل التجاري التقليدي بالإلكتروني في المواد المنظمة له، فنشير من باب عام إلى أن للغير هنا أن يتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية وبالعودة إلى القانون المقارن نجد أن القضاء الفرنسي قد حاول فيما يتعلق بالمتاجر الإلكترونية، مساندة مالك العلامة في إثباته لعنصر الخطأ فابتدع أنواعاً جديدة من الخطأ يمكن على أساسها مسائلته مسجل العنوان الإلكتروني ومنها:

(1) حزام فتيحة، خصوصية مسؤولية المورد الإلكتروني في ظل القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، الصادرة عن جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، جوان 2012، ص 52.

2- فكرة Dilution

وهي فكرة مستمدة من القانون الأمريكي، ومفادها اعتبار القضاء أن تسجيل العلامة في صورة عنوان الكتروني من جانب الغير يشكل إنقاصاً أو تقليلاً من قيمة العلامة في نظر العملاء، أي ضرر في صورة العلامة *préjudice d'image* يتمثل في ضياع ثقة الجمهور في العلامة.

3- فكرة التعسف في حجز العنوان الإلكتروني

وهو مستمد من فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، أي هناك تعسف في حرية تسجيل العنوان الإلكتروني، فإذا قام أحد الأشخاص بممارسة الحرية في التسجيل معتدياً بذلك على حقوق مالك العلامة، فيجب مجازاته على أساس تعسفه في هذه الحرية⁽¹⁾.

ثانياً: أحكام التضامن في السفتجة

التضامن الصربي هو أهم الضمانات المقررة لحاملها الشرعي، ويعني التضامن التزام جميع الموقعين بأداء قيمة الكمبيالة إلى حاملها الشرعي ويشمل الساحب والمسحوب عليه القابل ومختلف المظهرين والضامن ضماناً احتياطياً أي الكفلاء، كما يشمل أيضاً الكفيل الذي يقدمه أحد الموقعين في حالة الرجوع عليه بضمان القبول⁽²⁾.

إن التضامن بين جميع الموقعين على السفتجة يعتبر من بين الضمانات التي يتمتع بها الحامل لها فيعتبر صاحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعاً لحاملها على وجه التضامن "تمهيش قانون تجاري، كما أن التضامن لا يقتصر على الأشخاص الذين ذكروهم المادة المذكورة أعلاه وهم الساحب والمسحوب عليه والمظهر والضامن الاحتياطي فحسب بل يسري على جميع الأشخاص الذين يضعون توقيعهم على السفتجة، كالقابل بالواسطة والكفيل الذي يقدمه أحد المدينين للحامل عند الامتناع عن القبول⁽³⁾.

(1) بلعزام مبروك، مرجع سابق، ص 89.

(2) مُجَدَّ فريد العريبي، هاني مُجَدَّ دويدار، مرجع سابق، ص 175.

(3) بموجب نص المادة 432 في فقرتها 01 من القانون التجاري

والتضامن الصربي ذو طبيعة هو تضامن سلمي الذي يعرف بأنه: "التضامن الذي يكون بين عدة مدينين بدين واحد، فيعتبر كل منهم ملزماً بكل هذا الدين في علاقته بالدائن"، ومصدر هذا التضامن السلمي النص القانوني أو التصرف القانوني⁽¹⁾، وتضامن الموقعين على السفتجة يرتب أثرين:

1- وحدة الدين

الفقرة 02 من المادة 432 ق ت أجازت للحامل حق الرجوع على الموقعين مجتمعين أو منفردين، ويترتب على الوفاء من أحدهم براءة ذمة سائر الموقعين في مواجهة الحامل، فعلاقة الحامل بالموقعين تقوم على مبدأ وحدة الدين إذ أن محل التزام كل موقع هو مبلغ السفتجة بأكمله⁽²⁾، والمقصود بوحدة الدين أن حق الدائن تجاه المدينين جميعاً يعتبر وحدة لا تتجزأ ويترتب على ذلك أن كل من وقع على السفتجة يستطيع الوفاء بقيمتها كاملة فتراً بهذا الوفاء ذمة باقي الموقعين وبالمقابل الحامل لا يستطيع أن يرفض الاستيفاء الجزئي الذي يمثل حصة الموقع على السفتجة إذا أصر على الوفاء بكامل الدين، فعند ذلك يكون للحامل أن يرجع على أي مدين آخر بالدين بعد استنزال حصته المدفوعة⁽³⁾.

2- تعدد الروابط

أشارت المادة 398 ق ت على أن التظهير قرينة على قبول المسؤولية التضامنية بحيث إن المظهر ضامن قبول السفتجة ووفاءها، وقبول تظهيرها من جديد يكون ملزماً بالضمان للأشخاص الذين تظهر لهم السفتجة فيما بعد، وعليه تنشأ روابط متعددة بتعدد التوقيعات والتظهيرات في السفتجة، وتقوم هذه الفكرة على أن كل موقع تربطه بالحامل رابطة مستقلة عن تلك التي تربطه عن باقي الموقعين لذلك⁽⁴⁾. وعلى هذا يمكن أن تكون رابطة أحد الموقعين صحيحة ورابطة الأخر معيبة، ويجوز أن تنقضي رابطة الحامل بأحد الموقعين بأي سبب من أسباب الانقضاء مع بقاء رابطته بالآخر قائمة، فالالتزام الصربي يمنح الحاملين المتتابعين الضمانات التي قصد الاطراف الحاقها بالورقة التجارية، ومن جهة أخرى

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، ص 232.

(2) بن قويدر الطاهر، حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون التجاري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بأفلو، الجزائر، 2019/01/01، ص 216.

(3) راجع المادة 398 ق ت.

(4) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 234.

يمكن أن يجمد الالتزام الصرفي تجاه أحد الحاملين المعنيين بمقتضى الدفع المبنية على علاقتهما الشخصية، ومن هذه الدفع المتعلقة بالبطان أو بانقضاء العلاقة الأساسية التي تربطهما⁽¹⁾.

وتشمل الدفع الناشئة عن بطلان أو فسخ أو إنقضاء العلاقة الأصلية التي تم سحب أو تظهير الكمبيالة بمناسبة، بشرط ألا يكون الحامل الشرعي للكمبيالة طرفا فيها، كذلك تشمل الدفع الناشئة عن عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه أو عن انعدام السبب أو عدم مشروعيته⁽²⁾.

وحتى يستطيع الحامل الرجوع على الموقعين يجب عليه قبل ذلك تحرير احتجاج يثبت امتناع المسحوب عليه عن الدفع في ميعاد الإستحقاق وهذا ما أشارت إليه المادة 434 ق ت على أنه يجوز لمن سدد مبلغ السفتجة أن يطالب ضامنيه بكامل المبلغ الذي أوفاه وما دفعه من المصاريف، فإذا لم يفعل ذلك أمكن للساحب الذي قدم مقابل الوفاء ولسائر المظهرين أن يحتجوا عليه بسقوط حقه⁽³⁾، وإستنادا لنص المادة 433 ق ت فإنه يمكن للحامل أن يطالب كل من أقام عليه دعوى الرجوع :

أ- بمبلغ السفتجة التي لم يحصل قبولها أو وفاؤها،

ب- وبمصاريف الاحتجاج والإخطارات الموجهة وغيرها من النفقات.

وإذا أقيمت دعوى الرجوع قبل الإستحقاق فإنه يطرح من مبلغ السفتجة مقدار الخصم ويحسب على سعر الخصم الرسمي للمصرف المركزي الجزائري الجاري به التعامل في تاريخ رفع الدعوى في مكان موطن الحامل، ويعود طبيعة التزام الموقعين على الورقة التجارية إلى كونه صورة من صور التعهد الانفرادي، يضاف إلى ذلك، أن السند المطروح في التداول يكسب قيمة ذاتية مستقلة عن ارادة منشة، وكل من وقع عليه يعد مسؤولا عن أداء مبلغه⁽⁴⁾.

وبما أننا أشرنا في الفصل الأول إلى التطور الحاصل في الاوراق التجارية وظهور سفتجة الكترونية، فإن التساؤل يطرح حول تطبيق أحكام التضامن عليها، لنجد بأنه نظرا للطبيعة الخاصة لهذه السفتجة في حقيقة الأمر فإنه من الصعب القول بتحقيق التضامن بين الموقعين على السفتجة الإلكترونية بنوعيتها-

(1) راشد راشد، الأوراق التجارية؛ الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص10.

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 172.

(3) بن قويدر الطاهر، مرجع سابق، ص 216.

(4) راشد راشد، مرجع سابق، ص 12.

الإلكترونية الورقية والممغنطة-، فحتى السفتجة الإلكترونية الورقية نادرا ما تتعرض للتظهير الناقل للملكة لذلك لا مجال للحديث عن التضامن بين الموقعون في السفتجة الإلكترونية بشكل عام (1).

مما يفقد المتعاملين بهذه السفتجة ضمانا مهم وهو التضامن والمسؤولية التضامنية لحاملها، ولعل ما يغطي هذا النقص كون هذا النوع من السفاتج يكون عن طريق البنوك والمؤسسات المالية وفقا لآليات دعم وحماية وضمائنات منظمة يمكن من خلالها الاطمئنان لوجود قيمتها وقت حلول موعد استحقاقها.

المطلب الثاني

المسؤولية الجزائية تعزيزا لحماية الغير

لقد عرفت المسؤولية في الجرائم الاقتصادية تحولات شملت أركان الجريمة والعقوبة فأركان الجريمة خرجت عما هو مألوف في القانون الجنائي التقليدي حيث يمتاز الركن الشرعي بالتشعب والغموض، والتفويض التشريعي للإدارة أما الركن المادي فلم يشترط المشرع تحققه لعناصره الثلاثة وأدت هذه التحولات إلى إقامة المسؤولية الجزائية على عاتق من يخالف الأنظمة الاقتصادية أو يحدث أضرار للغير من جراء نشاط المؤسسة الاقتصادية دون وجوب التحقق من خطأ جنائي معين لديه وأدت إلى مسؤولية هذه المؤسسة ذاتها كشخص معنوي وذلك من جزاء النشاط الذي يقوم به مديروها وموظفوها بإسمها ومصالحتها(2).

تبعا لذلك سيتم شرح خصوصية المسؤولية الجنائية الخاصة في الجريمة الاقتصادية (فرع أول)، ثم يتم التعرض إلى خصوصية العقوبات (فرع ثاني).

(1) مرشيشي عقيلة، السفتجة الإلكترونية بديلة للسفتجة التقليدية، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، الصادرة عن جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 10/06/2015، ص 207.

(2) ظهرت الجريمة الاقتصادية في الجزائر لأول مرة في الأمر رقم 180/66 المؤرخ في 1966/06/21، المتضمن احداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد 54، المؤرخة في 1966/06/24 (الملغي سنة 1975)، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: " يهدف هذا الأمر إلى قمع الجرائم التي تمس بالثروة الوطنية والخزينة العامة والاقتصاد الوطني والتي يرتكبها الموظفون أو الأعوان من جميع الدرجات التابعون لدولة وللمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والجماعات العمومية ولشركة وطنية أو شركة ذات الحق الخاص تقوم بتسيير مصلحة عمومية أو أموال عمومية".

الفرع الأول

الجريمة الاقتصادية⁽¹⁾ نحو توجه جديد للمسؤولية

هذه الجريمة التي سجلت تطورات مهمة من شأنها التوسع في حماية الغير، بالإضافة إلى الحماية بموجب الأحكام العامة، سواء في الشق المتعلق بالأركان (أولا)، أو الشق المتعلق بالدعاوى (ثانيا).

أولا: خصوصية الركن المادي والمعنوي:

يعتبر تقرير المسؤولية الجزائية في الأعمال التجارية من قبيل التطورات التي لحقت بالمعاملات التجارية والتي تندرج تحت أحكام الضبط الاقتصادي للنشاط التجاري، فأصبحت المعاملات التجارية فيها جانب تجريمي ولكن هذا التجريم يتميز بالخصوصية نظرا لخصوصية بيئة الأعمال وعليه فقد فالوقوف عند مفهوم المسؤولية الجزائية التي يعرفها الأغلبية على أنها " إلتزام قانوني يقع على عاتق الجاني بتحمل العقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها"، يبدو من التعريف السابق بأن التاجر يجب أن يتحمل مسؤولية الأخطاء التي يرتكبها تجاه الغير نظرا لحساسية المعاملات التجارية التي تمثل إقتصاديات دول ومصالح أفراد، فهذه القفزة المهمة في المسؤولية تظهر أهمية الحفاظ على إستقرار المعاملات⁽²⁾.

وكما سبق وأشرنا فإن هذا الإلتزام نحو التجريم كان ذو طابع خاص، يمتاز بالجانب الحمائي أكثر من الجانب العقابي، لذلك يظهر تميز الركن المادي والمعنوي في الأساس القانوني في الجريمة الإقتصادية الذي قرر على أساس "المخاطر" بدل من أساس "الضرر"، وهو بذلك يكرس مبدأ الحماية، فلا يشترط وقوع ضرر حتى يثبت للغير الحماية، حتى أن بعض الجرائم الاقتصادية تتميز بغياب الركن المعنوي، فتقوم على السلوك المادي، دون حاجة لإثبات القصد والعلم، وبالرغم من أهميتها في حماية الغير إلا أن البعض اعتبرها تعسف وخرق لمبدأ قرينة البراءة، نعرض كل هذا فيما يلي:

1- المسؤولية الجزائية على أساس الخطر

خلافًا للقانون الجنائي الحمائي موضوع الجريمة التقليدية والذي يتضمن مجالا واسع التجريم الأفعال الإيجابية، يلاحظ في على القانون الجنائي الاقتصادي سيطرة الجرائم السلبية، حيث يغلب على القانون

(1) لقد وردت عدة تعريفات ولكن تتفق في مجملها على أن الجريمة الاقتصادية هي: " كل اعتداء أو مساس يقع على إقتصاد الدولة أو الأفراد أو بالسياسة الإقتصادية للدولة، ويكون هذا الاعتداء مخالفا لما ينص عليه القانون سواء بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، نتيجة مخالفة السياسة الاقتصادية وأمن البنين الاقتصادي للدولة"، بلقاسم مُجد، الجرائم الاقتصادية المستحدثة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن جامعة البلدة 02، الجزائر، 2013/01/01، ص 134.

(2) مُجد حزيط، مرجع سابق، ص 23.

الجنائي الاقتصادي ظاهرة تجريم الأفعال السلبية، والتي تقوم أساسا في حالة عدم تنفيذ المخالف لمجموعة من الالتزامات أو عدم إتباع الإجراءات التي ضبطها المشرع على وجه التحديد، وتبعاً لذلك فإن أساس التجريم من خلال هذا الأسلوب هو التصدي للحالة الخطرة وتفادي حصول الضرر الذي من الممكن أن يلحق بالمصلحة الاقتصادية المحمية⁽¹⁾.

كما أن القاعدة العامة في مجال التجريم تقتضي ألا يكون هذا الأخير إلا بموجب قانون يصدر عن السلطة التشريعية ضماناً لحقوق وحريات الأفراد في مواجهة السلطة التنفيذية⁽²⁾، إلا أنه يمكن وكاستثناء تفويض السلطة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية إصدار تنظيمات أو أنظمة تتمتع بقوة النصوص القانونية، غير أن هذا التفويض يتعين أن يكون محدد في النطاق والزمان.

وإن كان هذا الشكل من التفويض في إطار الأحكام العامة للعقوبات أمر نادر، إلا أنه يلاحظ إعماله بشكل كبير على مستوى التشريع الجنائي الاقتصادي⁽³⁾.

كما نلمس التفويض التشريعي أيضاً على مستوى القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك في العديد من الحالات المتعلقة بالمخالفات المرتبطة بالالتزامات العون الاقتصادي إتجاه المستهلك، حيث أحال فيها المشرع للسلطة التنفيذية صلاحية تحديد شروط وكيفيات تطبيق هذه الالتزامات، في حين حدد المشرع من خلال نفس القانون العقوبات المقررة لها⁽⁴⁾.

يرتكز التجريم في القانون الجنائي الاقتصادي على فكرة الخطر كأصل عام حتى لو لم يتحقق الضرر المطلوب في إطار النظام العام للتجريم الترتيب المسؤولية الجزائية. فقد يرجح العقاب على بعض الأفعال المشكلة لخطورة محتملة دونما الانتظار الوقوع أضرار فعلية فيرجوا بذلك منع وقوع تلك النتائج الضارة، وذلك لا يعاقب عليها بوصف الشروع أو المحاولة وإنما بوصفها جرائم تامة وقائمة بذاتها، أي تجريم السلوك في مرحلة الخطر قبل أن يبلغ مبلغ الضرر والمحقق بالمصلحة محل الحماية ويمكن تعريف الخطر في التسيير على أنه "احتمال فشل المسير في تحقيق العائد المربح أو المرتفع من الاستثمار"⁽⁵⁾.

(1) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، نظام التجريم في إطار القانون الجنائي الاقتصادي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، المجلد 12، الصادرة عن جامعة محمد خيضر بيسكرة، الجزائر، أكتوبر 2019، ص 163.

(2) تنص المادة الأولى من قانون العقوبات المعدل والمتمم، على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

(3) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 161.

(4) القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 2009/03/08.

(5) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 162.

2- قيام المسؤولية الجزائية في ظل غياب الركن المعنوي

على الرغم من أن الجريمة الاقتصادية مثلها مثل باقي الجرائم لا تقوم إلا بوجود الركن المعنوي، إلا أن هذا الأخير يتميز بضعفه في هذه الجريمة، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الجريمة، وعليه فقد تم افتراض هذا الوجود لهذا يطلق عليه بالركن المعنوي المفترض⁽¹⁾.

ذلك أن الركن المعنوي في الجريمة الاقتصادية صعب الإثبات، ويتميز بخطورته الخاصة الناجمة من خطورة الجرائم التي يقوم بتكوينها، مما أدى إلى تقلصه وافتراضه وما على النيابة سوى أن تقوم بإثبات السلوك المادي، أما نفي الإثبات فيقع على الفاعل، أي أن عبء الإثبات يتم نقله في هذه الحالة، وعلى الفاعل أن يبحث بنفسه عن الأدلة التي تدرأ عنه الجريمة، وإلا أعتبر مسؤولاً عنها في هذا الإطار وسعيًا من المشرع في الحد من تلك الآثار وسع نظام المسؤولية الجزائية ليمتد إلى الأشخاص المعنوية الخاصة عما يرتكب تحت مظلتهم من جرائم الاقتصادية، حيث يعتبر النشاط الاقتصادي المجال الخصب لإعمال نظام المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية الخاصة⁽²⁾.

ولم يعفى الشخص المعنوي المتمثل في الشركات التجارية من المسؤولية الجزائية، فقد تبني المشرع الجزائي هذا الاتجاه عن طريق الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشركات التجارية نظراً لإتساع الجرائم الاقتصادية المرتكبة من طرفها بفعل إتساع السوق، حيث نصت المادة 51 مكرر قانون عقوبات على مايلي: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العا، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك"⁽³⁾.

حيث ترتكب الشركة التجارية بإعتبارها شخص معنوي خاص، جرائم من بينها ذات الطابع الاقتصادي، حيث كما أشرنا أنه لا يتم التقيد بالركن المعنوي في هذا النوع من الجرائم، وهي نتيجة خطيرة تمس بالمصالح التي يقصد المشرع حمايتها، ولقد تم وصف هذا النوع من الجرائم بأنها جرائم مادية بحتة، تقوم بمجرد ارتكاب الفعل الجرمي دون حاجة لإثبات الركن المعنوي فيها، وهذا ما ذهب له القضاء

(1) يمكن تعريف الجريمة الإلكترونية بأنها عبارة عن إعتداء يطل معطيات الكمبيوتر المخزنة والمعلومات المنقولة عبر نظم وشبكات المعلومات وفي مقدمتها الإنترنت، فهي جريمة تقنية تنشأ في الخفاء يقارنها مجرمون أذكيا يمتلكون أدوات المعرفة التقنية، وتوجه للنيل من الحق في المعلومات، راجع: عبد اللطيف محمود رابعة، الجرائم الإلكترونية " (التحريم والملاحقة والإثبات)، مداخلة مقدمة ضمن المؤتمر الوطني الأول للجرائم الإلكترونية، المنعقد في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، يوم 17 أبريل 2016، ص 06.

(2) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 165.

(3) راجع القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج ر عدد 71.

الفرنسي في بعض قراراته وأيدها بذلك معظم الشراح، إلا أن القضاء الفرنسي بالرغم من اعتباره الجريمة الاقتصادية جريمة مادية، إلا أنه لم يجرد الركن المعنوي من آثاره إذ يعترف بأسباب امتناع المسؤولية كالجنون والإكراه والقوة القاهرة⁽¹⁾.

إلا أنّ الملاحظ على أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ التخصص، بحيث أن المسؤولية الجزائية للشركات التجارية محصورة في الحالات المنصوص عليها في القانون بموجب المادة 51 مكرر المذكورة سلفا، وهي مسؤولية مشروطة أيضا بمعنى أنه ينبغي لقيامها أن ترتكب من طرف ممثليها الشرعيين كشرط أول، والشرط الثاني ينبغي أن تكون هذه الجرائم إرتكبت لحساب الشركة ولمصلحتها، وقد ثار جدل حول ما إذا كانت الشركة مسؤولة عن الجرائم التي يرتكبها الممثلون الشرعيون والتي يتجاوزون فيه صلاحياتهم وسلطاتهم المحددة قانونا، واقع الأمر لم يرد في المادة المذكورة أعلاه أية إشارة لذلك ولكن بالرجوع الى القانون التجاري الذي لا يعفي الشركة من الاحتجاج بعدم مسؤوليتها عن الاعمال التي يقوم بها المسير وتجاوز صلاحياته، وكذلك إستنادا الى غالبية الفقه والقضاء الفرنسي الذي يرى بحق إمكانية المساءلة الجزائية للشركات التجارية عند تجاوز ممثليه لصلاحياتهم⁽²⁾.

ومن أهم صور الجرائم التي تقوم في غياب الركن المعنوي، جريمة التراسل الإشهاري الإلكتروني الغير مرغوب (سبامينغ)، التي تعتبر جريمة شكلية يكفي إتيان السلوك لقيامها دون الحاجة للركن المعنوي كما هو عليه الحال في جريمة الإشهار التضليلي، وتقوم جريمة التراسل الإشهاري الغير مرغوب فيه، عند مخالفة إلزامية موافقة المستهلك في تلقي رسائل الاستبيان المباشر حيث يحظر على المورد الإلكتروني إرسال رسائل إشهارية غير مرغوب فيها (spam) إلى المرسل إليه إلا بعد موافقته المسبقة وهو ما يصب في حماية البيانات الشخصية لمستهلك الإلكتروني، أو عند عدم تمكن المستهلك من الاعتراض على الرسائل الإلكترونية المرسله إليه ويتحقق ذلك بصورتين: عدم توفير نظام يسمح للمستهلك بالاعتراض على إرسال الإشهارات الإلكترونية وهو ما يسمى بنظام قائمة الرفض والاعتراض فيرسل المورد إعلاناته دون أن يسأل المستهلك عن موافقته على الإرسال لهذا ألزم المشرع بتوفير الوسائل الإلكترونية والتقنية التي تسمح بالاعتراض على الإعلانات التجارية⁽³⁾.

(1) زادي صافية، صيدي عبد الرحمان، مسؤولية الجزائية لمدير الشركات التجارية الخاصة، رسالة ماجستير، تخص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2010/2009، ص 49.

(2) مُجَدّ حزيط، مرجع سابق، ص 218-219-220.

(3) حزام فتيحة، مرجع سابق، ص 55.

ثانيا: خصوصية الدعاوى: ترتبها على خصوصية الاسس القانونية وتنوع المسؤولية القانونية،

توسعت معها الدعاوى، وكذلك توسع الصفة القانونية للأشخاص المخول لهم تمثيلها وتحريكها:

1- خصوصية موضوعها: ظهرت دعاوى متعددة كالالتزام بديون الشركة وغيرها، نتطرق لها في العرض

التالي:

(أ) دعوى الإلزام بديون الشركة

إن طلب إلزام أعضاء مجلس الإدارة بديون شركة المساهمة لا يمكن إثارته إلا بعد صدور الحكم بشهر إفلاس الشركة وفقا لنص المادة 224 من القانون التجاري وبالتالي يمكن اعتباره من الأعمال المتعلقة بإدارة التفليسة مما يجعل تقديمه من اختصاص وكيل التفليسة بحكم أنه القائم بإدارة التفليسة، كما يمكن أن يمتد هذا الاختصاص للدائنين و للمحكمة قياسا على نص المادة 216 من القانون التجاري التي تنص على: "يمكن أن تفتح كذلك التسوية أو الإفلاس بناء على تكليف الدائن بالحضور... ويمكن المحكمة أن تتسلم القضية تلقائيا"...، بينما لا يمكن للمفلس أن يرفع أية دعوى ولا أن يمارس أي طريق من طرق الطعن تتعلق بذمته المالية على أساس أنه ممثل من طرف وكيل التفليسة⁽¹⁾.

وأساس الحكم بإلزام أعضاء مجلس الادارة بالديون هي نص المادة 715 مكرر 27 بأنه: "في حالة التسوية القضائية للشركة أو إفلاسها يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالإفلاس أو التسوية القضائية أو التفليس مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الأحكام المذكورة"، يتضح من هنا النص أن تحميل مسؤولية ديون الشركة لأعضاء مجلس الإدارة أمر جوازي للمحكمة.

ويتمثل الأساس القانوني لدعوى تكملة ديون الشركة بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة في الفقرة الثانية من المادة 578 من القانون التجاري الجزائري التي يجوز بموجبها للمحكمة إذا أسفر تفليس شركة عن عجز فيما لها من الأموال، أن تقرر بطلب من وكيل التفليسة حمل الديون المترتبة عليها على نسبة القدر الذي يعنيه، أما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أم لا، أو من أصحاب الأجور أم لا، وأما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء، أو المديرين على وجه التضامن بينهم أو بدونه، بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفصل في إدارة الشركة⁽²⁾.

(1) بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مرجع سابق، ص 451.

(2) حزام فتيحة، مرجع سابق، ص 55.

وما يلاحظ من خلال هذه النصوص أن السند القانوني لدعوى تكملة الديون المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة جاء أكثر تفصيلاً من الذي ينظم هذه الدعوى فيما يتعلق بشركة المساهمة. وتقوم دعوى تكملة ديون الشركة على ثلاثة أركان متمثلة في الخطأ في التسيير والضرر والمتمثل في المساس بمصلحة الشركة وقيام علاقة السببية.

أ- الخطأ

يعد الخطأ شرطاً لقيام المسؤولية بصفة عامة، ما لم يقيم المشرع هذه المسؤولية على أساس المخاطر، وتعد دعوى تكملة الديون أحد التطبيقات الخاصة للمسؤولية المدنية التي لا تنار إلا في حالة الإجراءات الجماعية وتصفية الديون، ومن ثم يشترط لقيام هذه الدعوى وقوع خطأ في التسيير تسبب في تعثر الشركة أو إفلاسها بشكل يضر بمصلحة الشركة والدائنين فهي قائمة على الخطأ في التسيير المفترض، لذلك تميزت هذه الدعوى بأن المسؤولية فيها ذات طابع جزائي، لأن القواعد المنظمة لدعوى تكملة الديون مرتبطة بإفلاس الشركة جراء اخطاءهم، وعليه تهدف إلى معاقبة المسيرين الذين لم يوفوا بتعهداتهم المهنية اتجاه الشركة، والمتمثلة في حسن تسيير الشركة وإدارتها واحترام مصالحها، فالمسير الذي تسببت أخطاؤه في عجز الشركة عن الوفاء بتعهداتها يتحمل مسؤولية أفعاله فإن الطبيعة الجزائية لدعوى تكملة الديون هي انعكاس للنظرة الردعية للمشرع إزاء قواعد الإفلاس⁽¹⁾.

ب- الضرر

نقصد به المساس بمصلحة الشركة⁽²⁾، فالضرر هو نتيجة أخطاء المسيرين أثناء تسييرهم التي ينتج عنها عجز الشركة عن تسديد ديونها، وتكمن خصوصية هذا الركن، في تمتع القاضي بالسلطة التقديرية الواسعة في تقدير نسبة العجز وتحديد نصيب كل مسير في حالة تعدد المسيرين⁽³⁾.

ج- العلاقة السببية

يتحمل عبء الإثبات المتضرر وحده في القواعد العامة، بينما في ظل دعوى تكملة الديون يكفي إثبات قيام الضرر، فهي قائمة على الخطأ المفترض حيث ألقى المشرع على عاتق المسيرين عند إفلاس

(1) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 107.

(2) وردت عدة تعريفات أهمها " مصلحة يحميها القانون ويعترف بها " وتعريف مخالفة مصلحة الشركة عرفه " جارو " « Garraud » بأنه : " إرادة الخروج على القانون بعمل أو بامتناع، أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل "، راجع: زكري ويس مائة، مرجع سابق، ص 60.

(3) حزام فتحيحة، مرجع سابق، ص 55.

الشركة المسؤولة المباشرة عن توقفها عن دفع ديونها، وحملهم إلزامية سد العجز المالي الذي تعاني منه الشركة، غير أنه يمكن للمسيرين أن يتخلصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم إذا أقاموا الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط والحرص⁽¹⁾.

ب) دعوى المنافسة غير المشروعة عبر الانترنت

لكي يتمكن القضاء من بسط حمايته على المحل التجاري لابد من توافر شروط ثلاثة أن تكون هناك منافسة وأن تكون المنافسة غير مشروعة وأن يكون هناك ضرر يصيب من يطالب بالحماية، ودعوى المنافسة غير المشروعة عبر الأنترنت في حالة العادية تهدف إلى حماية العلامات غير المسجلة لغياب الحماية الجزائية، كما يمكن أن ترفع بصورة تكميلية إلى جانب الحماية الجزائية وذلك لوضع نهاية لكافة أنواع الاعتداءات، وهي نفسها الدعوى غير مشروعة التقليدية مع بعض الخصوصية، نظرا لخصوصية المحل، لأنها تنصب حول الاعتداءات الإلكترونية⁽²⁾.

أ- وجود منافسة بين الطرفين

يمكن تعريف المنافسة غير المشروعة بأنها كل عمل من شأنه المساس بأحد عناصر المحل التجاري ويؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو إلى انصراف العملاء عنه⁽³⁾، وبذلك يوجد طرفين، المعتدي والمعتدى عليه والمعيار المعتد في ذلك تماثل المنتجات والخدمات⁽⁴⁾.

ب- وجود خطأ

ومن أهم صورة في مجال المعاملات الإلكترونية هو إحداث اللبس والتضليل لدى المستهلكين، وذلك باستخدام العلامة التجارية المملوكة للغير وفقا لإحدى الطرق الإلكترونية، ويكفي أن يكون العمل ناتجة عن الإهمال أو التقصير⁽⁵⁾، كما قد يتمثل الخطأ في الحط من قيمة العلامة المنافسة، وذلك باستخدامها في مواقع محلة للآداب⁽⁶⁾.

(1) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص ص 104-106

(2) بلعزام مبروك، مرجع سابق، ص 88.

(3) مجّد فريد العريبي، هاني مجّد دويدار، مرجع سابق، ص 402.

(4) يعرف المنتج بأنه "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، طبقا لقانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 8 مارس سنة 2009.

(5) المرجع نفسه، ص 404.

(6) بلعزام مبروك، مرجع سابق، ص 88.

ج- الضرر

ولكي يستطيع التاجر اللجوء إلى القضاء ليطالبه بالحماية لابد من أن يصيبه ضرر من ارتكاب أحد المنافسين له للعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، ولا يلزم أن يكون الضرر قد تحقق بالفعل لإمكان اللجوء إلى دعوى المنافسة غير المشروعة، وإنما يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع أي يمكن تحقيقه في المستقبل، وهذا ما يفسر ما قد تحكم به المحكمة من إخاذ التدابير اللازمة لمنع تحقق الضرر في المستقبل، فقد تتجاوز المحكمة مجرد الحكم بالتعويض إلى إلزام المحكوم عليه بعدم المضي في استغلال الاسم التجاري أو العلامة التجارية⁽¹⁾.

كما قد يتمسك الغير بجنحة تقليد حيث يعد تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستشارية لعلامة قام به الغير خرقاً لحقوق صاحب العلامة، وتعد التقليد هي الدعوى التي يملكها صاحب العلامة المسجلة من أجل المطالبة بتوقيع الجزاء الجنائي على من يعتدي على العلامة التجارية بتزويرها أو تقليدها أو استعمالها بعد تزويرها، ومثال ذلك تقليد علامة تجارية في موقع إلكتروني واستخدامها بصورة تضر بحقوق صاحب العلامة⁽²⁾.

ويظهر التطور التشريعي لدعوى المنافسة المشروعة التي كان أساسها المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن كل من سبب بخطئه ضرراً للغير يلتزم بتعويضه عن هذا الضرر، وعلى ضوء ذلك يكون الضرر ركناً ضرورياً من أركان المسؤولية التقصيرية وبالتالي يجب توافره في دعوى المنافسة غير المشروعة⁽³⁾، ليجعلها ذات طابع جزائي، ولا يشترط تحقق الضرر وإنما يكفي وجود الخطر، حيث أعلن المشرع صراحة على هذه النية بالنص على هذه الدعوى في قانون الممارسات التجارية.

ب) خصوصية قاعدة تحريك الدعوى العمومية

تقوم الإدارة بمراقبة بتطبيق أحكام القانون الاقتصادي، مما يخول لها الحق في تحريك الدعوى العمومية على من يخالف هذه الأحكام بارتكابه الجريمة الاقتصادية إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، ونظراً لما تتطلبه بعض الجرائم من تقدير يرجع للجهة الإدارية التي وقعت عليها الجريمة، فإن المشرع قد منح الحق في تحريك الدعوى العمومية لهذه الجهات، ولا يكون ذلك إلا بناء على شكوى مقدمة من

(1) مُجَد فريد العريبي، هاني مُجَد دويدار، مرجع سابق، ص 404.

(2) راجع المادة 27 فقرة 2 حيث إعتبرت جريمة التقليد من الممارسات التجارية غير النزيهة .

(3) مُجَد فريد العريبي، هاني مُجَد دويدار، مرجع سابق، ص 404..

طرفها، وهو ما يعرف بإعطاء الإدارة حق الملائمة في التتبع، حيث تعتبر الشكوى المقدمة من طرف الإدارة من القيود الواردة على تحريك الدعوى الجرمية العادية العمومية، وبذلك يتميز تحريك الدعوى في الجريمة الاقتصادية عن تحريك الدعوى في الجريمة العادية⁽¹⁾.

فقد منح القانون الصفة القانونية فيما يتعلق بمواجهة الممارسات التجارية التي يقوم بها التاجر تجاه الغير حسن النية والذي يجسد صفة هذا الأخير "المستهلك"⁽²⁾، بحيث منح الصفة القانونية للتقاضي لفئات متعددة نذكرها فيما يلي:

- ممثل الوزير المكلف بالتجارة المؤهل قانونا، بحيث يخول له القانون التقدم بطلبات كتابية أو شفوية في إطار المتابعات القضائية الناشئة عن مخالفة تطبيق أحكام الممارسات التجارية⁽³⁾.
- يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية شريطة أن تكون منشأة طبقا للقوانين المعمول بها بصفة قانونية، ومنه فإن القانون منحها صفة التقاضي أمام العدالة ضد كل عون إقتصادي قام بالمخالفة وأضر بالغير المستهلك⁽⁴⁾، ومنح صفة التقاضي لهذه الجمعيات بشكل في نضر البعض تجاوزا لمبدأ الأثر النسبي للعقد وللشروط العامة في التقاضي، إلا أن هذه الصفة تستند الى أساس قانوني يتمثل في موضوع الدعوى عن طريق طلب التعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق المصلحة الجماعية للمستهلكين، وليس الضرر الفردي الذي أصاب الغير المستهلك بصفة إنفرادية، وفي سبيل ممارسة هذا الحق فقد منحها المشرع بعض الامتيازات كإمكانية الاعتراف لها بالمنفعة العمومية وتمكينها من المساعدة القضائية⁽⁵⁾.

(1) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 168.

(2) يعرف المستهلك بموجب قانون الممارسات التجارية بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت وبمجردة من كل طابع مهني".

(3) أنظر المادة 63 من قانون الممارسات التجارية 02-04 المعدل والمتمم.

(4) يعرف العون الإقتصادي بموجب قانون الممارسات التجارية بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها". وبهذه الصفة فإن العون الإقتصادي قد يكون تاجر وإستنادا لمعيار الصفة التجارية فإن الطرف المقابل للتاجر والذي تعامل أو سيتعامل معه التاجر فيعتبر غيرا بالنسبة له ولنشاطه ومنه فإن الغير هنا هو العون الإقتصادي والمستهلك. راجع مفهوم الغير في المقدمة.

(5) محمد عماد الدين عياض، تحولات نظرية العقد في ظل قانون الإستهلاك، عدد خاص بفعاليات الملتقى الدولي الخامس المنعقد في الجزائر، بعنوان "القانون المدني بعد أربعين سنة"، من حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 5، 25-24، أكتوبر 2016، ص 14-15.

- كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، مع الملاحظة بأن المشرع هنا لم يوضح طبيعته القانونية، وعليه نستخلص بأنه يمكن أن يكون من أشخاص القانون الخاص أو العام، كما يخول لهم القانون التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على التعويض على الضرر الذي لحقهم⁽¹⁾. وفي رأينا تعتبر هذه الآلية ضمانا أكثر فعالية للغير من وسائل الضمان العام التقليدية وكذلك وسيلة ناجعة لتعويض الضرر، ومنعرج مهم في السياسة الجنائية لتطويعها كآلية لحماية المصالح الإقتصادية للغير حسن النية.

إن فكرة تحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور كانت هي الأصل في المجتمعات القديمة ولكن أصبحت في المجتمعات المعاصرة استثناء وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الجريمة قصد تفادي التماطل والتعسف الذي قد يقع من النيابة العامة من جهة وأما بغرض تفادي طول الإجراءات المتبعة أمام النيابة العامة من جهة ثانية⁽²⁾.

فيتم تحريكها بطريقتين؛ فإذا كنت الجريمة جنحة أو جناية فيتم تحريك الدعوى عن طريق الشكوى المصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق، أما إذا كانت الجريمة جنحة من الجرح المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية فيتم تحريك الدعوى عن طريق التكليف المباشر بالحضور إلى الجلسة⁽³⁾ ولكن في إطار جرائم الشركات التجارية وبالرجوع للمادتين 303 مكرر 3 و 382 مكررا من قانون العقوبات فإن الأمر يتعلق بجنحتي إصدار شيك دون رصيد والقذف فقط.

الفرع الثاني

خصوصية العقوبة

نظرا لخصوصية الجريمة في الاعمال التجارية، فرض المشرع عقوبات خاصة تتوافق معها، وتتماشى مع أهداف الحماية سواء تعلق الامر بحماية المناخ التجاري العام أو حماية الغير حسن النية، فاستبدال الاكراه البدني، ليحل محله الغرامات المالية وتبني طريق نظام المصالحة الاقتصادية ليضمن بذلك تعبئة الخزينة العمومية من جهة عن طريق مبلغ المصالحة المالي (أولا)، ومن ناحية أخرى تحقيقا لمبدأ الحفاظ على الكيانات الاقتصادية وتشجيعها في النهوض بالاقتصاد الوطني فرض عقوبات غير مالية تتنوع بين

(1) راجع المادة 65 من قانون الممارسات التجارية.

(2) زادي صافية، مرجع سابق، ص 114.

(3) أمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتعلق بقانون الاجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 10/يونيو/1966.

الرقابة والردع عن ويحافظ على استقرار النشاط التجاري من جهة أخرى، و واتساع نطاق الضبط والمعايينة (ثانيا).

أولا: فرض سياسة العقاب المالي بدل الاكراه البدني

على الرغم من أن ارتكاب الجرائم الاقتصادية يترتب عليه في كثير من الحالات عقوبات جسدية وأحيانا تكون قاسية، إلا أن المتتبع للنصوص ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي يلاحظ أن المشرع في إطار السياسة الجزائية الاقتصادية يميل إلى فرض عقوبات مالية، لا سيما ما تعلق بالجرائم التي لا يتعدى وصفها بأنها جنحة ومن باب أول في ما يوصف بالمخالفات.

والعقوبات المالية هي: "تلك العقوبة التي تلحق الذمة المالية للشخص المخالف، فهي تتلاقى مع الغرامة الجزائية، اذ تعتبر مبلغا ماليا يدفع إلى الدولة عن طريق الخزينة العمومية"⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القانون التجاري نجده يجسد التوجه التشريعي نحو فرض غرامات مالية على المخالفين للأحكام التي تقر بمصلحة وحماية الغير والواردة من المواد 800 ق ت وما يليها، والمثير للانتباه أيضا أن هذه الخصوصية تقتصر على الأحكام المنظمة للشركات التجارية، دونما اشارة إلى الاحكام المخالفة للمحل التجاري أو الاوراق التجارية، وأحال المخالفين لهذه النصوص إلى القانون المتعلق بالممارسات التجارية فيما يتعلق بالمحل التجاري.

فكل المخالفات الواردة في المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رتب عليها المشرع جزاءات مالية تتنوع بين الغرامات والحجز والمصادرة، بالإضافة إلى بعض الجزاءات الإدارية⁽²⁾، ما يظهر مخالفات متعلقة بإتيان سلوك حذر القانون من ارتكابه، وأخرى متعلقة بالامتناع عن سلوكيات أزم القانون القيام بها، سنتعرف على هذه الأصناف وفقا لما يلي:

1- المخالفات ذات الوصف الايجابي والسلبى المنصوص عليها في القانون التجاري

تتعلق مجموعة من المخالفات التي بتأسيس الشركات التجارية، ذات وصف ايجابي أي أن الافعال المحرمة التي ارتكبتها الشركة أو الشركاء أو القائمون بالإدارة، يمنع القيام بها قانونا لحماية للغير المتعامل معها وهذه السلوكيات هي:

(1) ميمون الطاهر، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة أبحاث ودراسات التنمية، المجلد 09، العدد 01، الصادرة عن جامعة برج بوعريش، الجزائر، 2015/06/15، ص 519.

(2) القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27.

- كل من زاد لخصص عينية قيمة تزيد عن قيمتها الحقيقية عن طريق الغش،
- المسيرين الذين تعمدوا توزيع أرباح صورية بين الشركاء بدون جرد أو بواسطة جرد مشوش،
- المسيرين الذين قدموا عمدا للشركاء ولو مع عدم وجود توزيع للأرباح ميزانية غير صحيحة لإخفاء الوضع الحقيقي للشركة⁽¹⁾.

وقد يتفق هذا الحكم مع كافة الشركات التجارية عند تأسيسها لكن يضاف إليها خصوصية، فمثلا بالنسبة للشركة ذات مسؤولية محدودة، يعاقب مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين أغفلوا التأشير على جميع العقود أو المستندات الصادرة من الشركة والمدة للغير وبيان تسميتها المسبوق أو المتبوع مباشرة بلفظ الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو اسمها المختصر: "ش. م. م" مع ذكر رأس مالها و عنوان مقرها الرئيسي⁽²⁾.

تعتبر العقوبات الجزائية المطبقة على الشركات التجارية خاصة، بحيث تطبق درجة قوتها خلافا للاحكام العامة المطبقة في قانون العقوبات التي تقر عقوبات اصلية واخرى تكميلية، بحيث تعد المخالفات هي العقوبة الأصلية فيما يتعلق بالشخص المعنوي، وفيما تعد باقي العقوبات تكميلية وهي في مواد الجنايات والجنح تمثل، حل الشركة وغلقها أو المنع من مزاولة النشاط وغيرها من العقوبات المنصوص عليها قانونا، ويقصد بالغرامة " إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال لصالح خزينة الدولة"⁽³⁾.

ونظرا لأهمية رأس المال في كونه ضمان أساسي للغير في الشركات التجارية، فقد فرض المشرع عقوبات مالية مهمة ردعية للقائمين بالادارة بإختلاف اصناف الشركات التجارية، والذين تسببوا في هلاك رأس مالها أو الانتقاص منه عمدا من جراء الخسائر الثابتة في المستندات الحسابية، وقد قرر القانون معاقبتهم بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ونفس الحكم بالنسبة الى الغش في تقييم الحصص والاسهم التي تدخل في رأس مال الشركة التي تعتبر كما هو معلوم أهم ضمانات الغير ، وعليه فمؤسسو الشركات التجارية والقائمون

(1) راجع: المادة 804 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المواد 803-806-807 من نفس المصدر.

(3) مجّد حزيط، مرجع سابق، ص314.

بإدارتها أو الذين أصدروا الأسهم سواء قبل قيد الشركة بالسجل التجاري أو في أي وقت كان إذا تواطؤوا بطريق الغش أو دون إتمام إجراءات تأسيس تلك الشركة بوجه قانوني، يخضعون لنفس العقوبة والأشخاص الذين أكدوا عمدا في تصريح توثيقي مثبت للاكتتابات والدفعات، صحة البيانات التي كانوا يعلمون بأنها صورية أو أعلنوا بان الأموال التي لم توضع بعد تحت تصرف الشركة قد سددت أو قدموا للموثق قائمة للمساهمين تتضمن اكتتابات صورية أو بلغوا بتسديدات مالية لم توضع نهائيا تحت تصرف الشركة⁽¹⁾.

إستنادا لذلك فإن المشرع الجزائري أخذ بإزدواجية المسؤولية الجزائية، بحيث لم يستبعد مسؤولية الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة لحسابها، وأساس التجريم الفقرة الثانية من المادة 51 مكرر قانون عقوبات⁽²⁾.

لذلك أصبح على ضوءها يميز بين الجرائم العمدية وغير العمدية، ففي حالة الجرائم العمدية يبقى مبدأ إزدواجية المسؤولية مكرس، ولكن المسؤولية الجزائية للشركة ليس بالضرورة أن تكون قائمة في الجرائم غير العمدية، فلا تقوم المسؤولية الجزائية لممثلي الشركات التجارية تجاه الغير اذا لم يكن تصرفه السبب المباشر للضرر الحاصل، وإنما يشترط أن يتم إثبات أنه وقع خرق عمدي لأحد الإلتزامات المتعلقة بتعريض الغير للخطر، وهذا الشرط يقلص من المسؤولية الجزائية للممثلين القانونيين للشركات التجارية⁽³⁾.

لذلك نجد المشرع الجزائري قد كرس أحكام تجريم الأعمال التي يقوم بها المؤسسون أو القائمون بإدارة الشركات التجارية، كتجسيد لمبدأ إزدواجية المسؤولية الجزائية مع إشتراط أن يكون هؤلاء قد أتوا الفعل المجرم "عمدا".

(1) راجع: المواد 807-806-803 من نفس المصدر.

(2) تنص المادة 51 مكرر في فقرتها الثانية على مايلي: "إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

(3) أنظر مجلّد حزيط، مرجع سابق، ص 259.

فتبصحننا للباب المتعلق بالمتابعات والجزائية التي خصصها المشرع في القانون التجاري وهي توجه جديد يوضح التكريس القانوني للمسؤولية الجنائية للأعمال وإهتمام المشرع بإدخال السياسة الجزائية على المعاملات التجارية، يوضح تطور المسؤولية الجزائية وتطويعها في القوانين الخاصة.

فعند الحديث على مخالفات التأسيس نجد أن المؤسسون لشركة المساهمة ورئيس مجلس إدارتها والقائمون بإدارتها ومديروها العامون وكذلك أصحاب الأسهم أو حاملوها الذين تعاملوا عمدا في الحالات التالية:

- أسهم دون أن تكون لها قيمة اسمية أو كانت قيمتها الاسمية أقل من الحد الأدنى للقيمة القانونية،
 - في أسهم عينية لا يجوز التداول فيها قبل انقضاء الأجل،
 - الوعود بالأسهم،
- نجدهم بموجب القانون، يعاقبون بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بأخطاء التسيير لمختلف الشركات التجارية، فمنها ما يتعلق بتوزيع أرباح صورية على المساهمين دون تقديم قائمة للجرد أو بتقديم قوائم جرد مغشوشة، أو الذين يتعمدون نشر أو تقديم ميزانية للمساهمين غير مطابقة للواقع، لإخفاء حالة الشركة الحقيقية ولو في حالة عدم وجود توزيع للأرباح⁽²⁾، وتجدد الإشارة إلى أن بعض الأخطاء قد تعرض القائمون بالإدارة إلى جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، فهذه الجريمة تقوم عند استعمال المسير لأموال الشركة دون أن يشترط بلوغ حد معين لذلك، فيكفي استعمال المحلات والسيارات وكل الأجهزة الأخرى (كالهاتف والحاسوب ...) مجانا أو بسعر أقل من سعر الخدمة الحقيقية، شرط أن لا تكون هذه المزايا مضمونة للمسير وله الحق في استعمالها بحيث تكون مرتبطة بوظيفته ومن ثمة تقوم الجريمة عند استعمال المسير لأموال الشركة بطريقة

(1) راجع: المادة 800، من نفس المصدر.

(2) راجع: المادة 811 من القانون التجاري، المعدل والمتمم.

يعلم أنها مخالفة لمصلحة هذه الأخيرة ويكون الأمر كذلك عندما يؤدي هذا الاستعمال إلى فقر الشركة أو حتى إلى خطر فقرها، أي دون أن يكون هناك مقابل أو إمكانية الحصول على مال معقول⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على أن المسيرين الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة، استعمالا يعلمون أنه مخالف للمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة، وكذلك المسيرين الذين استغلوا عن سوء نية الصلاحيات التي أحرزوا عليها أو الأصوات التي كانت تحت تصرفهم بهذه الصفة استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة، حيث يعاقب بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج، إلى 200.000 دج كل من يقوم بهذه المخالفات⁽²⁾.

وعليه فإن استعمال السلطات، فهي الجريمة الثانية مع استعمال الأصوات المنصوص عليها بموجب المواد 800 و 811 و 812 من القانون التجاري الجزائري.

فالسلطات هي تلك الامتيازات المرتبطة بممارسة وظيفة إدارة شركة أو هي سلطات تسيير شركة التي يملكها كل مسير بموجب وظيفته، كما وسبق وأشرنا في الحديث عن المسؤولية، ونضيف هنا أن مسير الشركة الذي لم يطالب شركة أخرى قامت باستعمال اسم الشركة التي يسيرها بدون مقابل مالي، حيث أبرمت عقد مكلف جدا مع شركة كان مسيرا فيها أيضا، دون أن يبحث إن كانت هناك شركات أخرى في السوق كان بإمكانها تقديم نفس الخدمات وبشروط أفضل، يستوجب معاقبتها لإخلالها بالتزام قانوني⁽³⁾.

كما قد يرتكب تجاه الغير مخالفات ذات الوصف السلبي، وهي المخالفات التي تمنع الشركة أو القائمون بإدارتها أو الشركاء بالقيام بها تجاه الغير، والتي تكون محل الزام من القانون، وأشهر هذه المخالفات هي الامتناع عن الاعلام بما يتعلق به من قيود وإشهارات قانونية، معاقبة بغرامة من

(1) زكري ويس مائة، مرجع سابق، ص 44.

(2) راجع المواد 800 ق ت ج وما يليها .

(3) زكري ويس مائة، مرجع سابق، ص 56.

20.000 دج إلى 200.000 دج رئيس شركة المساهمة أو القائمون بإدارتها الذين قاموا عمنا بتخفيض رأس مال الشركة دون مراعاة المساواة بين المساهمين، أو دون تبليغ مشروع تخفيض رأسمال الشركة إلى مندوبي الحسابات قبل 45 يوما على الأقل من انعقاد الجمعية العامة المدعوة للبت في ذلك، كما أن إغفالهم عن نشر قرار تخفيض رأس المال في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مؤهلة لقبول الإعلانات القانونية يترتب نفس العقوبة أعلاه، أو أنهم تعمدوا عدم الإيداع بكتابة المحكمة القرار المصادق عليه من الجمعية العامة بعد نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بقبول الإعلانات القانونية وتقيده بالسجل التجاري⁽¹⁾..

وفيما يتعلق بالمخالفات المتعلقة بالتصفية، يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مصفي الشركة الذي لم يقم عمدا في ظرف شهر من تعيينه، بنشر الأمر المتضمن تعيينه مصفيا بجريدة خاصة لقبول الإعلانات القانونية بالولاية التي يوجد بها ولم يودع بالسجل التجاري القرارات التي قضت بالحل⁽²⁾.

2- المخالفات ذات الوصف الايجابي والسلبى المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية

تناول قانون الممارسات التجارية العديد من الغرامات المالية فيما تعلق بمخالفات أحكامه، و إستحدث نظام المصالحة:

أ) **غرامة المصالحة** : لم ترد غرامات المصالحة في القانون التجاري، ولكنها وردت بموجب الأحكام الخاصة كقانون الممارسات التجارية، وبالنظر إلى الآثار المترتبة على الجرائم الاقتصادية اعتمد المشرع الجزائري سياسة جزائية رادعة تقتضي بمتابعة المخالفين وتوقيع في حقهم جزاءات تنوع بين السالبة للحرية والغرامات المالية، وعلى الرغم من أهمية هذه الجزاءات في الحد من الجرائم الاقتصادية لا سيما المالية منها إلا أن تحصيلها يتطلب وقت قد يطول بالنظر إلى المراحل التي تمر بها الدعوى القضائية من جهة ومن جهة أخرى يؤدي تطبيق العقوبات الجزائية على المخالف إلى حرمانه من ممارسة النشاط الاقتصادي، الذي يؤثر بدوره على التنمية الاقتصادية للدولة،⁽³⁾

(1) راجع المواد 827 ق ت ج ومايلها .

(2) راجع: المادة 838 من القانون التجاري، المعدل والمتمم.

(3) زادي صفية، مرجع سابق، ص 241.

وفي هذا الإطار اعتمد المشرع نظام المصالحة في الجرائم الاقتصادية بدفع مبالغ غرامة المصالحة كإجراء بديل عن المتابعة القضائية، حيث يظهر هذا الإجراء في عدد من الجرائم الاقتصادية على نحو جرائم الصرف، وجرائم الممارسات التجارية، فضلا عن بعض الجرائم الجمركية، جرائم الواقعة على المستهلك...، غير أن أعمال النظام مضبوط بمجموعة من الضوابط الموضوعية والإجرائية تتعلق بشكليات تقديم طلب المصالحة ونطاق الموضوعي للجريمة محل المصالحة وكذا الجهة المختصة بالنظر في طلب المصالحة، فضلا عن مراعاة آجال تقديم الطلب، والتي تختلف من جريمة إلى أخرى⁽¹⁾.

حيث يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من المخالفين بمصالحة إذا كانت المخالفة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار جزائري، وهذا إستنادا الى المحاضر المعدة من طرف الموظفين المؤهلين، كما أن المخالفين بغرامة تفوق مليون دينار جزائري وتقل عن ثلاثة ملايين دينار جزائري هنا يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل مصالحة بعد الاطلاع على محاضر المخالفة المرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة، أما في حالة تفوق المخالفة ثلاثة ملايين دينار جزائري فترسل المحاضر مباشرة الى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى طبق نظام المصالحة في الجرح الماسة بقانون الصرف حيث أنها تضع حدا للمتابعة عندما يقوم المخالف بالتنفيذ الكامل للالتزامات المترتبة عليها، وذلك في الحالة التي تكون فيها المصالحة ممكنة⁽³⁾، وهي حالة كون قيمة محل الجريمة يساوي أو يقل عن 20 مليون دينار أو كان المخالف قد سبق له الاستفادة من مصالحة أو كان عائدا أو كانت جريمة الصرف مقترنة بجريمة تبييض الأموال أو المخدرات أو الفساد أو الجريمة المنظمة والعبارة للحدود الوطنية⁽⁴⁾.

ب) الغرامات الأخرى:

تقرر بموجب أحكام قانون الممارسات التجارية فرض غرامات مالية في الباب الرابع المعنون بالمخالفات والعقوبات، بحيث إعتبر المشرع أن مخالفة أحكام مبدأ الإعلام بالأسعار يعاقب عليه من خمسة آلاف دينار جزائري الى مائة ألف دينار، أما عدم الإعلام بشروط البيع يعاقبته غرامة من عشرة آلاف دينار الى مائة ألف دينار، كما أن كل فاتورة غير مطابقة يعاقب عليها بغرامة من عشرة آلاف دينار الى

(1) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 170.

(2) راجع المادة 60 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم .

(3) محمد حزيط، مرجع سابق، ص 175.

(4) راجع المادة 60 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم .

خمسين ألف دينار، و تكون العقوبة أعلى قيمة بالنسبة للمخالفات المتعلقة بالممارسات التدليسية فتقدر بغرامة من ثلاثمائة ألف دينار الى عشرة ملايين دينار⁽¹⁾.

ثانيا: عقوبات غير مالية

إضافة إلى فرض المشرع بعض العقوبات المالية على المخالفين لمصلحة الغير، إلا أنه قد يتخذ صور أخرى للعقوبة، تنوعت هذه العقوبات فإتخذت شكل الردع عن طريق المصادرة والغلق، وشكل الرقابة بتبني نظام المعاينة تتعرض لها فيما يلي:

1- عقوبة الغلق والتعليق

قد يلجئ لقرار غلق المؤسسة أو المحل التجاري، ويقصد بعقوبة غلق المؤسسة "منع الشركة أو أحد فروعها من ممارسة نشاطها في المكان الذي ارتكبت فيه أو بسببه الجريمة المتعلقة بهذا النشاط الذي كانت تمارس فيه قبل الحكم بالغلق"، والغاية من هذا الجزاء هو عدم السماح للتاجر المحكوم عليه من الإستعانة مرة أخرى بظروف العمل في المؤسسة أو المحل وإرتكاب جرائم جديدة، وذلك عن طريق إقفال هذه المؤسسة أو المحل⁽²⁾.

ففيما يتعلق بغلق المحل التجاري فيمكن أن يتخذ بموجب قرار من الوالي المختص بناء على إقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة، على أن لا تتجاوز المدة 60 يوما، ويتشدد العقوبة في حالة العود والتي يعنى بها قيام العون الإقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي إنقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط، فتتضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع المخالف من ممارسة أي نشاط لمدة لا تزيد عن عشرة سنوات وتضاف لها عقوبة الحبس من ثلاثة الى خمس سنوات⁽³⁾.

ولقد أشار المشرع الجزائري لهذه العقوبة في قانون العقوبات وهي تعد عقوبة تكميلية تخضع لها الشركة التجارية كشخص معنوي لارتكابها إحدى الجنايات والجنح كما أنها تعد عقوبة مؤقتة وحددت مدتها 5 سنوات على الأكثر، ولقد استبعد المشرع تطبيق هذه العقوبة في مادة المخالفات فيما استبعد

(1) راجع المواد 37-36-35-32-31 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم .

(2) مجّد حزيط، مرجع سابق، ص 356-355.

(3) قانون رقم: 10-06 المؤرخ في 15 غشت لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 48، المؤرخة في 18 أوت 2010 المعدل والمتمم لقانون الممارسات التجارية .

تطبيقها أيضا ضد الشركة التجارية بالنسبة لجرائم تبييض الأموال، أما الجرائم الواردة في القوانين الخاصة كجرائم الفساد تطبق عقوبة الغلق كعقوبة تكميلية⁽¹⁾..

وفي نفس السياق لكن في المجال الإلكتروني، يمكن للقاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني المقصر في التزاماته و المخالف في التشريع المعمول به، في مجال التجارة الإلكترونية لمدة تتراوح بين 01 شهر و 06 أشهر وذلك في حالة مخالفة الحظر المنصوص عليه في المادة 03 و 05 منه⁽²⁾، كما قد يجري تعليق الموقع الخاص بالمورد الإلكتروني الذي يقترح توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية من دون تسجيل مسبق في السجل التجاري، فيبقى تعليق هذا الموقع ساري المفعول إلى غاية تسوية وضعيته، وقد لا يلجئ إلى الغلق، وإنما إلى التعليق للنشاط التجاري، التعليق التحفظي لتسجيل أسماء النطاق للمورد الإلكتروني حيث يمكن أن يتم تعليق تسجيل أسماء النطاق للمورد الإلكتروني بشكل تحفظي عند ارتكابه مخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ولا يمكن أن تتجاوز مدة التعليق التحفظي لاسم النطاق 30 يوما، ويختلف نوع التعليق المنصوص عليه في المادة 42 من القانون 05/18 عن ذلك المنصوص عليه في المادة 43 منه، كذلك ألزمت المادة 25 من نفس القانون المورد الإلكتروني بحفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة بتواريخها وإرسالها الكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري وإذا أخل المورد الإلكتروني بالالتزام السالف الذكر يعاقب طبقا لنص المادة 41 من نفس القانون بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج⁽³⁾.

يتضح مما تقدم أن الجرائم التي يرتكبها المورد الإلكتروني في إطار العقد الاستهلاكي ما هي إلا "الجزء من الكل"، فهي تقع تحت مفهوم الجريمة الإلكترونية عامة أو الجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات⁽⁴⁾، كما عرفها قانون العقوبات الجزائري بالمادة 394 على أنه: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من مالية من 50.000 إلى 200.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للبيانات....".

حيث نظمها المشرع من خلال القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، وإذا ما كان سلوك الشركة يمثل خروجاً عن أصول

(1) المادة 18 مكرر قانون العقوبات.

(2) المادة 37-38 قانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية .

(3) راجع المواد 41-43 من نفس القانون المذكور أعلاه.

(4) حزام فتحيحة، مرجع سابق، ص 62.

العمل التجاري وانتهاكها لواجباتها فإنها تخضع لعقوبة المنع من ممارسة النشاط، والذي يقصد به منع الشركة المحكوم عليها من حقها في مزاوله أو ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي، وذلك خشية أن ترتكب عن طريقه أو بمناسبته جرائم أخرى⁽¹⁾.

فضلا عن أن قانون العقوبات الجزائري يقرر منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كان تحت اسم آخر ومع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين ويترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية⁽²⁾. كما اعترف المشرع بإمكانية توقيع تدابير أمن على الشخص الاعتباري، حيث نجد الكثير من الحالات التي تطبق فيها هذه الأخيرة على الأشخاص المعنوية بقانون العقوبات تدابير الأمن التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي والمتمثلة في المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن؛ وكذا تدابير الأمن العينية المتعلقة بمصادرة الأموال وإغلاق المؤسسة، علاوة على الأمر بإغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في القانون⁽³⁾.

أما تطبيقاتها في الجرائم الواردة في القوانين الخاصة فلقد جعل المشرع الجزائري المصادرة تنصب على محل الجنحة ومصادرة الوسائل المستعملة في الغش عقوبة تكميلية إلزامية وتوقع بصورة إجبارية إلى جانب عقوبة الغرامة، في جرائم الصرف التي تسأل عنها الشركة التجارية كشخص معنوية، طبقا لنص المادة 5 من القانون المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج⁽⁴⁾.

2- المصادرة والحل

(1) زادي صافية، مرجع سابق، ص 161.

(2) راجع المادة 17 قانون عقوبات جزائري.

(3) راجع المواد التالية 19 فقرة 3 و المادة 20 و 26.

(4) الأمر 96-22 المؤرخ في 9 يوليو 1996، المتعلقة بقانون بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر 43، 1996.

تعد المصادرة من العقوبات الفعالة بالنسبة للشركة التجارية إذ يخرج هذا المال المصادر من أصول الشركة مما يترتب عليه خسارة بالنسبة لها، ولا يوجد خلاف على أن المصادرة عقوبة تكميلية، وهذا ما أكدته المادتين 18 مكرر بالنسبة للجنح والجنايات و18 مكررا بالنسبة للمخالفات.

ويكون محل المصادرة في كل الأحوال الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو ما ينتج عنها فيما لم تشر المادتين السابقتين عن إدراج الأشياء التي كانت معدة لاستعمالها في ارتكاب الجريمة كمحل للمصادرة، كما حدد موضوع المصادرة بالنسبة لجريمة تبييض الأموال واعتبر بذلك عقوبة المصادرة عقوبة تكميلية ووجوبه وليست اختيارية⁽¹⁾.

أما العقوبة الأشد بالنسبة إلى الاعمال التجارية والشركة بصفة خاصة هي، الحل ويقصد به: "إنهاء وجود الشركة من الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية كلية وبالتالي يتم إزالتها من بين الشركات التجارية"⁽²⁾.

إضافة إلى نص القانون على تطبيق عقوبات تكميلية ولعل أهمها حل الشخص الاعتباري⁽³⁾. فهذه العقوبة ذات طبيعة جنائية تعد بمثابة عقوبة الإعدام التي توقع على الشخص الطبيعي، وهنا يمكننا القول أن المشرع قد أقر مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، ويعد الحل من أكثر الجزاءات الجنائية خطورة فهي تعد بمثابة إعدام بالنسبة للشخص المعنوي، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه العقوبة بالنسبة للشخص المعنوي واعتبرها عقوبة تكميلية لها في الجرائم ذات وصف جنائية أو جنحة واستبعدتها في المخالفات⁽⁴⁾.

3- الضبط والمعاقبة

انطلاقاً من تعقد النشاطات الاقتصادية وصعوبة إثباتها، واعتماداً على أن الجرائم الاقتصادية هي من الجرائم التقنية التي تتطلب بالضرورة أعوان مختصين لاكتشاف الجريمة وإثباتها، ولكون الإدارة المعنية بالشأن الاقتصادي لها من الخبرة الكبيرة في معرفة كفاءات سير الأجهزة الاقتصادية، وكذا معرفة أسرار

(1) المادة 389 مكرر 7 من قانون العقوبات.

(2) زادي صفية، مرجع سابق، ص 158.

(3) أنظر المادة 9 فقرة 6 قانون العقوبات الجزائري.

(4) حزام فتحيحة، مرجع سابق، ص 62.

وخفايا شؤون التصنيع والإنتاج وما يترتب على ذلك من معاملات، خصها المشرع بمهمة تنظيم النشاطات الاقتصادية، وأوكل لها أمر معاينة وضبط الجرائم الاقتصادية من خلال ما تتوفر عليه من أعوان مؤهلين ومتخصصين إلى جانب سلطات الضبط القضائي العام⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن معاينة الجرائم الاقتصادية ليس اختصاص حصري لهؤلاء الأعوان، خاصة وأن سلطات الضبط القضائي العام لها صلاحيات معينة في مجال الجرائم الاقتصادية، ولكن ما يستخلص هو أن الإدارة تتمتع بالأولوية في معاينة هذه الجرائم⁽²⁾.

إن وجود الأجهزة المختصة بمعاينة وضبط الجرائم الاقتصادية بما تتضمنه من تعدد وتنوع لأعوان المعاينة الخاصة بكل هيئة إدارية يشكل مظهرا من مظاهر خصوصية واستقلالية القانون الجنائي الاقتصادي في مجال التجريم والمتابعة مقارنة بالقواعد العامة في مجال التجريم⁽³⁾.

وفي ذات السياق منح المشرع مجلس المنافسة سلطة فرض غرامات مالية لا تفوق 7% مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة أو بغرامة مالية تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على أن لا تتجاوز هذه الغرامة 04 أضعاف وإذا كان العون الاقتصادي لا يملك رقم أعمال فالغرامة لا تتجاوز ثلاث ملايين دينار، وذلك في مواجهة الأعوان الاقتصاديين المرتكبين للممارسات المخالفة لقانون المنافسة⁽⁴⁾.

وانطلاقا من ذلك تعد المحاضر التي تحررها الضبطية القضائية وسيلة من وسائل الإثبات الجزائي البسيط، حيث تعد دليل كتابي شأنه شأن باقي وسائل الإثبات الجزائي الأخرى، حيث تخضع كقاعدة عامة لمبدأ الاقتناع القضائي، وعلى هذا الأساس تقدر المحكمة قيمتها في الإثبات فيجوز لها أن تأخذ بما ورد فيها كما يجوز لها أن تطرحها جانبا⁽⁵⁾، حسب ما نص عليه المشرع في قانون الإجراءات الجزائية السابق بيانه.

(1) زادي صافية، مرجع سابق، ص 159.

(2) عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، مرجع سابق، ص 166.

(3) القانون رقم 04/09 المؤرخ في 2009/08/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 2009/08/16.

(4) الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم، ج ر المؤرخة في 20 يوليو 2003، عدد 43.

(5) بوعزة هداية، المرجع السابق، ص 460.

ومن ناحية أخرى فتكرس هذه الهيئات ليس فقط الضبط والمعاينة وإنما الرقابة، وعليه استحدثت الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها بموجب القانون 04/09، حيث تتولى هذه الهيئة المهام الآتية:

- تنشيط وتنسيق عمليات الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته.
- مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجريها بشأن الجرائم ذات الصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال بما في ذلك تجميع المعلومات وإنجاز الخبرات القضائية.
- تبادل المعلومات مع نظيراتها في الخارج قصد جمع كل المعطيات المفيدة في التعرف على مرتكبي الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و تحديد مكان تواجدهم⁽¹⁾.

(1) راجع المادة 14 القانون رقم 04/09.

ملخص الباب الأول

يشكل كل من السرعة والائتمان أهم المعايير التي يستند اليهما الغير في الحماية في المعاملات التجارية، لأن كل منهما يوفر ضمانات تعزز المركز القانوني للغير فالسرعة ينبثق عنها مبدأ الحرية في الاثبات فيجوز التمسك بأحكامه نظرا لما توفرها هذه الاحكام من قواعد متميزة عن الشريعة العامة بالرغم من الاستثناءات الواردة عنه وكذلك الفراغات التي يسجلها خصوصا في نقص تفعيل الاثبات الالكتروني، كما أن الائتمان بدوره يقدم ضمانات غاية في العملية تتمثل في المعارضة القانونية فهي آلية يتمسك بها الغير في تعطيل التصرفات وتعطيل عملية دفع الاموال التي من شأنها الاضرار بمصالح الغير حسن النية، و نظرا لأهمية هذه الضمانات فإن الاثر المترتب على الاخلال بها يعرض التاجر للإفلاس فيكون في موضع المحجور عليه تغل يده عن التصرف في امواله ويستفيد الغير من التنفيذ الجماعي ومميزاته، غير أن الغير يمكنه اللجوء إلى الصلح واختيار نظام الرقابة والتوجيه عندما لا يخدمه نظام الافلاس، كما يمكن أن يعرضه إلى المسؤولية التضامنية هذا ان لم يتعرض للمسؤولية الجنائية للأعمال نتيجة المخالفات التي ارتكبها فتتسبب في تغريمه وقد تصل إلى أكثر من عقوبة الغرامات المالية إلى الغلق والتعليق والمنع من النشاط

Abstract of the 1st chapter:

Speed and credibility represent the main criteria on which the others rely on for protection in the commercial transactions because they provide guarantees that strengthen the legal center of the others. Speed includes the principle of freedom in evidence. Thus, it is possible to implement its provisions thanks to the distinct rules of the general legislation despite the exceptions and the gaps in activating the electronic evidence. As for credibility, it provides very practical guarantees such as the legal opposition which is a mechanism used by the others in suspending the behaviors and the process of money payment that may harm the other's interests with a good will. Due to the importance of these guarantees, their disrespect leads the trader to bankruptcy because he will be deprived of his funds while the others will take advantage of the collective execution and its advantages. Nevertheless, the other may resort to reconciliation and choose the guidance and monitoring system when the bankruptcy system does not serve him. In addition, he may subject the trader to the solidarity responsibility if not to the penal responsibility for the breaches made. Thus, he may be fined or face the suspension of the activity.

الباب الثاني

مبدأ حسن النية وحماية الغير في المعاملات
التجارية

الباب الثاني

مبدأ حسن النية وحماية الغير في المعاملات التجارية

إن مسألة أخلقة المعاملات التجارية كانت محل اهتمام التشريعات ومن ضمنهم المشرع الجزائري نظرا لما توفره من ضمانات في خلق بيئة تجارية مستقرة تحقق على ضوء ذلك استقرار في المراكز القانونية للغير المتعامل في اطارها، ومقتضيات معيار الأخلقة يفرض أن يكون هذا الغير حسن النية حتى يتمكن من الاستفادة من الضمانات التي يمنحها القانون للحماية، وحسن النية تم تكريسه في مختلف الانظمة القانونية في القانون التجاري عن طريق احترام شكليات معينة تختلف درجة الزاميتها حسب الاثر الذي ترتبه فقد تكون الشكلية عن طريق فرض الرسمية بالنسبة للعقود المؤسسة للشركات التجارية وللعمليات الواردة على المحل التجاري، والتي يترتب على تخلفها البطلان المطلق، كما قد تكون الشكلية في فرض بيانات معينة مثل ما تعلق بالأوراق التجارية ويترتب على تخلف هذه البيانات أو النماذج المعينة التي ترد على بعض الانظمة التجارية يترتب عليها القابلية للإبطال لفائدة الطرف الذي تضرر من تخلفها، وتشترك كافة الانظمة القانونية التجارية في الزامية الخضوع لمبدأ الاعلام عن طريق قيد العمليات التجارية واشهارها من أجل اعلام الغير بها تحقيقا لمبدأ الشفافية ويترتب على تخلف هذا المبدأ عدم الاحتجاج بالتصرفات تجاه الغير حسن النية.

ترتبا على ما تقدم إرتأينا أن تكون الدراسة في هذا الباب مقسمة إلى فصلين نخصص الأول إلى مظاهر أخلقة العمل التجاري كتكريس لمبدأ حسن النية لحماية للغير، ويكون الحديث في الفصل الثاني حول آثار تخلف معيار الأخلقة من خلال تخلف الشكلية وأثرها في حماية الغير حسن النية.

الفصل الأول

نحو أخلة العمل التجاري ضماناً لحماية الغير حسن النية

بالرغم من كون مبدأ حسن النية، مبدأ قديم تم تضمين أحكامه في القانون المدني، إلا أن نتيجة التطور المستمر الذي أصاب ويصيب الأحكام القانونية المنظمة للتجارة، فقد وجد هذا المبدأ تجسده بصفة تجاوزت الاحكام العامة في المعاملات التجارية، فتوجه المشرع نحو أخلة العمل التجاري، وقطع أشواط مهمة، عن طريق مختلف الاحكام التي أدخلها تعكس التعامل وفقاً لمبدأ الأخلة، ونجد هذا التطور في التزايد الرهيب للشكلية الحمائية، التي أصبحت الأصل بعد أن كانت الاستثناء في كثير من الأحكام التجارية، تقلدت الدور الحمائي عن طريق الكتابة بشقيها الرسمية والعرفية، وعن طريق الأشهر القانوني للتصرفات التجارية، تجسيدا لمبدأ مهم وهو مبدأ الالتزام بالاعلام لذلك سيكون عنوان المبحث الأول: دور الكتابة في أخله العمل التجاري، والمبحث الثاني الالتزام بالاعلام.

المبحث الأول

دور الكتابة في أخلة العمل التجاري

تتجه التشريعات الحديثة نحو أخلة المعاملات التجارية، من أجل استقرار المعاملات من جهة و نظراً لثبوت التطور والزيادة في المنتج ونشاط المؤسسات والاعمال التجارية من جهة ثانية، ما ينعكس على المركز القانوني للغير حسن النية، لذلك هنالك علاقة وطيدة بين الأخلة وحماية الغير، صورة هذا الترابط التعاون والتعامل بشفافية عن طريق الكتابة التي تمثل إحدى أوجه حسن النية، فحرياً بنا تسليط الضوء عليها في مطلبين نخصص الأول: تفعيل الأخلة في حماية الغير، والمطلب الثاني: نشير إلى القوة القانونية للرسمية في حماية الغير.

المطلب الأول

تفعيل الأخلة في حماية الغير

يتميز مبدأ حسن النية ببعض الخصوصية في المعاملات التجارية نتعرف عليها في الفرع الأول، ويكون لنا وقفة حول تطبيقات هذه الخصوصية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

خصوصية مبدأ حسن النية في المعاملات التجارية

تكمن هذه الخصوصية في توسيع وتجسيدها أكثر لمبدأ النزاهة والتعاون وكل ما يحمله مبدأ حسن النية من عناصر، تجسيدها يتفوق على القانون المدني (أولاً)، لكن قد يتصرف الغير وفقاً لسوء نية فتسقط عنه الحماية (ثانياً).

أولاً: توسيع نطاق حسن النية في المعاملات التجارية

إن حسن النية هو مبدأ أدب وأخلاق قوامه علم المتعاقد بالقانون والاجتماع، فالغاية منه التخفيف من قساوة القواعد القانونية من خلال التطبيقات المالية المناسبة للمبادئ الأخلاقية، فمفهوم حسن النية تهدي إلى ربط المبادئ القانونية بمبادئ العدالة الأساسية، وبرغم من أهمية هذا المبدأ وتأثيره في القانون لم تعرفه القوانين الوضعية بشكل واضح ودقيق لصعوبة حصره وتحده في بعض العبارات⁽¹⁾، فهو مفهوم لصيق بالإنصاف، وروح العمل القانوني وقوامه وهو الإرادة الخلاقية التي تهدي إلى ربط المبادئ القانونية بالأفكار الجوهرية للعدالة، فهو مثل الأمانة والأخلاق والاستقامة والصدق والعدالة والحرص على الإلتزام بحدود القانون في التصرفات القانونية وبالذات العقد⁽²⁾.

وعليه، يظهر مبدأ حسن النية في مظهرين، الأول في نزاهة التعاقد و الثاني في تعاون و تضامن كل متعاقد مع الطرف الآخر، و هو الأمر الذي جعل من الصعب وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية، وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض فرغم العديد من المحاولات للتعريف لحسن النية، إلا أنه لا يمكن تعريفه بصورة دقيقة، ورغم ذلك فهناك من عرفه على أنه: "سلوك يترجم إرادة الشخص في الامتثال للقانون من أجل تجنب الجزاء"، والملاحظ أن هذا المبدأ يتميز بالطابع المزدوج، فهناك من يركز على الجانب الشخصي للتعريف به، وجانب آخر يركز على الجانب الموضوعي⁽³⁾.

وحتى يكون الغير حسن النية يجب أن يقصد الإلتزام بحدود القانون وقصد الإلتزام يختلف عن الإلتزام ذاته، فالنية تمثل قصد الشخص احترام القانون ومع ذلك تحصل منه المخالفة أما لعدم أدراكه

⁽¹⁾ Francois. Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises, Dalloz, France, 2003, P 253.

⁽²⁾ اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون التجاري، مجلة الحقوق، المجلد 22، العدد 01، الصادرة عن جامعة النهرين، العراق، سنة 2022، ص129،

⁽³⁾ إقلولي، أولد رابح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة أبحاث، المجلد 14، العدد 01، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/10/26، ص 131.

لكل حقائق الموضوع، وأما لجهله القانون فقصده الإلتزام بشيء مستقل عن التحقق الفعل لهذا الإلتزام ومن الواضح أنه لا يوجد فارق جوهري بين الوجهتين، أي بين من يعتبر أن حسن النية غلط شائع، وبين من يعتبرها قصد الإلتزام بحدود القانون، فحسن النية في نظرية الوضع الظاهر تقوم على المزج بين جهل الغير بصفة الشخص الذي تعامل معه وبين قصد هذا الغير الإلتزام بحدود القانون فيكون مسعى الغير حسن النية عندما يبرم تصرفات يرمي من خلالها الحصول على حق وفق حكم القانون⁽¹⁾.

إلا أن تبني القول بأن حسن النية في ما يخص التصرفات القانونية، يمكن اعتباره الجهل المبرر بواقعة معينة، ففي هذه الحالة يعتمد المشرع على حسن النية لحماية الغير في بعض العقود، كالجهد بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال، مثال على ذلك المشتري الذي اكتسب حقا عينيا على الشيء المبيع، وهو يجهل أنه يشتريها من غيري ذي صفة فهو اعتقاد مغلوط، وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثر قانونيا، يحمي القانون الحائز حسن النية المقترن باعتقاد خاطئ، أنه مالك للشيء، وهو ما نصت عليه المادة 824 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "فرض حسن النية لمن يحوز حقا و هو يجهل أنه يعتدي على حق الغير...".

كما يعتبر مبدأ حسن النية واجب عام يقع على المتعاقدين ويفرض عليهم التزامات وسلوك معين في المرحلة السابقة على التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد، فكل هذا يؤكد لنا أن هناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بحسن نية⁽²⁾.

لهذا كان لابد من التحلي بالأخلاق والنزاهة في المعاملات، فالارتباط الايجابي بين الإلتزام الأخلاقي والمردود الاقتصادي والمالي الذي تحققه المؤسسة وإن لم يكن على المدى القصير فحتمًا سيكون في صالح المؤسسة في المدى البعيد، فقد يكلف تجاهل السلوك الأخلاقي وعدم الإلتزام بالمعايير الأخلاقية المؤسسة أعباء إضافية كمواجهة دعوة قضائية أو حتى جريمة في بعض الأحيان إذا تمادت المؤسسة في تركيزها على الأرباح بغض النظر عن الوسائل المؤدية لها مما يؤثر سلبا على سمعتها في الأسواق ولدى مختلف فئات أصحاب المصالح المهيمن⁽³⁾.

(1) إسرائ عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 129.

(2) إقلولي، أولدرابح صافية، مرجع سابق، ص 135.

(3) جوال محمد السعيد، قريمطي وردة، قهيري فاطمة، دور أخلاقيات الأعمال والمسؤوليات الإجتماعية في الشركات العائلية - شركة أن سي أ - روية - نموذجًا، مجلة مينا للدراسات الاقتصادية، المجلد 02، العدد 03، الصادرة عن جامعة غليزان، الجزائر، 2019/01/30، ص 189.

إذا فالسلوك الأخلاقي لصيق بالنشاط السليم، وإذا ما أردنا المقصود بالأخلاق، نجدتها تشكل القيم الفاضلة في المجتمع التي تقرها الكثرة الخيرة من أبناء المجتمع، التي تهدف إلى تجريد الإنسان من أنانيته واستغلاله والتخلي بالصدق وحسن النية، حيث وجب على كل فرد من المجتمع أن يحترمها وأن يعمل بها وإلا تعرض لسخط المجتمع، وهي تشترك في تحقيق العدل والمساواة⁽¹⁾.

هذا التطور القانوني في الأخذ بمبادئ أخلاقية، وتضمينها وفقا لقواعد أمرة بمثابة ضبط للتصرفات التي من شأنها الإضرار بمصالح الغير حينما يثبت تصرفه وفقا لقواعد الاخلاق، وكانت هذه النقلة النوعية لها مجال واسع في المعاملات التجارية أكثر منها في المعاملات المدنية، فقد كان المشرع مترددا في الإشارة لهذا المبدأ بصفة واسعة، إلا في أحكام معينة، وما يلاحظ بهذا الخصوص، أن المشرع الفرنسي كان أكثر جرأة في التعديل سنة 2016 للقانون المدني الفرنسي، حيث وسع من مبدأ حسن النية ليشمل كل مراحل التعاقد بداية من مرحلة التفاوض، ولم يعد هذا المبدأ يثار مرحلة تنفيذ العقد فقط كما كان ينص عليه من قبل، في آخر المادة الشهيرة القديمة المادة 1134 حينما كان يقول: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاء متبادل أو لأسباب يميزها القانون، ويجب أن تنفذ بحسن النية".

مع الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري تبنى هذه الفلسفة من المشرع الفرنسي، وهو ما جعله يتعرض لمبدأ حسن النية بمناسبة حديثه عن تنفيذ العقد في الفقرة الأولى من المادة 107 ق م ج، رغم أن أهمية هذا المبدأ وعدالته تحتم مجازاة المشرع الفرنسي، في تعديله الجديد وجعله من العمومية التي يجب احترامه من خلالها طيلة أطوار التعاقد⁽²⁾.

لكن يبدو أن المشرع وسع من هذا المبدأ في الأحكام المتعلقة بالقانون التجاري، حيث يتمسك الغير من خلاله بهذا المبدأ كضمانة مهمة في حمايته، وفقا لمظاهر متعددة وواضحة المعالم، وفي كامل مراحل التعاقد، فيجد سنده القانوني في كل الاحكام المتعلقة بالمحل التجاري، والشركات التجارية وكذا فيما يتعلق بالأوراق التجارية.

(1) إقلولي، أولد رايح صافية، مرجع سابق، ص 135.

(2) بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد الحادي 03، الصادرة عن جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2018/09/01، ص 426.

وتزداد الحاجة لتوسعة هذا المبدأ في إطار الممارسات التجارية التي تستهدف المستهلك بدرجة أولى والمتعاملين الاقتصاديين بدرجة أخرى، فالمشرع هنا كان أكثر وضوح في بسط أحكام مبدأ حسن النية عن طريق مبدأي النزاهة والشفافية وجعلهما أهم ركيزتي الممارسة التجارية⁽¹⁾.

وبعيدا على الأوجه التي وضعها الفقه لحسن النية، سواء حسن النية بوجهه السلبي أو الايجابي، نجد حسن النية في المعاملات التجارية من خلال استقراء النصوص القانونية، في نضرنا لا يستهدف تحديد هذه الأوجه، وإنما يجمعهما في مواجهة صاحب الصفة التجارية وهو التاجر عند معاملاته مع الغير حسن النية، فيفترض فيه التعامل عند المرحلة السابقة للعقد واثناء تنفيذه وفقا لمقتضيات التعاون والشفافية والنزاهة، ومن جهة أخرى عندما يكون الغير الذي تعامل معه يفترض وفقا لمعيار الرجل العادي أنه تعامل مع صاحب صفة، وكان افتراضه نتيجة غلط أو جهل، هنا يستفيد من الحماية، بغض النظر عن التاجر حتى ولو كان تعامل وفقا لمبدأ حسن النية، وهذه في نضرنا هي وجهين لعملة واحدة تختلف فقط في زاوية النظر، سواء كان النضر من جهة التاجر أو الغير، قبل أو بعد التعاقد.

ومثال ذلك في المادة 578 ق ت التي تفرض التضامن على المديرين، وفق ما تم تناوله في الباب الأول في الجزء المتعلق بالمسؤولية التضامنية، حيث أقرت أن يكون المديرين مسؤولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن، حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير، هنا المشرع وفقا لمقتضيات تنفيذ الالتزامات بالنضر إلى الشركة ممثلة في الجهاز الاداري، يفترض أن تتعامل بحسن نية مع الغير، ومن جهة الغير تعامل معها وفقا لما تبين له دون علمه أو بسبب غلظه أو جهله فتضررت مصالحه جراء خطأهم، يفترض حسن نية وتقرر لصالحه التضامن⁽²⁾، فيجمع هنا وجهي مبدأ حسن النية وتكون في نضرنا هنا في كلتا الحالتين ضمانا للغير في حمايته، فيستفيد من المبدأ في كلتا الحالات.

وأصبحنا نلمس حاليا تجسيد لهذا المبدأ في المعاملات التجارية عن طريق قواعد تتفرع عنه كالنزاهة والشفافية، هذه الأخيرة التي تكون في المعرفة الكاملة بكل الظروف في السوق مما يترتب عليه مقدرة كل شخص سواء كان مشتري أو بائع على معرفة الأثمان التي تعرض بها السلع للبيع أو تطلب عندها للشراء في تلك الأسواق، لذا يقترب المعنى القانوني من المعنى الاقتصادي لمصطلح الشفافية، فالشفافية الاقتصادية تعني توفير مجموعة من المعلومات الأساسية في كل وقت للزبون بخصوص الأسعار، كمية

(1) حيث تنص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية على أن القانون يهدف الى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه.

(2) راجع المادة 578 ق ت.

ونوعية السلع والخدمات، بحيث يكون قرار الزبون نتيجة مباشرة لاطلاعه عليها، وغياها يحدث اختلال التوازن في السوق⁽¹⁾.

ويمثل المبدأ من بين أهم المبادئ المطبقة على الممارسات التجارية في التعامل الذي يقوم به العون الاقتصادي سواء مع المستهلك أو مع عون آخر.

وفيما يخص معيار النزاهة اصدر فريق عمل مستقل بقيادة جون كراو (وهو محافظ سابق لبنك فرنسا) بتكليف من الاتحاد الدولي للمحاسبين تقريراً عنوانه: "استعادة الثقة في الإبلاغ المالي: منظور دولي" تضمن توصيات لتعزيز الرقابة على الشركات وتحسين فاعلية الإجراءات المحاسبية والتدقيق⁽²⁾.

فيمكن القول أنها تشمل مجال العقود حيث يعتبر أن النزاهة العقدية هي المكمل الضروري للعدالة العقدية ويؤكد Pothier أن التنفيذ بحسن نية يعني تنفيذاً على نحو مفيد ويضيف بعض الفقه إلى أن الإلتزام بالأمانة يقتضي أن يكون المتعاقد نزيهاً وهذا الإلتزام معتمد عليه لإثراء العقد وهو الإلتزامات التي تدخل في نظرية توابع العقد La contrat du suites des théorie والتي تستند في أساسها على حسن النية.

إن واجب النزاهة يرسم حدود التصرف بين المتعاقدين، و لقد بدأت قرارات القضاء الفرنسي تهجر الأفكار العقدية الكلاسيكية ذات النظرة الفردية ولأنانية للعلاقات العقدية شيئاً فشيئاً، لتفرض على المتعاقدين تبني سلوك شرعي ونزيه، إن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية والتي نستخلص منها أنه استوجب الإلتزام بالنزاهة في علاقة العون الاقتصادي مع منافسيه ومع المستهلك معتبراً إياه أساس العلاقات العقدية⁽³⁾.

فيلزم التاجر بعدم الإستغلال الضعف التعاقدى للغير المستهلك وهذا ما يظهر في جملة من المحضورات أهمها حضر الممارسات التعاقدية التعسفية، لذلك كان مبدأ النزاهة له أهمية خاصة في ضبط السوق وحماية الغير المستهلك⁽⁴⁾. غير أن هذا المبدأ يمثل آلية لحماية الغير بوجه عام ولا يقتصر على الغير

(1) بن شيخ راضية، نساخ فظيمة، الشفافية وعلاقتها بنزاهة الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، الصادرة عن جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/12/17، ص ص 411-413.

(2) سعيداني محمد السعيد، لعبيدي مهاوات، أحمد بكاي، مجلة المالية وحوكمة الشركات، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 117.

(3) بن شيخ راضية، نساخ فظيمة، مرجع سابق، ص 414.

(4) محمد عماد الدين عياض، مرجع سابق، ص 20.

في صفة المستهلك، فالعون الاقتصادي الذي يقوم بالاعمال المنافية لمبدأ النزاهة تجاه الغير سواء كان عون اقتصادي آخر أو كان مستهلك، فيفترض أن يحميه القانون من هذه التجاوزات.

ومن ناحية أخرى قد يواجه هذا المبدأ، إشكالية تبرز في تبادل المعلومات التي يتم إيصالها من خلال الإعلانات حول سلامة المنتجات وظروف العمل والتلوث وغيرها، فالمعلومات الكاذبة والمضللة يمكن أن تحطم ثقة الزبون ورضاه على منتجات المؤسسة ويعتبر الكذب من أخطر مشاكل الأخلاقيات خطورة الادعاءات المبالغ فيها⁽¹⁾.

وتمثل الى جانب مبدأ الشفافية حافز لبدء المعاملات وإتساعها وتجسيدها لذلك يجب أن يمتلك كل متعامل في إطار المعاملات التجارية المعلومات المتعلقة بالتاجر ليطمئن على مهاراته وصفاته وضمائنه المالية⁽²⁾،

ثانيا: سقوط الحق في الحماية بسبب سوء نية الغير

إن وظيفة القانون هي تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، لذلك قرر المشرع اسقاط حق الغير في الحماية وفقا للتأسيسات التالية:

1- سوء النية المؤسس على العلم

يمثل "العلم" أحد مكونات القصد الجنائي، فالعلم بعناصر السلوك وصلاحيته لإحداث النتيجة من ناحية، وإرادة ترتيب هذه النتيجة من ناحية أخرى، لقيام القصد الجرمي من توافر عنصرين هما: العلم والإرادة، ويلاحظ أننا لم نقل بإرادة السلوك باعتبار أن هذا أمر مفترض، إذ لو لم يكن السلوك إراديا، لانتفت الجريمة أصلا من الناحية القانونية⁽³⁾.

وبالرغم من تراجع هذا التوجه في حديثنا، كونه يستند إلى معيار شخصي، وتوسع المعيار الموضوعي لذي لا ينضر إلى مدى سوء النية أو الحسن نية، بقدر ما ينضر إلى الخطر المتوقع الحدوث، وفي حقيقة الأمر هذا التوجه موجود وبقوة، وله تطبيقاته في القانون التجاري⁽⁴⁾.

(1) جوال محمد السعيد، قريظي وردة، قهيري فاطمة، المرجع السابق، ص 190.

(2) Bergada, Michelle; Graber, Stephane. La confiance dans La Relation, tripartite vendeur- client-entreprise, 1999, p:25-26-27.

(3) فايز على الأسود، القصد الجنائي في القانون والشريعة الاسلامية- فقه الإمام الشافعي كنموذج، المؤتمر العلمي الدولي الرابع، مؤتمر الإمام الشافعي،

جامعة الاقصى بغزة، فلسطين، أيام 06-08 ماي 2012، ص1220

(4) Bergada, Michelle; Graber, Stephane, OP, CIT p :25-26-27.

وبرغم ذلك تبقى مسألة العلم مهمة في تحديد المخالفة، مما يثير التساؤل حول الدور الذي يلعبه عنصر العلم في اسقاط حق الغير في الحماية؟

إنّ مسألة القصد هي المسألة التي استرعت اهتمام المشرع والتي تمثل الأساس القانوني والمعياري الذي بموجبه يمكن أن يسقط حق الغير في الحماية، والمصادقة على هذا القول كان بتفحص مختلف الأحكام القانونية في القانون التجاري، ويلاحظ توسع هذا العنصر في الأحكام المنظمة للشركات التجارية، خصوصا في المسائل المتعلقة بصلاحيات الإدارة،

فهناك اتفاقات يبرمها القائمون بالإدارة، قد تضر بمصلحة الغير لذلك عندما يثبت تجاوزات من طرف المكلفون بالتسيير، وعليه تقرر للغير المحافظة على المركز القانوني الذي اكتسبه في ظل هذه الاتفاقات بشرط أن لا يكون الغير علم بهذا التجاوز، وقد يتداخل سوء النية بعنصره العلم مع فكرة الغلط، ما يستدعي منا التمييز بين الجهل التصرف عن حسن نية وبين الغلط، فقد يجهل الغير التجاوز استنادا إلى غلظه، خصوصا وان المشرع نص على أن الغير أما أنه علم أو أنه كان لا بد له أن يعلم استنادا إلى ظروف والملابسات المحيطة⁽¹⁾. وبطبيعة الحال فإنه ومع التقدم التكنولوجي وسرعة انتشار المعلومة فإن مسألة جهله تكون مستبعدة، وعليه تبقى فرضيتين لنفي قرينة سوء نيته، وتتمثل في الأولى وقوعه في غلط والفرضية الثانية: أنه وقع ضحية تحايل وتدليس، حالتين يمكن أن يستند اليهما الغير في تبرئته من ثبوت سوء النية وتعتمده التعسف في استعمال حقه برغم علمه بالوقائع المنشورة.

ومنه يكون الغلط المبرر الذي يمكن أن يستند اليه الغير في اثبات حسن نيته، والذي يعرف بأنه: "حالة تقوم في بالنفس تحمّل على توهّم غير الواقع، وغير الواقع ما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها" والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط، والتي يمثل الغلط الجوهري أهمها، ويكون الغلط جوهريا بصور مختلفة أما أن يقع في صفة جوهرية في الشيء، أو الغلط في القيمة، أو في الباعث⁽²⁾.

وترتبيا على ذلك، قد يقع الغير في غلط جوهري صورته الغلط في صفة الممثل القانوني للشركة التجارية على سبيل المثال أو في قيمة المحل التجاري، عند تقويمه أو التصرف فيه، فتتحقق وقوع الغير في غلط، وبما أن الحقوق التي أقرها المشرع بغرض حماية الغير لا يمكنها أن تتعارض مع مبدأ تنفيذ العقد

(1) فايز على الأسود، مرجع سابق، ص 1220.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، -الاثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،

بحسن نية، حيث إعتبر المشرع حسن النية شرط أساسي لتمتع الغير بتلك الحماية الشكلية والموضوعية، وهذا ما ظهر من خلال النصوص القانونية، وعليه كان لا بد من الموازنة بين المصالح المتناقضة فلا يستفيد من تلك الحماية الاستثنائية ذلك الغير سيء النية.

ولا يعتبر الشخص سيء النية إذا ثبت أنه لم يعلم فعلا، لأن الأصل في الغير حسن النية وعلى الشركة أن تثبت عكس ذلك ومنه فإن عبء الإثبات يكون على الشركة وهذه المسألة بحد ذاتها ضمانا مضاعفة، حيث يستطيع الغير التمسك بعدم العلم حتى في حالة النشر حماية له، ومنه فإن الغير يمكن أن ينفي عنه سوء النية خصوصا وأن مسألة سقوط الحق بقرينة العلم، نقلت عبء إثبات العلم على التاجر وليس للغير، وهذا ما يصعب المسألة في الإثبات خصوصا أن المشرع فيما يخص الشركات المساهمة، صعب من أدوات الإثبات، ونفى ان يكون نشر القانون الاساسي كافيا لإثبات العلم⁽¹⁾.

وعليه فإن مدى سوء وحسن نية الغير أمر صعب تقديره ويعتمد على ضرورة الإلتزام بالحدود التي يرسمها القانون، حيث يقتضي تنفيذ الإلتزام بحسن نية كما هو وارد في القانون المدني تحديدا م 107.

حيث تلتزم الشركة، في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة ولكنها تسقط هذا الإلتزام بثبوت علم الغير بأن العمل تجاوز هذا الموضوع، أو كان لا يستطيع أن يجمله مراعاة للظروف، ليتأكد حماية الغير فيما يخص تجاوز جهاز الادارة في منحهم الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات لمبلغ إجمالي يتجاوز الحد المعين للمدة الجارية، فإن التجاوز لا يحتج به على الغير الذي لا علم له،⁽²⁾

لذلك من المهم البحث في سلوك المتعاقد، وهذا ما جعل الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية يهتم بالتمييز بين المتعاقد حسن النية و سيء النية بالنظر إلى سلوكه⁽³⁾.

فقد وضع المشرع للقاضي وسائل قانونية للكشف عن حسن نية المتعاقدين خاصة في حالة وجود الإرادة الباطنة⁽⁴⁾، فيبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين بوسائل طبقا للعرف التجاري والمعاملات القائمة فيه، وعند تعذر ذلك فإن الأصل براءة الذمة، ويقوم حينها القاضي بتفسير الشك لمصلحة المدين⁽⁵⁾.

(1) راجع المادة 624 وما يليها.

(2) راجع: المادة 623 و المادة 624 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) إقلولي، أولدرابح صافية، مرجع سابق، ص 132.

(4) Cass. Com n° 06-14-768 10 Juillet 2007، Bull civ، N n° 188، le Lamy des sociétés commerciales، op، cit، P 127

(5) أنظر المواد 111-112 ق ت ج .

وفي واقع الأمر قد يواجه القاضي في إثباته مبدأ حسن النية بعض الإشكالات، منها ما هو متعلق بتضارب المصالح، وهذا بسبب تعدد وجهات النظر لمختلف فئات المجتمع لتوجهاتها ومصالحها، مما يؤدي إلى تعارضها في أحيان كثيرة، ويحصل تضارب المصلحة عندما يكون الفرد في موقف معين يتوجب عليه الاختيار بين تقديم مصلحته الشخصية على مصلحة المؤسسة التي يعمل فيها والعكس⁽¹⁾.

وعليه فخصوصية العلم بالوقائع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يسعى للموازنة بين الطبيعة الاقتصادية لنشاط التجاري وعدم إفلات مرتكبيها من العقاب من جهة وبين الحرص على عدم الإدانة للتاجر من جهة أخرى.

وبالتالي فالمشرع مارس الرقابة على أعمال المسيرين بالرغم من الصلاحيات والسلطات الواسعة التي يتمتعون بها للتصرف باسم الشركة في كل الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعية المساهمين وكذا السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة، وعليه يتحملون المسؤولية الكاملة إلا إذا ثبت أن الغير يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف⁽²⁾.

هنا لا يمكنه التمسك بالحماية في مواجهة الشركة، وقد تكون التجاوزات في الاتفاقات التي يبرمها القائمون بالإدارة، ويمكن أن يثار الحديث في هذا الموضوع بالنسبة للاتفاقات المحضرة التي وردت في المادة 628 من القانون التجاري في فقرتها الثالثة (شركة مساهمة نظام قديم) والمادة 671 من نفس القانون (شركة المساهمة نظام حديث) لتمنع تحت طائلة البطلان على المسيرين إبرام الاتفاقات التي أوردتها في متنها والتي تجعل من الشركة مدينا أو ضامنا⁽³⁾.

أو الاتفاقات ذات التصريح المسبق حيث نص المشرع صراحة على وجوب مبادرة الأشخاص الذين يكونون في حالة من الحالات المذكورة في نص المادة 628 الفقرة الأولى من القانون التجاري بإعلام مجلس الإدارة وإلا عدوا مسؤولين عن ذلك، ولا بد أن يكون الإذن الصادر عن مجلس الإدارة سابقا وخصوصا بكل إتفاقية على حدى⁽⁴⁾.

خصوصا إذا احتج القائم بالإدارة بأحقيقته القانونية طبقا لقانون التنظيمات الاقتصادية في الرقابة واتخاذ القرار نتيجة لمساهمته، فقانون التنظيمات الاقتصادية الذي أتى به المشرع الفرنسي قد عزز حماية

(1) جوال محمد السعيد، قريمطي وردة، فهري فاطمة، مرجع سابق، ص 190.

(2) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 458.

(3) راجع المواد 671-628 ق ت ج.

(4) راجع المواد 671-628 ق ت ج.

أصحاب المصالح ووضع حد للاتفاقيات التي تمس بمصلحة الشركة والمخلة بأحكام المنافسة، ويكون بذلك المشرع الجزائري بعدم نصه على ذلك قد جانب الصواب⁽¹⁾.

ولم يحدد كلا من المشرعين الجزائري والفرنسي مضمون الاتفاقيات الخاضعة للتنظيم، فيكفي لتحقيق ذلك أن تكون خارجة عن نطاق الاتفاقيات المحظورة والاتفاقيات العادية، مع وجوب أن ترم مع أحد الأشخاص السابق ذكرهم، أو مع مؤسسة يكون فيها تلك الأشخاص مساهمين أو مسيرين أو مديري المؤسسة، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 28 الفقرتين 1 و2 من القانون التجاري الجزائري⁽²⁾.

ويبدو ان مسألة العلم لا تثار في الباب المتعلق بالأوراق التجارية، التي تخضع لمبدأ الإلتزام الصرفي الذي - وكما هو معلوم - هو الإلتزام الثابت بالورقة التجارية في ذمة الموقع عليها، وهذا الإلتزام مستقل عن الإلتزام الاصيلي، مثل دين الثمن في عقد البيع، بحيث لا تتأثر صحة الإلتزام الصرفي بأية عيوب تعترى الإلتزام الاصيلي، لذلك تقل أهمية السبب في الإلتزام الصرفي، وبقدر ما يستغني الإلتزام الصرفي عن السبب فإنه يعد التزاما مجردا، على تباين في مدى انفصال الإلتزام الصرفي عن السبب، فقد يكون الإلتزام مجردا، بمعنى استغنائه عن السبب تماما، لأن الإلتزام يقوم على شكل التصرف الذي يفرضه القانون⁽³⁾ وعليه فلا يمكن للمسحوب عليه والساحب والمظهرين، الاحتجاج في مواجهة الحامل ببطلان التصرف الذي كان سببا في مقابل الوفاء تطبيقا لمبدأ تطهير الدفع.

2- سوء النية المؤسس على التعسف في استعمال الحق

تعددت التعريفات الفقهية لفكرة التعسف في استعمال الحق وأجمع الغالبية على أنه: "استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير"، بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة، ولقد اختلفت معايير التعسف في استعمال الحق، والمعيار الراجح هو المعيار الاقتصادي مضمونه، أن يكون الغير متعسفا في استعمال حقه في الحماية، إذا لم

(1) حورية سويقي، حورية سويقي، نظام الاتفاقيات في شركة المساهمة (دراسة مقارنة) System of Agreements in the Joint Stock Company (Comparative Study)، مجلة القانون الدولي والتنمية، العدد 01، المجلد 09، كلية الحقوق جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت - الجزائر، 2021، ص 35.

(2) فوزي مجّد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، ط7، دار النشر والتوزيع، عمان = الأردن، ص 455=454.

(3) محمد حسني بشايرة، الإلتزام الصرفي المجرد في علاقة حامل الورقة التجارية بمدينه المباشر "نظرة جديدة في القانون الاردني مقارنا بالقانون الانجليزي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 34، الكويت، جوان 2021، ص 352.

يهدف لتحقيق أي مصلحة، أو هدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو كانت المصلحة التي هدف إلى تحقيقها مشروعة ولكنها لا تتناسب والأضرار التي يمكن أن تلحق بالتاجر المدين⁽¹⁾.

ولقد أقرت المشرع الجزائري بقاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر 1 ق م، حيث اكتفى بتعداد صورته دون الإشارة لتعريفه، وبالرغم من تعدد الصور التي أوردها القانون، إلا أن الصورة المناسبة كأساس لإسقاط حق الغير في الحماية، هي الصورة الثانية من المادة المذكورة أعلاه، والتي وردت كما يلي: "إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير".

وما يميز هذا المعيار هو كونه معيار مادي (موضوعي)، لا يستند إلى صاحب الحق، بل إلى عدم وجود تناسب بين المصلحة التي يحققها من وراء استعماله لحقه وبين الضرر الذي يصيب الغير من ذلك، وهذه المسألة يقدرها القاضي حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدى⁽²⁾.

ويجد هذا المعيار تطبيقاته في القانون التجاري، فالمشرع يحمي الشركة التجارية عن طريق الحفاظ على مصالحها وتفادي أي تصرف يمكن أن يؤدي للإضرار بها، فإذا ما كانت أخطاء التسيير التي ارتكبتها مثلا القائمون بالإدارة، سببت ضررا للغير حسن النية، ولكن استعمال الغير حقه في ابطال الصفقة، بعد تخصيص الشركة لها ميزانية مالية، وبعد الدخول مثلا في تنفيذ المشروع، هنا الضرر المحقق للشركة المتمثل في الخسارة المالية التي يمكن أن تتكبدها وما ينجر عنها من تبعات قد تؤدي إلى إفلاسها، يجعل هذا الضرر لا يتناسب مع ضرر الغير مما يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

ومن مساعي المشرع في الحفاظ على مصالح الشركة التجارية، ما ورد في المادة 629 ق ت تؤكد أن الاتفاقات التي يبرمها القائمون بالإدارة والتي كانت لها عواقب ضارة على مصلحة الشركة، فإن هذه العواقب الضارة بالشركة من جراء الاتفاقيات غير الموافق عليها، يمكن أن تلقى على عاتق القائم بالإدارة أو المدير العام المعني، وعند الاقتضاء على عاتق الأعضاء الآخرين في مجلس الإدارة، ولا تتحملها الشركة في مواجهة الغير حسن النية، كما قرر القانون في المادة 630 ق ت، جواز إلغائها في مواجهة الغير إذا كانت مصلحة الشركة مهددة، فيبدو توجه نية المشرع في تقديم مصلحة الشركة على مصلحة الغير برغم

(1) مجاجي سعاد، التعسف في استعمال الحق الإجمالي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن جامعة محمد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 2018/03/02، ص 187.

(2) شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 010/05، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 03، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/09/15، ص 218.

من حسن نيته وحقه المشروع في الحماية، لكن تحقيقاً لمبدأ توازن المصالح فيتوجب حماية المصلحة الأولى بالرعاية، والواقع أن التفاوت الجسيم بين الخطأ والضرر، قرينة على قصد الاضرار بالشركة⁽¹⁾.
ويجد هذا المعيار تطبيقه أيضاً في الأحكام المتعلقة بالمحل التجاري، فلا يمكن للغير من الدائنين أثناء معارضاتهم أن يتمسكوا بعدم توزيع مبلغ البيع في مواجهة بائع المحل التجاري، إذا ثبت عدم جدوى المعارضات، حيث تنص المادة 94: "إذا لم يكن للمعارضة سند ولا سبب أو كانت باطلة شكلاً ولم ترفع دعوى أصلية فإنه يجوز للبائع رفع دعوى مستعجلة لدى رئيس المحكمة للحصول على إذن بقبض ثمن البيع بالرغم من المعارضة"، أما فيما يتعلق بإبطال قيد امتياز البائع أو الدائن المرتهن، فقد اشترطت أن يكون الإبطال بطلب من له مصلحة وتضرر من جراء تخلف احد البيانات المذكورة في المادة 98 ق ت، كما أنها تركت مسألة تحري الضرر للمحكمة المختصة، حيث أسندت لها مهمة قياس درجة تناسب الضرر وأهميته ونوعه وحصر مفعوله مع إمكانية الإبطال للقيد والضرر الذي قد ينشأ جراء ذلك، وقد يكون أكبر، وفي سياق آخر لا يجدر بالغير أن يرفض طلب المشتري بتطهير المحل التجاري من الديون، ويتمسكوا بحقهم في الإبطال⁽²⁾.

أما بالنظر إلى الأحكام المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية، فلا يجوز للغير أن يتمسك بإفلاس التاجر وقد تقتضي المحكمة هنا، برفض طلب شهر إفلاس التاجر وهنا يحق له أو لمثله القانوني إن كان شخص معنوي، أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحق بسمعته أو سمعة الشركة، إذا أثبتت أن الدائن قد تصرف بسوء نية وتعتمد الإساءة إلى السمعة التجارية.

ومن ناحية أخرى يجب أن لا يتمسك الغير بالتصرفات الصادرة من المدين قبل تاريخ التوقف عن الدفع بستة أشهر، وهذه التصرفات أوردتها المادة كما يلي:

- 1- كافة التصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض،
- 2- كل عقد معاوضة يجاوز فيه التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر،
- 3- كل وفاء مهما كانت كفيته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن بالتوقف عن الدفع،
- 4- كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية،

(1) شيباني نضيرة، مرجع سابق، ص 49.

(2) راجع: م 630- 629 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

5- كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي وكل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين الديون سبق التعاقد عليها⁽¹⁾.

ويبدو بالتفحص في الإلتزام الصربي المتعلق بالأوراق التجارية بأنه خرج عن القواعد العامة في عديد الأحكام كما سبق وأشرنا في محطات مختلفة من هذه الأطروحة، إلا أن المشرع أسقط حق الحامل بالاحتجاج بالدفع، في حالة ثبت قصد اضراره بالمدين، حيث جاءت هذه القاعدة من أجل الثقة بالأوراق التجارية وإضفاء نوع من الإئتمان في بيانها يستحيل من خلالها على المسحوب عليه القابل للورقة التجارية أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع أي بوسائل الدفاع التي كان باستطاعته التمسك بها في مواجهة الساحب⁽²⁾.

الفرع الثاني

تفعيل الأخلقة عن طريق فرض شكليات معينة في المعاملات التجارية

الشكلية تعرف في علم اللغة على أنها "صورة لشيء محسوس"، وجمعها في اللغة «أشكال»، أي هو الهيئة والصورة ويقال أيضا مسائل شكلية ويفهم منها بالاعتناء بالمظهر دون الجوهر، أو هو ما يراد به غالبا ما كان من الهيئات"، أما الشكل في الاصطلاح؛ فهو تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بصورة إلزامية، ويكون أساسياً في العقد⁽³⁾.

فالشكلية بالمفهوم الحديث وسيلة لتحقيق غايات وأهداف 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 أمام هذه التغيرات الجذرية في تنظيم الحياة التجارية واقتحام الشكلية معظم المعاملات مع تتطور مفهوم النظام العام الذي أصبح نظاما اقتصاديا حمائي توجيهي لتغيير دور الدولة في ظل سياسة اقتصاد السوق أدى ذلك إلى تغير أهداف الشكلية، حيث تحطى مدلولها المفهوم التقليدي ولم

(1) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 129.

(2) مادة 247 ق ت ج فقرة أخيرة.

(3) خالد أبو طه، أحمد حسنية، الشكلية في العقود التجارية (دراسة تحليلية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 13، لعدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2020/04/28، ص 106.

تعد كما هي في القانون المدني التي تهدف إلى إثبات التصرف أو إلى انعقاده، وبهذا تكون قد خرجت الشكلية من المنظور التقليدي⁽¹⁾.

ولعل الملفت في هذا التزايد الواسع للشكلية، أنها لا تقتصر فقط على الكتابة في الشكل الرسمي أو العرفي، وإنما بالتدخل بفرض بيانات معينة في المحرر حتى يكون نافذا في مواجهة الغير، ونجد مثال ذلك في الاوراق التجارية، التي تتميز بأنها تكون وفقا لشكليات معينة حيث يشترط القانون أن تتضمن بيانات محددة، مثال ذلك السفتجة التي فرضت أن تتضمن تسمية « سفتجة » في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره، وكذلك " أمر " غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين، ومنه أن يكون موجود اسم من يجب عليه الدفع "المسحوب عليه، وتاريخ الاستحقاق، والمكان الذي يجب فيه الدفع، وبطبيعة الحال إسم من يجب الدفع له أو لأمره، ولزوم الدفع يجب أن يذكر بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه، وأخيرا توقيع من أصدر السفتجة "الساحب"⁽²⁾.

ونفس الحكم نجده فيما يتعلق بالشيك والسند لأمر وغيرها من الاوراق التجارية، مع بعض الخصوصيات لكل ورقة تجارية، والحقيقة أن هذه البيانات والشكليات نجدها في كل مراحل الورقة التجارية، والملفت أن هذا التدخل التشريعي بفرض بعض البيانات أضحى هو الطابع الغالب على الأحكام المتعلقة بالأعمال التجارية، وفي هذا ضمانات لتكريس الشفافية حماية للغير حسن النية .

وفي نفس السياق الذي يكرس فيه المشرع للشكليات في المعاملات التجارية، نجده يفرض قالب محدد في الفاتورة وفقا لبيانات معلومة وقد نص عليها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 2005/12/10، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، في المادة 1/11 كما يلي: "استثناءً لأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة و إرسالها عن طريق النقل الاليكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد"⁽³⁾.

والملاحظ أن المشرع لم يعط تعريفا للفاتورة وترك ذلك للفقهاء، فيوجد من عرفها "بأنها وثيقة مكتوبة محررة بمناسبة إبرام عملية بيع أو خدمة حيث تجسد هذه العملية التجارية محددة الشروط الخاصة بها"، كما تعرف بأنها "ورقة مكتوبة تتضمن جملة من البيانات، تتمثل أساسا في سعر المنتج"، وهناك من

(1) بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 203.

(2) راجع: المادة 390 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) حسين نواره، الفوترة الالكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 05، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2019/06/05، ص 207.

يعتبرها وثيقة بموجبها يحدد البائع للمشتري في بيع السلع بالتجزئة، شروط التسليم وتنظيم الأسعار، كما عرفها البعض الآخر بأنها "وثيقة مكتوبة، حسابية تحرر وقت انعقاد البيع أو عند تقديم الخدمة لإثبات وجود هذا العقد متضمنة شروط انعقاده وشروط تنفيذه"⁽¹⁾.

وتكمن الشفافية التي تبديها الفاتورة في حماية حقوق الأعوان الاقتصاديين وذلك بتمكينهم من معرفة حقوقهم من جهة، و من جهة أخرى تقوم بإعلام المستهلك عن كافة التحصيلات و الرسوم و كذا المبالغ التي دفعها أو التي سيدفعها إذا كان البيع عن طريق قرض الاستهلاك الذي يكون فيه الدفع مقسما أو مؤجلا أو مجزأ.

واضافة إلى أهمية الفاتورة في المجال الجبائي فإنها تضمن للأعوان الاقتصاديين إعلاما لازما حول الأسعار في فترة ما بعد انعقاد العقد، ويسمح الإلتزام بتحرير فاتورة عند المعاملات التجارية وتسليمها إلى العون الاقتصادي بمراقبة تطبيق المنع القانوني لعملية البيع بالخسارة أو التحقق من التنظيم المتعلق بآجال الدفع⁽²⁾.

فتطبيقا لأحكام المادة 12 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أنه : "يجب أن تحرر الفاتورة و وصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكذا سند التحويل وفق الشروط و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"، وقد صدر بالفعل المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 8 ديسمبر 2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة، كما أن المشرع قد واكب السرعة التكنولوجية عن طريق رقمه الفاتورة و ظهور الفاتورة الإلكترونية، والتي عرفت في المبدأ التوجيهي رقم 115/2001 الصادر عن المجلس الأوروبي بأنها: "إرسال الفواتير عبر الوسائل الإلكترونية، أي نقلها إلى المتلقي باستخدام معدات الكترونية لمعالجة وتخزين البيانات"⁽³⁾، وهي في الواقع لا تختل في أحكامها عن الفاتورة التقليدية وتخضع لنفس الآثار والالتزامات.

وتجد الفاتورة الإلكترونية في التشريع الجزائري سندها القانوني في المادة 1/11 من المرسوم التنفيذي رقم 468/05 كما يلي: "استثناءً لأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل

⁽¹⁾ مهري محمد امين، النظام القانوني للممارسات التجارية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، فرع خاص، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، سنة جامعية 2016 / 2017، ص 19.

⁽²⁾ بن شيخ راضية، نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 420

⁽³⁾ حسين نوار، مرجع سابق، ص 207.

الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى نجد الغير قد يتمسك بهذه الشكليات في مواجهة التاجر، ولكن الإشكال المطروح في التاجر الإلكتروني، فإذا كان هذا الأخير ينشط عبر الشبكة كيف يمكن التأكد من وجوده القانوني، حتى يمكن للغير التمسك بهذه الصفة؟

في الواقع يعتبر هنا التاجر الإلكتروني، تاجر فعلي ويمكن للغير حسن النية التمسك بصفته القانونية، ويخضع للأحكام العامة في مهل واجراءات التصحيح، وتجدد الاشارة إلى أن ملف استخراج سجل تجاري خاص بالتجارة الإلكترونية متاح قانونا وتم تنظيمه بصفة عادية وفيما يلي الملف الذي يستوجب عليه القيام به، حتى يكون نشاطه بصفة قانونية:

1- بالنسبة للشخص الطبيعي

يحتوي الملف على الوثائق التالية: يبدأ بالطلب الممضي، ومحرم على استمارات يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري؛ يثبت فيه وجود محل مؤهل لإستقبال نشاط تجاري بتقديم أما؛ سند ملكية أو عقد إيجار؛ أو إمتياز للوعاء العقاري الذي يحوي النشاط التجاري أو كل عقد أو مقرر تخصيص مسلم من طرف هيئة عمومية وكذلك وصل تسديد حقوق الطابع الضريبي المنصوص عليه في التشريع الجبائي المعمول به⁽²⁾.

2- أما بالنسبة للشخص المعنوي

يحتوي الملف إضافة للوثائق المذكورة أعلاه،

- نسخة (01) من القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة أو نسخة من النص التأسيسي للشركة عندما يتعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري؛
- نسخة من إعلان نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية؛
- موصل تسديد حقوق الطابع الضريبي المنصوص عليه في التشريع الجبائي المعمول به (4.000 دج)؛ وصل دفع حقوق القيد في السجل التجاري كما هو محدد في التنظيم المعمول به⁽³⁾.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 2005/12/10، المتضمن تحديد شروط الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك، الجريدة الرسمية، عدد 80، المؤرخة في 2005/12/11.

(2) دليل حول إجراءات القيد في السجل التجاري لممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، المركز الوطني للسجل التجاري، مديرية التعاون والاتصال، مرجع سابق، ص 07. متاح على الرابط [docs_ar_1608123659829.pdf](https://docs.ar.1608123659829.pdf)

(3) دليل حول إجراءات القيد في السجل التجاري لممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، نفس المرجع، ص 08.

كما يمكن أن تكون الشكلية عن طريق التوجيه، حيث قام المشرع بتفعيل الرقابة على الأعمال التجارية عن طريق خضوع بعض التصرفات لشكليات 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⁾.

المطلب الثاني

القوة القانونية للرسمية في منح الأمن القانوني

المحركات الرسمية "هي تلك المستندات التي يقوم بتحريها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة بما تم على يده أو تلقاه من ذوى الشأن، مثل الإقرار بالبيع من البائع ودفع الثمن من المشتري أو إقرار الواهب بالهبة، وأن يكون ذلك طبقاً لأوضاع قانونية و في حدود سلطته واختصاصه، أو هي التي يحررها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع قانونية معينة"⁽²⁾.

يتضح من خلال هذا التعريف بأن الرسمية بقدر ما لها وزن قانوني في الإثبات، فهي وسيلة ضمان للغير، تمنح الثقة لثبات الحماية القانونية، في الفترة التي استعملت فيها أو حتى في فترات لاحقة، لما لها من حجية سواء في الإثبات أو النفاذ، وحتى تتم في الشكل الصحيح لا بد أن يقوم بها صاحب صفة (فرع اول)، وبياناتها ثابتة وقوية من خلال التوقيعات والمضمون (فرع ثاني).

الفرع الأول

الحماية من خلال الضابط العمومي القائم بالرسمية

نتناول هذا العنوان في نقطتين، الأولى منها تكون للتعريف بالضابط العمومي والاحكام العامة التي تضبطه (أولاً) والثانية نكتشف مدى تأثيره في منح الامن القانوني (ثانياً)

أولاً: الاساس القانوني لصفة الضابط العمومي

لقد عرف المشرع الجزائري في المادة 324 من ق، م، ج. العقد الرسمي كالتالي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصها" ومنه تحيلنا المادة لمعرفة من هو الضابط العمومي القائم بتلقي الخدمات واضفاء الرسمية عليها، وبالعودة لقانون المنظم لمهنة الموثق،

(1) بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 224.

(2) أحمد المصطفى محمد صالح، قواعد الاثبات بالادلة الكتابية "دراسة مقارنة"، مجلة العدل، العدد 56، الصادرة عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، أوت 2020، ص 10 .

نجد تنص المادة الثالثة من القانون 02/06 المتعلق بمهنة التوثيق، أن الموثق "ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"، كما عرفه بعض الفقهاء بأنه "ضابط عمومي خوله القانون الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود التي تتعلق بإرادة الأشخاص، ويمارس جزء من السلطة العمومية التي فرضتها له الدولة، فيضفي طابع الرسمية على العقود التي يتولى تحريرها، كما يمنح الصيغة التنفيذية لهذه العقود كلما اقتضت له الحاجة"⁽¹⁾.

والتوثيق في تعريفه "هو علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، واستيفاء الحق منه".

وعرف أيضاً بأنه "عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين، أو إثباته في زمنه عند الإنكار"، فالتعريف عام يشمل استعمالات الفقهاء لمصطلح توثيق المعاملات، وذلك لا يخرج عن أمرين: الأول، تقوية وتأكيده حق الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مال بشيء يعتمد عليه، كالكتابة أو الشهادة لمنع المدين من الإنكار وتذكيره عند النسيان، أو لدفع دعاواه بأن الدين أقل من المطلوب أو دعوى الدائن بأن الدين أكثر منه، أو لدفع دعوى عدم حلول الأجل إن تم الاتفاق على أجل، ونحو ذلك، بحيث إذا حصل نزاع أو خلاف بين المتعاملين فتعتبر هذه الوثيقة وسيلة يحتج بها صاحب الحق لإثبات الدين المتنازع عليه أمام القضاء، والثاني: إثبات الدين والمعاملات لما يترتب عليها من حقوق، نحو: توثيق عقد الإجارة أو عقد الشركة⁽²⁾.

وهذا يفسر بأن هنالك توثيق، للإثبات وآخر للانعقاد، فعندما يفرض القانون التوثيق بموجب نص خاص، هنا لا مجال للإثبات بل للانعقاد ومن ذلك ما ورد في نص المادة 79 ق ت المتعلقة بتوثيق عقد التنازل عن المحل التجاري، التي فرضت الرسمية لصحة التصرف، والمادة 545 ق ت المتعلقة بتوثيق الشركات التجارية، وما يطرأ عليها من تعديلات أو في حالة فسخها أو حلها، لهذا وردت المادة الحادي عشر من قانون التوثيق 06/02، وذكرت الحالتين، عندما تكون الكتابة لانعقاد ويتطلبها القانون، وعندما تكون للإثبات ويطلب الاطراف منحها الصبغة الرسمية⁽³⁾.

(1) رحمة تريش، العقد التوثيقي الإلكتروني، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد: 13، عدد خاص (25)، جامعة جلاي اليابس، سيدي بلعباس - الجزائر، 15 جانفي 2021، ص 1001.

(2) شادية عبد الفتاح عبد السلام مُجّد، التوثيق وأثره على صحة العقود (تطبيق على عقد الزواج والطلاق)، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الأكاديمية، المجلد 11، بالعدد 67، الصادرة عن جامعة القاهرة، مصر، ص 309.

(3) القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08/03/2006.

ومن هنا نلاحظ أن ثمة توافقاً بين مفهوم (إثبات الدين) وبين مفهوم (توثيق الدين)؛ لأن الإثبات والتوثيق كلاهما يهدفان إلى غاية واحدة وهي حماية الحقوق ومنع التلاعب بها، والقضاء بها لأصحابها وقطع المنازعة والخصومة بين الناس، مع أن التوثيق يعتبر مقدماً للإثبات حيث إنه يوجد عند إنشاء التصرف المقتضي ثبوت الدين في الذمة، فهو يسبق الإثبات، وكذلك فإن توثيق الدين بالطرق التي تقويه، وتؤكدده⁽¹⁾.

فيهدف بذلك المشرع من وراء اشتراطه شكلية الكتابة الرسمية في العقود إلى حماية وتنبية المتعاقد لخطورة التصرف المقدم عليه، فهي تعطي المتصرف الوقت الكافي للمتصرف بإعادة التقييم، بالإضافة على ذلك فإن اشتراط المشرع لشكلية الكتابة أمام الموثق تفسح المجال أمام المتصرف في مناقشة بنود العقد وتوضيح ما يكتنفها من غموض من قبل الموثق⁽²⁾.

ويتأكد ذلك نص المادة 324 مكرر واحد من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، على وجوب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن تأسيس الشركات التجارية والعقود المتعلقة بها من تعديلات وكذلك عقود المتعلقة بالعمليات الواردة على المحل التجاري، فمن خلال هذه المادة نستخلص بأنه يقع باطلاً كل عقد يتضمن تأسيس الشركات التجارية أو تعديلاتها، وكذا المتعلقة ببيع المحل التجاري أو رهنه أو تأجيريه تأجيراً للتسيير الحر، لم يتم تحريره في الشكل الرسمي المحدد من طرف المشرع الجزائري، فيمارس مهامه ضمن اختصاص نوعي، مفاده أن يكون الموثق مختصاً نوعياً بتحرير المحررات الموثقة التي تتم على يديه، حيث أن القانون قد أسند لكل موظف عام نوعاً من العمل، فإذا صدرت هذه المحررات وكان الموثق مختصاً بتحريرها اعتبرت محررات صحيحة، وصادرة ممن له الحق في إصدارها وتحريرها أما إذا تجاوز الموثق حدود اختصاصه بأن حرر أوراقاً لم يكن مختصاً بتحريرها نوعياً اعتبرت أوراق غير رسمية لعدم دخولها في دائرة اختصاصه النوعي، وله اختصاص اقليمي، فللموثق اختصاص وطني عند ممارسته لمهامه وتحرير العقود التوثيقية يمتد لكامل التراب الوطني، وهو ما نصت عليه المادة 2 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، على عكس ما كان منصوصاً عليه في قوانين التوثيق السابقة إذ كان اختصاصه الإقليمي يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي عين فيها.

(1) شادية عبد الفتاح عبد السلام مجّد، مرجع سابق، ص 310.

(2) خالد أبو طه، أحمد حسنية، مرجع سابق، ص 113.

ثانيا: الموثق والأمن القانوني

فعندما نعلم بان الامن القانوني بأنه: "كل نظام قانوني للحماية هادف لتأمين التنفيذ الأمثل للالتزامات، ويقضي أو على الأقل يقلص الشك أو الريب في تطبيق القانون"⁽¹⁾ كما يعرف الامن القانوني أيضا: "بأنه القاعدة القانونية النموذجية المفهومة والسهلة الوصول اليها، التي تسمح للمخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم وسلوكهم"، ويعرفه بعض الآخر بأن فكرة الامن القانوني تعني "الاستقرار القانوني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة وواضحة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج"، كما عرفه الآخرون بأن فكرة الامن القانوني تستوجب "ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات، سواء كانت هذه العلاقات بين الافراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، والتي تلتزم بذلك السلطات العامة"⁽²⁾، ومنه فإن تأمين حماية للمتعاقدين تكون لدى الضابط العمومي، هذا الحكم يستخلص من خلال المهام المنوطة به، ومقتضيات الأمن القانوني الذي يمنحه الموثق، ويتجسد في السطات التي يمنحها للمتعاقدين، قبل واثناء وبعد المعاملات، التي تعكس عناصر الامن القانوني وفقا لما يلي:

1- يوفر مسألة العلم بالقانون وإمكانية بلوغه

حيث يتولى التأكد من صحة العقود الموثقة، ويقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفقاتهم مع القوانين التي تسري عليها، وتضمن تنفيذها، كما يلقي على عاتقه شرح للأطراف مدى التزامهم وحقوقهم، ويبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها، والاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ ارادتهم، ومنه يكون الموثق الموظف العمومي الذي يعترف له القانون بصفة رسمية بمنح الاستشارات القانونية، في حدود اختصاصاته وصلاحياته ويجب عليه اعلام الاطراف بحقوقهم والتزاماتهم والآثار المترتبة عنها، ولا يشترط أن يرتبط هذا الإلتزام بالاستشارة بتحقيق تحرير العقد، وإن دل على شيء فيدل على اعتراف القانون بتمكن الموثق وبإلمامه بالنصوص والاحكام القانونية، ومدى الثقة في صفته من الناحية القانونية⁽³⁾،

⁽¹⁾ دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر، 2016/06/01، ص 26.

⁽²⁾ شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، دور العدالة التشريعية في تحقيق الامن القانوني "دراسة تحليلية"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 02، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، سبتمبر 2019، ص 340.

⁽³⁾ راجع: المواد 12-13 من القانون رقم 06/02.

إذا تظهر أهمية الاستشارات التي يمنحها الموثق للتاجر المحلي أو حتى الأجنبي في مرافقة الإستثمار وجدير بالذكر أن الاستشارة في مجال عقود الإستثمار هي من الأهمية بمكان خاصة بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي لا يلم بمقتضيات وأحكام القانون الجزائري، وبالتالي فهو في حاجة، أكثر من غيره، إلى حماية أمواله التي يسخرها للاستثمار، وذلك بتوثيقها أمام ضابط عمومي مؤهل، وفي ذات الوقت، يحمي الموثق المصلحة الوطنية من خلال حرصه على التطبيق الدقيق لقانون الاستثمار والقوانين المتعلقة به، وهكذا فإن الدور الذي يلعبه الموثق في مجال عقود الاستثمار يتطلب منه أن يكون ملما بمختلف القواعد القانونية المتعلقة بالاستثمار خاصة وأن هذا الأخير يعتبر عملية معقدة تتداخل فيها مجموعة من القوانين كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الاستثمار والقانون الضريبي والبنكي وغيرها، مما يوفر مستوى عال من الأمن القانوني الذي تنشده أطراف العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

وإلى جانب سلطة التفويض بالرسومية من طرف الدولة، فهو يمثلها ضريبيا أيضا بإعتباره يحصل المداخيل عبر العقود التي يبرمها حيث يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملتزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة إلى قابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به، وهو قانون المالية وقانون الضرائب⁽²⁾ وينبغي على الموثق زيادة على ذلك فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها.

2- يوفر مسألة استقرار المركز القانوني

يكتسب الاطراف مركزا قانونيا بمجرد التوقيع على العقد لدى الموثق، ومنه يعتبر العقد نافذا على كافة التراب الوطني ولا يمكن الطعن في محتواه إلا بالتزوير، وعليه تمثل هذه الحجية والنفذ اكتساب الغير مركزا متميزا بالنسبة لمدينه يحفظ بالنتيجة مركزه القانوني كدائن⁽³⁾، حيث يتولى مهمة الحفظ والتسيير للعقود الرسمية التي يجرها، فيتولى حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما، تسجيل واعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا، كما يتولى تسيير وحفظ الارشيف وتسييره ضمن وضعيات محددة⁽⁴⁾.

(1) غراس عبد الحكيم، دور الموثق في ضمان عقود الاستثمار في الجزائر "عقود الامتياز العقاري نموذجًا"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، عدد 02، الصادرة عن جامعة بن باديس، الجزائر، 16/06/2022، ص 137.

(2) راجع: القانون رقم 02/06.

(3) راجع: المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني المعدل والمتمم.

(4) راجع: المادة 10 من القانون رقم 02/06.

وتعتبر العقود التي يحررها بمثابة سندات تنفيذية، قائمة بذاتها لا تحتاج تصديق أو حكم من المحكمة⁽¹⁾، فيقوم بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخ عادية منها أو المستخرجات، والعقود التي لا يحتفظ بأصلها، وذلك استنادا لما ورد في المادة 11 من القانون المنظم لمهنة التوثيق. فليس استقرار القانون هو المعني والمدعو وإنما المقصود هو استقرار الحقوق والمراكز القانونية، فلا يتعلق الامر بجدل بين نمو القانون ورقية واستقراره، وإنما يتعلق الأمر بحماية الحقوق الشخصية والمراكز القانونية المشككة⁽²⁾.

الفرع الثاني

الحماية من خلال مضمون الورقة الرسمية

سندرس الحماية سواء تعلق الامر بالبيانات التجارية الواجب وجودها في المحرر الرسمي (أولا)، وما يعتمدها من اشكالات خصوصا تقييم مسألة الرقمنة للمحرر الرسمي في الواقع الحالي (ثانيا).

أولا: البيانات التجارية الرسمية

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد في القانون المدني عرف الكتابة على أنها "مجموعة حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها"، وهذا التعريف يبين أن المشرع الجزائري اعتمد على المفهوم المادي للكتابة ولم يحدد الأداة التي يتم بها تدوين هذه الرموز ونفس الأمر بالنسبة للتشريعات المقارنة فغالبيتها لم تحدد مفهوما دقيقا وقانونيا للكتابة⁽³⁾، ومضمون الوثيقة الرسمية هو إحدى المعاملات التجارية المتعلقة بالشركات أو المحل التجاري، وعليه فإن مضمون هذه الاتفاقات أساسه القوانين والانظمة التي تنظم هذه الانظمة القانونية.

ولما كان مضمون الورقة الرسمية هو إحدى الأحكام المشار إليها المنظمة في القانون للمعاملات التجارية، وعليه فيلتزم الموثق بتطابقها مع القانون ومع الانظمة التنظيمية والتنفيذية الخاصة بها فلا يجوز مثلا أن يكون المحرر الرسمي المتعلق بموضوع بيع المحل التجاري، لا يتضمن البيانات الالزامية التي يشترطها القانون في المادة 79 ق ت، أو البيانات المشترطة في عقد رهن المحل التجاري، ويترتب على تخلفها بالنسبة للبائع أو المرتهن، إضعاف امتيازها فلا يقع إلا على العناصر المذكورة في العقد، ويكون مسؤولا

(1) راجع: المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) دويبي مختار، مرجع سابق، ص 32.

(3) هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2013/2014، ص 27.

على نقصان هذه البيانات ومسؤولا مسؤولية مدينة على تضرر الغير بإغفالها، أما من ناحية الغير فإن اغفالها قد يضر بمصالحه، ويضعف من حمايته، لذلك قرر له القانون رخصة طلب الابطال، ولكن يكون موقوفا على طلب منه دون أن يتم بصفة تلقائية، حيث تسمح هذه البيانات بإظهار وضعية البائع إزاء العقار أي أنه مستأجر وليس مالكا للعقار الذي يمارس فيه تجارته، كما يستطيع المشتري بعد الإطلاع على تاريخ عقد الإيجار ومدته معرفة ما إذا كان العقد على وشك الانتهاء أم لا، وقد يؤثر هذا على قراره في شراء المتجر (1).

ونفس الحكم إن تناولنا مسألة العقد الرسمي المحرر بمناسبة القانون الأساسي للشركات التجارية، التي فرض القانون بيانات الزامية نص عليها في الفصل التمهيدي من الكتاب الخامس المتعلق بالأحكام العامة للشركات التجارية، ولا بد للموثق من تضمينها في العقد وإلا كان مشوبا بالعيب، واستوجب التصحيح أو الابطال لمن له مصلحة، وتقوم في كل الاحوال المسؤولية القانونية للمؤسسين وللشركة على تخلفها، وهذه البيانات التي يشترطها القانون في العقد التأسيسي للشركة وتمثل في:

- اسم الشركة التجاري أو عنوانها،
- يجب أن يبين في عقد الشركة الغرض التي قامت من أجل تحقيقه، و مركزها الرئيسي و الأجل الذي ضرب لها، و الذي لا يجوز أن يزيد عن 99 سنة،
- مقدار رأسمال الشركة، والحصص العينية والنقدية التي قدمها كل شريك،
- وصف دقيق موجز للحصص العينية التي قدمها الشركاء، وقيمتها والأموال التي تمتلكها الشركة من بعض الشركاء أو من الغير، و تقدير الخبر المعتمد لهذه الحصص وما يقابلها في رأس مال الشركة،
- أسماء وألقاب الشركاء ومن عهد إليهم بإدارة الشركة، سواء كان هؤلاء من الشركاء أو من الغير، مع ذكر موطن كل واحد منهم،
- كيفية توزيع الأرباح والخسائر وتحديد الشكل الذي يجب مراعاته في تبليغات الشركة الموجهة إلى الشركاء، ويمكن أن يتضمن العقد شروطا أخرى قد يتفق عليها الشركاء على أن تكون مشروعة وغير مخالفة للقانون. ويجب أن يوقع الشركاء جميعا على عقد الشركة التأسيسي (2).

ولا يمكننا في هذا المقام حصر البيانات التي يشترطها المشرع في الشركات التجارية، ولكن احتكنا إلى المبادئ العامة التي تشترك فيها كل الشركات، أما من الناحية الشكلية فقد نصت المادة 26

(1) منصور داود، مرجع سابق، ص 430.

(2) راجع: المواد 546-547 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، على أن تحرر العقود التوثيقية، وتحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون بياض ونقص، تكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى، عند الإقتضاء الشهود والمترجم.

وأضافت المادة 27 من نفس القانون، أنه يجب ألا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات، وتعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور أو إضافة باطلة، أما الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها، فتكون مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك والتباس ويصادق عليها في آخر العقد⁽¹⁾.

لاشك بأن الموثق يمثل الحماية بالنسبة للأفراد والغير المرتبطة حقوقهم، ولكن هنالك مسألة مطروحة في الوقت الحاضر، وأصبحت أمر واقع لا بد أن نثيرها في مناسبة الحديث عن الرسمية وهي التساؤل حول استعداد الدولة نحو رقمته الرسمية؟ وتمكين الموثق من آليات تجسيد العقد التوثيقي الإلكتروني لضمان حقوق الغير الإلكتروني؟

ثانيا: إشكالية حماية الرسمية في ظل الرقمنة

بالرغم من اعتراف المشرع بالكتابة الإلكترونية كما تم التطرق له في الباب الأول من هذه الأطروحة، إلا أن انعدام الارضية الرقمية التي تمكن الموثق من تحرير عقود رسمية الكترونية حال دون تمكنها من بسط الحجية في هذه الناحية واقتصار الكتابة العرفية فقط في الإثبات الإلكتروني، بالرغم من نجاح الموثق في استخدام الرقمنة وذلك عن طريق اعتماد الرقمنة في المجالات التالية:

1- الإعتماد على الرقمنة في تحرير العقود الرسمية

يعتبر الموثق الساهر على ضمان السلامة لعقوده أثناء التحرير، لذلك يستوجب منه التأكد من البيانات الشخصية للأطراف حتى يتم نقلها بصورة صحيحة لتفادي ظاهرة التزوير، كما يهتم بسرعة الإجراءات المتعلقة بالعقد لضمان السرعة من أجل البعد عن العراقيل والبيروقراطية:

أ) الرقمنة في إعتماد البيانات الشخصية لتحرير العقود الرسمية:

لقد إستحدث المشرع الجزائري نظام السجل الوطني الرقمي الخاص بالحالة المدنية، تطبيقا لمشروع الحكومة الإلكترونية الذي يقتضي الإعتماد على الآلة عبر كامل الإدارات والقطاعات في الدولة، وعليه

(1) رحمة تربش، مرجع سابق، ص 1003.

فإن الموثق أصبح بإمكانه ولوج هذه المنصة والتحقق من هوية الأطراف للتأكد من عدم وجود تزوير أو غش وتحايل⁽¹⁾، وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 15-204 المؤرخ في 27 يونيو 2015، المتعلق بإعفاء المواطن من تقديم وثائق الحالة المدنية المتوفرة ضمن السجل الوطني الآلي للحالة المدنية⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى يمكنه الإستفادة من الشرائح الإلكترونية للأطراف المتعلقة ببطاقات هويتهم البيومترية وجواز السفر ورخصة السياقة البيومترية، والتي تحتوي على شريحة إلكترونية يوجد بها شهادات إلكترونية للدولة تتضمن معلومات رقمية للمعني، أهمها: صورته الشخصية وبصمته وتوقيعه⁽³⁾.

بالإضافة الى ذلك فقد إعتد الموثق على القارئ البيومتري، الذي هو عبارة عن جهاز إلكتروني يمكن من خلاله الولوج الى البيانات المخزنة في أية بطاقة شريطة أن تكون هذه الأخيرة بيومترية كبطاقة التعريف الوطنية وجوازات السفر والسياقة البيومترية، فهي مصممة خصيصا من طرف خبراء ومختصين، وقد تم الإنطلاق بالعمل بالجهاز الذكي بالتنسيق مع وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية على إعداد دليل إستعماله، وفقا للتعليمية رقم 1279/ب ص الصادرة عن رئيس الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الوسط، بمنح الترخيص للموثقين للإستفادة من خدمات القارئ البيومتري⁽⁴⁾.

(ب) الرقمنة في الإجراءات المتعلقة بالعقود الرسمية: من خلال أهم إدارتين هما السجل التجاري وإدارة المسح العقاري:

__بوابة سجل كوم: علاقة السجل التجاري والتوثيق علاقة وطيدة، نظرا لكون الموثق هو محرر العقود التأسيسية والتعديلية للشركات التجارية وكل المعاملات الخاصة بها، وحتى يتمكن الموثق من مرافقة المستثمرين، فقد تم إبرام اتفاقيتين الخاصة بإنشاء بوابة -سجل كوم- والتي كانت ضمن الاتفاقية التي تمت بين مديريةية السجل التجاري والغرفة الوطنية للموثقين لسنة 2013، والتي أبانت عن نجاح ملحوظ بتعميمها على مكاتب التوثيق عبر مختلف ولايات الوطن، فيما يخص الاعلانات القانونية في

(1) القانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014، المتعلق بقانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، ج ر، ع 49، مؤرخة في 20 أوت سنة 2014.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 15-204 المؤرخ في 27 يونيو 2015، ج ر، ع 41 مؤرخة في 29 يونيو 2015، المتعلق بإعفاء المواطن من تقديم وثائق الحالة المدنية المتوفرة ضمن السجل الوطني الآلي للحالة المدنية.

(3) القرار المؤرخ في 26 ديسمبر 2011، المتضمن المواصفات التقنية لجواز السفر الوطني البيومتري الإلكتروني

(4) سعاد عبد الباقي، التوثيق والعصرية في القانون الجزائري، دار الانسان للدراسات الثقافية والفكرية، ط1، الجزائر، سنة 2022، ص 103.

النشرة الرسمية للإعلانات القانونية BOUAL دوغما عناء المتعامل بالتنقل للإشهار لدى مصالح السجل التجاري فيختصر بذلك الجهد والوقت وعناء طوابير دفع حقوق الاشهار⁽¹⁾.

و نظرا للنجاح الذي لاقته هذه التقنية في ما يخص الإشهارات القانونية عن بعد، أبرمت الغرفة الوطنية للموثقين اتفاقية أخرى، بالشراكة مع مختلف القطاعات، المديرية العامة للضرائب، وزارة الطاقة والمناجم، وصناديق الضمان الإجتماعي CNAS-CASNOS ومديرية الضرائب والمديرية العامة للمركز الوطني للسجل التجاري والغرفة الوطنية للموثقين لسنة 2016، اتفاقية تعاون تسمح بإنشاء المؤسسات عن بعد، تمكن للمتعاملين الاقتصاديين بتأسيس شركاتهم عن بعد وباستخراج السجل التجاري من مكاتب الموثقين⁽²⁾، حيث يتكفل الموثقون ببعض الإجراءات المرتبطة بالتسجيل في السجل التجاري، باستخدام بوابة المركز الإلكتروني للقيام بإجراءات إنشاء المؤسسات والحصول على السجل التجاري في غضون ساعة ويهدف هذا الإجراء إلى تسهيل إجراءات إنشاء المؤسسات لتسهيل الإستثمار والحد من البيروقراطية، وذلك لتحسين صورة الجزائر في التصنيفات العالمية⁽³⁾.

وقد أثبتت بدورها نجاحها حيث تم انشاء حوالي 200 شركة عن بعد، لكن هذه المنصة أغلقت لسبب مجهول يبقى التساؤل مطروحا لغاية كتابة هذه السطور، لذلك آن الأوان لبعث هذه المنصة من جديد خصوصا وان الاتفاقية المبرمة لاتزال سارية المفعول، ولعل أحد بوادر توجه المشرع نحو رقمية العقد التوثيقي هو قانون الاستثمار الجديد⁽⁴⁾، الذي بموجبه تم استحداث المنصة الرقمية⁽⁵⁾ التي من أبرز مهامها متابعة إنشاء الشركات التي أسس المرسوم التنفيذي المنظم لمهام المنصة الرقمية هذه المهمة، وكما هو معلوم قانونا فإن إنشاء الشركات واعطائها الصفة الرسمية من مهام الموثق، وبالرغم من عدم ذكر صفة الموثق في هذا المرسوم لذلك حريا بهذه المادة أن تعدل في صياغتها وأن تصاغ كالتالي "انشاء الشركات

(1) للإشارة أبرمت الاتفاقية وتم توقيعها بتاريخ 8 جويلية 2013.

(2) للإشارة أبرمت الإتفاقية وتم توقيعها بتاريخ 17 أكتوبر 2016.

(3) مقال بعنوان توقيع عقود بين المركز الوطني للسجل التجاري وغرفة الموثقين لتسهيل اجراءات انشاء المؤسسات، متاح على الرابط

<https://www.djazairess.com/aps/412272>، تاريخ آخر إطلاع 2022/12/11، ساعة الإطلاع 20:50.

(4) القانون رقم 18/22 المؤرخ في 2022/07/24، يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 2022/07/28.

(5) المنصة الرقمية عرفتها المادة 27 من نفس الصدر على أنها: "الأداة الإلكترونية لتوجيه الاستثمارات ومرافقتها ومتابعتها منذ تسجيلها وخلال فترة استغلالها".

عن طريق بوابة الموثق الإلكتروني....."، حتى تكون خطوة معلنة من طرف المشرع نحو تولي الموثق التأسيس الإلكتروني لعقود الاستثمار وأشهارها⁽¹⁾.

كما هو الحال بالنسبة للقانون المقارن، حيث نجد المشرع التونسي يجسد هذا التأسيس عبر المنصة، حيث استحدث بموجب قانون تحسين مناخ الإستثمار، جسد الرقمية بنصه في الفصل الأول على ما يلي: "يمكن تأسيس الشركات خفية الاسم والشركات ذ م م عن بعد لدى الهياكل العمومية المشرفة على التكوين القانوني للمؤسسات بتبادل الوثائق الضرورية ودفع المبالغ المستوجبة لتكوينها بالوسائل الإلكترونية الموثوق بها وفقا للتشريع الجاري به العمل وتعتمد في ذلك النسخ الضوئية للعقود التأسيسية للشركات ومحاضر الجلسات الممضاة وكذلك النسخ المجردة من المطبوعات الادارية المستوجب تعميمها وامضاءها بما فيها المتعلقة بالتصريح بالوجود المودعة بالوسائل الإلكترونية الموثوق بها وتكتسي الوثائق المذكورة نفس الحجية التي تتمتع بها الوثائق الورقية الأصلية⁽²⁾".

في حقيقة الأمر لا يمكن إنكار سعي المشرع نحو الرقمنة في تيسير إجراءات إنشاء المؤسسات وتجسدت الفكرة عن طريق تعديل قانون ممارسة الأنشطة التجارية بموجب القانون رقم 18-08 مؤرخ في 10 يوليو سنة 2018، يعدل قانون الأنشطة التجارية، بحيث تنشأ بوابة إلكترونية لتسهيل إجراءات إنشاء المؤسسات ويكلف المركز الوطني للسجل التجاري بمهمة تسيير البوابة الإلكترونية المخصصة لإنشاء المؤسسات، بحيث تتضمن البوابة الإلكترونية إستمارة موحدة والمصادقة يقوم بها المركز الوطني للسجل التجاري على هذه الإستمارة الموحدة والممضاة والمصادق عليها بالطريق الإلكتروني من طرف الإدارات المكلفة بالسجل التجاري والضرائب والإحصائيات والضمان الإجتماعي، ويكون للمعني حق التسجيل لدى الإدارات المعنية على رقم تعريف مشترك⁽³⁾.

وترتيبا على ذلك فيمكن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني في محررات رسمية الكترونية، وفي ظل غياب هذا التجسيد، تبقى مسألة التوقيع الإلكتروني لها حجيتها في المحررات العرفية، دونما ان يكون له أساس

(1) للإطلاع أكثر على المهام المنصة الرقمية والتي تظبط سير عملها راجع: المرسوم التنفيذي رقم 298/22 المؤرخ في 2022/09/08 الذي يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الإستثمار وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 60، المؤرخة في 2022/09/18.

(2) قانون عدد 47 مؤرخ في 2019/05/29، يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 47، المؤرخ في 2019/06/11.

(3) أنظر المواد 5 مكرر 1 والمادة 5 مكرر 2، بموجب القانون رقم 18-08 مؤرخ في 10 يوليو سنة 2018، يعدل قانون الأنشطة التجارية، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018.

قانوني في المحررات الرسمية، الشيء الذي يجعل الحماية منقوصة خصوصا مع التزايد الرهيب للمعاملات الإلكترونية، خصوصا أن التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهري في المستند الرسمي، إذ يمنحه ويضفي عليه الحجية في الإثبات، والتوقيع المقصود هنا هو توقيع من ينسب إليه المحرر أقوال أو أفعال والتزاما وهذا بحسب يحمل توقيعه بالختم أو بصمة الأصبع مضمون المحرر، ومثلما يكون التوقيع بالإمضاء، وفي كل الأحوال فإن هذا التوقيع يجعل من الورقة الرسمية مكتملة الحجية⁽¹⁾، حيث عرف قانون التوجيه الأوروبي التوقيع الإلكتروني بأنه: "المعطيات التي تأخذ الشكل الإلكتروني والتي ترتبط بمعطيات أخرى إلكترونية والتي تستخدم كوسيلة لإثبات صحتها"، فعدم خروج التوقيع الإلكتروني عن كونه أداة يستدل بها على شخصية الموقع وانصراف إرادته للالتزام بما وقع عليه، ليتساوى بذلك مع التوقيع العري، مع الاختلاف في شكل المعطيات الإلكترونية القائم عليها التوقيع الإلكتروني.

وقد أخذ بذات المفهوم في تعريف التوقيع الإلكتروني مجموعة من المتخصصين في مجال التنظيم القانوني لتقنيات الوسائط الإلكترونية، عندما عرفوه بأنه: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة"⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية في الإثبات، حيث اعتمد لأول مرة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري السابق بيانه، الإثبات بالمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وذلك من خلال نص المادة 323 مكرر.

وبالتساؤل حول شروطه نجد أنه تم تحديدها من طرف المشرع الجزائري المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني في عدة نصوص قانونية، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 03 مكرر من المرسوم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 أنه يقصد بالتوقيع الإلكتروني المؤمن: "التوقيع الإلكتروني الذي يفى بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع؛
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية؛

(1) أحمد المصطفى محمد صالح، مرجع سابق، ص 15

(2) محمد إبراهيم أبو الهبياء، مرجع سابق، ص 70.

- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه⁽¹⁾ .
- كما تطرق المشرع الجزائري مرة أخرى، بموجب القانون 04/15 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إلى الشروط اللازم توافرها في التوقيع الإلكتروني عند تحديده لمفهوم ما أُصطلح عليه بـ"التوقيع الموصوف"، حيث يستفاد من نص المادة السابعة من القانون سالف الذكر، أن التوقيع الموصوف هو توقيع الكتروني ينبغي أن تتوفر فيه بعض الشروط وتتمثل في ما يلي:
- أن ينشأ هذا التوقيع على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة.
- أن يرتبط التوقيع بالموقع دون سواه.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني⁽²⁾.
- باعتماده للقانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 04/15، أقر صراحة المشرع الجزائري، بمنحه الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات وفقا للترتيبات التي قررها القانون سالف الذكر، حيث أن المشرع الجزائري قد ساوى بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع العادي المكتوب، واعتبر أن التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده يكون مماثلا للتوقيع المكتوب⁽³⁾.
- وبدوره لقد عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق بموجب القانون 04/15 على أنه "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة و قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".
- كما عرفته قواعد الأنستراال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في المادة 2 بأنه: "شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".
- ولقد اصطلح المشرع الجزائري على تسمية شهادة التصديق الإلكتروني في المرسوم التنفيذي 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 سالف الذكر بالشهادة الإلكترونية، حيث عرفت المادة 03 من

(1) المرسوم 162/07 المؤرخ في 2007/05/30، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 2007/06/07

(2) القانون 04/15 المؤرخ في 2015/02/10، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد 06، المؤرخة في 2015/02/10.

(3) تجدر الإشارة أن المصطلح المستخدم من طرف المشرع في القانون 04-05 المنشور باللغة الفرنسية هو La électronique signature qualifiée، والترجمة الدقيقة له هي التوقيع الإلكتروني المؤهل أو المعتمد، أنظر باهة فاطمة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية "في ضوء القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2، أكتوبر 2015، ص 396

المرسوم المشار إليه الشهادة الإلكترونية بأنها "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني و الموقع . كما أشارت نفس المادة إلى مفهوم الشهادة الإلكترونية الموصوفة بأنها شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة".

ثم اعتمد المشرع الجزائري بموجب القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مصطلحا جديدا وهو "شهادة التصديق الإلكتروني"، وتعد شهادة التصديق الإلكتروني في مفهوم القانون 162/07 : "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التوقيع الإلكتروني و الموقع".

وأنه لا يغفل على المشرع الجزائري، اعترافه بموجب المرسوم التنفيذي 162/07 المعدل والمتمم للمرسوم 123/01 بشهادات التوثيق المسلمة من مؤدي أجنبي لخدمات التصديق في إطار الاعتراف المتبادل، حيث أضافت المادة 04 من المرسوم 162/07 مادة جديدة، هي المادة (3 مكرر1) والتي قضت بأنه "تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق الكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم، إذا كان هذا المؤدي الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية"⁽¹⁾، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع من خلال القانون 04/15 الجديد، حيث أعترف وساوى بين الشهادات التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم ببلد أجنبي، والشهادات الممنوحة من قبل مؤدي للخدمات مقيم بالجزائر، شريطة أن يكون تصرفه في إطار إتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني.

لكن هذا المنح مشروط، بحيث منع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من جمع البيانات الشخصية إلا بعد موافقته الصريحة على أنه لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يجمع إلا البيانات الشخصية الضرورية، لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني، كما لا يمكنه استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى.

كما يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني التزام أولي بالتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع و ذلك قبل منحه شهادة التصديق الإلكتروني، حيث أن لمؤدي

(1) المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 201/05/09، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2001/05/13.

خدمات التصديق الإلكتروني أن يمنح شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلباً، وذلك بعد التأكد من هويته و عند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة⁽¹⁾.

— **موقع وثيقة كاد:** في إطار تنفيذ الموثق لمهامه المنوطة به من تحرير العقود الناقلة للملكية، وإتمام الإجراءات التابعة له، عن طريق إرفاق ملف الإشهار للعقار أمام المحافظة العقارية، ضرورة إرفاقه بمستخرج مسح الأراضي تحت طائلة رفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري، منها نموذج م م 44 (pr4)، ونموذج م م 4مكرر (pr4pis)، والمتعلقة بإشهارات العقارات المسوَّحة أمام مصالح الحفظ العقاري، وقد كانت هذه الوثائق يطلبها الموثق بصفة تقليدية بكل ما تصحبها من عراقيل وتضييع للوقت، ولكن بعد إبرام الغرفة الوطنية للموثقين لإتفاقية مع الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بتاريخ 26 فيفري 2019، تحت عنوان " وثيقة كاد " " Wathika cad"، عبارة عن منصة رقمية تحتوي على بيانات خاصة بكل موثق ورقم سري للولوج يتم تفعيلها عن طريق رسوم مالية معينة، تقوم بتقديم خدمة طلب وسحب الطلبات والوثائق المتعلقة بمستخرجات ووثائق المسح المختلفة عن بعد⁽²⁾، وطلب المستخرج المسحي خطوة مهمة لإجراء الإشهار العقاري الذي يثير عمليات التحويلات بالنسبة للعقود الناقلة للملكية، وتعتبر هاته الوثائق جد مهمة لإستكمال عملية الشهر العقاري، ولقد صدرت مذكرة عن مديرية الاملاك الوطنية⁽³⁾.

2- الإعتماد على الرقمنة في تسير مكاتب التوثيق

سعيًا من أجل تطوير وعصرنة مكاتب التوثيق فقد تم الإعتماد على برامج إلكترونية، أهمها برنامج المحاسبة التوثيقية أو ما يعرف ب "الناظم"، بحيث يستعمل في أكثر من 1000 مكتب توثيق تم إنشاءه من طرف خبراء في الإعلام الآلي، الذي تم التعاقد معه من طرف الغرفة الوطنية للموثقين من أجل الإستفادة من هذه البرامج، يوفر خدمات متنوعة أهمها:

— حساب العقود: يوفر خدمة حساب المصاريف وفقاً للأتعاب التوثيقية، وطباعة الوصولات والفواتير، تحضير القوائم الثابتة والنسبية والمجانبة الخاصة بحقوق التسجيل، جداول الارسال وغيرها،

— حساب الزبائن: إقتطاع الضرائب من الودائع، تسليم الودائع، متابعتها،

— السجلات الرسمية: تحضير وطباعة دفاتر الرسمية، دفاتر الإيرادات والودائع،

(1) بوعزة هداية، مرجع سابق، ص 137.

(2) سعاد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 118-119.

(3) المذكرة رقم 02739 بتاريخ 16 مارس 2017، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية المتعلقة بعصرنة نشاطات المحافظات العقارية .

_فهرس العقود : كل مايتعلق بتفاصيل العقود التي تم إمضاءها وفهرستها، بالإضافة الى برنامج المواريث المتخصص في حساب المسائل المتعلقة بالميراث وكذلك برنامج الارشيف الإلكتروني، الذي يمثل نسخة رقمية عن كل عقود المحررة وفق ترتيب زمني (1).

كما تجدر الإشارة أنه وتطبيقا لمشروع عصنة قطاع العدالة فقد وضعت الوزارة البطاقة المهنية الإلكترونية، تمكنهم من الإطلاع على مساره المهني ومعرفة المستجدات الواردة عليه بصفة آنية مع الحصول على كافة الشهادات والوثائق المرتبطة به، في وقت قياسي وعن بعد من أجل تحقيق الفعالية والشفافية في إدارة وتسيير الموارد البشرية (2).

ومنه نخلص إلى أن السبب ليس في عدم استعداد الموثق لاستقبال الرقمنة، لأنه ثبت كما ذكرنا أعلاه، نجاحه في الدخول لعالم الرقمنة، ولكن الإشكال في الارادة السياسية، لتجسيد هذه الخطوة، وهنالك من يبرر ذلك بضخامة الميزانية المالية التي يمكن أن تخصص في تجسيد هذه الفكرة وعدم استعداد الدولة لتخصيص هذه الميزانية في هذه الفترة، وهنالك فريق آخر يبرر ذلك إلى غياب الفنين والمحترفين في هذا المجال، سواء فيما تعلق بالمديرية التي يمكن أن تشرف على هكذا برنامج أو إلى الاطراف والغير الذين يتقدمون لمكاتب التوثيق طلبا لتحرير عقودهم، ومن ناحيتنا نرى أنها خطوة قررت الدولة بإرادتها تأجيلها بالرغم من الأصوات المتعالية وخصوصا من أهل الاختصاص المتمثلة في الموثق نفسه، وأن كل المبررات التي سيقت إنما هي أسباب ثانوية في ظل غياب إرادة تشريعية، وعليه يستوجب التوجه التشريعي بشكل جدي، في تفعيل آليات الرسمية الإلكترونية، وتمكين الضباط العموميين من ذلك لتوسيع دائرة الامن القانوني في المعاملات التقليدية والإلكترونية حماية للغير حسن النية.

المبحث الثاني

الالتزام بالاعلام و حماية الغير

تجاوز القانون التجاري الشريعة العامة في عدة مسائل بطريقة ايجابية، أهمها توظيف مفاهيم أخلاقية في بيئة تجارية والرقي بها لدرجة القاعدة القانونية كالالتزام بالإفصاح والقيد والاشهار، وبتتبع كافة الانظمة القانونية في القانون التجاري، يظهر مدى أهمية الإلتزام بالإفصاح بالنسبة للتاجر واستمرارية نشاطه وكذلك بالنسبة للغير، وتخطت هذه الحماية الاحكام التقليدية ، ليتم مرافقة وحماية الغير في المعاملات التجارية الإلكترونية، وهذا ما سنحاول التطرق له، مع الاشارة أن تغطية كافة الاحكام

(1) سعاد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص 108-110.

(2) الموقع الرسمي لوزارة العدل، <https://www.mjjustice.dz>.

التجارية، التي تعرضت للالتزام بالإفصاح عن طريق القيد والاشهار، أمر يطول بعض الشيء لذلك حاولنا تسليط الضوء على بعض التطبيقات والتي تمثل نماذج عن أهمية تكريس المشرع لمبدأ الإعلام حماية للغير بالدرجة الأولى، وذلك في المطلبين التاليين:

نتعرض للالتزام بالإفصاح والتبصير في (مطلب أول)، الذي يتجسد في صورتَي القيد والإشهار (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الالتزام بالإفصاح والتبصير

قد يكون الإفصاح إيجابياً، بتقديم بيانات صحيحة تعكس الوضعية القانونية للنشاط التجاري، ويقف من خلاله الغير على مصلحته (فرع أول)، ولكن قد يكون الإفصاح سلبياً عن طريق تقديم معلومات وبيانات مغلوبة وكاذبة، تضر مصلحة الغير (فرع ثاني).

الفرع الأول

الالتزام بالإفصاح الإيجابي

يقصد بالإفصاح "Disclosure"، لغة الفصاحة وتعني: البيان، وأفصح أي تكلم بالفصاحة، وأفصح الصب أي بدا ضوءه واستبان، وكل ما وضح فقد أفصح، وأفصح عن الشيء إفصاحه إذا بينه وكشفه.

أما المعنى الاصطلاحي للإفصاح فيعني من وجهة نظر بعض الباحثين: تعهد الجهات المصدرة للأوراق المالية بما فيها شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم، بنشر وإعلان البيانات والمعلومات والتقارير المتعلقة بنشاطاتها وأوضاعها المالية والاقتصادية، وتقديمها بصفة دورية - وكذلك في الحالات الاستثنائية - للجهات المشرفة والرقابية بما فيها الهيئات العامة لأوراق المالية وإدارات البورصات، وحملها إلى علم الجمهور، وبشكل خاص إلى المساهمين الحاليين والمحتملين وغيرهم، بكافة الوسائل التي تمكنهم من الاطلاع عليها⁽¹⁾.

كما تم تعريف الإفصاح في المجال المحاسبي: "هو عملية إظهار المعلومات المالية سواء كانت كمية أو وصفية في القوائم المالية أو الهوامش والملاحظات والجداول المكتملة في الوقت المناسب، مما يجعل

(1) جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص 124.

القوائم المالية غير مضللة وملائمة لمستخدمين القوائم المالية من الأطراف الخارجية، والتي ليس لها سلطة الاطلاع على الدفاتر والسجلات للشركة"⁽¹⁾.

والإفصاح القانوني في الشركات: "إشهار كافة الحقائق عن الشركة وإبراز جميع البيانات والمعلومات وتوفير كافة المعلومات الدورية أو غير الدورية، والمعلومات المالية وغير المالية بشكل عام لكافة الأطراف ذوي المصلحة"⁽²⁾.

بناءً على التعريفين يمكن تقديم تعريف شامل للإفصاح في القانون التجاري وهو "المبادرة نحو تقديم كافة المعلومات والبيانات التي تتصل بصفة مباشرة أو غير مباشرة بكل من له مصلحة في ذلك، مما يسمح بالوصول إلى الوضعية القانونية والمالية للتاجر".

ويجد هذا الالتزام أساسه القانوني في مختلف الاحكام التجارية، ففي المحل التجاري يشدد المشرع على ضرورة الافصاح بكافة البيانات المتعلقة بالمحل قبل بيعه حتى يعلم به الكافة، كما يؤكد على النشر والاعلان في كل مرحلة من مراحل التصرفات التي ترد عليه، تقتضي بأن يقوم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدين في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما من قبل وعن طريق المحضر القضائي عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المقر الجديد الذي إنتقل اليه⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى فإن التصريح من طرف الشركة بكل المعلومات التي يجب التصريح بها ومن شأنها المساس بمصالح الغير، هو التزام قانوني لا يجوز الاخلال به.

وتعتبر الحماية القانونية للغير في مجال المعاملات التجارية، تستند الى ضرورة الإفصاح والنشر القانوني، إلا أن التاجر قد يتحجج بالسر المهني أو بالمصلحة الشخصية التي قد يكون ضررها أقوى من الضرر الذي قد يطال الغير عند إفشاءه، بحيث نكون أمام تضارب مصالح، إلا انه في رأينا نأخذ بالمصلحة الأولى بالحماية وتقدير مقدار الضرر وجسامته ترجع الى القاضي المختص.

فعرض المعلومات الهامة للمستثمرين والمساهمين والدائنين وغيرهم بطريقة تسمح بالتنبؤ بمقدرة الشركة على تخصيص الأرباح في المستقبل ومقدرتها على سداد التزاماتها، وتعدد صور الإفصاح عن المعلومات، فهناك الإفصاح التمهيدي، ويتم قبل إدراج الجهة المصدرة أوراقها المالية في البورصة، كما أن

(1) صديق مسعود، صديقي فؤاد، محددات الإفصاح المحاسبي في الحقل المحاسبي الجزائري وفق النظام المحاسبي المالي (SCF)، مجلة البحوث في العلوم المالية والمحاسبية، المجلد 01، العدد 02، الصادرة عن جامعة نُجْد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 2016/12/15، ص 76.

(2) إيمان زكري، مرجع سابق، ص 339.

(3) راجع المادة 123 ق ت ج .

هناك الإفصاح الدوري، ويتم في فترات محددة تكون مرتبطة بالسنة المالية للجهة المصدرة، وهناك الإفصاح الفوري، ويتم عند تحقق معلومة معينة لها تأثير في سعر الورقة المالية⁽¹⁾.

ومجال تطبيق مبدأ الاعلام والافصاح يخص بعض الكيانات بمسك محاسبة مالية وهي الشركات الخاضعة لأحكام القانون التجاري؛ التعاونيات؛ الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المنتجون لسلع أو الخدمات التجارية والغير تجارية إذ كانوا يمارسون نشاطات اقتصادية مبنية على عمليات متكررة؛ وكل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين لذلك بموجب نص قانوني أو تنظيمي⁽²⁾.

يلعب الإلتزام بالإعلام دوراً أساسياً في المعاملات التجارية، فيقتضي أي نشاط نشره حتى يعلم به الغير، وتجدد الإشارة أن الغير المعني بالإلتزام الاعلام لا يقتصر على الغير الذي تعامل مع الشركة التجارية أو مع المحل التجاري وإنما الغير الذي قد يتعامل مستقبلاً ومن شأن المعلومات التي ينشرها التاجر التأثير في قراراته ومصالحه الإقتصادية.

وعلاقة جهاز الادارة في الشركات التجارية من أهم العلاقات التي يجب أن تكون متسمة بالشفافية على اعتبار أنهم محولون بالتصرف بإسم وحساب الشركة التجارية، بداية من تأسيسها لغاية نشر القرار بحلها⁽³⁾.

ويجب التفرقة بين الافصاح والتبصير حيث يقصد بمفهوم الإلتزام بالتبصير، "الإلتزام المترتب على أحد طرفي العقد بتعريف الطرف الآخر بالبيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد وظروفه، والتي تهم المتعاقد الآخر معرفتها والإلمام بها، لكي يكون على بينة من أمره في اتخاذ قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه".

ومن المبادئ الثابتة في تحديد الأصل الفلسفي لمبدأ الإفصاح والشفافية، إعتبار الإلتزام بتطبيق هذا المبدأ من متطلبات مبدأ حسن النية والأمانة في التعامل، ذلك أن من متطلبات مبدأ حسن النية أن يتم الإفصاح عن المعلومات والبيانات بشكل عام، وأن تكون تلك المعلومات والبيانات على درجة عالية من الشفافية والمصدقية فيها، وخاصة في العقود التي تركز العلاقة بين أطرافها على تلك المعلومات وبالتالي فقد أصبح مبدأ حسن النية من مقتضيات جميع العقود في الوقت الحاضر، وإن اختلفت متطلبات حسن النية بين عقد وآخر بين التشديد والتخفيف⁽⁴⁾.

(1) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 125.

(2) صديق مسعود، صديقي فؤاد، مرجع سابق، ص 76-86.

(3) فوزي مجد سامي، مرجع سابق، ص 46-47.

(4) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 133.

لأن مقتضيات حسن النية تستوجب من القائمين على إدارة وتسيير الشركات التجارية، عند كل طارئ يكون على رأس المال الذي يمثل أهم ضمانات الغي، يقتضي إحترام الإجراءات القانونية للإشهار القانوني، خصوصا إذا تعلق الأمر بتخفيض رأسمالها، لأن النشر يضمن للغير إستعمال حقه في المعارضة في تخفيض ضمانهم العام⁽¹⁾.

فمسألة الافصاح والاعلام مهمة جدا في المعاملات التجارية فيما يتعلق بالشركات التجارية التي تمثل كيان قانوني لا بد من أن يطمئن الغير لنشاطها وكل ما يطرأ عليها، ويتقي تعسف القائمون بالإدارة في حالة تجاوزاتهم، وبالنسبة للمحل التجاري، حيث يهدف الاعلام لمعرفة متعامله على أوضاعه والتصرفات الواردة عنه، سواء تعلق الامر بدائنيه أو زبائنه، خصوصا وأن أهم عناصره هي الاتصال بالزبائن، لذلك يلقي الاعلام مكانة هامة في المحل التجاري والعمليات الواردة عنه سواء كان إيجار أو بيع أو رهن، ويساعد الإعلام في كل المراحل حتى يضع القانون الغير أمام كل الوضعيات القانونية تكريسا لمبدأ التوقع حتى لا يتفاجأ بما يتعارض ومصالحه وحتى يتمكن من ناحية اخرى من مباشرة اجراءاته القانونية في الحفاظ على حقوقه، في الاطر القانونية.

و المعلومات ما هي إلا إحدى فئات المدخلات التي تغذي عقولنا والتي تعمل بها عندما نفكر وهي تأتي مع المعتقدات والتأويلات والأوامر والنصائح والأسئلة والآراء والنظريات والتنبؤات وأي نتاج للخليل المبدع، فمن العناصر المباشرة التي يكون لها ارتباط وثيق بالثقة، كتلك المتعلقة بالنشاط التجاري وميزانيته وحساب الأرباح والخسائر وخططه المستقبلية، أما العناصر غير المباشرة فهي المعلومات التي لا تربطها بالجهة المصدرة صلة مباشرة، وإنما تعد من العناصر المحيطة بها المؤثرة فيها كالظروف الاقتصادية والظروف القانونية والظروف الاجتماعية والسياسية المؤثرة على عموم الاقتصاد والسوق والتعاملات التي تجري فيها⁽²⁾.

وهنالك نوعان من الافصاح، افصاح دوري وافصاح ضربي، ويقصد بالافصاح الدوري هنا، الإفصاح عن التقارير والبيانات والمعلومات والقوائم المالية الدورية التي بطبيعتها لا تؤثر بشكل مباشر أو في ذات وقت الإعلان عنها في سعر السهم أو قيمة المحل التجاري، أو الورقة التجارية، أما الإفصاح الفوري يستهدف المعلومات المؤثرة بإخطار الغير عن أية تطورات جوهرية تؤثر في مصلحته.

⁽¹⁾ معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 258-259.

⁽²⁾ جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 135-138.

وصورة الافصاح الدوري تكون أكثر تجسيدا في الشركات التجارية، لأنها تقوم بنشر تقاريرها المالية واجتماعاتها الدورية ونشاطاتها وخدماتها، أما الافصاح الظرفي، فهو كل افضاء بالمعلومة في حالة استثنائية، تمس بالنشاط التجارية، لا بد من اعلام الغير بها، ويظهر هذا النوع في الاحكام المتعلقة بالمحل التجاري، حيث يستوجب اعلام الغير بكل العمليات التي تطرأ على المحل التجاري، وكذلك الأمر في الافلاس، حيث تتطلب اعلام الغير به، أما الاوراق التجارية فمسألة الاحتجاج مسألة مهمة لا بد من الافصاح عنها.

وقد كرس المشرع هذا الالتزام حماية للغير المستهلك في إطار الممارسات التجارية، حتى يتمكن من حقه في التبصير للتمكن من الإختيار الأنس لمطالبته، وهو من أخم مظاهر تكريس الشفافية في المعاملات التجارية تأسيسا لمبدأ حسن لنية، وثمة من يميز بين الالتزام بالاعلام السابق للتعاقد وبين الالتزام بالاعلام التعاقدية، فيؤسس الأول على واجب الشفافية كونه يتعلق بمرحلة إبرام العقد، ويؤسس الثاني على واجب التعاون كونه يتعلق بمرحلة التنفيذ⁽¹⁾.

وقد عرف قانون الممارسات التجارية مسألة الاعلام قبل التعاقد عن طريق مبدا الشفافية في صورة الإعلام بالأسعار، بحيث يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع، ويرتب على مخالفتها غرامات مالية وعقوبات تكميلية صارمة⁽²⁾.

الفرع الثاني

الإفصاح السلبي

الافصاح السلبي أو كما يطلق عليه بالافصاح الكاذب، و هو نقيض الإلتزام بالإفصاح الايجابي الذي غرضه حماية وتنويرا للغير حسن النية سواء في مرحلة العرض والدعوة للتعاقد، أو في مرحلة النشاط أو الانقضاء، وقد يدفع التاجر إلى الكذب في المعلومات المتعلقة بتجارته، لأسباب متعلقة بسعيه لإخفاء وضعية مشروعه المتعثر، أو رغبة منه في كسب المزيد من المتعاملين عن طريق نشر بيانات كاذبة لإغراء الجمهور على الاكتتاب، أو قبول اكتتابات من أشخاص معسرين أو عدم متابعة تأسيس الشركة بلا سبب معقول، أو عدم استيفاء قيمة الأسهم عند الاكتتاب، أو عدم إيداع المبالغ المحصلة من قيمة

(1) مُجّد عماد الدين عياض، مرجع سابق، ص 19.

(2) مهري مُجّد أمين، مرجع سابق، ص 19.

الأسهم في أحد البنوك، أو وجود مبالغة كبيرة مقصودة في تقدير الحصص العينية، خطأ موجب للمسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة لذلك⁽¹⁾.

كما قد يتخذ الإفصاح الكاذب صورة الإعلان عن مشروع وهمي، وتتم هذه الصورة من الكذب من خلال الإعلان من قبل القائمين على المنشأة بذلك، لإيهام الجمهور بوجود مثل هذا المشروع، أو لتحقيق ربح لتحسين أوضاع المنشأة والمركز المالي لها ولا تعد تلك التقارير غاية في حد ذاتها وإنما هي أدوات تهدف إلى توصيل المعلومات من الجهات الملزمة بالإفصاح إلى الجهات المستفيدة منه⁽²⁾.

حيث تضع المعلومة غير الصحيحة الشركة في وضع خاطئ وظاهري يختلف عن الحقيقي فتخلق هنا المعلومة وضعا ظاهريا مناقضا للدور الذي يجب أن تقوم به نظرا لأن تقرير الإلتزام بالإعلام قد وضعه المشرع لتجنب تطبيق نظرية الظاهر التي يصعب على الغير إثباتها، فإنه من الضروري وضع إجراءات صارمة للنشر، وفرض رقابة سابقة لضمان تطابق المعلومة مع حقيقة الشركة.

من بين أخطر المعلومات غير الصحيحة التي تظهر للغير هي تلك المعلومات التي تعتمد الشركة إظهارها تلك المتعلقة بوضعها المالي، فتقوم الشركة بالإعلان عن رأسمال أكبر من رأسمالها الحقيقي لإيهام الغير بملائتها وذلك ليكون الغير على ثقة، فيمنح للشركة ائتمان أكبر لا يتناسب مع وضعها الحقيقي خاصة وأن رأسمال الشركة يمثل أكبر ضمان لحقوق الغير.

ولعل الصورة الثانية التي تتعلق بالوضع المالي، تتمثل في صورة الإفصاح عن توزيع أرباح صورية حسب ما قرره التشريعات المالية في فعلين إجراميين متتاليين، حيث يتمثل الفعل الأول في صورة توزيع أرباح صورية، ثم يأتي الفعل الثاني في صورة المصادقة على هذا التوزيع، وتشتت قوانين الشركات على تحقق هذين الفعلين لقيام المسؤولية، ومن ثم العقاب على مرتكبيها، لذلك لكي تتحقق هذه الصورة من الإخلال يجب أن يصدر قرار من الجمعية العمومية بالمصادقة على توزيع هذه الأرباح بناء على توصيات صادرة من مجلس الإدارة المدرجة، وأن يوضع قرار الجمعية العمومية موضع التنفيذ من قبل مجلس الإدارة⁽³⁾.

فقد يكون الأصل لهذه الأرباح هو جزءاً مقتطعة من رأس المال يوزع على أنه أرباح متحققة للمنشأة، وقد تتحقق الأرباح الصورية من خلال إعادة تقويم جميع أو بعض أصول الشركة التجارية

(1) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 384.

(2) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 306.

(3) راجع: المادة 710 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

فيحتسب الفارق بين هذا التقدير والقيمة المحددة في عقد التأسيس على أنه أرباح بالشكل الذي يعطي الانطباع بازدهارها بينما الحقيقة ليست بهذه الصورة، كما قد يحدث أن تحقق الشركة أرباحا في سنة ما إلا أن أصولها تنخفض في السنة نفسها وحينذاك يجب تعويض هذا الانخفاض في قيمة رأس المال قبل توزيع الأرباح⁽¹⁾.

كما قد يكون الكذب من قبيل صور التدليس، لأن إستعمال طرق احتيالية من شأنها تغليط الشخص المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد، حيث يشترط في التدليس توافر عنصريه، المادي المتمثل في استعمال طرق احتيالية من طرف المتعاقد الآخر، والمعنوي المتمثل في تأثير هذه الطرق الاحتيالية على إرادة المتعاقد فتجعله يبرم عقد لولاها لما أبرمه، فيعتبر استنادا لذلك السكوت العمدي عن بيانات جوهرية في النشاط التجاري، من قبيل التدليس المؤدي إلى ابطال العقد، وهو الحكم الذي يجد مجالا واسعا في حالة إخلال المتعاقد المحترف بالتزامه بتبصير الغير⁽²⁾.

ويحكم المسؤولية في هذه الصورة من الكذب القواعد العامة في قانون العقوبات المتعلقة بجريمة النصب وعلى هذا الأساس تخضع هذه الصورة للعقاب في كافة القوانين العقابية المقارنة⁽³⁾.

كما يمكن للغير التمسك بأحكام قانون الممارسات التجارية، بإعتبار الكذب في البيانات الواجب التصريح بها تعتبر ممارسات تدليسية يعاقب عليها القانون والمنصوص عليها بموجب المادة 24 من القانون 02/04، كما أن نفس القانون عاقب على الاشهار التضليلي الذي يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته. وفي سياق آخر تعتبر القيود التجارية قيود خاصة، تخضع لشرط التسلسل الزمني بمعنى أن التاجر يلتزم بقيد عملياته بتاريخ تحققها، حيث يكون تسجيل أو قيد بيانات عملية مرتبة ومنتظمة زمنيا حسب تاريخ المستندات أو الوثيقة⁽⁴⁾ وهذا ما تطرقت له المادة 11 من نفس القانون المشار إليه سابقا مع جملة أخرى من القواعد من توقيع من طرف القاضي وترقيم للصفحات وعدم وجود أي فراغ أو

(1) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص304.

(2) حاتم مولود، إدراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد03، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2019/10/01، ص 83-84.

(3) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص303.

(4) بلكعبيات مراد، شايغة بديعة، شروط تنظيم الدفاتر التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد05، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2017/01/15، ص140.

الكتابة في الهوامش أو تغيير الصفحات⁽¹⁾ وهذا ما يعرف عنه بشرط " ثبات البيانات في الدفاتر التجارية، وهذا كله حرصاً من المشرع على دقة القيود الواردة في الدفتر⁽²⁾.

لذلك تعد دفاتر الشركة التجارية من المستندات ذات الأهمية الكبيرة في بيان المركز المالي للشركة وأوضاعها الاقتصادية في السوق، وقد تستخدم هذه الدفاتر أداة للكذب على المساهمين الحاليين والمحتملين بغية تحقيق أغراض معينة لدى منظمي تلك الدفاتر،

ونظراً للحجية التي يضيفها القانون على هذا النوع من المستندات، فقد اعتبر الكذب في البيانات الذي تتضمنه نوعاً من الوسائل الاحتمالية التي يعاقب عليها القانون⁽³⁾.

وقد يكون الإفصاح سلبياً في الإجراءات المتعلقة بالتصرف في المحل التجاري، مثاله طلب تطهير المحل التجاري من الديون والإفصاح عن ملائته، حتى يتقي المعارضات أو المزايدات، وفي ميدان آخر، قد يدعي الساحب وجود مقابل الوفاء عند تاريخ استحقاق السفتجة غير أن الحامل يصطدم بعدم قبول الوفاء من طرف المسحوب عليه لعدم وجود مقابل الوفاء، هذا الكذب الذي يؤدي إلى عملية الرجوع المصرفي وتهديد الثقة والائتمان في المعاملات التجارية.

ولا يبرر مسألة السرية، الكذب في المعلومات تجاه الغير، بالرغم من أن الظاهر أن مصلحة التاجر قد تتعارض مع الإفصاح، إلا أن هذا القول فيه مغالطة، فهما حقين متلازمين، فحق التاجر في الحفاظ على مصلحته بالاحتفاظ بالمعلومات السرية، وحق الغير في الإطلاع على المعلومات ليس بينهما تنافراً وتضاداً فالحقيقة والواقع يؤكدان عكس ذلك، بل إن أحدهما يكمل الآخر، فحماية المصلحة العامة هي من المبادئ التي يقوم عليها حظر الإفصاح عن المعلومات السرية والضرر الذي يسببه وصول أي معلومة إلى المنافسين يدخل فيه الضرر⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة 11 القانون التجاري المعدل والمتمم على ما يلي: "بمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش وترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد".

(2) بلكعبيات مراد، شايقة بديعة، مرجع سابق، ص 141.

(3) جمال عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 309.

(4) المرجع نفسه، ص 203.

المطلب الثاني

الإلتزام بالقيد والإشهار القانوني

يفرض القانون القيد والإشهار القانوني المعاملات التجارية في مختلف مراحلها، حتى يتسنى للغير الوقوف على مصالحه وخياراته، لذلك فهما يمثلان الوجه العملي لمظهر الاعلام، سنقف على كيفية ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أحكام القيد التجاري

نظم المشرع كيفية واجراءات القيد لمختلف المعاملات التجارية حماية للغير سواء كانت بطريقة تقليدية، أو الكترونية.

أولاً: إجبارية القيد وأهميته

إشترط المشرع الجزائري قيد المعاملات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وأشار إلى هذا الإلزام في عديد النصوص القانونية المنظمة لمختلف هذه الأحكام، ويقصد بالقيّد، تلك العملية التي قد تستهدف الإعلان عن مجموعة من البيانات التي يوجب و/ أو يجيز المشرع للقائم بالنشاط التجاري نشرها بصفة أولية، أو الإعلان على ما يطرأ عليها من تغييرات لاحقاً، أو أن تستهدف تأكيد استمرار الشخص المقيد في ممارسة نشاطه التجاري، كما قد تستهدف أخيراً الإعلان عن توقف الشخص المقيد عن ممارسة نشاطه التجاري فالقيود في السجل التجاري لا تخرج بذلك عن هذه الصور الأربعة؛ التسجيل، التعديل، التجديد، الشطب⁽¹⁾.

وهناك قيد رئيسي وهو أول قيد في السجل التجاري يقوم به التاجر (شخص طبيعي أو اعتباري)، يخص نشاطاً اقتصادياً خاضعاً للتسجيل في السجل التجاري. عملياً، يرمز لكل نشاط إقتصادي أساسي بترميز يحمل تعيين ومحتوى النشاط الوارد في مدونة الأنشطة الإقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري. إضافة إلى ممارسة هذا النشاط الأساسي، بإمكان التاجر إضافة نشاطات أخرى تقيد في مستخرج السجل التجاري بشرط توفر مبدأ التجانس، يترتب عن هذا القيد الرئيسي، منح رقم للسجل التجاري يسري مدى حياة الشخص الطبيعي أو الحياة الإجتماعية للشخص الاعتباري، تطبيقاً لمبدأ

(1) علي فتاك، مبسوط القانون التجاري الجزائري في السجل التجاري - دراسة مقارنة، دار بن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 82.

وحدانية السجل التجاري⁽¹⁾ وقيد ثانوي، فوفقا لأحكام المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المؤرخ في 2015/05/03 ، الذي يحدد كفيات القيد ، التعديل والشطب في السجل التجاري، هو كل قيد يتعلق بأنشطة ثانوية يمارسها كل شخص طبيعي أو معنوي ويمثل امتداد للنشاط الرئيسي و/أو ممارسة أنشطة تجارية أخرى متواجدة بإقليم ولاية المؤسسة الرئيسية و/أو ولاية أخرى⁽²⁾.

ويقصد بالتسجيل، تلك العملية التي تستهدف الإعلان عن مجموعة البيانات التي يوجب و/أو يميز القانون للخاضع قيدها في السجل التجاري بصفة أولية بمناسبة قيده لمؤسسته التجارية، وهدف طلب التسجيل، التعديل، التحديد- إعادة القيد أو الشطب، وبصرف النظر عن طبيعة القيد المقصود⁽³⁾.

وتتفاوت درجة الأثر القانوني بينها، فالقيد في الشركات التجارية يكسبها الوجود القانوني والشخصية المعنوية تجاه الغير والقانون، حيث تنص المادة 548 القانون التجاري أنه: "يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة".

وعليه يعد ركنا مهما وجوهري لا يمكن الاستغناء عنه وكذلك من أجل تمكين الشركة من ممارسة نشاطاتها واكتسابها للشخصية المعنوية لابد لها من قيد حيث يعتبره المشرع أساسا للقيام بالتصرفات القانونية وان أي عمل تقوم به قبل القيد لا يحتج به إتجاه الغير⁽⁴⁾.

أما النشاطات التي يشترط فيها القيد أهمها، المحل التجاري، فتخلف القيد يبطل التصرفات الواردة عنه وهذا ما أقرته المادة 97 ق ت بحيث ألزمت قيد البيع في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ عقده وإلا كان باطلا، وتبقى المهلة سارية ولو في حالة صدور الحكم بإعلان الإفلاس.

إضافة إلى ذلك يلزم القانون بأنه يجب على البائع أو الدائن المرتهن أن يقدم عند إجراء قيد إمتياز إلى مأموري السجل التجاري أما بأنفسهم أو بواسطة الغير نسخة من النسخ الأصلية لعقد البيع أو سند

(1) راجع: موقع رسمي للمركز الوطني للسجل التجاري متاح على الرابط: <https://sidjilcom.cnrc.dz>، تاريخ الاطلاع 2023/01/08، ساعة الإطلاع 23:00.

(2) المرجع نفسه

(3) علي فتاك، مرجع سابق، ص 82.

(4) بن صاري رضوان، مرجع سابق، ص 42.

منشئ للرهن الحيازي أو نسخة منه إن كان الأصل موجودا، ويحتفظ بعقد البيع أو الرهن الحيازي في المركز الوطني للسجل التجاري⁽¹⁾.

كما يرفق به جدولان محرران على ورقة غير مدموغة يحدد شكلها بقرار من وزير العدل، حامل الأختام، ويتضمنان ما يلي :

1- اسم البائع والمشتري أو الدائن ومالك المحل التجاري إن كان أجنبيا عنهما مع ذكر ألقابهم وعناوينهم ومهنتهم إن كانت لهم مهنة،

2- تاريخ السند ونوعه،

3- أثمان البيع على وجه التفصيل بالنسبة للمعدات والبضائع والعناصر المعنوية للمحل التجاري، مع الإشارة كذلك إلى الأعباء المالية المترتبة عليه بعد تقديرها إذا كان لها محل أو مبلغ الدين المحدد في السند والشروط المتعلقة بالاستحقاق،

4- تعيين المحل التجاري والفروع التابعة له إن كان لها محل، مع البيان الدقيق للعناصر التي يتكون منها والتي يشملها البيع أو الرهن الحيازي مع ذكر نوع العمليات التي يباشرها المحل وفروعه والمكان الذي به مركز كل منها، دون الإخلال بجميع الإرشادات التي من شأنها التعريف بها، وإذا كان البيع أو الرهن الحيازي يتناول عناصر أخرى غير عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن فيجب ذكرها بالتفصيل،

5- اختيار محل الإقامة للبائع أو الدائن المرتهن في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري وإذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج، فيجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان تجاه الغير والبيوع والتنازلات أو الرهون بشمول البيع براءات الاختراع والرخص والعلامات التجارية والأشكال والنماذج الصناعية.

وتبقى براءات الاختراع التي شملها التنازل عن المحل التجاري خاضعة فيما يخص طرق انتقالها إلى القواعد التي يقررها التشريع الساري المفعول⁽²⁾، على أن يسلم مأمورو السجل التجاري للطالب نسخة

(1) راجع المادة 98 ق ت ج.

(2) راجع: المادة 99 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

من السند مع أحد الجدولين المنصوص عليهما في المادة 98 بعد التأشير عليهما، إثر استلامهما بما يفيد القيد المتضمن تاريخه والرقم الذي تم بموجبه، ويحتفظ بالمركز الوطني للسجل التجاري بالجدول الباقي المتضمن لنفس البيانات ويذكر مأمورو السجل التجاري في هامش القيود عمليات الأسبقية والحلول والشطب الكلي أو الجزئي الناتجتين عن العقود الرسمية، كما أن المادة 103 تقضي أن يحفظ القيد الامتياز لمدة عشر سنوات من تاريخه، ويشطب تلقائياً إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المهلة على أن يشطب القيد سواء كان بموافقة الأطراف المعنية إذا توفرت لديهم الأهلية المطلوبة لإجرائه، أو بمقتضى حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به وفي حالة انقضاء أسباب القيد فإن الشطب في هذه الحالة يمكن أن يتم من طرف مأموري السجل التجاري وذلك بمقتضى أمر صادر في ذيل عريضة، بعد استدعاء الأطراف.

ومنه يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستعمل في نطاق دائرته المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي.

على أن يجري القيد وجوباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان ويجوز لكل ذي مصلحة وإن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان⁽¹⁾.

وفي حالة نقل المحل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدون في المحل المختار خلال خمسة عشر يوماً من قبل وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه.

ويجب على البائع أو الدائن المرتهن في خلال ثلاثين يوماً التالية لعلمه بالنقل أن يعمل على التنصيب بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه المحل التجاري والعمل كذلك وإذا تم نقله إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى، على نقل قيده الأول في تاريخه الأصلي بسجل المحكمة التي نقل إليها وبيان مركزه الجديد، وفي حالة إهمال الإجراءات المقررة أعلاه، يمكن أن يسقط حق إمتياز الدائن المقيد إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بغير المتعاقدين الذين وقع تغليطهم في الوقف على الحالة القانونية للمحل التجاري⁽²⁾.

(1) راجع: المواد 120-121 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المواد 123 من نفس المصدر.

وبالرجوع إلى إلزامية إعلام المستهلك المنصوص عليها في هذا القانون، نجد بأن المشرع ألزم كل عون إقتصادي بأن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بكل الوسائل الملائمة وعلى رأسها الوسم والعلامات، ويجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان المنتج وكل المعلومات الأخرى المنصوص عليها في التنظيمات باللغة العربية مع إمكانية استعمال لغة أخرى لتيسير الفهم للمستهلكين، وأن يتم التحرير بطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها ويعتبر المشرع الجزائري الإعلام من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل، إلا أنه يمتاز بالإلزامية عكس الإشهار الذي هو اختياري⁽¹⁾.

ثانيا: التسجيل الإلكتروني "الفكرة والتطبيق"

قدمت العديد من التشريعات الإلكترونية تعريفا للسجل الإلكتروني، نذكر أهمها: القانون الموحد للإثبات الإلكتروني الكندي بأنه: "البيانات التي يتم تسجيلها أو تخزينها على وسائط أو بواسطة نظام كمبيوتر، أو أي مخرجات أخرى من هذه البيانات"

حيث أعتبر السجل التجاري الإلكتروني كمشروع وكبند من بين بنود الاتفاقية، التي تم تنفيذها في برنامج الحكومة الإلكترونية الجزائرية وكآلية حديثة في مسار التنمية الإجتماعية والاقتصادية، يسمح بمنح مكانة متنامية لقطاع التجارة وقطاع تكنولوجيا الإعلام والاتصال على حد سواء، وقد تم الاتفاق على تنفيذ مشروع السجل التجاري الرقمي، ودخل حيز التنفيذ على مستوى الجزائر العاصمة في شهر مارس 2014 بعد أن تم إعداد هذا المشروع من طرف وزارة التجارة والمركز الوطني للسجل التجاري بالتنسيق مع وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام، وبعد أن تم تعديل المادة 5 من قانون رقم 04/08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/13 لتنص المادة 5 مكرر الجديدة منه على إمكانية القيد في السجل التجاري إلكترونيا⁽²⁾.

(1) راجع: المادة الرابعة من قانون الممارسات التجارية.

(2) حساين سامية، القيد في السجل التجاري الرقمي أحد بنود وإنجازات الحكومة الإلكترونية في الجزائر، مجلة إدارة، المجلد 23، عدد 01، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة بجريدة، الجزائر، 01/06/2016، ص 65.

إن التحول للسجل التجاري الإلكتروني، هدفه تسهيل عملية استخراج سجل تجاري للشباب، مع ولوج عالم الرقمنة الاقتصادية، وتطوير النشاط التجاري بما يتماشى مع التطورات العالمية الجديدة، وإضفاء الشفافية على المعاملات وأنّ هذا المركز يعمل على تبسيط الإجراءات الإدارية، لاسيما من خلال الاكتفاء بعقد الإيجار كوثيقة واحدة ضمن التسجيل التجاري أو عقد الملكية في الأنشطة القارة، وبطاقة التعريف في الأنشطة المتنقلة إضافة إلى إسقاط شهادة الميلاد وصحيفة السوابق العدلية من ملف القيد أو تعديل السجل التجاري⁽¹⁾.

لكن كان الأجدر بالمشروع القيام بالتعديل الخاص بالسجل التجاري الرقمي، على مستوى القانون التجاري لاسيما المادة 19 و 21 من القانون التجاري الجزائري، بالإضافة إلى ضرورة تعديل تنظيم آخر لاسيما مرسوم تنفيذي رقم 06 / 222 المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 21 يونيو سنة 2006، الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه وبهذه الصورة سيتم تحقق التناسب بين كل الأحكام الأساسية والمتعلقة بالموضوع⁽²⁾.

ويوفر السجل التجاري الإلكتروني بالإضافة إلى الأدوار التقليدية، ميزات أكثر فعالية تتلخص أهمها في ميزتين:

1- القضاء على السجلات التجارية الوهمية أو المزورة

حيث أن بعض التجار ومنهم كبار المستوردين يلجؤون إلى استخدام سجلات تجارية مزورة، حيث تحمل أسماء أشخاص أموات وأخرى باسم مجانين، وعند إحالة هؤلاء التجار أو المستوردين على العدالة بتهمة التهرب الضريبي أو الاحتيال، ينفذون من العقاب بسهولة، وهو ما يجعل السجل التجاري الإلكتروني وسيلة ردع فعالة ضد هؤلاء المتحايلين⁽³⁾.

2- رقمته ملفات التجار وتطهيرها

(1) عادل عامر، أهمية تحويل السجل التجاري إلى منصة إلكترونية إقتصادية، المجلة الإلكترونية "دنيا الوطن"، فلسطين - متاحة على الرابط : <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2020/03/05/515276.html>، تاريخ النشر: 2020/03/05، تاريخ الإطلاع 2023/01/08، ساعة الإطلاع: 22:53.

(2) حساين سامية، مرجع سابق، ص 92.

(3) عادل عامر، مرجع سابق.

تنشأ بطاقة وطنية على مستوى السجل التجاري، تضم قائمة التجار المسجلين على مستوى الوطن ومن خلال السجل التجاري الإلكتروني يمكن التحقق من هوية التجار المتعاملين معهم والتعرف عن التاجر الحقيقي عن غيره في إطار شبكة وطنية تضم مسجلين عبر النت والذين لهم رقم للسجل التجاري حسب المعايير الخاصة التي يتم ضبطها، وهي وظيفة تسمح برقمنة ملفات التجار الذي يفوق عددهم مليون و600 ألف تاجر على المستوى الوطني، ويؤكد توجه الدولة الجزائرية نحو رقمته الإدارة⁽¹⁾ في الإجراءات التجارية، حرص القائمين على قطاع التجارة في تحسين الخدمات الرقمية لهذا القطاع وتحقيق أهداف الحكومة الإلكترونية⁽²⁾.

إن السجل التجاري الإلكتروني "سيساهم في القضاء على السجلات التجارية الوهمية أو تلك المزورة" مبرزا أن "الرقمنة هي السبيل نحو تطور النشاط التجاري وإضفاء الشفافية على المعاملات التجارية"⁽³⁾.

ودائما وفي إطار الحكومة الإلكترونية وباخضاع النشاط التجاري للمجهر الإلكتروني وضع المشرع تحت تصرف التاجر إضافة إلى السجل التجاري الرقمي رقم التعريف الضريبي، وذلك من أجل أن يكون دائما متصلا الكترونيا بالإدارة العمومية بداية من ممارسة النشاط إلى غاية الانتهاء منه، حيث خلال هذه الفترة لا بد على التاجر أن يخضع لالتزاماته بمجرد بداية النشاط، فعلى غرار حصوله على الدفاتر التجارية عليه أن يدفع الضرائب وحتى لا يفلت التاجر من مصالح الضرائب يتقدم ويطلب رقم

(1) للإشارة الإدارة الإلكترونية هي وسيلة لرفع أداء وكفاءة الحكومة وليست بديلا عنها ودورها هو الوصول إلى إدارة بلا ورق وأنها تستخدم المستندات الإلكترونية بما في ذلك الأرشيف الإلكتروني، والأدلة والمفكرات الإلكترونية والرسائل الصوتية وهي إدارة بلا مكان وتعتمد أساسا على الهاتف المحمول وهي بلا زمان حقيقي 24 ساعة، وقد فرض اللجوء إلى الرقمنة التقدم العلمي والتقني والحاجة إلى التكامل والمشاركة وكذا السرعة والانتشار لتحقيق جودة المخرجات وضمان سلامة العمليات، من خلال تعزيز التنافسية واستغلال الفرص المتاحة، للتوسع أكثر في الإدارة الإلكترونية راجع: ليليا عين سوية، عبد القادر مخلوب، مساعي الجزائر في تجسيد التجارة الإلكترونية ورقمنة الإدارة، مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والإنسانية، المجلد 02، العدد 06، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بلجلفة، الجزائر، 01/03/2020، ص 310.

(2) الحكومة الإلكترونية حتى لا تختلط علينا المصطلحات هو مرادف لمصطلح الإدارة الإلكترونية وتحملان نفس المفهوم، حيث تعرف الحكومة الإلكترونية أنها: "إستخدام الأنترنت لإرسال المعلومات وتقديم الخدمات الحكومية للمواطنين في أي وقت، باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحسين أسلوب أداء الخدمات الحكومية، بتغيير أسلوب أداء الخدمة من أسلوب روتيني وبيروقراطي، إلى أسلوب إلكتروني يوفر خدمة أسهل وأسرع للمواطن"، للتوسع في الموضوع أكثر راجع: بغداوي جميلة، ميسومي الجيلالي، بوكرشاوي إبراهيم، إستراتيجيات التحول إلى الحكومة الإلكترونية مع الإشارة إلى تجربة نيويورك الدولية، مجلة دراسات في التنمية والمجتمع، المجلد 05، العدد 01، الصادرة عن جامعة حسينية بن بوعليل شلف، الجزائر، 01/06/2018، ص 5.

(3) وكالة الأنباء الجزائرية، خبر بعنوان "السجل التجاري الإلكتروني سيساهم في القضاء على السجلات التجارية الوهمية"، يوم الإثنين 14/09/2020 على الساعة 18:43، متاحة على الرابط <https://www.aps.dz/ar/economie/92214-2020-09-14-17-56-35>، تاريخ الإطلاع 23:00، 05/01/2023.

التعريف الضريبي وإن كان منح هذا الرقم في بداية الأمر وفي مرحلة أولى كان خلال عام 2007 للشركات الكبرى، أصبح اليوم في متناول كل شخص يندرج في القائمة المحددة من وزارة المالية والمتمثلين في كل شخص معني من الضريبة⁽¹⁾.

وقد قام المركز الوطني للسجل التجاري بدمج في مستخرج السجل التجاري رمز مؤمن، إذ يسمح هذا الرمز بتأمين مستخرج السجل التجاري وإثبات مصداقيته وكذا المراقبة على الخط للمعطيات، وتتم قراءة الرمز المؤمن بواسطة قارئ السجل التجاري الإلكتروني وهو عبارة عن تطبيق يثبت على الأجهزة المزودة بنظام التقاط الصورة (هواتف ذكية، لوحات إلكترونية....)، هذا القارئ يمكن من قراءة وإثبات المعلومات الخاصة بالسجل التجاري على الخط (ضرورة وجود الربط بالإنترنت)⁽²⁾.

الفرع الثاني

الإشهار القانوني وسيلة الغير نحو المعلومة

يعكس الاشهار استعداد التاجر للتعامل بحسن نية وفقا لإجراءات مسطرة قانونا وفي مواضع معينة (أولا)، ولقد واكب المشرع الانشطة الإلكترونية التجارية ولم يستثنها من الزامية الاشهار (ثانيا).

أولا: أحكام الإشهار القانوني

يقصد بقواعد الإشهار "الإجراء القانوني الذي يتم من خلاله إعلام الغير بالتصرفات أو الوقائع التي تم إنجازها، وهو الإعلام الذي يعتبره المشرع شرطا أساسيا ويتعلق على وجوده والقيام به، إمكانية التمسك بالتصرف في مواجهة الغير"⁽³⁾.

كما يعد الإشهار إطار تنظيمي للإعلام والإخبار، بالنسبة للتاجر والمتعاملين معه إلا أن ظهور عدة مصطلحات في مجال الإشهار منها الإيداع، النشر، الإعلان، التسجيل أو القيد، تثير اللبس والغموض بشأن تحديد مفهوم الإشهار القانوني، إذ يعد الإشهار عموما فكرة جامعة لمختلف الوسائل التي بواسطتها الخبر إلى الغير الإشهار عن طريق النشر بالنسبة للشركة التجارية مصدرا أساسيا للحصول على المعلومة، وهو يتعلق بالأساس بالتعريف بالشركة وانبعائها للوجود وظهورها للعيان، كما يعبر عن

(1) حساين سامية، مرجع سابق، ص 96-97.

(2) بوابة " سجل كوم " متاحة على الرابط:

التاريخ الزيارة https://sidjilcom.cnrc.dz/ar/news?p_auth=B9bJxO8K&p_p_id=lecteurce_portlet_WAR_lecteurce

2023/01/01، تاريخ الإطلاع 20:30.

(3) بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 212.

جملة من الشكليات المفروضة قانونا بهدف إعلام الغير بوجود الشركات التجارية وتجميع المصالح الاقتصادية وإحاطتهم علما بخصائصها، إذ أن الإعلام يؤمن للغير خاصة منهم المزودين والدائنين الاحتكاك بالشركة ووضع الثقة في الشخص المعنوي اعتبارا لكون الغير، المحاط علما بوضعية الشركة يصبح غيرا متنبها للشركة التي يتعاقد معها⁽¹⁾.

وقد عرف المشرع الإشهار القانوني في المادة 12 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم "يقصد بالإشهار القانوني، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات وكذا العمليات التي تمس راس مال الشركة... وكذا الحسابات الإشهارات المالية... كما تكون موضوع إشهار قانوني صلاحيات هيئات الإدارة أو التسيير وحدودها ومدتها"... فلا يقتصر الإشهار القانوني على الإعلام بوجود الشركة بل يتعين أن ينصب كذلك على كل العقود والتصرفات والوثائق الصادرة عنها.

وكان المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، يأمر بتكليف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بحسب المادة 01 منه، كما أضافت المادة 02 أن النشرة الرسمية للإعلانات القانونية يجب أن تحتوي على البيانات التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما، وحددت المادة 03 منه أربع مجموعات تخضع للنشر والإعلان تضمنت المجموعة الأولى "عقود تأسيس الشركات والتغييرات والتعديلات، والعمليات التي تشمل رأس مالها ورهون الحياة، وتأجير التسيير وبيع المحلات"⁽²⁾.

كما توضحت عملية الشهر القانوني أكثر بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 136/16 الذي يحدد كفاءات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية توضحت كيفية الإشهار القانوني، التي تستخلص من الوثائق والمستندات الرسمية، حيث ألزم المشرع الأشخاص المعنوية بإدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بصفة منتظمة، وكلما كان ذلك

⁽¹⁾ سالمى وردة، حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة التجارية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بتبازة، الجزائر، 13/01/2017، ص 44.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 18/02/1992، يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 18/02/1992.

ضروريا، وتتضمن النشرة الرسمية للإعلانات القانونية كل العقود التأسيسية للشركات، والتحويلات، والتعديلات، والعمليات المتعلقة برأسمال الشركة ورهون الحيازة، وتأجير التسيير، وبيع المحال التجارية⁽¹⁾.
فالإشهار والقيود إجراءان متلازمان إجباريان يتم كل منهما على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري، إلا أن لكل إجراء منهما غايته، فالإشهار يستهدف إطلاع الغير، بالوقائع والتصرفات التي تم إنجازها ويعلق على وجوده والقيام به إمكانية التمسك بالتصرف، أما القيد فيستهدف الاعتراف للشخص الطبيعي أو المعنوي بالأهلية في مواجهة الغير لممارسة التجارة مما يسمح بالتنظيم داخل فئة التجار، إلا أن المشرع أقر عدم الاعتداد بالقيد إلا بعد التأكد من القيام بالإشهار، وذلك بعد مرور يوم كامل على النشر القانوني، لكنه ألغى هذا الأمر المتعلق بعدم الاعتداد بالقيد بعد تعديله للمادة 11 ف2 من القانون 06/13 و المادة 4 من القانون 04/08⁽²⁾.

ويقصد بالتصريحات تلك الطلبات التي يتم تحريرها عادة على استثمارات خاصة، تعدها جهة السجل التجاري، ويتم تضمينها البيانات التي يتطلبها القانون، فإن هذه التصريحات يشترط فيها احترام الضوابط التالية:

- أن يتضمن الطلب بيانات معينة.
- أن يتم نقله خلال الميعاد المحدد.
- أن يتم تقديمه إلى جهة السجل التجاري المختصة.
- أن يتم تقديمه من قبل الشخص المؤهل قانونا⁽³⁾.

وبعيدا عن أحكام الشركات فالإعلان الذي ذكره المشرع بأنه كل تنازل عن المحل التجاري يجب إعلانه خلال خمسة عشرة يوما من تاريخه يسعي من المشتري تحت شكل ملخص، أو إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري، وجب إعلانه خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ التصرف وذلك بسعي من المشتري، و يتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري ويجب تسجيل العقد وإلا كان باطلا⁽⁴⁾.

(1) المرسوم تنفيذي رقم 136/16 مؤرخ في 25 /04/ 2016 يحدد كفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2016/05/04.

(2) سالمي وردة، مرجع سابق، ص 45

(3) علي فتاك، مرجع سابق، ص 106.

(4) المادة 83 ق ت ج .

ويجب أن يشتمل ملخص الإعلانات تحت طائلة البطلان حسب المادة 83 فقرة 2 و3 من القانون التجاري على ما يلي:

- تواريخ و مقادير التحصيل و رقمه .
- تاريخ و رقم الإيصال الخاص بالتصريح البسيط.
- المكتب الذي تمت فيه العملية.
- تاريخ العقد.
- اسم ولقب كل من المالك الجديد والمالك السابق وعنوانهما ونوع المحل التجاري ومركزه والتمن المشروط والتكاليف والتقدير المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل.
- تبيان المهلة المحددة للمعارضة.
- ويحدد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة من قراراتها⁽¹⁾.

كما ويعد الإشهار صورة من صور الشكلية، بحيث لا يمكن للتصرفات القانونية في العديد من الحالات أن تنتج أثرها بين المتعاقدين أو حتى في مواجهة الغير إلا من خلال تسجيلها في السجل التجاري، فالشهر القانوني للبيانات المتعلقة بالتاجر تعد الوظيفة الرئيسية لإقرار نظام السجل التجاري ويفرض على التاجر أن يبين في مراسلاته وفواتيره وكافة الوثائق التجارية المعدة للغير رقم التسجيل ومكانه في السجل التجاري⁽²⁾.

ويهدف المشرع من وراء إلزام البائع بذكر كافة هذه البيانات إلى حماية المشتري و تدعيم الثقة في عالم التجارة، إن ذكر هذه البيانات يعتبر أمراً إجبارياً نظراً لجوهريتها، لذا يجب متابعة البائع كلما كتم عن المشتري أمراً هاماً في وضعية المتجر لأن الكتمان يعتبر تدليسا⁽³⁾.

وبالعودة إلى الشركات فبالنسبة لشركة المساهمة، أكد المشرع على إجراء الإيداع لدى المركز الوطني للسجل التجاري، حيث يكون لدائي الشركة حق المعارضة في أجل 30 يوماً من الإيداع ، إلا أنه لم تأت أي إشارة لكيفية النشر ورتب المشرع مباشرة الجزاء الجنائي، وبالرغم من أن إجراء إيداع المحاضر المتعلقة بالمداولات لدى المحكمة المختصة بكونه يعزز ضمانات الغير الإجرائية، لكن عدم التصريح

(1) منصور داود، مرجع سابق، ص 431.

(2) خالد أبو طه، أحمد حسنية، مرجع سابق، ص 114.

(3) منصور داود، مرجع سابق، ص 430.

بوجوب إشهاره يعتبر فراغ تشريعي، لكن يمكن أن نستنتج بأن المشرع يفترض أن عملية الإيداع تمثل بمثابة إعلان للغير نظراً أن الجهة التي تتم فيها هي المحكمة⁽¹⁾

فالقانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ينص على أن تكون الإشهارات القانونية أيضاً موضوع إدراج في الصحافة الوطنية المكتوبة أو أية وسيلة ملائمة وعلى عاتق ونفقة الشخص الاعتباري⁽²⁾. فيكون على الشركة أن تنشر على نفقتها ما يجب نشره وبالوسيلة التي تراها ملائمة لها، والغرض من ذلك حماية المتعاملين من التضخيم أو الاخفاء للوضعية القانونية الصحيحة للتاجر⁽³⁾.

فالنشر وحده كفيل بإعلام الغير بتعديل رأسمال الشركة، لكن فيما يتعلق الأمر بقرار تخفيض رأس المال، فالمشرع نص مباشرة على العقوبة الجزائية المترتبة في حالة إغفال إجراء نشر القرار، يفهم من ذلك بأن الالتزام بالنشر بصفة مفترضة، واستناداً أيضاً لأن المشرع قد نص بأن كل العقود التأسيسية والتعديلية المتعلقة بالشركات التجارية يجب أن تكون محل نشر قانوني .

أما بالنسبة للغير فيما يتعلق بالاندماج، فلا يرتب عقد الاندماج أثره إلا من تاريخ آخر إجراء من إجراءات الشهر، وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بان اتخاذ إجراءات الشهر المقررة في شأن الشركات التجارية يعتبر قرينة قانونية على علم الغير بما ورد عليه الشهر ومن ثم تعتبر الشركة المندمجة غير قائمة بمجرد شهر انقضائها، إلا أنه إذا استمرت الشركة المندمجة بعد شهر انقضائها في مباشرة نشاطها الصناعي أو التجاري في الواقع فانه يجوز للغير التمسك بوجودها كشركة واقعية إذ لا يكفي شهر الاندماج في هذا الفرض لتجاوز هذا الوضع الواقعي وعلى ذلك يجوز إخضاع الشركة المندمجة كشركة واقعية لنظام الإفلاس على الرغم من شهر انقضائها في السجل التجاري⁽⁴⁾.

كما يمكن أن يستند الغير هنا في هذه الحالة بالقواعد العامة وماتوفره من حماية بموجب أحكام التعويض.

(1) انظر المادة 713 ق ت ج .

(2) راجع القانون 08-04 المتضمن قانون الأنشطة التجارية المعدل والمتمم.

(3) Krieb – Verbaere. Catherine ، Les obligations d'information dans le droit penal des affaires ، R. T. D، Paris 1999، P 596.

(4) بن صاري رضوان، مرجع سابق، ص 47.

كما أن أثر التزام الشركة التجارية بالإشهار القانوني لأنه لا يفترض في الغير علمهم بالتصرف أو العمل المتعلق بالشركات التجارية إلا من يوم إشهاره وفق الشكل المطلوب قانوناً، فيبدأ سريان الإشهارات القانونية التي يقوم بها الشخص الاعتباري تحت مسؤوليته وعلى نفقته، بعد يوم كامل ابتداء من تاريخ نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية⁽¹⁾.

إن قيام الشركة التجارية بالإشهار اللازم للمعلومة لا يعني بالضرورة أن الغير قد علم بها، كما أن قيامها بالإعلام لا يعني أن المعلومة التي وجهت للغير تمثل الوضع الحقيقي للشركة، بالتالي فإنه بالإضافة لضرورة وجود نظام إشهاري ناجح لتحقيق الحماية لا بد أن تكون المعلومة صحيحة، لأن عدم مطابقتها للحقيقة يجعل الغير يعتقد أوضاع خاطئة عن الشركة فيتصور وضع لا يمثلها، وهنا كذلك يصبح للمعلومة دور مناقض لدورها في أنها تعبر عما يجب الغير معرفته لضمان حقوقه.

وعليه لا بد من إيجاد وسائل نشر خاصة بالشركات التجارية كما لا بد من البحث عن طرق حديثة لضمان وصول المعلومة، واستحداث جرائد متخصصة في مجال الإعلانات التجارية عوض الجرائد اليومية، إلى جانب إمكانية استحداث موقع إلكتروني خاص بالشركات التجارية يتم الإعلان من خلاله عن كل ما تقوم به الشركات التجارية.

وبالحديث مجدداً عن المحل التجاري، حيث أن رهن المحل التجاري أمر لازم حتى يتمكن الغير من العلم بما يثقل المحل من رهون أو أي حق عيني آخر، ويتم الشهر وفقاً لهذا النص في السجل الخاص المخصص لذلك بمكتب السجل التجاري بالمحافظة أو المديرية التي يقع في دائرتها المحل التجاري⁽²⁾.

أما مسألة فسخه نصت عليها المادة 115 ق.ت على أنه: "كل فسخ قضائي أو صلحي للبيع ينشر من الطرف الذي حصل عليه، وذلك حسب الشروط المقررة للبيع نفسه خلال الخمسة عشرة يوماً التي تلي التاريخ الذي يصبح فيه الفسخ نهائياً" وفي سياق مماثل، الزم القانون أن يجر كل عقد تسيير في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية، ويتعين على المؤجر أما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل تقيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير، وينتهي تأجير التسيير بنفس الإجراءات التي تم بها النشر.

(1) حسامي وردة، مرجع سابق، ص 50

(2) محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 63.

أما فيما يخص النشر من خلال المادة 248 من القانون التجاري التي نصت على: "يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المندمجة أو المستوعبة ويكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية".

وفي نهاية النشاط التجاري، حرص المشرع على إعلام الدائنين بعملية التصفية لما في ذلك من أهمية بالنسبة لهم نظرا للمخاطر التي قد يواجهها الدائنين جراء تجاهل إشهار التصفية، حيث أنهم يواصلون التعامل كأن النشاط لا يزال موجودا خاصة عند عدم بروز مظاهر انتهائه، ويظهر ذلك في الشركات التجارية، حيث تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية والاحتفاظ بصلاحياتها، رغم أنها تفقد حرمتها في استغلال نشاطها بسبب دخولها في مرحلة التصفية، وانتهاء سلطات الشركاء والمسيرين فيها وحلول المصفي ممثلا للشركة، إلا أنه من المهم إعلام الغير بذلك حماية لأموال الشركة⁽¹⁾.

كما أنه مهم جدا أن يكون القيام بعملية نشر قرار تعيين المصفي أو المصفين هو أول عمل يقومون به، ذلك لأنه بالشهر يمكن الاحتجاج على الغير بأعمال التصفية، وتمكين الغير من معرفة الوضعية القانونية التي آلت إليها الشركة⁽²⁾.

وقد نصت المادة 767 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "ينشر أمر تعيين المصفين مهما كان شكله في أجل شهر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية للولاية التي يوجد بها مقر الشركة".

وما يمكن ملاحظته في هذه المادة أن كلمة ينشر جاءت مبنية للمجهول فلم يتم تبين الشخص الذي يقوم هذه العملية، بل تركت ذلك إلى نص المادة 768 من القانون التجاري التي تنص على أنه: "يقوم المصفي أثناء تصفية الشركة وتحت مسؤوليته بإجراءات النشر الواقعة على الممثلين لقانونيين للشركة".

وأن إغفال المصفي عن إجراء عملية النشر هاته وفي غضون شهر واحد منذ تعيينه تجعله مسؤولا جزائيا وفق نص المادة 838 من القانون التجاري⁽³⁾.

(1) أنظر المادة 766 ق ت ج .

(2) فوزي مجّد سامي، مرجع سابق، ص 76-78.

³ جاء في المادة 883 بأنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مصفي الشركة: "الذي لم يقم عمدا في ظرف شهر من تعيينه بنشر الأمر المتضمن تعيينه مصفيا...".

ويجب أن يتم نشر قرار تعيين المصفي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وزيادة على ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية للولاية التي يوجد بها مقر الشركة ويجب أن يتضمن أمر التعيين هذا وجوبا نشير هنا ألا أثر لمعارضة الغير إلا بالنسبة للأعمال التي أوجب المشرع إشهارها والتي جعلها المشرع موضوع نشر، وهنا يزول أثر هذه المعارضة بمجرد المبادرة بالشهر القانوني، حيث لا يمكن للشركة الاحتجاج على الغير بالحل والتصفية إلا من يوم شهرها بالطرق القانونية، وعلى من يدعي علم الغير عن طريق وسائل أخرى أن يثبت ذلك أمام المحكمة⁽¹⁾.

عندما يتولى المصفي تصفية الشركة، ويعتبر وكيلا عنها، خلال مدة التصفية، ومهمته تنحصر في المحافظة على أموال الشركة، ويتولى المصفي جرد الأصول والخصوم للشركة ويستوفي ما لها من حقوق تجاه الغير وإذا كانت هنالك حصص لم تسدد للشركة كامل قيمتها من الشركاء فعليه مطالبتهم بتسديدها، وإذا أشهر افلاس الشركة أثناء تصفيتها، يتوقف المصفي عن أعماله ولكنه يبقى نائبا عن الشركة التي حكم بإفلاسها وتسري الإجراءات التي تترتب على الحكم بالإفلاس⁽²⁾.

كما يخضع قفل التصفية لنفس إجراء الشهر القانوني الذي أشارت إليه المادة 775 من القانون التجاري.

أما إذا تمت نهاية النشاط بسبب الإفلاس، فقد قضت المادة 228 ق ت، أن تسجل الأحكام الصادرة بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس في السجل التجاري ويجب إعلانها لمدة ثلاثة أشهر بقاعة جلسات المحكمة وأن ينشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة، ويتعين أن يجري النشر نفسه في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية.

ويجري نشر البيانات التي تدرج بسجل التجارة، طبقا للفقرة الأولى من هذه المادة، في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال خمسة عشر يوما من النطق بالحكم، ويتضمن هذا النشر بيان اسم المدين وموطنه أو مركزه الرئيسي ورقم قيده بسجل التجارة وتاريخ الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس ورقم عدد صحيفة الإعلانات القانونية التي نشر فيها الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى، ويتم النشر المذكور أعلاه تلقائيا من طرف كاتب الضبط⁽³⁾.

(1) راجع المادة 766 ق ت ج .

(2) فوزي مجّد سامي، مرجع سابق، ص 79.

(3) بيان صادر بتاريخ 2021/01/28 غلى بوابة سجل كوم متاح على الرابط:

<https://sidjilcom.cnrc.dz/web/cnrc/news?id=720> ، تاريخ الإطلاع 2022/12/30، ساعة الإطلاع: 23:57.

ثانيا: الاشهار الإلكتروني

تطبيقا لقرار وزير التجارة المؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1442 الموافق 08 نوفمبر سنة 2020 يعدل و يتمم القرار المؤرخ في 29 محرم عام 1438 الموافق 31 أكتوبر 2016 الذي يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية، يعلم المركز الوطني للسجل التجاري والتجار والمتعاملين الإقتصاديين أنه تحفيضا لإستعمال الدفع الإلكتروني لما له من مزايا كتبسيط و تسريع عملية التسجيل في السجل التجاري فقد تم تخفيض قيمة الحقوق الخاصة بالتسجيل في السجل التجاري و كذا الإشهارات القانونية عند الدفع بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁾.

أما بخصوص التجارة المتنقلة فقد تم تخفيض قيمة التسجيل بنسبة ما يقارب 56% عند إستعمال الدفع الإلكتروني، كما مست عملية التخفيضات استخراج مختلف الشهادات الخاصة بالمركز الوطني للسجل التجاري عندما يكون الدفع إلكترونيا⁽²⁾.

بالإضافة للنشر القانوني، فقد ألزم المشرع في المادة 14 من قانون 08/04 القيام بالإشهار القانوني في الجرائد المؤهلة لذلك، وذلك مهما كانت الوسيلة المتبعة المهم أن تكون مكتوبة، لذلك يمكن أن يتم النشر عبر شبكة الانترنت في المواقع الخاصة بالجرائد اليومية التي قد تكون الكترونية خاصة وأن قانون الاعلام نظم إمكانية استعمال تكنولوجيا الإعلام والاتصال من طرف الصحافة و هو ما يعرف بالصحافة الإلكترونية، كرس المشرع الجزائري إمكانية إصدار مستخرج السجل التجاري بواسطة إجراء الكتروني⁽³⁾.

هذا وقد دخل السجل التجاري الإلكتروني حيز التنفيذ ابتداء من 16 مارس 2014 وذلك على مستوى الجزائر العاصمة كمرحلة أولى ليتم تعميمه على مستوى جميع الولايات ابتداء من شهر جوان، وجعل تاريخ 1 جانفي 2007 كأخر اجل للقيد بالطريقة التقليدية كتابة على الورق واعتماد القيد والنشر بالطريقة الإلكترونية، كما ناقشت حجية مستخرج القيد بالطريقة الإلكترونية وقد بدت انعكاسات هذا التغيير الذي أحدثه القانون 06/13 على شكليات الإشهار القانوني تظهر، من خلال

⁽¹⁾ بيان صادر بتاريخ 2021/01/28 غلى بوابة سجل كوم متاح على الرابط:

<https://sidjilcom.cnrc.dz/web/cnrc/news?id=720> ، تاريخ الإطلاع 2022/12/30 ، ساعة الإطلاع: 23:57.

⁽²⁾ المرجع نفسه.

⁽³⁾ القانون 06/13 المؤرخ في 23 /07/ 2013 ، المعدل والمنتم للقانون 08/04 المؤرخ في 08/04/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 39، المؤرخة في 2013/07/31.

إلغاء إدراج الإشهارات القانونية المطلوبة في الصحافة الوطنية المكتوبة في المادة 13 من هذا القانون التي ألغت المادة 14 من القانون رقم 08/04 والمتعلقة بإدراج الإشهارات القانونية في الصحافة الوطنية المكتوبة، وتم الاكتفاء بإدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية فقط، لعل ذلك يكون تمهيدا لتبني اعتماد النشر القانوني بالطريقة الإلكترونية وذلك بهدف عصنة خدمات السجل التجاري، في محاولة لمسايرة ركب الدول المتقدمة كون هذا الإجراء تم تكريسه مسبقا في تشريعات دول الاتحاد الأوروبي، حيث جعلت الهدف حماية الغير والشركة⁽¹⁾.

وفي حالة عدم القيام بإجراءات الشهر الخاصة ببيع المحل التجاري فإن المادة 1/35 من القانون 08/04، رتبت عقوبات عن ذلك تتمثل في غرامة مالية من 30.000 إلى 300.000 دج إذا كان المخالف شخصا اعتباريا ولم يتم بإشهار البيانات المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 08/04 السابق الذكر والتي من بينها بيع المحل التجاري، وفي هذه الحالة يتعين المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الاعتباريين والمؤسسات التي لم يتم بإجراءات الإشهار القانوني، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة طبقا للمادة 2/35 من القانون 08/04 السابق الذكر، أما إن كان المخالف شخصا طبيعيا فإنه يعاقب بغرامة مالية من 10.000 إلى 30.000 دج طبقا للمادة 1/36 من القانون 08/04 السابق الذكر، كما يتعين على المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الطبيعيين والمؤسسات التي لم يتم بإجراءات الإشهار القانونية، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة طبقا للمادة 2/36 من نفس القانون⁽²⁾.

ولا يسعنا حقيقة الامام بكافة النقاط والإجراءات التي يشترط فيه القانون الاشهار، لكن يمكن القول أن الأحكام التجارية تتصف بمبدأ العلنية والشفافية، فكل ما يطرأ على أعمال التاجر هي محل قيد ونشر وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على سعي المشرع إلى الحماية لجميع الفاعلين في الحقل التجاري، خصوصا الغير حسن النية، بالرغم من أن هذه الحماية تحتاج لبعض التحديثات للآليات التي توظف في إعلام الغير.

الفصل الثاني

آثار الإخلال بضمانات مبدأ حسن النية

⁽¹⁾ سالمي وردة، مرجع سابق، ص ص 49-50.

⁽²⁾ عليمه بوضلاح، مرجع سابق، ص 140.

تعتبر نظرية البطلان، نظرية متجذرة في الباب المتعلق بالعقود في القانون المدني، إلا أن الطابع الخاص للمعاملات التجارية جعلها أكثر مرونة تخرج ببعض الأحكام عن القواعد العامة، ولعل القيمة المالية والقانونية للأنظمة التجارية كالشركات التجارية مثلا أو المحل التجاري تجعل من المشرع يفكر في كيفية استمراريتها أكثر من بطلانها وانعدام أثرها خصوصا إذا تعاملت مع الغير حسن النية، لذلك ظهرت نظرية الشركة الفعلية، وظهرت أيضا قاعدة تطهير التصرف وامكانية تصحيحها كقواعد متميزة، ضمنا لاستقرار المعاملات من جهة، وحماية للغير المتعامل معها من جهة ثانية، وتبدو أهمية هذا البطلان الخاص في القانون التجاري، كون الخيار بيد الغير في طلب التطهير والتصحيح أو طلب إبطال التصرف. وعليه فإن تخلف الشكلية يترتب آثار قانونية على مخالفتها، قد تصل لدرجة البطلان، مالم يقرر القاضي التصحيح، كما أنها ترتب عدم النفاذ في مواجهة الغير الذي تفاجئ بها، وأدت إلى الإضرار بمصالحه، فلا يمكن لمن تخلف بها الاحتجاج في مواجهة الغير حسن النية.

وإستنادا لذلك سنتناول خصوصية نظرية البطلان في المعاملات التجارية وكيفية تأثيرها في حماية الغير في المبحث الأول، ثم نعرض على أحكام قاعدة عدم الاحتجاج في مواجهة الغير حسن النية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

خصوصية البطلان في المعاملات التجارية

قبل التطرق لخصوصية البطلان في المعاملات التجارية نوضح تعريفه حيث وردت تعريفات كثيرة لمفهوم البطلان فقهية منها: "هو الجزاء الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحتها"، وقد عرفه البعض الآخر على أنه "العقد الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح"، فالعقد لا يقوم صحيحا إلا إذا استجمع أركان وشروط صحتها"⁽¹⁾.

ولقد تناول المشرع الجزائري نظرية البطلان في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول في القانون المدني، وذلك في المواد من 99 إلى المادة 105، حيث يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، وقد اعتمد في تحديد نوعي البطلان على معيار تحليل عناصر العقد، والتمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة، كما وردت أحكام خاصة للبطلان في القانون التجاري في القسم الثالث المواد من 733 إلى المادة 743.

(1) هجيرة تومي، سامية بويصري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الأول،

وعليه سوف نحاول الإلمام بكل هذه المحطات الهامة في البطلان في المعاملات التجارية في المطلبين الآتين، نخصص المطلب الأول لشرح البطلان المترتب على تخلف الشكلية، ونحاول في المطلب الثاني تسليط الضوء على البطلان الخاص المقرر للتصحيح والتطهير في المعاملات التجارية حماية للغير حسن النية.

المطلب الأول

البطلان المترتب على تخلف الشكلية

من خلال هذا المطلب سنتعرف على البطلان المترتب على تخلف الكتابة الرسمية في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني نتعرض للبطلان الناتج عن تخلف الإجراء الإجباري الذي يفرضه القانون المتمثل في الإشهار القانوني، وذلك وفقا لتسلسل التالي:

الفرع الأول

البطلان المترتب على تخلف الكتابة الرسمية

إذا تعلق الأمر بالكتابة الرسمية التي تعتبر ركن لانعقاد التصرف في المعاملات التجارية التي ترد على المحل التجاري والشركات التجارية، فإن البطلان هنا يكون بطلان مطلق ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به في أي طور من أطوار المحاكمة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسه، لأن العقد الباطل عدم والعدم لا يمكن أن ينتج أي أثر،

وعليه فإن نظام البطلان الذي ترسيه القواعد العامة للالتزامات يقضي بإزالة كل أثر للعقد الباطل حتى في الماضي وعليه فالعقد الباطل لا يحتاج إلى إجازة لأن إجازة الإلتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر⁽¹⁾.

أولا: تقرير البطلان عند تخلف الكتابة في العقود المتعلقة بتسيير المحل التجاري

يترتب على تخلف الكتابة الرسمية في مواجهة الغير حسن النية، على العمليات الواردة على المحل التجاري، بطلان مطلق نظرا لكون الرسمية ليست للإثبات وإنما للانعقاد كما سبق وأشرنا في الفصل الأول من هذه الأطروحة، وهذا ما أكدته المادة 79 من القانون التجاري⁽²⁾.

(1) زعيم أسماء، البطلان كنظام قانوني أحكامه وقواعده وآثاره على صحة العقود، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني بالمحمدية، المغرب، ص13.

(2) حيث تنص المادة 79 ق ت ج: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو الزيادة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا".

ولقد أثار المشرع الجزائري الكثير من الجدل في صياغته لهذه المادة بسبب مصطلح "يثبت"، وانقسم الشراح بين من فسر أن القصد منها الرسمية للإثبات وآخرون أكدوا أن المشرع يقصد الكتابة كركن للانعقاد، ولم يفصل في هذا الإشكال إلا بصدور اجتهاد قضائي.

وقد أكدت المحكمة العليا في اجتهاد لها صادر عن الغرف مجتمعة عن شكلية عقد البيع واعتباره ركنا في العقد، بتاريخ 1997/02/18 حول بيع محل تجاري بموجب عقد عرفي، تم الطعن فيه أمام مجلس قضاء معسكر الذي تم الحكم فيه بصحة عقد البيع العرفي وبإحالة الأطراف إلى الموثق لكتابته رسميا في حين تم النقص في القضية والتي أصدرت فيه المحكمة العليا قرارها الشهير بقبول العقد شكلا وموضوعا بإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء معسكر وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وإبقاء المصاريف على المطعون ضده وبذلك تكون المحكمة العليا قد أقرت أن الشكلية الرسمية ركن في عقد بيع المحل التجاري و شرط ضروري لصحته وتحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف الشكل القانوني يؤدي إلى إبطاله⁽¹⁾.

فالشكلية إذا في عقد بيع المحل التجاري تخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق لنقل الملكية وإتمام إجراءات البيع ومنه فالبطلان الذي نصت عليه المواد السالف ذكرها بطلان مطلق لا يقبل الإجازة، هذا البطلان نابع من نقص ركن في العقد⁽²⁾.

والعقد الباطل ليس له وجود قانوني فلا تلحقه الإجازة أو الإقرار إنما يكون للمتعاقدين أن يعيد إبرام العقد تفاديا للعيب الذي جعل العقد باطلا ولكن إعادة إبرام العقد هي استثناء لعقد جديد فلا بد من توافق ارادتهما معا على ذلك ولا بد أن يكون هذا العقد مستجمعا لأركانه ومستوفيا لشروطه ولا يرتب هذا العقد الجديد آثاره إلا من تاريخ إبرام لا من تاريخ صدور العقد الباطل⁽³⁾.

وهو ما يمكن ملاحظته أيضا من خلال عقد إيجار المحل التجاري الذي يتطلب شكلية الكتابة الرسمية من خلال نص المادة 187 مكرر 1 من القانون 02/05⁽⁴⁾، وهو الذي كان عرفيا قبل

(1) مقفولجي عبد العزيز، أهم العقود الواردة على المحل التجاري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، الصادرة عن جمعية البلدة 02، الجزائر، 2017/06/01، ص 149

(2) محمود حياة، التركي باهي، الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على المحل التجاري تعديل لنظرية العقد أم استثناء منها؟، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بلحلفة، الجزائر، 2022/04/27، ص ص 753-754.

(3) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص ص 12،13،14،15،16.

(4) القانون 02/05 المؤرخ في 2005/02/06، المعدل والمتمم للقانون التجاري.

استحداث هذه المادة، ما أكدته المادة 172 من القانون التجاري التي اعتمدت الرضا في عقد إيجار المحل التجاري لكن المشرع وحد تضارب النص الخاص والعام من خلال المادة 187 مكرر 1 السالف ذكرها والمادة 324 مكرر 1 من القانون 02 / 05.

ونفس الحكم بخصوص رهن المحل التجاري فإن المادة 120 من القانون التجاري قد اشترطت الشكلية في عقد رهن المحل التجاري الرسمية، فيكون بذلك المشرع قد ثبت الرسمية في رهن وإيجار المحل التجاري، حيث وحد المشرع النص الخاص مع العام وبذلك تخلي عن العرفية والشفاهية في رهن المحل والإيجار التجاري، وهو ما أكدته الإرادة التشريعية مرة أخرى من خلال عنصر الشكلية في عقد التسيير الحر للمحل التجاري في نص المادة 2/203 من القانون التجاري على أن يكون عقد تأجير التسيير الحر محررا في شكل رسمي وهو ما تضمنته المادة 3/203 من القانون التجاري، وكذا المادة 324 مكرر 1 التي نصت على تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية في شكل رسمي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن المشرع أورد استثناءً من ذلك في الرهن الخاص بمحل تجاري لصالح البنوك أو المؤسسات المالية والذي يجوز فيه الرهن بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول، فالشكلية إذا شرعت للانعقاد وليس لاعتبارات تجعل الوضع الظاهر ينبا بغير المالك الحقيقي للمحل التجاري لفائدة المسير مما يجعل رسمية العقد ضرورة وحتمية قانونية لإعلام الغير بالمالك الحقيقي ويترتب على تخلفه بالنتيجة بطلان التصرف ويمكن للغير اثارته، حمايه لمصالحه باعتبار أن له مصلحة في ذلك، ومنه يعتبر البطلان أولى العقوبات التي تلحق العمليات الواردة على المحل التجاري من بيع أو رهن، وذلك في حالة إغفال الرسمية، وإن كان الضرر لحماية الغير، حيث يحق له التمسك بهذا البطلان⁽²⁾، وأثر تخلف الرسمية لا يضر بالغير فقط، بل قد يفقد البائع امتيازاه ولا يتمتع بالأولوية على ثمن المحل التجاري، وذلك ما أوردته المادة 96 ق ت ج⁽³⁾.

(1) محمود حياة، التركي الباهي، مرجع سابق، ص ص 753-754.

(2) الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 28/09/2019، ص 106.

(3) تنص المادة 203 من القانون التجاري المعدل والمتمم على ما يلي: "ويحجر كل عقد تسيير في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية".

ثانيا: فرض البطلان لتخلف الرسمية في الشركات التجارية

العقد الرسمي في الشركات التجارية لم يعد خيارا للشركاء تطبيقا للأحكام العامة وفقا لما ورد في المادة 418 من القانون المدني⁽¹⁾، التي تشترط الكتابة دون أن تضبطها بالكتابة الرسمية لدى الموثق القائم بتحرير عقود رسمية⁽²⁾، على خلاف القانون التجاري الذي اشترط أن تكون في الشكل الرسمي، وعليه فالرسمية خرجت من دائرة الارادة وأصبحت تمثل التزام قانوني، والرسمية أحد أركان لانعقادها يرتبط بها وجودا وعندما شأنه شأن تخلف الأركان الموضوعية العامة كعدم مشروعية المحل أو السبب أو انعدام الرضا لاحد الشركاء⁽³⁾ أو تخلف الأركان الموضوعية الخاصة الناتج عن انتفاء عنصر الاشتراك أو تقسيم الأرباح والخسائر حيث أضحت الشركات التي لا تكون في الشكل الرسمي فليست هناك شركة لا فعلا ولا قانونا⁽⁴⁾.

ويلحق البطلان العقود التعديلية للشركة التجارية، بحيث تصبح باطلة إذا لم تفرغ في الشكل الرسمي كما يمكن أن نتصور الحالة العكسية بأن تكون العقود اللاحقة للتأسيس رسمية ولكن العقد التأسيسي عرفي، هنا ليس للعقد الرسمي التعديلي أثر لأن ما بني على باطل فهو باطل، إلا إذا تعاملت الشركة مع الغير حسني النية ولم يكن بمقدورهم التحقق من العقد التأسيسي وإطمأنوا الى العقد الرسمي اللاحق هنا. وهذا الحكم مأخوذ من القواعد العامة في البطلان حيث أن بطلان جزء من العقد يبطل كل العقد ما لم يكن الجزء الباقي مستقلا عن الجزء الباطل، لأن بطلان العقد التأسيسي يترتب عليه بطلان كل العقود التي تترتب عليه، وقد يكون بطلان شرط في العقد التأسيسي سببا في بطلان العقد ككل في هذه الحالة يبطل العقد لبطلان شرط إذا كان هذا الشرط موقوفا على محض إرادة الشركاء، وكذلك الأمر بالنسبة لاشتراط عدم الرسمية هنا يكون الشرط والعقد باطلين لان الرسمية ركن لانعقاد وليست للإثبات في الشركات التجارية، أما إذا كان هنالك اركان صحيحة وشرط باطل كاشتراط عدم تحمل الخسائر

(1) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 47-48-49.

(2) راجع: المادة 418 من القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) بلعيساوي مجّد الطاهر، الوناس دنيا، البطلان تهديد لبقاء واستمرارية الشركات التجارية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 02،

الصادرة عن جامعة مجّد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2022/06/20، ص 244-245.

(4) فوزي مجّد سامي، مرجع سابق، ص 45-40.

فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا، وقد يكون الشرط التزام قانوني لا يمكن أن تقوم الشركة بدونه مثل ما ورد في نشوء شركة المساهمة البسيطة التي استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 09/22⁽¹⁾.
الذي عدل باستحداثها أحكام الأمر رقم 59/75، المتضمن القانون التجاري التي اعتمد في تأسيسها على شرط أن تحمل علامة مؤسسة ناشئة - "Start-up"⁽²⁾ فهي إذا ترتبط بوجودها بتحقق هذا الشرط وجودا وعدمه لأنه يعتبر السبب الدافع لتأسيسها وعليه يبطل عقد الشركة كشركة مساهمة بسيطة ولكنه يبقى صحيحا كعقد شركة يمكن تحويله إلى شكل آخر بإعتبار أركانه صحيحة، لذلك فقد يكون العقد في شكل رسمي ولكنه مهدد بالبطلان لعيب في البناء القانوني الذي استند عليه العقد الرسمي، لذلك يقع على عاتق الضابط العمومي محرر العقد تحري الأركان العامة والشروط الخاصة لكل نوع من أنواع الشركات⁽³⁾.

وحقيقة الأمر أن هذا القول يمثل أحد خصائص البطلان وقد تبنى هذا الحكم المشرع وعليه فإن بطلان العقد التأسيس للشركة التجارية الذي قرر الشركاء إبرامه في شكل عرفي مثلا، يترتب عليه بطلان العقود التعديلية اللاحقة عنه وكل ما يترتب على هذه الصفة ولو قرروا ان تكون العقود اللاحقة في الشكل الرسمي، فعندما يقرر الشركاء احالة الحصص إلى الغير لا بد أن يكون عقد الاحالة في الشكل الرسمي والا كانت الاحالة باطلة، ولا يجوز أن يكون اشتراط عقد رسمي للإحالة أن يكون مرتبط بالتزام

(1) القانون رقم 09/22 المؤرخ في 05/05/2022، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد 32، المؤرخة في

2022/05/14، وبمقتضى هذا التعديل تم المشرع الفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الخامس من القانون المذكور بقسم ثاني عشر تحت عنوان " شركة المساهمة البسيطة" يتضمن 11 مادة من المادة 715 مكرر إلى المادة 715 مكرر 143

(2) للتوسع أكثر راجع: المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 254/20 المؤرخ في 15/09/2020، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة "مؤسسة ناشئة" و" مشروع مبتكر" و" حاضنة أعمال"، وتحديد مهامها وتشكيلتها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 55، المؤرخة في 21/09/2020.

(3) طرحت مسألة استقلالية شركة المساهمة البسيطة المستحدثة حول استقلاليتها عن شركة المساهمة أك أنها تتمتع بنظام قانوني مستقل، وبالرجوع إلى القانون رقم 09/22، نجد أدرجها ضمن فصل خاص بشركة المساهمة مما يوحي أنها نوع من أنواع شركات المساهمة، كانت مسألة تحديد طبيعتها تنتهي عند هذا الحد لولا إدراج المشرع لشركات المساهمة البسيطة بصيغة الجمع في قسم الأحكام العامة للشركات التجارية تحديدا المادة 544 ق ت باعتبارها نوع من أنواع شركة المساهمة لا ينقص من استقلاليتها ولأن الاحالة يعتمدها المشرع في كثير من الانظمة القانونية مثل ما فعل في شركة التوصية البسيطة، راجع بوقور سعيد، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة البسيطة "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15، العدد 03، سنة 2022،

آخر لأن بطلان الالتزام الأصلي المستقل يترتب عليه بطلان كل الشروط اللاحقة، فاشتراط الرسمية هو التزام قانوني مستقل بذاته لا يحتاج لالتزام آخر يقوم عليه⁽¹⁾،

ومقتضى هذا القول أن عدم قيد العمليات التعديلية واللاحقة لتأسيس الشركة يعتبر باطلاً، وهذا ما تأكده المادة 561 والمادة 572 ق ت اللتان توجبان إثبات إحالة الحصص الخاصة بالشركة بموجب عقد رسمي ويكون الاحتجاج بها على الشركة بعد تبليغها للشركة أو قبولها للإحالة بعقد رسمي لأن رسمية عقد الشركة من شأنه تطهيرها من عيوب التأسيس بحيث لا يجوز الطعن بالبطلان بعده وأن البطلان لم يعد جزاء على مخالفة قواعد التأسيس.

ولا شك أن هذا الحكم يحقق الاستقرار للشركات، ويقرر الأمن القانوني، ويدرأ القلق الذي يثقل الشركة من جراء التهديد بطلب البطلان، حيث كان من الأصوب الإبقاء على نظام بطلان الشركة التجارية والتأسيس تحقيقاً للرقابة القضائية اللاحقة على التأسيس نظراً لعدم كفاية الرقابة الإدارية اللاحقة وذلك مع الحد من أسباب البطلان، والتخفيف من آثاره⁽²⁾.

فإغفال الرسمية إذا يعتبر من عيوب التأسيس التي تعرض عقد الشركة للبطلان، والعقد الباطل ليست له قيمة قانونية من وقت انعقاده فهو عدم بنظر القانون، ولا يتجدد بطلانه بحكم قضائي لأنه باطل ولا يحتاج إلى تقرير القضاء حتى يعتبر باطلاً والحكم الصادر بتقرير بطلان عقد ما هو إلا حكم معن كاشف منشئاً لمحدث لوضع قانوني جديد، وإذا ما تم تنفيذ عقد باطل، وعليه فإن الغير في هذه الحالة المتمسك بالبطلان وكل من له مصلحة أن يرفع دعوى بذلك لكي يسترد ما أداه شريطة أن ترفع دعوى البطلان قبل انقضاء أمد التقادم أي قبل انصرام 15 سنة على تاريخ إبرام العقد وفقاً للأحكام العامة فإن جزاء التخلف في هذه الحالة هو البطلان، الذي يلحق حتى التعديلات التي مست أو ألحقت بالعقد التأسيسي للشركة، وهذا البطلان لا يحتج به قبل الغير، لأن ليس له أثراً رجعيًا، إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان⁽³⁾.

(1) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 47-48-49.

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 382-383.

(3) راجع: المادة 418 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

ويختلف أثر البطلان باختلاف الشخص الذي يطلبه، فإن تمسك به الشركاء اقتصر أثره على المستقبل فقط ولا ينسحب إلى الماضي، فيبقى العقد والشخص المعنوي الذي تولد عنه، صحيحين في الفترة ما بين انعقاد العقد والحكم ببطلانه، فكأن البطلان يعتبر بمثابة حل للشركة، أما إذا تمسك به الغير وحكم له به ترتب على ذلك زوال العقد وما نشأ عنه بأثر رجعي، فإن تمسك به بعضهم واحجم الآخرون عن طلبه، قضى بالبطلان لأنه هو الأصل في حالة تخلف إجراءات شهر الشركة⁽¹⁾.

ويظهر إذا أن الأساس القانوني للبطلان في المعاملات التجارية ليس العقد فقط والالتزامات القائمة بين طرفيه، وإنما يعود الأساس القانوني في تقرير البطلان في المجال التجاري إلى قوة القانون أيضا، وذلك حماية للغير حسن النية في مواجهة الشركة التجارية أو المحل التجاري أو في مواجهة الإلتزام الصري لحامل الورقة التجارية، وغيرها وعليه يتمسك الغير بالأحكام العامة والقواعد القانونية الخاصة في القانون التجاري.

الفرع الثاني

البطلان المترتب على تخلف الإشهار القانوني

نظرا لأهمية القيد القانونية فقد رتب المشرع على مخالفته بطلان الاجراء القانوني عن طريق معاقبة الطرف المخالف، وقد جسد هذا الحكم في الشركات التجارية وهذا ما سنتعرف عليه (أولا)، ثم نشرح أكثر آثار اغفال القيد في المحل التجاري (ثانيا).

أولا: إغفال القيد في الشركات التجارية

يعتبر القيد في الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية، ليس مجرد اجراء اعتيادي، بل هو من يجعل الشركة لها وجود قانوني وبمنحها الشخصية المعنوية، وهذا ما تأكده نص المادة 549 ق ت ج التي تنص على ما يلي: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري"، لذلك فبالرغم من تأسيسها في الشكل الرسمي إلا أنها تفتقر للوجود القانوني بالنسبة للغير، كشخصية معنوية، وعليه حماية للغير عند إخلال الشركة التجارية بالتزامها بالإشهار القانوني، فقد قرر القانون البطلان، فعدم احترام شكلية الإشهار من طرف الشركة التجارية يجعل كل أعمالها وتصرفاتها ومداواتها مجهولة من

(1) محمد فريد العريني، الشركات التجارية، "المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص

طرف الغير، لذا وبهدف حماية الغير والشركاء والنظام العام الاقتصادي، رتب المشرع جزاءات في حال عدم امتثال الشركة التجارية لالتزامها بالقيام بالإشهار القانوني، فقرر البطلان إلا إن البطلان المترتب في هذه الحالة له خصوصيات، فهو ليس بطلان مطلق ولا نسبي وإنما هو بطلان خاص⁽¹⁾.

هذا بالإضافة إلى جزاء آخر وهو عدم الاحتجاج بالتصرف الذي لم يتم إشهاره، إلا أن هذا الجزاء أيضا ليس مطلق وإنما هو نسبي يدخل ضمن دائرة البطلان الخاص، الذي يعرف بأنه "ليس بالعقد الباطل ولا هو العقد القابل للإبطال، إنما هو مجموعة قواعد خاصة تتضمن تحويرا في الأحكام العامة لنظرية البطلان"، وإمكانية تصحيح البطلان تظل قائمة إلى ما قبل الحكم بالبطلان وهذا البطلان لا يقع بقوة القانون، بل يجب أن يطلبه من أجاز له القانون التمسك به، فلا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وعلى صاحب المصلحة التمسك به بدعوة ابتدائية أو في صورة دفع يبدى في دعوى مرفوعة⁽²⁾.

الذي يعد كجزاء لعدم الإلتزام بالإشهار القانوني، وعليه فالبطلان وفقا للقواعد العامة يعدم الأثر القانوني للتصرف أو العقد، لان له أثر رجعي إذ يعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، لكن نظرا للنتائج السلبية المترتبة على الغير المتعامل مع الشركة في هذا الوضع فقد تم تخفيف من حدة هذه النتائج، حيث يكون البطلان خاص إذا تعلق الأمر بعدم مراعاة شكليات الإشهار القانوني⁽³⁾.

فحسب المادة 418/ ف2 ق م ج والمادة 417 / ف2 والمادة 545 ق ت، ومع تكريس نظرية الشركة الفعلية النظرية القضائية والفقهية، أضحي أثر البطلان يقتصر على الفترة اللاحقة على صدور الحكم بالبطلان، أي يترتب أثر البطلان من تاريخ الحكم به، وليس من تاريخ إبرام العقد أو التصرف الخاضع للإشهار القانوني وذلك حماية للغير المتعاملين مع الشركة، فالغير هنا محمي من خلال تعطيل الأثر الرجعي للبطلان⁽⁴⁾.

فإذا كان الأصل في البطلان أن يتم بأثر رجعي، بحيث تترد الحالة إلى ما كانت عليه، فإن أعمال هذا الأصل في شأن الشركة لا يستقيم إذا كانت قد عاشت فترة وصارت لها معاملات مع الغير قبل الحكم به ولقد استقر القضاء على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة إذا تعرضت للبطلان في الفترة

(1) سالمي وردة، مرجع سابق، ص 50.

(2) بلال عطية و حسين فرج الله، بطلان الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط 1، 1437-2016، ص 179.

(3) هجيرة تومي، سامية بويوزري، مرجع سابق، ص 255-254.

(4) سالمي وردة، مرجع سابق، ص 51.

السابقة عليه، بحيث يتعطل أثره الرجعي فلا يسرى بطلان الشركة على الماضي ولكن بالنسبة للمستقبل فقط وهكذا عرفت نظرية الشركة الفعلية، أي الشركة التي قامت بمباشرة نشاطها بالفعل ثم قضى ببطلانها ويجوز للغير أن يتمسك بالشركة الفعلية أو ببطلان الشركة بأثر رجعي وفقا لمصلحته، وإذا تعارضت مصالح الغير، كما لو تمسك الدائن الشخصي لأحد الشركاء بالبطلان بأثر رجعي وتمسك دائن الشركة بقيامها الفعلي في التنفيذ على أموالها، فإن الذي يرجح هو طلب البطلان لأنه الأصل⁽¹⁾.

ويقصد بالشركة الفعلية الباطلة، الشركة التي لم تستوفي الإجراءات التي رسمها القانون ولما كانت الشركة رغم ذلك تباشر نشاطها وتتعامل مع الغير الذي يعتقد في صحتها قانونا، فإذا قضى ببطلان الشركة التجارية لعدم توافر الشكل الذي يحدده القانون أو لعدم شهرها وفقا لقواعده، أو لأن أحد الشركاء ناقص الأهلية أو شاب رضاه عيب، بعد أن باشرت نشاطها وتعاملت مع الغير، تعتبر شركة واقعية، وتظل التصرفات القانونية التي أبرمتها قائمة ومنتجة لآثارها، ويقتصر أثر البطلان بعد تقريره على المستقبل، حماية الغير الذي أطمأن إلى قيام الشركة⁽²⁾.

والخيار المقرر لدائن الشركة بين طلب إبطال عقد الشركة أو الإبقاء عليه لا يقبل الانقسام، بمعنى أن العقد إما أن يقبل بأسره أو يرفض برمته، فلا يجوز للدائن أن يحتج بالبطلان إزاء باقي الدائنين مع تمسكه ببقاء الشركة في علاقته مع الشركاء⁽³⁾.

ولا تستطيع في جميع الاحوال أن تحتج الشركة على الشركاء أو على الغير أو على الدائنين بأنها لم تستوف إجراءات النشر المقررة، إذ هي تعتبر شخصا معنويا بمجرد تكوينها دون حاجة إلى استفتاء أي اجراء للنشر كما سبق القول، وكذلك الحال إذا احتجت الشركة بشخصيتها المعنوية على الشركاء، فإنها تستطيع ذلك دون حاجة إلى استفتاء اجراءات النشر، إذ الشركاء هم المكلفون بالقيام بهذه الإجراءات وإذا أهملوا لم يجز لهم أن يستفيدوا من إهمالهم، أما إذا أرادت الشركة أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ممن يتعامل معها أو على الدائنين لها، كأن ترفع عليهم دعاوى بإعتبارها شخصا معنويا، جاز لهؤلاء جميعا ان يتجاهلوا أن للشركة شخصية معنوية إلى أن تستوفي اجراءات النشر فيدفعوا بعدم قبول الدعوى المرفوعة منها، ويجب في هذه الحالة ان يرفع الدعوى جميع الشركاء ويكون مال الشركة مالا شائعا بين الشركاء⁽⁴⁾.

(1) مُجَد فريد العريني، هاني مُجَد دويدار، مرجع سابق، ص 311.

(2) هجيرة تومي، سامية بويصري، مرجع سابق، ص 254.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 268.

(4) سالمي وردة، مرجع سابق، ص 51.

كما أن القضاء لم يستهدف من وراء إقرار نظرية الشركة الفعلية، التحايل على أحكام الشركات التجارية، وإنما بهدف تحويل وتهذيب من آثار البطلان حفاظا على حقوق الغير ورغبة في عدم زعزعة إستقرار المعاملات، وعليه فالشركة الفعلية لها نطاقها، فلا يتصور تطبيقها في الشركة الباطلة بطلانا مطلقا بإنعدام الأركان الموضوعية العامة كالمحل والسبب والتراضي، ويمكن أن تطبق في تخلف بعض الأركان الموضوعية الخاصة كتخلف ركن تعدد الشركاء⁽¹⁾.

أما إذا أعلن البطلان بعد أن تكون الشركة قد تعاملت مع الغير فلا يمكن في هذه الحالة إعطاء البطلان كامل مفعوله المتعلق بأثر رجعي وتجاهل الواقع المادي المسند إلى قيام شخص معنوي تعامل مع الغير تترتب عليه حقوق وواجبات، بل يجب اعتبار الشركة فعلية واقعية، منذ أن تأسست حتى تاريخ البطلان، مراعاة للوضع الظاهر الذي اطمأن إليه الغير، وحماية للمراكز القانونية التي نشأت عنه، وهذا ما يسمى بشركة الواقع، وطبيعة الشركات الفعلية كنظرية اجتهادية من صنع القضاء الهدف منها التخفيف من المساوئ التي يمكن أن تترتب عن بطلان الشركات⁽²⁾،

فالبطلان هنا يفقده أثره الرجعي لكي ينتج آثاره فوراً فقط، فالشركة الفعلية نظرية اجتهادية تقوم على أساس اعتبار الشركة موجودة قانوناً في الفترة ما بين تأسيسها وبوم التصريح ببطلانها واعتبار البطلان معطلاً لحياة الشركة مستقبلاً فقط⁽³⁾، ولا يجوز بأي حال من الأحوال للشركاء أن يحتجوا بالبطلان قبل بعضهم البعض، إذ أنه من الخطر على الشركاء أن يظلوا في شركة مهددة بالبطلان في أي وقت بناء على طلب دائن الشركة أو الشركاء، وقد تكون للشريك مصلحة في طلب بطلان كما لو أراد شريك التخلص من التزامه بتقديم حصته كاملة أو أراد إسترداد حصته⁽⁴⁾، فالشركة الفعلية شركة لا تتوافر في تكوينها الشروط القانونية الواجبة فيصير تكوينها باطلاً، ويترتب على هذا البطلان انقضاء الشركة بالنسبة إلى المستقبل لكن لا تأثير له في وجود الشركة في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان، وإذا كان وجود الشركة لا يستند إلى عقد صحيح فإنه يكون مجرد وجود فعلي أو واقعي⁽⁵⁾.

حيث أتاح المشرع للغير المتعامل مع بعض أنواع الشركات التجارية فرصة التمسك بوجود الشخصية المعنوية للشركة، وهذا من أجل ضمان حقوقهم هذه الشركات تتأرجح بين الوجود الواقعي

(1) بلال عطية وحسين فرج الله، مرجع سابق، ص 240.

(2) قرار مؤرخ في 19/11/2005، نشرة القضاء، عدد 59 لسنة 2005، ص 279

(3) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص ص 47-48-49

(4) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 268.

(5) مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون الأميرية، مصر، 1999، ص 432.

والوجود القانوني بمعنى أنها تتخذ مركز وسط بين هاتين المساحتين، ويقوم النظام القانوني للشركة الفعلية على أساس أنها شركة صحيحة في الفترة من تاريخ تكوينها إلى تاريخ الحكم ببطلانها، ويترتب على ذلك آثار في مواجهة الشركة كشخص معنوي، وعلى علاقة الشركة مع الغير، بالنسبة للشركة كشخص معنوي تكون الشركة خلال الفترة الممتدة من تكوينها حتى الحكم ببطلانها محتفظة بشخصيتها المعنوية وبشكلها القانوني⁽¹⁾.

وتخضع الشركة الفعلية للالتزامات التجارية كمسك الدفاتر التجارية و تخضع للمضرائب التجارية، أما بالنسبة لمصير علاقة الغير بالشركة فتعتبر التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة، ومنتجة لآثارها حتى تاريخ بطلانها، ويجوز لدائني الشركة التمسك ببقائها ليتفادوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء⁽²⁾، ففي حالة البطلان فإن كل التصرفات التي أبرمتها الشركة تعد صحيحة ومنتجة لآثارها، ويقوم للغير لحق في المطالبة بحقوقها إذا شهر إفلاسها، حيث تعتبر هذه الشركة الباطلة موجودة في الماضي وتمنع بالشخصية المعنوية إلى حين تقرير بطلانها⁽³⁾.

وعليه فلدائن الشركة الخيار بين طلب البطلان أو الإبقاء على الشركة، وقد تكون له مصلحة في طلب البطلان، كما لو رتب مدير الشركة رهناً على أحد عقاراتها، فإن البطلان يترتب على اعتبار الرهن مقرر من غير مالك، بيد أن الغالب أن تكون مصلحة دائن الشركة في عدم طلب البطلان والإبقاء على الشركة حتى لا يتعرض لمزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء فيما لو قضى بالبطلان واعتبرت أموال الشركة مع الشركاء، فتبقى التصرفات والأعمال التي باشرتها الشركة، ترتب آثارها القانونية ويظل عقد الشركة منظماً لحقوق الشركاء في الماضي، ويقتصر أثر البطلان على المستقبل فقط فتصفي الشركة ويأخذ كل شريك حقه، ويكون لها شخصية معنوية تبرر الحكم بشهر إفلاسها ومتى حكم بالبطلان وجب على القاضي أن يأمر بتصفية الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر على الشركاء طبقاً لأحكام العقد⁽⁴⁾.

(1) القرار المؤرخ في 2002/09/07، المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 2004

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 237.

(3) فوزي مجد سامي، مرجع سابق، ص ص 45 الى 50.

(4) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 268-271.

والملاحظ أن من أثار البطلان حل الشركة بقوة القانون دون أثر رجعي ويتم تصفيتيها، فإذا أعلن بطلان الشركة قبل أن تكون قد تعاملت مع الغير، يعود كل من الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تأسيس الشركة⁽¹⁾.

وقد يطرح تساؤل حول كيفية تطبيق احكام البطلان في الشركات الإلكترونية؟ ويمكن الاجابة عليه بأن يمكن تطبيق أحكام البطلان العامة لتخلف الاركان الموضوعية العامة من تراضي ومحل وسبب، وبما أن الشركات التجارية الإلكترونية تمتاز بأنها رضائية وليست شكلية كون عدم تمكن الموثق من تحرير هكذا نوع من العقود كما سبق ووضحنا في فصول السابقة من هذه الاطروحة، وعليه فإن البطلان فيها يخضع للأحكام العامة للعقد العرفي.

ثانيا: إغفال القيد في العمليات الواردة على المحل التجاري

وبالرغم من أهمية القيد في حياة الشركة التجارية ووجودها كما سبق وأشرنا، فإنه مهم أيضا فيما يتعلق بالمحل التجاري، وبالتالي فإن عدم تسجيل عقد الرهن الحيازي أو البيع الوارد على المحل التجاري، في السجل التجاري يؤدي إلى بطلان العقد بطلان مطلقا ويجوز لكل شخص إبطاله حتى ولو كان البائع نفسه⁽²⁾.

فاعتبارات الشكلية كركن رابع في التصرفات الواردة على المحل التجاري، توفر الحماية القانونية سواء كان ذلك للدائنين اللذين تحقق العلانية والشفافية بالنشر حقهم في تقديم اعتراضاتهم في الموطن المختار وأحقية المزايدة في ثمن البيع في حالة كان الثمن ضئيلا، وحتى لا يعتمد البائع والمشتري إخفاء جزء من الثمن مما يضرهم مما أتاح لهم حسب المادة 85 من القانون التجاري أحقية فسخ البيع وإضافة السدس من ثمن المبلغ وكذا طلب المزداد من جديد، كما أن الإمتياز المقيد في السجل العمومي لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع السجل التجاري في دائرة اختصاصه سواء كان بيعا أو رهنا يحفظ حق البائع من ثمن المبيع حتى في حالة إفلاس المشتري إستثناءً من القاعدة العامة التي تقتضي بتمتع بائع المنقول بضمانات قانونية تسقط في حال إفلاس المشتري فلا يحصل إلا على نصيب من حقه مثله مثل إي دائن عادي، كما يجوز فسخ العقد في حال النص عليه صراحة أما في عقد البيع أو القيد وإلا سقط عنه

(1) زعيم أسماء، البطلان مرجع سابق، ص 47-48-49.

(2) راجع المادة 97 ق ت ج .

ذلك وعليه فشكلية العقد الرسمي والقيود تضمن حق البائع في الإمتياز، كما ترفع دعوى الفسخ خلال مدة الإمتياز المقررة بـ 10 سنوات⁽¹⁾.

والبطلان لتخلف الشهر لا يقع بقوة القانون، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل لابد من طلبه قضاءً أما بدعوى مبتدأه أو في صورة دفع ييدي في دعوى مرفوعة، ويجوز إبدائه في أية حال تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع ولو به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولكن لا يصح طلب البطلان أو الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض، وهذا البطلان يجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة قانونية سواء تعلق الأمر بالغير الذي له مصلحة في المحل التجاري وينطبق نفس الحكم بالنسبة إلى الشركات التجارية⁽²⁾.

وتبدو أهمية القيد بأن المشرع لم يكتفي بالرسمية، بالرغم من أهميتها وما توفره من ضمانات، لدعم الثقة والإئتمان بين المتعاملين في الحياة التجارية، ذلك أن عقد البيع مثلاً موثق من جهة رسمية، بل اشترط القيد وهو ما يقال في باقي العقود الأخرى من رهن وتأجير تسيير، وبإسقاط عناصر التصرف الشكلي في العمليات الواردة على المحل التجاري، يفهم من خلاله أن القيد يهدف إلى تحقيق أغراض مسطرة مسبقاً من أهمها حماية أحد المتعاقدين أو كلاهما، أو حماية الغير أو التنبيه لخطورة التصرف الذي يقدم عليه المتعاقد، ذلك أن ما تم الإشارة إليه من شكلية سابقة من خلال إعداد هذه العقود أمام الموثق ورسميتها وشهرها تنبه الأطراف إلى خطورة التصرف الذي يشتمل بيعاً أو رهناً أو إيجار تسيير مما يستدعي التروي والتفكير قبل إبرام هذه العقود⁽³⁾.

ويبدو أن مسألة تنبيه الغير لخطورة التصرفات جعلت المشرع لا يكتفي بالبطلان كجزاء ردعي، وإنما المشرع توعد في بعض الحالات بعقوبات جزائية، في المعاملات المتعلقة بتاجر تجار المستهلك، أو كما سمته القوانين الخاصة بالمحترف، حيث للمحترف الذي يغفل بيانا إلزامياً وعقوبة خرق الإلتزام الإعلامي هي بالأساس مسؤولية مدنية.

فقد تؤسس على بطلان العقد الناتج عن عيب في الرضا، لكن قد يصعب على المدعي إثبات ذلك مثال إثارة الغش، لذلك الخيار للغير أن يكتفي بالحل المدني أو اللجوء إلى الدعوى الجنائية كخيار الأفضل، وبالتالي فعندما يشكل انعدام الإعلام تدليسا، فللمدعي يمكنه التصرف تأسيساً على ذلك

(1) زعيم أسماء، البطلان مرجع سابق، ص 47-48-49.

(2) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 268.

(3) محمود حياة، التركي باهي، مرجع سابق، ص 753-752-751.

ففي الحالة الأولى يمكنه طلب البطلان النسبي للعقد المبرم، أما في الحالة الثانية فالبطلان يكون مطلقا لكن بشرط إدانة المتهم بجريمة الغش، هذا في التشريع الفرنسي⁽¹⁾.

أما في التشريع الجزائري وتبعاً لما تقدم فقد تؤسس أيضاً مخالفة هذا الإلتزام على عيب من عيوب الرضا، الواردة في القانون المدني الجزائري، من ذلك ما جاء في المادتين 86/85 من قانون مدني، وبالتالي تم تبرير هذا البطلان من خلال طابع النظام العام للأحكام التنظيمية المعنية وفي كل الأحوال تبقى قائمة بالنسبة للغير حسن النية الذي قام بالتعامل معها⁽²⁾.

إلا أن جرأة القضاء أحيانا في ضرب بيد من حديد مثل القضاء الفرنسي، حيث أقر بأن المخالفات التي يرتكبها المحترفون في مختلف مجالات المعاملات الاستهلاكية، خصوصا منها ما يتعلق بمادة الشكلية الإعلامية، مهددة بالبطلان⁽³⁾؛ أما في التشريع الجزائري فإن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به⁽⁴⁾.

وعليه يمكن الاستفادة من هذا الحكم واسقاطه على المتاجر الإلكترونية، خصوصا بعدم تمكنها من أن تكون العمليات الواردة عليها إلكترونيا لا يمكن أن تكون في الشكل الرسمي، ومنه فإن هذه التصرفات من رهن أو بيع عندما يتضرر المستهلك الإلكتروني، فيحق له طلب الإبطال، مع الملاحظة أن المشرع أغفل الغير المتمثل في مورد الإلكتروني آخر وحصر العلاقة في مورد ومستهلك الكتروني كما سبق وأشرنا في محطات سابقة من هذه الأطروحة.

المطلب الثاني

سقوط الحق في التمسك بالبطلان

قد يفقد الغير حقه في طلب حقه في التمسك بأحكام البطلان وكل المزايا التي يمنحها البطلان الخاص في المعاملات التجارية، عندما يوافق الغير على تصحيح التصرف المهدد بالإبطال أو عندما لا يلتزم بالضوابط القانونية التي حددها المشرع وهذا هو موضوع شرح في الفرع الأول، كما يمكن أن يسقط بالتقادم أو الاجازة سنتعرض لكيفيات ذلك في الفرع الثاني.

(1) الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2019/09/28، ص 106.

(2) اراجع المواد 86-85. ق م ج.

(3) الزهرة رزايقية، عصام نجاح، مرجع سابق، ص 106.

(4) راجع قانون 05-18 المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول

سقوط الحق في البطلان بالتصحيح

إن التصحيح قرره المشرع في أوضاع قانونية محددة تتعلق بمخالفة قواعد الاشهار القانوني (أولا)، إلا أن الغير قد يهمل متابعة حقه فلا يستفيد من اهماله (ثانيا).

أولا: تصحيح البطلان الناشئ على عدم مراعاة قواعد النشر والتأسيس

صحيح أن المشرع قرر البطلان الخاص كجزاء لعدم التقيد بشكليات الإشهار القانوني، ولكنه قيد دعوى البطلان بمقتضيات، الغاية منها حصر حالات البطلان والمحافظة على استمرار الشركة ففرض على القاضي الذي ينظر الدعوى، أن ينتظر مدة شهرين قبل الفصل، كما منح للشركة أجلا لتصحيح العيب الذي ترتب عنه فيها رغم قيام سبب البطلان، وقرر انقضاء الدعوى في حال انقطاع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه البطلان، كما أجاز لكل من يهمله أمر تصحيح العمل المشوب فللمحكمة النظر في الأصل ابتدائيا بالبطلان بسبب عدم احترام الإشهار القانوني، بأن ينذر الشركة للقيام بالتصحيح - بمعنى إجراء الإشهار المطلوب- في اجل ثلاثين يوم، وفي حال عدم وقوع التصحيح فيمكن من يهمله أمر صحة هذا التصرف أو العمل، أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء أي بالإشهار⁽¹⁾.

فالتسوية آلية أجازها المشرع في الشركات التجارية، وهي " أسلوب موضوعي يهدف الى تلافي بطلان التصرف القانوني والإرتقاء به الى درجة التمام عبر إزالة العيب او إصلاح الخلل الذي إعتراه عند نشأته بصفة لاحقة"، وعليه فإن مجال تطبيق هذه الآلية يكون على البطلان النسبي، عندما تكون الشركة قابلة للإبطال وليست باطلة بطلان مطلق هنا لا مجال للتسوية، وقد تكون التسوية إرادية تصدر عن الشركة التي وقعت في أحد العيوب الإجرائية التي نص عليها القانون وهددت وجود الشركة بالابطال بإرادة الشركاء هي التي تتعهد بتصحيح الوضع وإزالة عيب البطلان⁽²⁾.

ولقد فتح المشرع الباب لتدارك أسباب البطلان حماية لمصلحة الشركة ذاتها ومصلحة الشركاء فيها ومصلحة الاقتصاد الوطني، وهكذا فالدعوى التجارية ترفع بمقر الشركة من أجل الحكم ببطلان أو إبطال الشركة، ومنه فدعوى البطلان بعدم مراعاة أحكام الشهر تمارس من قبل الغير في مواجهة الشركاء.

⁽¹⁾ الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2019/09/28، ص 106.

⁽²⁾ بلال عطية وحسن فرج الله، مرجع سابق، ص 223-224.

وتمارس من قبل هؤلاء في مواجهة البعض الآخر، إلا أنها لا يمكن أن تمارس من قبل الشركة أو الشركاء في مواجهة الغير⁽¹⁾، حيث أنه إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيًا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمله أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يومًا. وإذا وقع التصحيح في هذا الأجل، يجوز لكل شخص يهمله الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء⁽²⁾.

وعليه فإنه في حالة بطلان شركة أو أعمال أو مداولات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضاء أو فقد أهلية شريك، وإذا كان التصحيح ممكنًا، يجوز لكل شخص يهمله الأمر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الإجراء في أجل شهر، أما بالقيام بالتصحيح أو برفع دعوى البطلان لا تتجاوز ستة أشهر تحت طائلة انقضاء الميعاد ويتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار، فقاعدة جواز التسوية والتصحيح للوضعية القانونية للتاجر، تعتبر تطور في أحكام البطلان في المعاملات التجارية، والتسوية تكون بمبادرة الشركاء أو المحكمة⁽³⁾.

وعليه فإن تعيين أجل لتلافي البطلان مسألة إختيارية للمحكمة، بحيث تخضع لسلطانها التقديرية، تمنحه إذا رأت أنه لازم والعكس إذا رأت عدم نجاته، وبالرغم من إدخال المشرع المحكمة كطرف ثاني للقيام بالتسوية إنما لا يمكن تصور ذلك من الناحية المنطقية، فلا يمكن للمحكمة التحرك تلقائيًا إلا إذا عرض عليها ذلك من الشركاء أو من الغير الذي له مصلحة في التصحيح، وفي حالات ضيقة جدا تتدخل تلقائيًا مثل حالة مسك القضايا المتعلقة بالتصفية أو غيرها فهنا يمكن أن تتدخل لإنقاذ الشركة بتصحيحها⁽⁴⁾.

فإذا ارتكز بطلان بعض العقود أو المداولات اللاحقة لتأسيس الشركة على خرق لقواعد الشهر، جاز لكل ذي مصلحة في تسوية العقد أو المداولة أن يوجه إنذار للشركة بتسوية الوضع داخل أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ الإنذار المذكور، وعند عدم إجراء التسوية المطالب بها داخل هذا الأجل، يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من رئيس المصلحة بصفته قاضي المستعجلات تعيين وكيل للقيام بذلك

(1) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 47.

(2) بلال عطية وحسين فرج الله، مرجع سابق، ص 224.

(3) راجع المواد 739-738 ق ت ج .

(4) بلال عطية حسين فرج، مرجع سابق، ص 226.

الإجراء على نفقة الشركة، أما دعوى الإبطال فتتمارس من قبل الشرك الذي يقوم السبب في مواجهته، وهو ما يمكنه أن يواجه به الكافة من الشركاء أو أغير⁽¹⁾.

كما يجوز في شركة المساهمة أن تحول اسهم الغير الدائن بها على الشركة إلى اسهم مكونة لرأسها، ويصبح الغير شريك في الشركة، حيث إذا ما تم إصدار سندات استحقاق قابلة للتحويل إلى أسهم، يتمتع حاملو شهادات الاستثمار بحق الأفضلية في الاكتتاب وبصفة غير قابلة للتخفيض وبما يتناسب وعدد السندات التي يمتلكونها، ويجوز لمالكي شهادات الاستثمار التنازل عن هذا الحق أثناء جمعية خاصة ولا يمكن تحويل سندات الاستحقاق هذه، إلا إلى شهادات استثمار، كما أن شهادات الحق في التصويت المطابقة لشهادات الإستثمار الصادرة بمناسبة التحويل، تمنح إلى حاملي شهادات الحق في التصويت الموجودة بتاريخ المنح بما يتناسب وحقوقهم، إلا إذا تنازلوا عن حصتهم لفائدة مجموع الحاملين أو لبعضهم⁽²⁾.

إلا أنه استنادا إلى المادة 736 فإن إزالة البطلان يكون عن طريق تحديد أجل معين من طرف المحكمة ولو تلقائيا للتمكن، ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى، وإذا ما اقتضى الحال استدعاء الجمعية أو وقعت استشارة الشركاء لإزالة البطلان، وإذا ثبت استدعاء قانوني لتلك الجمعية أو إرسال نص مشاريع القرار مصحوبا بالمستندات التي يجب تسليمها للشركاء، فإن المحكمة تقضي بحكم بمنح الأجل اللازم للشركاء لاتخاذ قرار.

وإذا لم يتخذ أي قرار عند انقضاء الأجل المنصوص عليه في المادة المتقدمة، تصدر المحكمة حكمها بناء على طلب الطرف الذي يهمه الاستعجال.

والملاحظ أيضا أنه لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية كقاعدة عامة، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير،

(1) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 47-48-49.

(2) وهذا ما نصت عليه المادة 715 مكرر 71

من طرف عديم الأهلية وممثليه الشرعيين، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف⁽¹⁾.

وقد أورد المشرع حكم خاص بالنسبة للشريك الفاقد للأهلية في شركات المساهمة والشركة ذات مسؤولية محدودة، حيث قضى بعدم بطلانها فالبطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين⁽²⁾.

وفيما يتعلق بركن تعدد الشركاء فلا خلاف من كونه ركن موضوعي خاص لا يمكن قيام عقد بدونه حيث تقوم فكرة الشركة عليه، إلا أنها الفكرة العامة التي استندت عليها ظهور الشركات، وذلك ما اوجبه المادة 416 ق م، بوجود شريكين أو أكثر إلا أنه واستثناءً عن القاعدة العامة أجاز المشرع من تأسيس مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات مسؤولية المحدودة، استحدثت في القانون الجزائري، جواز تأسيس شركة بشريكا.

وعليه فلا يلحق البطلان الشركة التي لا يكون فيها تعدد للشركاء، وقد تنشأ شركة فيها التعدد وعند فقدانه، فإنه يستوجب تصحيح القانوني للشكل القانوني للشركة في الآجال المحددة، وبالعودة لأحكام المادة 590 ق ت من القانون رقم 20/15 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015 فإنها تنص:

"لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة عشرين شريكا.

وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة وعند عدم ذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل".

أما المادة 590 مكرر 1 فتأكد على عدم بطلان الشركة ذات مسؤولية محدودة عند حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة.

فالحد الأدنى للعدد الشركاء في شركة المساهمة أن لا يقل عن 7 وإذا قل عن هذا العدد يلتزم الشركاء بتصحيح الوضعية القانونية⁽¹⁾، وقد أجاز المشرع التصحيح أيضا فيما يخص الحد الأدنى لرأس

(1) راجع: المادة 742 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 733 من نفس المصدر.

المال حيث يشترط القانون في شركة المساهمة أن لا يقل عن مقدار خمسة (5) ملايين دينار جزائري على الأقل، إذا ما لجأت الشركة علنية للادخار، ومليون دينار على الأقل في الحالة المخالفة⁽²⁾.

وقد تدخل القانون أيضا فيما يخص الحد الأقصى لعدد الشركاء، حيث نجد في شركة ذات المسؤولية المحدودة أن لا تقل عن 50 شريكا، ويجب أن يبادر الشركاء لتصحيح هذه الوضعية عند تخفيض العدد إلى ما دون ذلك وإلا يتم تحويلها إلى شكل آخر⁽³⁾.

ويبدو تراجع المشرع عن بعض المفاهيم التقليدية، وتبني مفاهيم معاصرة التي تهدف في مجملها على معالجة أوضاع الشركات التجارية والمحافظة على استمرارية في نشاطها بعيدا عن شبح الزوال وعلى فني سياق آخر، شركة التضامن التي تقوم على الإعتبار الشخصي، تخضع للاستمرار فإذا انسحب أحد الشركاء يؤدي إلى اختلال ركن تعدد الشركاء فإن ذلك يؤدي فقدان الشركة، لكن منح المشرع الإذن باستمرارها لغرضها، مع الشريك المتضامن الآخر.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده ذكر: ذلك في عدة حالات نصت عليها المادة 563 ق ت ومنها في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان أهليته، تنحل الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء.

وفي حالة الاستمرار تعين حقوق الشريك الفاقد لهذه الصفة و الواجب أدائها له، طبقا للفقرة الأولى من المادة 559 ق ت

ومن خلال بعض الحالات المذكورة أعلاه يظهر رغبة المشرع في التمسك بالشركات التجارية، ومنحها فرصة للاستمرار عن طريق التصحيح، وحقيقة الأمر لم يتبين لنا من خلال استقراء المواد المتعلقة بالمحل التجاري والاوراق التجارية، لم يتبين بصورة واضحة اجازة المشرع التصحيح في الوضعيات المتعلقة بهم، إلا في وضعيات محدودة كجواز المشتري تطهير المحل التجاري من المعارضات استنادا إلى

(1) راجع: المادة 592 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) المادة 594 من نفس المصدر.

(3) راجع: المادة 590 وما يليها من نفس المصدر.

المادة 132⁽¹⁾، وجواز ابطال عقد تنازل عن محل تجاري الذي يغفل بعض البيانات الواردة في المادة 79 ق ت، وربط المشرع طلب الابطال أولاً بالمضور وثنانيا ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير درجة جسامه الضرر حيث ترتب المادة 100 ق ت على إهمال واحد أو أكثر من البيانات الواجب ذكرها في عقد التنازل بطلان إذا نشأ عنه ضرر لغير المتعاقدين ولا يجوز أن يطلب الحكم بهذا البطلان إلا الأشخاص الذين لحقهم ضرر من جراء الإهمال أو الإخلال ويمكن للمحاكم أن تقرر حسب أهمية الضرر ونوعه إبطال وحصر مفعوله.

أما فيما يتعلق بالأوراق التجارية، فإن مبدأ التطهير للدفع الذي سبق واشرنا له في إحدى محطاتنا عن الحماية في هذه الاطروحة، وهو مبدأ من مبادئ الإلتزام الصرفي يؤكد على أن الحامل يحاط بحماية قانونية ضد الأشخاص المدعى عليهم والذين يحتجون بالدفع الشخصية في علاقاتهم بالساحب أو الحاملين السابقين، فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن تبطل السفتجة أو أن يبطل مقابل الوفاء ولو نشأ عن علاقة غير مشروعة بين الساحب والمسحوب له أو سلسلة المظهرين، وذلك حماية للغير حسن النية ويمثل الغير هنا مركز الحامل، إذا حالات التطهير والتصحيح وإن كانت موجودة حقا وهي ميزة تنفرد بها الأحكام التجارية عن القواعد العامة⁽²⁾.

إلا أن مجالها يتسع ويتضح في أحكام المتعلقة بالشركات التجارية، ويكون بشكل ضمني في الأحكام الأخرى، ودليل ذلك حالات البطلان الخاص المنصوص عليها في القانون التجاري، في المواد من 733 وما يليها كانت خاصة بالشركات التجارية، ومنه فيمكن القول أن المشرع كان أكثر ليونة فيما يخص بالشركات التجارية، هذه الليونة لا ندري في أي اتجاه نصنفها، هل هي ميزة لصالح الغير أم ثغرة يمكن التنصل من خلالها في مواجهة الغير حسن النية؟

إلا أن المتمعن في دواعي الليونة في احكام البطلان يرى أنها تصب لصالح الغير حسن النية حماية له ولمصالحه ودليل ذلك الحكم بوجود الشركة الفعلية في الفترة التي تعاملت فيها مع الغير حسن النية، منحه الشركة الفرصة، ولا شك أن فكرة التصحيح يتضح أنها آلية بيد الغير يستخدمها في نطاق البطلان النسبي، وله الخيار بطلب استمرار التصرف أو طلب ابطاله، وقد ظهر فيما يعف بالبطلان الخاص الذي

(1) تنص المادة 132 من القانون التجاري المعدل والمتمم على: "فيجب على المشتري الذي يرغب في اتقاء ملاحظات الدائنين المقيدين أن يبلغ جميع الدائنين المقيدين في محل الإقامة المختار منهم في قيودهم تحت طائلة سقوط الحق، وقبل الملاحقة أو خلال ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ له".

(2) راجع: المادة 400 وما يليها من نفس المصدر.

أشرنا له في فكرة الشركة الفعلية التي تجسد بطلانا أقل حدة من البطلان المطلق ويعلو في حدته عن البطلان النسبي، وعليه يمكن القول أن فكرة التصحيح وإن كانت تبدو للوهلة الأولى أنها لصالح التاجر الذي ارتكب مخالفة في مواجهة الغير حسن النية، إلا أن التوجه الجديد نحو الحماية عن طريق المحافظة على النظام القانوني التجاري سواء كان في صورة نشاط فردي أو اعتباري، لأن استمراريته من تضمن استيفاء الغير حقوقه المالية والقانونية، وتجعل الغير يتقي الدخول في التفليسة خصوصا اذا كانت الذمة المالية لهذا النشاط منعدمة ما يؤثر على فعالية التنفيذ الجماعي، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى دواعي الغالية والديناميكية الاقتصادية تفرض تكريس مبادئ الرقابة والتوجيه والحوكمة الاقتصادية لان الافلاس يهدد الحركة الاقتصادية للدولة ككل، وعليه فإن كل هذه المفاهيم والمتغيرات في نظام الافلاس والمسؤولية كما سبق وأشرنا في الباب الأول وكذا في نظام البطلان، كلها تصب في صالح الغير حسن النية بالدرجة الأولى، وفي المصلحة الاقتصادية بصفة عامة.

ثانيا: الغير المهمل

قد يسقط حق الغير في البطلان والابطال، بالرغم من توفر كل أسبابه، لكن الغير هنا يكون مهما لا يتمسك بحقه بسبب تماطله وعدم اتخاذه الإجراءات القانونية اللازمة، فإذا كان القانون قد منح للغير الحق في المعارضة في بيع المحل التجاري في خلال خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ آخر يوم تابع للإعلان حسب نص المادة 84 ق ت، بواسطة عقد غير قضائي، فإذا انقضت هذه المهلة ولم يقدم الغير معارضته أو لم يتضمن طلب المعارضة البيانات والاشتراطات القانونية المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه، يسقط حقه في المطالبة بقيمة دينه، وحسب المادة 125 ق ت فإن الغير الذي لم يباشر إجراء حجز تنفيذي، ولم يطلب من المحكمة التي يقع بدائرتها المحل التجاري، بيع المحل التجاري المحجوز عليه مع المعدات والبضائع التابعة له.

ولم يتبع الإجراءات القانونية التي تقرر المحكمة فيها أنه في حالة عدم قيام المدين بالدفع في المهلة المحددة فإن الغير هنا لا يستفيد من اجراء اجبار المحكمة للمدين من بيع المحل التجاري وبالتالي استفاء دينه، ويجري مثل ذلك، بالنسبة للدعوى المرفوعة من المدين، فيما إذا طلب الدائن متابعة بيع المحل

التجاري، وحتى لو باشر إجراءات البيع وبعد استنفاد مدة الثلاثين يوما من تبليغه ولم يباشر اجراءات الاستئناف يسقط حقه نهائيا⁽¹⁾.

وعليه لا بد على الغير القائم بالملاحقة أن ينذر مالك المحل التجاري والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي أمر بالبيع، في محلات الإقامة المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل خمسة عشر يوما على الأقل من البيع، بالاطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك. وإذا لم يفعل لا يتم البيع لصالحه، ويجب أن لا يهمل الغير المدة القانونية وان ويتم البيع بعد عشرة أيام على الأقل من لصق الإعلانات المتضمنة اسم الشخص القائم بالملاحقة ومالك المحل التجاري مع بيان مهنة كل منهما ومحل إقامته والحكم الصادر بالبيع ومحل الإقامة المختار بمكان المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ومختلف عناصره التجارية ونوع أعماله التجارية وموقعه والسعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي يحصل فيها مرسى المزاد واسم الموظف العمومي المكلف بالبيع والمؤمن على دفتر الشروط، والا عد مهملًا وسقط حقه في الملاحقة القانونية.

ويفصل عند الاقتضاء رئيس المحكمة للمكان التابع للدائرة التي يجري فيها استغلال المحل التجاري في أوجه الطعن ببطلان ويجب على الغير أن لا يهمل تقديم أوجه الطعن بالبطلان لإجراءات البيع السابقة لمرسى المزاد، وفي المصاريف، قبل مرسى المزاد بثمانية أيام على الأقل تحت طائلة سقوط الحق، في القيام بها، ويصدر حكم الرئيس في نفس المهلة⁽²⁾.

ولأن للغير الحق في المعارضة في بيع المحل التجاري بالسدس وفي رهنه بالعشر، فإن الغير إذا لم يمارس حقه في الآجال القانونية يسقط حقه، واستنادا إلى المادة 133 ق ت أنه يجب تحت طائلة سقوط الحق على الغير عند ممارسة حقه بالمزايدة، إبلاغه للمشتري وللمدين المالك السابق في ظرف خمسة عشر يوما من التبليغات، مع التكليف بالحضور أمام محكمة موقع المحل التجاري، وذلك للبت، في حالة النزاع، في صحة تحديد المزاد بالمزايد، وفي قبول الضامن أو ملاءة المزايد بالزيادة، ثم الأمر بالشروع في المزايدات العلنية للمحل التجاري مع المعدات والبضائع التابعة له وإلزام المشتري المزاد عليه باطلاع

(1) راجع: المادة 125 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 127 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

الموظف العمومي المكلف بالبيع على عقد الإيجار أو عقد التنازل عنه، ولا يجوز زيادة مهلة الخمسة عشر يوما بسبب المسافة التي تفصل بين الموطن المختار والموطن الحقيقي للدائنين المقيدين.

أما في حالة كان الغير حقه متعلق رهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج، ولم يسجلوا قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان وهذا استنادا للمادة 99 ق ت، وفي نفس السياق لكن في الشق المتعلق بالشركات التجارية، فإن الغير لا يستفيد من دعوى تصحيح البطلان اذا لم يمارس حقه وفقا للآجال القانونية عن طريق انذار الشركة بالتصحيح في أجل ثلاثين يوما، أو أن لم يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء⁽¹⁾.

يجب التنبيه أن المبادرة بطلب الحقوق تلقى على عاتق الغير في كل الاحوال القانونية التي سبق التطرق لها، لأن القانون يمنحه الحق وما عليه سوى تفعيل هذا الحق باتخاذ الإجراءات القانونية الممنوحة له طبقا للأحكام والآجال المحددة قانونا، وهذا الحكم يعمم على كافة الاوضاع القانونية فالحامل الذي لا يبادر بتقديم السفتجة للقبول في الآجال القانونية المحددة، يسقط حقه ولا يستفيد من الامتيازات القانونية ويكون دينه عاديا يخضع للأحكام العامة ولا يدخل ضمن الإلتزام الصرفي المتميز بقواعده.

لذلك تجبر المادة 427 ق ت الغير الذي يمثل شخصية الحامل في السفتجة، يجبره على إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بإجراء من كتابة الضبط، كما يستوجب تقديم الاحتجاج لعدم القبول في الآجال المعينة لتقديم السفتجة للقبول.

أما دفع الاحتجاج لعدم وفاء السفتجة الواجب دفعها في يوم محدد أو في أجل معين من تاريخها أو من تاريخ الإطلاع عليها، خلال العشرين يوما الموالية لليوم الذي يجب فيه دفع السفتجة تحت طائلة سقوط الحق، وإذا توقف المسحوب عليه عن الوفاء سواء أكان صدر منه قبول أمر لا أو في حالة حجز أمواله بدون جدوى فلا يمكن للحامل الرجوع على ضامنيه إلا بعد أن يعرض السفتجة على المسحوب عليه لدفع قيمتها وبعد تقديم احتجاج وفي حالة إفلاس المسحوب عليه سواء أكان صدر منه قبول أم لا

(1) راجع: المادة 739 من نفس المصدر.

وكذلك في حالة إفلاس صاحب المنتجة المشروط عدم تقديمها للقبول، فيكفي تقديم الحكم بشهر الإفلاس لتمكين الحامل من ممارسة حقوقه في الرجوع، حتى لا يكون حاملاً مهملاً⁽¹⁾.

كما يستوجب على الحامل أن لا يهمل الاعذار القانونية اللازمة في ممارسته حقه في الاحتجاج والرجوع، حيث يتم توجيه إشعار بعدم القبول أو الوفاء إلى من ظهر له، في أيام العمل العشرة الموالية ليوم الاحتجاج أو ليوم التقديم في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف.

ويجب على كتابة الضبط، إذا كان السند يتضمن اسم وموطن صاحب السفتجة إعلانه في خلال الثمانية والأربعين ساعة من التسجيل، عن أسباب الامتناع عن الوفاء وذلك بواسطة رسالة موصي عليها، كما ويجب على كل مظهر خلال يومي العمل التاليين ليوم استلام الإخطار أن يعلم المظهر له بالإخطار الذي استلمه وأن يبين له أسماء الذين وجهوا الإخطارات السابقة وعناوينهم على وجه التابع حتى الوصول إلى الساحب، وتسري الآجال المذكورة من تاريخ استلام الإخطار السابق، لأن توجيهه للإخطار في الأجل المعين أعلاه، فلا يتعرض حقه للسقوط، على أنه يكون عند الاقتضاء مسؤولاً عن الضرر الناشئ عن تقصيره لكن بدون أن يتجاوز التعويض مبلغ السفتجة⁽²⁾.

ومنه يمكن للغير المتعامل في إطار المحل التجاري أو الأوراق التجارية وغيرها من الانظمة القانونية، التي لم توضح فيها فكرة البطلان الخاص بصورة جلية، أن يتمسك بقواعد التقادم أو قواعد الاجازة اذا كانت لصالحه وهي تعتبر نوع من انواع تطهير التصرف، نتعرف على كفيات ذلك فيما يلي:

(1) راجع: المادة 427 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 430 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

الفرع الثاني

سقوط الحق في الابطال بالإجازة أو التقادم

يمكن أن يقرر الغير بمحض ارادته التخلي على حقه في الابطال وذلك عن طريق إجازة التصرف (أولاً)، أو أن تكون المدة هي السبب عن طريق انقضاء فترة من الزمن تزول آثاره عن طريق التقادم (ثانياً).

أولاً: أحكام الإجازة

سبق وأشرنا إلى البطلان المترتب على تخلف اركان العقد ، التراضي ، المحل والسبب، والرسمية وهو بطلان مطلق، أما القابل للإبطال هو أقل خطورة حيث يقتصر أثره على من تقرر لمصلحته⁽¹⁾ ، وتبعاً لذلك يختلف البطلان النسبي عن البطلان المطلق من حيث القابلية للإجازة، والزوال بالتقادم.

1- تعريف الإجازة

حيث يمكن تعريف الإجازة: على أنها "عمل قانوني يتم بإرادة منفردة، يصدر من جانب من تقرر، لمصلحته البطلان"، وقد نص عليها المشرع الجزائري ، ويهدف أساساً إلى التنازل عن حق إبطال العقد⁽²⁾، والإجازة سواء كانت ضمنية أو صريحة، لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت شروط معينة يمكن أن نستقرؤها من خلال المادة 100 ق.م. الشروط التالية:

أ- يجب أن ترد على العقد القابل للإبطال

إن الإجازة يجب أن ترد على عقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره، عكس البطلان المطلق الذي ينعقد من الناحية القانونية، لذلك يرد على عيب من العيوب التي تصيب ركناً من الأركان وحالاته عيوب الإرادة كالغلط والاكراه والتدليس ونقص الأهلية، ولا تثار كل هذه العيوب إلا من طرف من له مصلحة في إثارتها⁽³⁾.

(1) بلال عطية حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 74.

(2) هجيرة تومي، سامية بويوزري، مرجع سابق، ص 252.

(3) بلال عطية حسين فرج الله، مرجع سابق، ص 74.

ب- أن يكون المجيز على علم بالعيب الذي يعتري التصرف

وقصد تثبيت تخليه عن حقه في الابطال، أن يكون مدركا للعيب ومثاله في هذا المقام علم الغير عند نشر عقد بيع المحل التجاري، بإغفال بعض البيانات التي نص عليها القانون أو في مجال الشركات علم الغير بتخلف اجراء الاشهار القانوني.

كما أنه يمكن أن تكون الاجازة صريحة إذا صدرت من المجيز بعبارات تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز في التنازل عن حقه في إبطال التصرف كأن تكون كتابية أو شفوية، كما يمكن أن تكون ضمنية حيث تفهم من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا يدل على اتجاه نية الغير على التنازل عن حقه في الابطال، ورغم عدم قابلية العقد للإبطال حيث أن أثر الاجازة يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال الخطر الذي كان يهدده، فيصبح باتا في مواجهة طرفيه، وحسب المادة 100 ق.م. فإن الاجازة تسري بأثر رجعي⁽¹⁾.

2- الاجازة وقاعدة الانتقاص

إن الأساس القانوني لنظرية انتقاص العقد في القانون الجزائري، تعود إلى نص المادة 104 ق م "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، فيبطل العقد كله".

ومنه يمكن تعريف انتقاص العقد بأنه: "تطهير العقد أو التصرف القانوني من الشق الباطل حتى يستمر في انتاج آثاره القانونية المقصودة منه"،

يتضح من التعريف أن نظرية انتقاص العقد تهدف إلى المحافظة على التصرف القانوني الباطل قدر الامكان لضمان استقرار المعاملات بحيث يزيل الشق الباطل فيه ويبقى الصحيح قائما ومرتبيا لكافة آثاره القانونية، ولقد أخذ المشرع هذه النظرية من التشريع المصري الذي أخذها بدوره من التشريع الالماني والتشريعات الدائرة في فلكه ويتضح بالمقارنة مع التشريع الالماني صاحب الفكرة، أنه يضع البطلان هو الاصل والانتقاص هو الاستثناء أما التشريع الجزائري فيأخذ بالانتقاص هو الاصل والاستثناء البطلان، فالانتقاص لا تثار فكرته إلا إذا تحقق مجاله وهو البطلان الجزئي الذي يعد معيار مجال الانتقاص،

⁽¹⁾ راجع المادة 100 ق م ج.

فالانقاص بذلك يمر بمرحلتين، الأولى بطلان التصرف جزئيا والثانية هي انقاص الجزء الباطل بشرط أن يكون التصرف قابلا للانقسام، على أن تتجه ارادة المتعاقدان إلى الانتقاص⁽¹⁾.

تشتطرت اتجاه نية الاطراف إلى ذلك بقولها "إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله"، وما يلاحظ من خلال صياغة المادة أنه لا يشترط النظرة المشتركة للمتعاقدين، بل يكفي إرادة متعاقد واحد فقط، فإذا كان الشق المعيب في نظر أحدهما جوهري فلا يمكن اعمال نظرية الانتقاص، أما المشرع الفرنسي فان الامر متوقف على حسن نية أو سوء نية الطرف الآخر، فإذا كان المتصرف سيء النية فإنه يجب اعمال البطلان الجزئي، أما إذا كان حسن النية فيجب النطق بالبطلان⁽²⁾.

ويبدو اقتراب نظرية الانتقاص مع فكرة الإجازة الا انها تختلف في كون الاجازة تكون بإقرار تصرف غير سليم وغير معترف به لصالح الغير، فيكون مجاز ومنتج لآثاره بمجرد قبوله، أما الانتقاص هو قبول الجزء وليس الكل وهنا يمكن أن تكون نقطة الالتقاء في فكرة تطهير التصرف الخاطئ، ولهذا الفكرة عدة تطبيقات في القانون التجاري، بحيث يمكن الحفاظ على سلامة التصرف عن طريق ابطال الشق المعيب والابقاء على التصرف صحيحا كالحالة المنصوص عليها في المادة 396 بإدراج الساحب في نص السفتجة عبارة «ليست لأمر» أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلا للتداول إلا على الشكل والآثار المرتبة على التنازل العادي.

ويمكن أن يكون التطهير حاصلًا لصالح المسحوب عليه سواء أكان قابلاً للسند أم لا أو لصالح الساحب أو أي ملتزم آخر سواه، وهؤلاء الأشخاص يمكنهم أن يظهروا السفتجة من جديد.

لذلك المشرع حرص على حق حفظ الإجازة لمن يحق له إبطال العقد، لضمان سرعة الإجراءات الخاصة بتدارك بطلان الشركات التجارية، ويتوفر التعبير الضمني إذا كان من بيده الحق في طلب الإبطال قد نفذ العقد مختاراً، ويترتب على الإجازة هنا إستقرار الوضع القابل للإبطال نهائياً وصحته، بحيث يكون هذا الاستقرار النهائي يعود من تاريخ نشوءه، ويصب هذا الحكم في مصلحة الغير الذي نشأ الوضع القابل للإبطال لمصلحته، لذلك فإن الإجازة ونظرية الإنتقاص من العقد، يلتقيان في الهدف وهو

(1) زرقاط عيسى، تأثير المنظومة الجرمانية على التشريع الجزائري في مجال البطلان، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 02، العدد 03، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، 2010/06/01، ص ص 2-3.

(2) راجع م 104 ق ت ج.

حرص المشرع على عدم إهدار التصرف القانوني والمحافظة على إستمراره بأي شكل سواء بشكله الذي هو عليه كما هو الحال في الإجازة، أو بشكل آخر كما هو الحال في نظرية الإنتقاص⁽¹⁾.

ثانيا: التقادم

لقد سبق لنا وتناولنا البطلان بمناسبة ضمانات حماية الغير على ضوء معيار السرعة والائتمان في الباب الأول من هذه الاطروحة⁽²⁾ كونه يحمل خصائص متميزة لصالح الغير حسن النية، وضرورة الدراسة استدعت اعادة تسليط الضوء عليه في هذه الجزئية كونه أحد أسباب سقوط الحق في البطلان، لذلك نحيل بعض الأحكام للباب الأول، ونحاول أن نركز في دراستنا للتقادم في هذه الجزئية حول تأثيره في سقوط البطلان لأن القاعدة العامة في القانون الجزائري أن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا معدوم والعدم لا يخلق منه شيء، غير أن التقادم يرد على دعوى البطلان وذلك خلال 15 سنة من وقت إبرام العقد، هذا ما نصت عليه المادة 102 ق.م.

وقد كان الفقه التقليدي في فرنسا وجانب من الفقه الغربي مستقرا على أن التقادم لا يرد على البطلان، على أساس أن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الزمان، وذلك سواء كان العقد الباطل قد نفذ، فأراد من نفيه أن يرفع دعوى البطلان بغية استرداد ما أداه، أو كان العقد لم ينفذ فطالب احد المتعاقدين الآخر بتنفيذه، فدع هذا البطلان، ففي الحالتين يجوز التمسك بالبطلان بطريق الدعوى في الحالة الأولى أو بطريق الدفع في الحالة الثانية مهما طال المدة على العقد ولكن القضاء الفرنسي مؤيد الدفع الفقه الحديث ذهب إلى أن دعوى البطلان لا تسقط والعلة في تقادم دعوى البطلان هي العلة الأساسية في التقادم عموما وهي وجوب تأييد الأوضاع الفعلية إذا استقرت مدة من الزمن وتحقيق استقرار المعاملات⁽³⁾.

أما إذا كان العقد الباطل لم ينفذ كليا أو جزئيا، ثم طالب أحد الطرفين تنفيذه، فللمدعي عليه أن يدفع بأن العقد باطل وكذا مهما كانت المدة التي مضت عليه، حتى ولو تجاوزت 15 سنة من وقت إبرام العقد، لذا طبقا للقاعدة الرومانية التي تقضي بأن الدفع لا تسقط بمرور الزمن، وأثر التقادم يتمثل في التقادم بالنسبة للعقد القابل للإبطال في سقوط حق الإبطال، بعد مرور المدة القانونية المقررة، فلا يجوز

(1) راجع بلال عطية حسين فرج، مرجع سابق، ص 230.

(2) راجع: الفصل الاول من الباب الأول من هذه الاطروحة ، ص ص 14، 15، 16.

(3) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 12.

بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع، أما أثره بالنسبة للعقد الباطل يتمثل في سقوط دعوى البطلان بمرور 15 سنة ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط⁽¹⁾.

يختلف أثر التقادم بالنسبة لنوعي البطلان، فإذا كان البطلان نسبي يزول بمدة يصفها الفقهاء بأنها قصيرة، فإن البطلان المطلق لا يتقادم ولا يزول ومن خلال المادة 101 ق.م يتضح لنا مدة تقادم حق إبطال العقد بمرور 5 سنوات من يوم زوال نقص الاهلية بالنسبة لناقص الاهلية ونفس المدة من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو تدليس، وبالنسبة للمكره من يوم انقطاع اكراه وقد قيد المشرع هذا الاجل بالنسبة لكل من الاكراه والتدليس والغلط بشرط آخر وهو عدم تجاوز مدة 10 سنوات من يوم إبرام العقد. أما بالنسبة للاستغلال فقد نصت المادة 90 ق.م على أنه يجب أن ترفع دعوى إبطال خلال سنة من وقت إبرام العقد .

فباللجوء إلى دعوى البطلان إنما يكون بعد تنفيذ العقد، إذا ما نشأ وضعاً فعلياً من شأنه الإضرار بمصلحة من يدحضه فهنا يمكن النظر فيه وإسترداد مايمكن إسترداده، فتعتبر دعوى البطلان من الدعاوى التي يطبق عليها التقادم المسقط حفاضاً على الإستقرار العام للمعاملات والمراكز القانونية فالدفع بالبطلان إنما يكون إذا كان العقد الباطل لم ينفذ كله أو بعضه فطالب احد المتعاقدين الآخر تنفيذه، فيكون للمدعي على أن يدفع بالبطلان يجوز مواجهته بالتقادم ولما كان قد مر أكثر من 15 سنة على إبرام العقد إذ يكون تقرير البطلان عندئذ مطابقاً للوضع الفعلي، فلا يخشى أن يترتب عليه إهدار وضع مستقر، ولا يكون هناك مبرر لإسقاط الدفع بالبطلان بالتقادم⁽²⁾.

وبالرجوع إلى القانون التجاري، نجد المادة 735 ق ت تؤكد على أن دعوى البطلان تنقضي إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً، إلا إذا كان هذا البطلان مبني على عدم قانونية موضوع الشركة، أما المادة 740 ق ت فتضع أجلاً لتقادم فيه دعاوى بطلان الشركة أو الأعمال أو المداوات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل ثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ حصول البطلان، وتتقادم دعوى المسؤولية المبنية على إبطال الشركة أو الأعمال والمداوات اللاحقة

(1) المرجع نفسه، ص 13

(2) زعيم أسماء، مرجع سابق، ص 15-16.

لتأسيسها بثلاثة أعوام اعتبارا من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي استنادا للمادة 743 ق ت ج .

أما فيما يتعلق بجميع الدعاوى الناشئة عن السفتجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق وتسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية، أو من تاريخ الاستحقاق إذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف، وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه، وهذه المدة لا تسري في حالة رفع الدعوى إلا من يوم آخر إجراء قضائي⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أحكام عدم الاحتجاج كأثر لحماية الغير حسن النية

قدمنا أن الغير يمكنه ابطال التصرفات التي من شأنها الاضرار بمصالحه، والتي تمت دون إتباع الاجراءات التي فرضها القانون، وستعرف في هذا المبحث على إمكانيته الغير أيضا على تعطيل التصرف دون إبطاله، استنادا إلى ما اطمئن له من أوضاع ظاهرة، وعدم سريانه في مواجهته واعتباره كأن لم يكن، عن طريق قاعدة عدم الاحتجاج على الغير حسن النية، التي تعتبر قاعدة مهمة تجعل من تصرفات التاجر محل مراجعة بالنسبة للغير، ما يظهر خصوصية هذه القاعدة في تفعيل حماية الغير (مطلب أول)، وتعرف على نطاق هذه القاعدة سواء تعلق الامر بعدم الاحتجاج بالدفع في مجال الاوراق التجارية أو ما تعلق بعدم الاحتجاج بالتصرفات التجارية وذلك في (المطلب الثاني)

المطلب الأول

خصوصية قاعدة عدم الاحتجاج في الحماية

قاعدة عدم الاحتجاج قاعدة متميزة في القانون التجاري، تمثل إحدى آثار اخلال التاجر بالتزاماته تجاه الغير حسن النية بالرغم من تشابه أحكام هذه القاعدة مع عديد من القواعد القانونية في القانون

⁽¹⁾ راجع: المادة 461 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

المدني أهمها قاعدة عدم نفاذ التصرفات حماية للضمان العام وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه في الفرع الأول، لنبحث بعد ذلك في العلاقة التي تربط قاعدة عدم الاحتجاج ونظرية الوضع الظاهر كون أن هذه النظرية تعتبر أحد أوجه مبدأ حسن النية، في تمسك الغير بعدم سريان التصرف تجاهه ستكون لنا وقفة على تفاصيل ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

عدم الاحتجاج وعدم النفاذ

سنحاول دراسة المقاربات القانونية والاستثناءات التي تخص قاعدة عدم الاحتجاج في القانون التجاري، وقاعدة عدم النفاذ في القانون المدني من حيث الموضوع في (أولاً) ومن ثمة نرجع على اوجه المقارنة من حيث معيار ميعاد حلول أجل الدين (ثانياً).

أولاً: من حيث الموضوع

يعرف الاحتجاج: لغة : لقد جاء في اللسان: أنه الحجة: البرهان، وقيل الحجة ما دوفع به الخصم، وقال الأزهري: ومن أمثال العرب لِحّ فحجّ، معناه لِحّ فغلب من لاجّه بحججه، يقال حاجته أحاجّه حجاجاً ومحاجّه حتى حججته أي غلبته بالحجج التي أدلت بها، والحجة: الوجه الذي يكون به الظفر عند الخصومة والحجة: ما دلّ به على صحة الدعوة ، فالاحتجاج هو إقامة الحجة أما اصطلاحاً: فهو إثبات صحة قاعدة أو استعمال كلمة أو تركيب بدليل نقلي صحّ سنده إلى عربيّ فصيح سليم⁽¹⁾.

والمقصود بمبدأ عدم الاحتجاج في المعاملات التجارية: هو "تعذر التمسك بالتصرف الباطل الذي لم يتم إشهاره في مواجهة الغير، وبالتالي فالتمسك بعدم الاحتجاج يجرّد التصرف من بعض آثاره التي قد تضر بالمراكز القانونية للغير، إلا أن هذا التصرف المعيب يبقى بالمقابل محتفظاً بقوته القانونية بين الأطراف المبرمة له، فاقدًا لهذه القوة في مواجهة الغير" فعدم الاحتجاج لا يمس حجية التصرف إلا في مواجهة الغير ولا يمتد إلى أطراف التصرف، وهو بذلك يتميز بمرونة خاصة، حيث يبقى هذا الأخير

⁽¹⁾ علي عبد الله الذنبيات، الاحتجاج بالقرآن الكريم والقراءات القرآنية في المسائل النحوية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الدراسات اللغوية، كلية الدراسات العليا، قسم اللغة العربية وآدابها جامعة مؤتة، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 4.

محتفظا بحجيته تجاههم تجعل منه جزءا مدنيا غاية في الأهمية، تم تكريسه من طرف المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون التجاري (المواد 623، 638، 649، 742 ق ت ج) على غرار باقي التشريعات⁽¹⁾.

أما عدم النفاذ فقد ورد هذا المفهوم في القانون المدني الجزائري بمناسبة تنظيم وسائل المحافظة على الضمان العام، تحديدا بصدد أحكام الدعوى البوليصية، وتم تنظيمه في سبع مواد من المادة 191 إلى المادة 197 في الكتاب الثاني في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان "ضمان حقوق الدائنين"، حيث عرف دعوى عدم النفاذ من خلال مضمون المادة 191 ق م على أنها "الدعوى التي يحق فيها للدائن الذي حل أجل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، شريطة أن يكون هذا التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره وثبت غشه وسوء نيته عن طريق تواطئه في الوصول لهذه الحالة وفقا للاشتراطات المحددة في القانون"⁽²⁾، وهذا بخلاف القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

فالأصل في تصرفات المالك أن في ممتلكاته ضمن الحدود التي يقرها القانون تكون نافذة بحقه وخلفه وفي ذمته المالية غير أنه ولما كانت الذمة المالية للمدين تعد الجانب الإيجابي الذي يتشكل منها الضمان العام للدائنين ذلك أن تصرفات المدين تؤثر ، في مدى قوة أو ضعف الضمان العام يرتبط سلباً أو إيجاباً على ذمته المالية بشكل عام ارتباطاً أساسياً بمدى نجاعة تصرفاته لذلك كان لابد من سلاح بيد الدائنين للذود عن ضمانهم العام وذلك بطلب عدم نفاذ تصرفات مدينهم فيما يعرف ب "دعوى عدم نفاذ التصرف"⁽⁴⁾.

(1) سالمي وردة، مرجع سابق، ص52.

(2) تنص المادة 191 من القانون المدني المعدل والمتمم: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

(3) اكتفى القانون المدني الفرنسي بطرح المبدأ في المادة 1167.

(4) مُجد فريد العربي، هاني مُجد دويدار، مرجع سابق، ص 271.

وسبب مقاربتنا لمفهوم عدم الاحتجاج وعدم النفاذ هو استعمال المشرع للفظ "عدم الاحتجاج" كمرادف للفظ "عدم النفاذ" حيث ورد هذا الاخير في نص المادة 191 ثم استعمال لفظ "عدم الاحتجاج" في نص المادة 192 فقرة أخيرة.

والملاحظ أن نطاق تطبيق دعوى عدم نفاذ التصرفات، هي التصرفات التي تنقص من حقوق المدين، أو تلك التي تزيد من التزاماته، فنرى مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدعوى هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر، فهي تعالج من المدين المعسر موقفا ايجابيا هو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال بقصد الاضرار بدائنه، فيرفعها الدائن بإسمه وأثرها ينصرف اليه والجدير بالملاحظة هو توسيع نطاقها ليعم سائر الدائنين ممن تتوفر فيهم شروط استعمالها⁽¹⁾،

فإن دعوى عدم النفاذ ليست دعوى بطلان كما أنها ليست دعوى تعويض ، بل هي دعوى من نوع خاص يقصد بها عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه و على ذلك فإن طعن أحد الدائنين في تصرف صدر من مدينهم إضرارا بهم و توافرت في طعنه جميع الشروط وجب الحكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في مواجهة الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف⁽²⁾، فيبدو اختلاف القاعدة بالمفهوم التجاري عنها بالمفهوم المدني، بالرغم من اشتراكهما في المبدأ العام وهو الحماية، فلم يشترط المشرع في القانون التجاري أن يكون المدين مفلسا، فقد يمارس الغير حقه في عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها التاجر تجاهه في أي مرحلة من مراحل نشاطه، حتى بالنسبة للتصرفات العادية التي تقوم بها مثلا الشركات التجارية من تغيير مقر الشركة أو المسير، أو ما يقوم به مالك المحل التجاري من نقل لمقر القاعدة التجارية، لا بد أن تكون محل نشر لإعلام الغير بهذه التغييرات التي تهمه، حيث افترض المشرع أن هذه التصرفات من شأنها أن تكون سببا في تضرر مصالح الغير حسن النية، وعليه فإن شرط الانتقاص من الحقوق او الزيادة في الالتزامات التي وردت في دعوى عدم النفاذ، يمكن القول أنها مفترضة

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، -الاثبات - آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 998-999

(2) داودي ابراهيم ولزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، دعوى عدم النفاذ (البولصية) والدعوى الصورية نموذجاً، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 03، المجلد 07، الصادرة عن جامعة وهران 02، الجزائر، 2015/12/22، ص 171.

في قاعدة عدم الاحتجاج في المعاملات التجارية، وليس على الغير اثباتها بل خول له القانون معارضة التصرف واعتباره غير نافذ في مواجهته، وحتى مسألة العلم كما سبق وأشرنا لها في هذه الاطروحة. وقد جعل المشرع أنه لا يمكن أن يكون اساسا يحتج به التاجر لعدم اشهاره في مواجهة الغير، وعليه فإن عبء الاثبات تم نقله على عاتق التاجر المخل بالتزامه فإن نطاق عدم الاحتجاج في القانون التجاري هو تخلف مبدأ الاعلام الذي يعد ضمانا هامة للغير في الحفاظ على حقوقه، كما لم يشترط أن يكون التصرف فيه انتقاص من الحقوق أو زيادة في الالتزامات بل فرض هذه القاعدة بمناسبة تخلف التزام قانوني يتمثل في الاشهار، والمتبع لكافة النصوص القانونية التي ذكرت هذه القاعدة يظهر أنها جزء مخالفة الالتزام بالإشهار القانوني، فلا يجوز الاحتجاج على الغير بأي بيان واجب القيد في السجل التجاري ولم يتم قيده فيه إلا إذا ثبت علم الغير بمضمون البيان، مالم ينص القانون على خلاف.

فالبيانات واجبة القيد في السجل التجاري لا تكون حجة على الغير إلا إذا تم قيدها فيه، فإن لم تقيد، افترض عدم وقوعها، وامتنع على التاجر الاحتجاج بها في مواجهة الغير، حتى ولو كان هذا الأخير على علم بها . ويعرف هذا المبدأ « بالأثر السلبي للشهر».

أما إذا تم قيدها ، افترض علم الكافة بها ، وكان للتاجر أن يحتج بها على الغير، حتى ولو لم يكن يعلم بها فعلاً⁽¹⁾ ومن ناحية أخرى فليس للغير التزام بإثبات غش التاجر وسوء نيته وتواطؤه ناحية المتصرف له وهو في حالة اعسار كما في شروط دعوى عدم النفاذ في القانون المدني، لأن عبء اثبات الغش يضعف من فعالية الدعوى في الحماية، لان مسألة الاثبات أمر صعب، فتكون بذلك قاعدة عدم الاحتجاج اكثر فعالية في القانون التجاري لأنها نتيجة اخلال بالالتزام قانوني وليس التزام عقدي.

فإذا ما أردنا تطبيق هذه الشروط على المعاملات التجارية، فإن الغير لا يمكن أن يمارس عدم سريان التصرفات في مواجهته إلا إذا أثبت سوء نية المتصرف إضافة إلى اثباته أن هذا التصرف من شأنه أن يزيد في التزاماته أو أن ينقص من حقوقه، كما يثبت اعسار التاجر المتصرف وهذا ما نصت عليه المادة 192 ق م بقولها: "إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من

(1) محمد فريد العربي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 255.

ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها"، مما يجعل ذلك مستعصيا ويقلل من فعالية القاعدة خصوصا أن المعاملات التجارية تتسم بالسرعة وتعطيل مصالح التاجر والغير في اجراءات الاثبات مسألة لا تصب في مصلحة الجميع.

فلا يعني ذلك أن التصرف المعارض سريانه في مواجهة الغير تصرف باطل بل هو صحيح ومنتج لآثاره بالنسبة للشركة مثلا أو المحل التجاري، او الورقة التجارية ، لكنه غير موجود بالنسبة للغير الذي تعلق حقه به، وفي هذه النقطة بالذات تلتقى قاعدة عدم النفاذ بالمفهوم المدني وعدم الاحتجاج في القانون التجاري، فإن التصرف الذي يعقده المدين المعسر إضرارا بحقوق دائنيه لا يشوبه لا غلط ولا تدليس ولا اكراه، كل ما في الأمر أن هذا التصرف يصدر عن غش المدين وتواطؤه مع المتصرف له بقصد تفويت الفرصة على دائنيه في استفاء حقوقهم بإضعاف ضمانهم⁽¹⁾.

وبما أن للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة فإن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم تدخل في نطاق موضوع الشركة تجاه الغير حسن النية، لكن لا يعني ذلك أن التصرف باطل وغير مشروع ، بالنسبة للشركاء والشركة مالم يكن التصرف مشوبا بالتدليس والغش ويضر بمصلحة الشركة⁽²⁾.

وعليه فالحكم القاضي بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه لا يترتب عليه بطلان هذا التصرف، وانما عدم نفاذه في حق الطاعن ويبقى التصرف صحيحا ومرتبنا لجميع آثاره القانونية إلا ما يتعارض منها مع عدم نفاذه في حق الدائنين⁽³⁾، فيلتزم التاجر بالبيانات التي اغفل نشرها وإذا ما ثبت اضراره بالغير تقرر عدم نفاذها لا ابطالها، كما أن اغفال مشتري المحل التجاري اجراءات النشر المقررة لا يعني بطلان عقد البيع بينه وبائع المحل بل هو عقد صحيح منتج لآثاره ولكنه لا يسري في حق الغير من دائني الحل التجاري إلا بإعلامهم ونشر ملخص العقد.

ثانيا: من حيث تاريخ ميعاد الدين

(1) لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الخاص، جامعة وهران، الجزائر، الموسم الجامعي، 2014/2013، ص 56.

(2) راجع: المادة 577 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص ص 124-125.

يشترط لإعمال أحكام دعوى عدم النفاذ أن يكون الدين قد حل أجله وهذا ما ثبت في مطلع نص المادة 190 ق ت المذكورة اعلاه، يتضح من مضمون المادة المتقدمة أنه إذا كان الدين الذي للدائن في ذمة مدينه مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد، فليس لهذا الدائن أن يلجأ إلى استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف ذلك أن دعوى عدم نفاذ التصرف تعتبر من قبيل مقدمات التنفيذ فلا يجوز استعمالها إلا ممن كان له حق مستحق الأداء، أما إذا كان الحق الذي للدائن في ذمة مدينه معلق على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ، فليس هناك ما يمنع الدائن من الطعن بطريق الدعوى البوليصية في تصرف مدينه، ذلك أن الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء⁽¹⁾.

على خلاف قاعدة عدم الاحتجاج في القانون التجاري فلا يشترط أن تكون بصدد مدين معسر ودين حل أجله، فلا ترتبط بميعاد حلول الدين، بل ترتبط بالتصرفات التي يقوم بها التاجر حتى في حالة عدم حلول ميعاد الدين، لأن المعلوم أن مواعيد حلول اجل الدين يشكل تهديد لحياة التاجر وهو سبب في اشهار افلاسه، لذلك قاعدة عدم الاحتجاج لها علاقة بطبيعة التصرفات التي يعارض الغير في سريانها في مواجهته، بل بالعكس في بعض الحالات قد تكون التمسك من طرف الغير بقاعدة عدم الاحتجاج تكون سببا في جعل الديون حالة الاجل مثلما ورد في نص المادة 123 ق ت عند نقل المحل التجاري دون موافقة البائع أو الدائنين المرتهنين يمكن أن يترتب عليه استحقاق ديونهم، فيما نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري.

وواقع الامر قد نجد تداخل في هذه الناحية فيما يتعلق بالاحتجاج المتعلق بالدعوى الرجوع الصرفي في السفتجة التجارية، والذي يرتبط بصفة مباشرة بحلول موعد الدين، حيث يعتبر الاحتجاج لعدم الدفع أو الوفاء ورقة من الاوراق الرسمية ففي حالة امتناع المسحوب عليه من الوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد

(1) لزرق بن عودة، مرجع نفسه، ص 64.

استحقاقها فعلى حامل الورقة أن يقوم بتحري احتجاج لعدم الوفاء أو الدفع، وإن الغاية من تحرير احتجاج هي إثبات امتناع المسحوب عليه من الوفاء عند حلول أجل الاستحقاق⁽¹⁾.

لكن توافق دعوى الرجوع الصربي ودعوى عدم نفاذ التصرفات من ناحية شرط حلول أجل الدين حتى يتم تحريكها واستعمالها، لا يعني توافقهما في باقي الأوجه، فالأولى هي وسيلة تنفيذ أما الثانية هي وسيلة حماية للمحافظة على الضمان العام دونما اتخاذ خطوات التنفيذ وعطفا على ما تقدم فإن دعوى عدم نفاذ التصرف ماهي إلا دعوى والدعوى ماهي إلا وسيلة قانونية لذلك فإن دعوى عدم نفاذ التصرف هي وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن تخوله حق الطعن في التصرفات الصادرة عن المدين والتي تنطوي على الغش والتواطؤ لغايات تهريب أمواله ولما كانت القواعد العامة التي تحكم الدعوى قد استقرت على ارتباط وثيق ما بين الدعوى كوسيلة الحق وما بين الحق المراد حمايته فإن دعوى عدم نفاذ التصرف هي وسيلة قانونية لحماية الحق وإن الحق المراد حمايته هو الضمان العام للدائنين⁽²⁾.

فبالرغم من اقتراب احكام قاعدة عدم النفاذ للتصرفات إلى حد بعيد مع قاعدة عدم الاحتجاج في القانون التجاري، وبالرغم من ترادف المصطلحين دلالة على تطابقهما في ما ورد في أحكام القانون المدني من طرف المشرع، إلا أن عدم الاحتجاج في مجال العلاقات التجارية يحتفظ ببعض من الخصوصية سواء من ناحية الشروط المطبقة التي تخص الموضوع أو تاريخ الاستحقاق.

تجدد الملاحظة أننا تناولنا كل الاجراءات المتعلقة بالاحتجاج الصربي في الباب الأول لذلك نحيل التعمق أكثر في هذه الأحكام إلى الفصل الأول من الباب الأول من هذه الاطروحة.

(1) منصور داود وجمال عبد الكريم، قواعد الاحتجاج الصربي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 01، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، (2020)، ص 401.

(2) لافي مجد درادكة، دور نظرية الأوضاع الظاهرة في حماية أطراف العلاقات القانونية الناشئة عن الورقة التجارية - دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ملحق خاص، العدد الحادي عشر، اجاث المؤتمر السنوي 8، ج2، ديسمبر سنة 2021، ص501.

الفرع الثاني

عدم الاحتجاج ونظرية الوضع الظاهر

تعتبر نظرية الأوضاع الظاهرة من النظريات العريقة التي صنفت أنها تقوم على فكرة حماية الغير حسن النية، وعرفها البعض على أنها: "وضع مخالف للحقيقة القانونية، قد نشأ نتيجة أفعال وتصرفات محسوسة مقترنة بعوامل محيطية من شأنها أن توقع الغير في التعامل مع هذا الوضع الظاهر كما لو كان وضعاً حقيقياً يقرره ويحميه القانون"⁽¹⁾.

تقوم نظرية الوضع الظاهر على عنصرين، الأول مادي والثاني معنوي سوف يتم التعرض لهما على التوالي في (أولاً) و(ثانياً)، من أجل اكتشاف تأثير النظرية على قاعدة عدم الاحتجاج على الغير حسن النية.

أولاً: العنصر المادي للوضع الظاهر

يراد بالعنصر المادي هو ذلك العنصر أو مجموعة العناصر التي تلزم للقيام المركز الواقعي أو تؤدي إلى الاستدلال عليه، أما المركز القانوني لصاحب الحق قد يستدل عليه بعقد صحيح، وقد يستدل عليه بممارسة صاحب الحق لسلطات ومزايا ومكثات يخولها له هذا العقد، فالمركز القانوني لممثل الشركة يمكن الاستدلال عليه عن طريق عقد الشركة الذي يحدد سلطاته وصلاحياته، وأيضاً يستدل عليه عن طريق مزاوله هذا الممثل لسلطاته التي يخولها له عقد الشركة، وقد يظهر صاحب الوضع الظاهر كأنه صاحب حق عندما يكون مركزه مدعوماً بوقائع مادية تقع تحت سمع وبصر الآخرين، بالإضافة إلى ارتداء لمركز الظاهر ثوب المركز القانوني، كما هو الحال عندما يتوافر للشريك الظاهر في الشركة التجارية ذات الحق في التصرف بحصته أو أسهمه مقارنة بالشريك القانوني الذي يكون له حق التصرف فيها، وذلك عندما يكون عقد الشريك الظاهر غير متنازع فيه وقت إبرامه لأي تصرف⁽²⁾.

(1) لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 64.

(2) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 126.

والعنصر المادي قد يتخذ صور متعددة تمثل أوضاع ظاهرية تحتوي على تطبيقات متنوعة ومتعددة تهدف أساسا لحماية الغير، ولا يمكن تطبيقها في كل العلاقات التي تنشأ في الشركة التجارية كعلاقة الشركاء فيما بينهم، بل أنها لا تجد مجالا لتطبيقها إلا في العلاقة التي تربط الشركة التجارية بالغير، كما لا يمكن فصل هذه النظرية عن مبدأ حسن النية، وهذا ما يظهر عمليا عند تطبيق أحكام نظرية الظاهر فنجد حينها حسن النية المبدأ الذي يرسم حدود ومجال تطبيق نظرية الظاهر⁽¹⁾.

وقد جعلها العديد من الفقه الأساس القانوني للشركة الفعلية، وتبريرهم في ذلك أن هذه الفكرة تكفل الى حد بعيد حماية الغير الذي إنخدع بمظهر خارجي زائف الذي وثق فيه الغير في الضروف العادية، فإذا ماتم إعمال هذه النظرية فإن الشركة التجارية لا يمكنها التنصل من التزاماتها تجاه الغير، ومن ثم لا يحق لها الاحتجاج تجاهه بالبطلان، حفاظا على إستقرار الاوضاع الظاهرة⁽²⁾.

فعندما تقوم الشركة التجارية بواسطة ممثليها أو مؤسسيتها بخلق غلط حول وجودها ومشروعيتها عند عدم قيدها في السجل التجاري، أو عندما لا يتم الاعلان على نقل ملكية المحل التجاري فإن ذلك يجعل من بائع المحل التجاري مالكا ظاهرا له ويلتزم بما يلتزم به المشتري وكأنه وكيل عنه أو تابع له، فنجد أن هنالك غلطا قد وقع فيه الغير المتعامل مع صاحب وضع ظاهر وهو يعتبر من العناصر الجوهرية ذات الاثر المنشئ في نظرية الوضع الظاهر، هذه المظاهر الخارجية التي من شأنها أن تولد الاعتقاد لدى الغير بقانونية مركز صاحب الوضع الظاهر متى كان مصحوبا بحسن نية، ويتوافر هذا الغلط من جانب الغير في كل حالة يتضح فيها أن الوضع الظاهر الذي استند اليه المتصرف ظاهر ومستقر، قوي ومعقول، وبالتالي يكون الغير معذورا في غلظه⁽³⁾.

وأساس تدخل القانون لتقرير الوضع الظاهر، بضرورة حماية الغير الذي تعامل بحسن نية، اعتقادا منه أنه يتعامل مع ذي صفة خاصة إذا كان اعتقاده مبررا⁽⁴⁾، وعندما يقع الغير في لبس مستدلا بالوضع

(1) لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 64.

(2) بلال عطية وحسين فرج الله، مرجع سابق، ص 261.

(3) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 126-127.

(4) كهينة يوسفى وعبد الله سلام، مرجع سابق، ص 194.

الظاهر فلا يحتاج تجاهه بالتصرفات التي أخفت الوضع الحقيقي وجعلت الغير أمام وضع ظاهري، كعدم نشر العقد الذي يثبت احالة الحصص إلى الغير وتغيير الشكل القانوني للشركة، فهنا الغير يبقى يتعامل مع وضع خارجي هو بقاء الشكل القانوني للشركة كما هو عليه وعدم احالة الحصص، وعليه فلا يمكن أن يحتاج المسيرين أو الشركاء والشركة بهذا التغيير تجاه الغير حسن النية الذين لا يعلمون بالوضع الجديد والذين اطمئنوا للوضع الظاهر⁽¹⁾.

فالغير الذي يتعامل مع التاجر الظاهر أو ممثل الشركة الظاهر أو المستفيد من الورقة التجارية الظاهر، اطمئن في اعتقاده معتمدا على المظاهر الخارجية التي ولدت لديه الاعتقاد بقانونية مركز صاحبه ومطابقتها للحقيقة، فعلى سبيل المثال الشخص الذي يقوم بإبرام عقد تجاري معين مع تاجر ظاهر ينشأ له حق في مواجهة التاجر الحقيقي، اي يعتبر أنه من الغير بالنسبة للوضع الظاهر، في حين أن المتصرف اليه من قبل التاجر الظاهر وبهذا المفهوم نستبعد التاجر الظاهر من الحماية وتقتصر الحماية على الغير الذي تعامل مع التاجر الظاهر .

وعليه لا يمكن للتاجر الاحتجاج قبل الغير بانعدام صفته التجارية عند عدم قيد في السجل التجاري⁽²⁾، فهناك علاقة وطيدة بين قاعدة عدم الاحتجاج وأحكام مبدأ الوضع الظاهر في القانون التجاري.

ثانيا: العنصر المعنوي للوضع الظاهر

لقد أصبحت معظم التشريعات تعترف بتطبيقات نظرية الوضع الظاهر بما فيهم المشرع الوطني، حيث بدأت المرحلة الأولى لتبلور فكرة الظاهر باعتراف مجلس الدولة الفرنسي في رأي تفسيري سنة 1807 بأن كل التشريعات تعترف بتصحيح العيوب التي تشوب التصرفات، متى وجد غلط شائع وتوفرت حسن النية، وتبين أنه لم يكن في وسع الأطراف توقع وتجنب تلك العيوب بعد ذلك قامت المحاكم الفرنسية بالاعتماد على نظرية الظاهر بناء على الغلط الشائع⁽³⁾.

(1) راجع: المادة 572 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 22 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) Cour de cassation, Assemblée plénière 13/12/1962 n° 57-115 69, Cité par j. Auloy, op.cit, p 277.

وهناك آراء متباينة منها ما يستند الى أن حسن النية هو أساس نظرية الظاهر يراد به قصد الإلتزام بحدود القانون، وهذا الرأي مردود عليه لأن الذي وقع في غلط طبقا للوضع الظاهر ليس بالضرورة أنه تعمد ذلك، فقد يكون وقوعه في المخالفة نتيجة ثقته بالوضع الظاهر أو جهله بتفاصيله⁽¹⁾.

كالثقة في الجهاز الاداري للشركة، أو جهله لوقائع جديدة بخصوص وضعية الشركة لم يتم الاعلان القانوني عنها، وتصرف الغير استنادا لما كان له علم به قبل تقرير المستجدات، كما يمكن أن يكون الغير قد إرتاح وتصرف إستنادا لثقته في الساحب الذي حرر السفتجة وإطمئن لوجود مقابل الوفاء، أو إطمئن "للمسير القانوني"، أو " الممثل الاتفاقي" أو "المسير الفعلي"⁽²⁾، أو "المفوض" ويقصد بالتفويض أن يعهد الممثل القانوني للشركة التجارية بمنح بعض من سلطاته لشخص آخر، وعادة مايلجئ الاشخاص للتفويض لضمان السير الحسن للنشاط، لكن هذا المفوض قد يتجاوز صلاحياته تجاه الغير الذي يتعامل معه معتقدا انه المسير القانوني، هنا تقوم مسؤولية المفوض والمفوض له والشركة تجاه الغير حسن النية⁽³⁾.

لذلك لايشترط علم القاضي بوجود الوضع الظاهر كقاعدة قانونية، وبالتالي فالقاضي ملزم بتطبيقها، مايبين حرص المشرع على دعم الثقة والإئتمان في المعاملات التجارية عن طريق تغليب مصلحة الغير الذي تصرف طبقا للظاهر الذي بنى عليه قراراته⁽⁴⁾.

ومن ثما فلا يعتبر حسن النية متوفرا إلا إذا كان لبس في وسع الكافة التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للوضع الظاهر، ولو بذل عناية الرجل العادي ولم يقصر في استطلاع حقيقة الأمر المخالف للظاهر، حيث ينتفي حسن النية إذا ما كان الغلط في معرفة المركز الحقيقي المخالف للمركز

(1) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، مرجع سابق، ص129.

(2) لقد سبق وعرفنا كل من الممثل القانوني والواقعي والممثل بالوكالة في هذه الاطروحة نحيل التفصيل في ذلك لأحكام الباب الأول المتعلقة بالمسؤولية القانونية كأثر لحماية الغير حسن البينة.

(3) مجّد حزيط، مرجع سابق، ص 227.

(4) لاني مجّد درادكه، مرجع سابق، ص510.

الظاهر ناتجا عن السداجة أو الاهمال، لذلك يشترط انتفاء تقصير الغير في استطلاع الحقيقة وإلا زال عنه افتراض حسن النية وفقد الحماية التي تقرها الاوضاع الظاهرة⁽¹⁾.

لذلك فإن نظرية الوضع الظاهر تقر بحالات مخالفة للأوضاع المقررة قانونا، تجعلها ترتب جميع آثارها كما لو كان الشخص قد تعاقد مع صاحب الحق فعلا، أن يحتج على الغير بالوضع المستتر، فالوضع الظاهر يلزمه شخصا بالتزامات سلبية فلا يمكنه التعرض الشخصي، وتظهر تميز النظرية في سهولتها لأنها تعتمد على ما يظهر للغير دون حاجة لإثبات شروط معينة⁽²⁾.

أما عن تطبيقات نظرية الظاهر في السندات التجارية، فالحامل الأخير يمثل الغير حسن النية الذي يتعامل مع صاحب الوضع الظاهر معتقدا أنه صاحب الحق، وقد يكون موقعا ساحبا أو مسحوب عليه، مظهرا، ضامنا أو قابل للتدخل، وعلى وجه العموم كل ملتزم صرفيا تجاه الحامل الأخير للورقة التجارية بحيث يترتب على هذا الوضع، الأخذ بالظاهر، بحيث يترتب على كل شخص ملتزم صرفيا قائما بذاته عن الإلتزامات الناشئة باقي الملتزمين، بحيث يمكنه الوضع الظاهر من الاستفادة من التضامن المصرفي ومن ملكية مقابل الوفاء، وعليه يترتب على ذلك منح الغير حق طلب الحجز على أموال المظهر⁽³⁾.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج في المعاملات التجارية

تردد مصطلح "عدم الاحتجاج" في المواد المنظمة لمختلف الأحكام التجارية، وتعتبر قاعدة لها قوتها القانونية في حماية الغير سواء بتمسكه بعدم الاحتجاج بالدفوع التي يستند اليها الملتزم المصرفي في اطار الاوراق التجارية لإبطائها والتهرب من دفع قيمتها وهذا ما سندرسه في الفرع الأول من ناحية أو الاستفادة من قاعدة عدم الاحتجاج بالتصرفات التي تضر بمصالحه ويقوم بها التاجر للانتقاص من حقوقه، من ناحية ثانية في الفرع الثاني.

(1) كهينة يوسفى وعبد الله سلام، مرجع سابق، ص 193.

(2) Sabine. Vacrata, La sociétés crée de fait essai de théorisation, LGDJ. 2003, op, cit, p 92.

(3) «(3) لا في مُجْد درادكه، مرجع سابق، ص 520.

الفرع الأول

عدم الاحتجاج بالدفوع في الاوراق التجارية

لهذه القاعدة قوة قانونية في اطار مبادئ الالتزام الصرفي نتعرف على تطبيقات هذه القاعدة في (اولا)، ثم نسلط الضوء على الاستثناءات التي تسقط التمسك بها (ثانيا).

أولاً: حالات التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع

إن لقاعدة تطهير الدفوع أهمية في تيسير تداول الاوراق التجارية وفيها ضمانات للحامل القانوني من المفاجئة بعدم التسديد حيث جاءت هذه القاعدة من أجل الثقة بالأوراق التجارية ولإضفاء نوع من الائتمان في بياناتها يستحيل من خلالها على المسحوب عليه القابل للورقة التجارية أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفوع أي وسائل الدفاع التي كان باستطاعته التمسك بها في مواجهة الساحب⁽¹⁾.

حيث قيل أن الحكمة من تجريد الالتزام الصرفي تنتفي في العلاقة المباشرة بين الساحب والمستفيد بينما يبرز التجرد في العلاقة غير المباشرة بفضل قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع لتشجيع تداول الاوراق التجارية، حيث استثنى بعض الفقه تطبيق التجريد على العلاقة المباشرة بين المدين وحامل الورقة التجارية المرتبط معه بعلاقة أصلية والتي يفترض انه يعلم ومطلع على عيوبها⁽²⁾، فمن أهم الأسس التي تقوم عليها الورقة التجارية وأكثرها خروجاً على القواعد العامة هو الأساس الذي يركز على مبدأين كبيرين من مبادئ قانون الصرف، يكمل أحدهما الآخر وهما مبدأ "استقلال التوقيعات" ومبدأ "تطهير الدفوع"، ذلك أن مقتضى القواعد العامة هو أن الدائن الذي يحيل حقه إلى شخص آخر إنما يحيله بما يلحقه من عيوب ودفوع، وما يشوبه من أسباب الفسخ أو الانقضاء أو البطلان، وهو لم يكن يملك الحق الذي أحاله إلا مشوباً بهذه العيوب وعليه فالتطهير يلحق كل العلاقات الناشئة على الدفوع الناشئة على

(1) إسرائ عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 139.

(2) محمد حسين بشايرة، الالتزام الصرفي المجرد في علاقة حامل الورقة التجارية بمدنيه المباشر "نظرة جديدة في القانون الاردني مقارنا بالقانون الانجليزي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة التاسعة - العدد الثاني، العدد التسلسلي 34، يونيو 2021، ص 353.

العلاقات بين الحامل وسائر العلاقات السابقة⁽¹⁾، تجد هذه القاعدة سندها في المادة 400 ق ت: "لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفوع المبينة على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين".

فتجرد الالتزام المصرفي هو ضرورة لتؤدي الورقة التجارية وظيفتها الائتمانية، فلا تقتصر هذه الاخيرة على منح أجل للمدين للوفاء فحسب بل إن الائتمان يتضمن أيضا معنى زيادة القدرة على استفاء الحق من خلال الدعوى المصرفية ونقل مخاطر التقاضي إلى المدين في حالة ادعائه وجود نزاع حول العلاقة الاصلية، غير أنه يستوجب توافر حسن النية في الغير التي مقتضاها التعاون وعدم الغش والعلم والاضرار بالمدين⁽²⁾.

ومقتضى حسن النية أن يكون قد تحصل على الورقة عبر سلسلة غير منقطعة من التظاهرات، بمعنى يتصف مركزه القانوني بكونه الحامل الشرعي وهذا ما أيده المادة 399 وعليه فكل من بيده السفتجة يعتبر أنه حاملها الشرعي ولو كان آخرها تظهيراً على بياض كما أن التظاهرات المشطبة تعد على هذا الوضع كأن لم تكن.

وقد حصل خلاف حول سوء نية الحامل فذهب فريق إلى أنه يكفي أنه علم بوجود الدفوع وقت التظهير حتى يستطيع المدين التمسك بها في مواجهته، واعتبر فريق آخر أن سوء النية الذي يمنع تطبيق قاعدة تطهير الدفوع لا ينتج عن مجرد العلم بوجود الدفع، بل عن التواطؤ بين المظهر له والمظهر على إجراء التظهير بقصد حرمان المدين المصرفي من حق توجيه الدفوع، أي أنه يجب أن تتوفر لدى المظهر إليه نية الاضرار بالمدين المصرفي بالاشتراك مع المظهر⁽³⁾.

(1) عماد ابراهيم كساب الشديفات، تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 14.

(2) محمد حسين بشايرة، مرجع سابق، ص 357

(3) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 37.

وبالتالي فإن الساحب يلتزم قبل الحامل حسن النية مفترضا هذه النية، أما إذا ثبت تواطؤه وغشه عن طريق علمه بالعيب الذي يصيبها فهنا يسقط حقه في التمسك بها⁽¹⁾، و نظرا لصعوبة تبين سوء نية الحامل، فالراجح أنه حسن النية وحسب النصوص القانونية فإن عبء اثبات سوء نيته تكون على من يدعي ذلك، وعليه لا يصح أن يحتج الساحب أو المسحوب عليه والمظهرون بسوء نية الحامل الا اذا ثبتت ذلك أو أن يحتجوا بعدم مشروعية العلاقات الأصلية التي نشأت عن الورقة التجارية، فلا يحتاج الحامل إلى التدليل على حسن نيته⁽²⁾.

كما أن توقيع الورقة على بياض⁽³⁾، على أمل تكملتها فيما بعد وفقا للاتفاق المبرم بينهما تعتبر صحيحة طبقا لقانون جنيف الموحد حيث تنص المادة العاشرة على ما يلي: "إذا كانت الكميالة ناقصة عند سحبها وتم إكمالها بعد ذلك خلافا للاتفاق الحاصل فإن إكمالها على الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعا تجاه الحامل، مالم يكن الحامل قد تملك الكميالة الموضوعة البحث بسوء نية أو كان قد ارتكب خطأ جسيما"⁽⁴⁾، ويقابل هذه المادة في القانون التجاري الجزائري المادة 396 في الفقرتين الاخيرتين تنص " أن يكتب التظهير على السفتجة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها أي (متصلة بها) ويجب أن يكون مشتملا على توقيع المظهر، ويضع هذا الأخير إمضاءه بيده أو بأي طريقة أخرى غير المخطوط باليد. ويجوز ألا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن تقتصر على توقيع المظهر فقط (تظهير على بياض) وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كان على ظهر السفتجة أو على الورقة المتصلة بها".

بشرط أن يكون التظهير صحيحا ويثبت ذلك بالتوقيعات الصحيحة، لكن هنالك حالات تكون التوقيعات والتظهيرات صحيحة ولكن قد يصادف أن يتم التلاعب بالبيانات الأصلية عن طريق

(1) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 137.

(2) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 37

(3) الورقة على بياض هي الورقة التي تخلو من جميع البيانات الالزامية عدا بيان التسمية والتوقيع، أما الورقة الناقصة هي التي تخلو من الذي لا يمكن افتراضه بحكم القانون وايضا تعتبر الورقة ناقصة إذا ذكر فيها البيانات التي يجوز افتراضها ولكن بشكل غير جدي أو إذا لم يذكر العنوان بجانب اسم الساحب أو المسحوب عليه، والفرق بينهما هو ان الاغفال يكون عن سهو أو إهمال في الورقة الناقصة ويكون الاغفال عن تعمد في الورقة على بياض، راجع: أكرم ياملكي، القانون التجاري، الاوراق التجارية، دراسة مقارنة، (السفتجة والكميالة والشيك)، ط 2، العراق، 1978، ص 5.

(4) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 136.

التحريف فهذا الاخير هو المساس ببيانات الورقة التجارية، ففي حالة التحريف كالزيادة أو النقصان في احدى البيانات كالمبلغ أو التاريخ وتم تظهير الورقة بالبيانات المحرفة، فإن الموقعون قبل التحريف يبقون ملزمين بالبيانات غير المحرفة، أما الموقعون بعد التحريف فيلتزمون بالبيانات المحرفة تجاه الحامل الشرعي ولا يجوز الاحتجاج تجاهه بالبيانات الاصلية قبل التحريف⁽¹⁾.

هذا بالنسبة إلى التحريف المادي، لأنه قد يكون تحريف معنوي يتمثل في التظهير الصحيح ولكنه مبني على سوء نية وغاية محددة كحوالات المجاملة هي تلك الحوالات التي تبدو في ظاهرها مستوفية لجميع البيانات التي يفرضها القانون كما لو كان حوالة حقيقية أي جدية مع أن الحقيقة أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الحصول على ائتمان وهمي لا علاقة له بالحقيقة يرمي بالأساس إلى خداع الغير من هذا الوضع الظاهر، وعليه فهي ورقة أو حوالة لا تعبر عن علاقة سابقة بين الساحب والمسحوب عليه فلا يكون لمقابل الوفاء وجودا وقت تحريرها ولا نية للوجود وقت ميعاد استحقاقها، وإنما وضع توقيعها لخلق ائتمان وهمي، ومتى ما كانت لا تستند إلى علاقة جدية كانت باطلة، كما أنه لا يجوز الاحتجاج بهذا البطلان على الحامل حسن النية اذ يكون من حقه مطالبة الساحب والمسحوب عليه بوفائها نتيجة توقيع كل منهما⁽²⁾.

وتجدر الاشارة إلى أنه لا يوجد فرق بين التحريف والتزوير من حيث اثر في صحة الورقة التجارية حيث كلاهما لا يبطل التظهير او الورقة التجارية، الا ان الاختلاف في الاحتجاج فلا يمكن للموقع الذي حرف البيانات لا يمكن له الاحتجاج تجاه الحامل الشرعي، أما المظهر الذي تم تزوير توقيعيه يحميه مبدأ سلسلة التوقيعات في عملية التظهير إذا كانت صحيحة، ويحقق فقط له أن يحتج في مواجهة الحامل ولو كان هذا الأخير حسن النية، إذا ثبت أنه لم يصدر منه التزوير وأنه ليس توقيعيه، فإذا حصل التزوير في عملية التظهير ولحقها تظهيرات أخرى صحيحة فتعتبر صحيحة ماعدا التوقيع المزور تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات⁽³⁾.

(1) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 50.

(2) اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، مرجع سابق، ص 137.

(3) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 50.

ثانيا: الاستثناءات التي تسقط التمسك بالقاعدة

إن الدفع التي لا يجوز الاحتجاج بها على حامل الكمبيالة حسن النية، تشمل الدفع الناشئة عن بطلان أو فسخ أو انقضاء العلاقة الأصلية التي تم سحب أو تظهير الكمبيالة بمناسبة، بشرط ألا يكون الحامل الشرعي للكمبيالة طرفا فيها، كذلك تشمل الدفع الناشئة عن عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه أو عن انعدام السبب أو عدم مشروعيته⁽¹⁾.

وقد كان توجه المشرع أيضا منحازا إلى هذه الحالات التي يسقط فيها حق الاحتجاج بالدفع المتمثلة في حالة ناقصي الاهلية وفاقديها وهذا ما اشارت اليه المادة 393 ق ت التي تنص : "إن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم".

ويفهم من المادة أن نقص الاهلية أو انعدامها من الدفع التي لا تطهر، فللقاصر أو غيره من ناقصي الاهلية كالسفيه والمعتوه وذو الغفلة، إذ يجوز للموقع لهم إذا وقعوا على السند أن يتمسكوا ببطلان التزامهم بسبب هذا العيب في مواجهة أي حامل ولو كان حسن النية، والواقع أنه ليس في مقدور حامل الورقة التجارية الكشف على هذا العيب فيما يخص لفئة ناقصي الاهلية، أما فاقدتها كالمجنون مثلا فهي ظاهرة بمجرد الاطلاع أو السلوك وعليه يمكن تبينها، ويظهر أن المشرع أولى اهتماما لحماية ناقص الاهلية قبل مصلحة الحامل⁽²⁾، وبهذا الحكم يمكن القول بأن الدفع التي يجوز الاحتجاج بها على حامل الكمبيالة تلك الخاصة بانعدام الأهلية أو نقصها وتلك الخاصة بانعدام الإرادة كما سبق وقدمنا، ونستنتج أن المشرع قد قدر وجوب حماية عديم الأهلية أو ناقصها وكل حالات تلك الخاصة بانعدام الإرادة في مواجهة حماية الحامل⁽³⁾.

وهذا ما تأكده أحكام الإلتزام الصرفي، بحيث إذا كانت السفتجة محتوية على توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الإلتزام بموجبها أو على توقيعات مزورة أو منسوبة لأشخاص وهميين أو على توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر إلزام الأشخاص الذين وضعوا توقيعهم على السفتجة أو وقع عليها باسمهم

(1) مُجَّد فريد العريبي، هاني مُجَّد دويدار، مرجع سابق، ص 172.

(2) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 48.

(3) مُجَّد فريد العريبي، هاني مُجَّد دويدار، مرجع سابق، ص 172.

فإن ذلك يحول دون صحة التزامات الموقعين الآخرين على السفتجة، والقول بغير ذلك يجعل من حماية المشرع لهذا الفريق من الأشخاص حماية وهمية، ويترتب على الحامل أن يتحقق من أهلية الملتزمين عندما يجري انتقال السند إليه⁽¹⁾، لكن الدفع المتعلقة بالإرادة ليست الحالة الوحيدة التي يمكن الاحتجاج بها على الحامل هنالك حالة اخرى متعلقة بالدفع التي يجوز الاحتجاج بها على حامل الكمبيالة ولو كان حسن النية، وتشمل هذه الدفع تلك الناشئة عن عيب ظاهر في الورقة و الدفع المستمدة من مضمونها⁽²⁾،

بحيث لا يكون هنالك محل للخشية من مفاجأته بها بعد ذلك لأن الدفع المترتبة على اعتبار الورقة التجارية معيبة بسبب تخلف البيانات الالزامية أو الدفع التي تستند إلى البيانات الواردة في صلب السند هي حالات في وسع الحامل فيها التحقق من سبب الدفع كما إذا كانت الورقة التجارية لا تتضمن أحد البيانات الواجب ذكرها والتي يترتب على اغفالها بطلان الورقة، أو عدم الاعتراف بقيمتها القانونية، أو كما إذا كان الساحب أو أحد المظهرين قد ضمن الورقة التجارية شرطا من الشروط الاختيارية كشرط عدم القبول أو شرط الرجوع بلا مصاريف⁽³⁾.

فإن الحامل في كل هذه الاحوال يكون على بينة من الأمر عند انتقال ملكية الورقة إليه ويكفيه لذلك مجرد الاطلاع عليها فلا تظهر الحاجة لحمايته بعد ذلك⁽⁴⁾، بالإضافة إلى ذلك لأن حامل الكمبيالة يستطيع تباين أسباب الدفع بالاطلاع على الورقة فلا يكون هناك مجال لحمايته⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

عدم الاحتجاج بالتصرفات

تتخذ هذه القاعدة في مجال التصرفات وجهين، حالة عدم الاحتجاج بالتصرفات التي يقوم بها التاجر أو مسير الشركة والتي يفترض عدم القيام بها بما يمكن أن تأثر سلبا على مصلحة الغير حسن النية

(1) راجع الفقرة الثانية من المادة 393. ق ت ج .

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 172.

(3) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 50.

(4) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 172.

(5) عماد ابراهيم كساب الشديفات، مرجع سابق، ص 43.

(أولاً)، والوجه الثاني يتمثل في التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج تجاه الغير بالامتناع عن القيام بتصرفات يفترض القيام بها حفاظاً على مصالح الغير حسن النية (ثانياً).

أولاً: عدم الاحتجاج بالقيام بالتصرف تجاه الغير

إن قاعدة عدم الاحتجاج تجدد نطاق تطبيقها أثناء قيام التاجر تجاه متعامله بتصرفات من شأنها الاضرار بمصالحهم وكان من المفترض عدم القيام بها، حتى ولو لم ينص المشرع على المنع، وحقيقة الامر فإنه لا يشترط لإعمال القاعدة أن يكون التصرف باطلاً ولكن يكفي أن يكون سبباً في المساس بحقوق الغير، هذا الأخير الذي له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة من التصرف المعيب والذي قد تكون حقوقه عرضة للضياع من جراء إهمال شكليات الإشهار، هو من يستطيع التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج وعليه يكون للغير التمسك بعدم الاحتجاج بالنسبة للتصرفات المشبوهة بالبطلان بسبب الإخلال بشكليات الإشهار القانوني⁽¹⁾.

فقاعدة "عدم الاحتجاج على الغير" والتي يقصد بها عدم سريان بعض تصرفات المسيرين تجاه الغير، في إطار الشركات التجارية، حيث تسمح هذه القاعدة للغير بتجاهل هذه التصرفات والمطالبة بعدم نفاذها تجاهه واعتبارها غير موجودة بالنسبة له، وهذا ما يمكن اعتباره حماية مهمة خاصة عند قيام المسير باستغلال الصلاحيات والسلطات الممنوحة له⁽²⁾.

وقياساً على ذلك يمكن تعميم المعنى على كافة التصرفات في المعاملات التجارية، فهي بهذا الشكل تمثل "عدم سريان القيام بالتصرفات أو الامتناع عن القيام بها تجاه الغير الذي له مصلحة مشروعة ومن شأن هذه التصرفات المساس بها"⁽³⁾.

لكن قد تثار مسألة غاية في الأهمية وهي حالة إعطاء توكيل لأحد الأشخاص للتصرف بإسم الشركة، فهل تسري قاعدة عدم الاحتجاج تجاه الشخص الذي منح له التوكيل الخاص؟

(1) سالمى وردة، حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة، مرجع سابق، ص 52.

(2) زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، مارس 2018، ص 4. متاحة على الرابط: <https://www.asjp.cerist.dz> / تاريخ الزيارة: 2021/10/02 على الساعة 10:25.

(3) Amel Mamlouk, La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers, Annales des sciences juridique, périodique F.S.J.E.G, tunisie, 2010, p 80.

الفقه التقليدي يعتبر مدير الشركة نائبا قانونيا عنها ويخضعه لأحكام الوكالة تبعا لقيام الشركاء أغليبتهم أو كلهم بإختياره، غير أن نيابته قانونية لان القانون من يحدد سلطاته ومسؤوليته، لكن هنالك رأي آخر يذهب للقول بأن المدير لايعتبر وكيلا عن الشركة أو الشركاء بل هو عضو جوهري في الشركة ولا تستطيع هذه الأخيرة العمل بدونه، وكل مايصدر عنه كأنه يصدر عنها، وعليه فإن الأصل الإحتكام الى القانون الأساسي للشركة وعند سكوتهما، فله كامل السلطات والصلاحيات للتصرف بإسمها ولحسابها مادام هذه الأعمال تدخل في موضوع الشركة وتصب لمصلحتها⁽¹⁾.

المشروع الجزائري يتتبع مختلف النصوص لم يحدد ما إن كان المسير أو المدير وكيلا أو مفوضا، وإنما إستخدم مصطلح "الممثل القانوني"، وشدد على صلاحياته تجاه الغير وضرورة عدم تجاوزها، وأن أي تجاوز لايجتج به تجاهه⁽²⁾.

ويلاحظ أن البعض يرى أن القيود الواردة على سلطة المدير لا يجتج بها على الغير حسن النية ولو تم شهرها، لأنه من التعسف أن يكلف الغير الرجوع إلى قلم المحكمة أو إلى السجل التجاري اللذين شهر فيهما عقد الشركة للتحقق من مدى سلطة المدير قبل التعامل⁽³⁾.

ومنه فلم يقرر المشروع هذا الحكم بالنسبة لكل الشركات التجارية كما سبق وأشرنا وانما قرر قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، فتكون الشركة ملتزمة بتلك التصرفات إلا إذا تم إثبات علم الغير بتجاوز المسير موضوع الشركة، كما أضاف أن نشر القانون الأساسي لا يعتبر كافيا لتأكيد علم الغير به، لأنه قد يتعذر على الغير الرجوع للعقد التأسيسي⁽⁴⁾.

وبهذا النحو فإن الغير يمكنه التمسك بأحكام عدم الإحتجاج عن طريق دحض قرينة العلم، بمعنى أن غياب الإشهار يعطي الغير حق الاعتذار بجهل التصرفات ومداومات الشركة التجارية، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تدفع بحجة آثار أعمالها تجاههم، ويقع عبء الاثبات على مسيري الشركات التجارية لحقيقة نشرهم لهذه الوقائق حتى لا تقوم مسؤوليتهم القانونية، ويكون للغير الحق في إثارة عدم العلم من أجل

(1) فوزي مجّد سامي، مرجع سابق، ص 128-129.

(2) راجع شرحنا حول المقصود بالمسير المفوض والآثار الثانوية للتفويض تجاه الغير حسن النية في هذه الأطروحة، ص 208.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 281.

(4) إيمان زكري، حماية الغير المتعامل في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 205.

عدم نفاذ التصرف محل عدم الاشهار في حقه، بحيث لا ينفي حجيته بين أطرافه ولكن لا يكون له أثر تجاه الغير الذي ينكره.

ففي حالة التصرفات التي يقوم بها المسيرون والشركة من ادماج وانفصال وكانت هذه العمليات قد أضرت بحقوقه نتيجة لارتكاب خطأ من الشركة أو كان لدى الشركة النية في الإضرار بمصالحه بإمكانه رفع دعوى يطالب فيها ألا يسري ذلك الدمج أو الانفصال في حقه، وألا يتم الاحتجاج به عليه باعتبار أن الشركة عن طريق قرارها بالدمج و الانفصال قد أنقصت من الضمان المقرر للغير والمتمثل في رأس المال، واعتبار ذلك القرار خطأ يمنح للغير الحق في رفع دعوى المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

إن التمسك بعدم الاحتجاج بوصفه جزءا يجد تطبيقه بشكل واسع إذا تم الإخلال بشكلية الكتابة والاشهار القانوني حيث يمكن للغير حسن النية التمسك بعدم الاحتجاج تجاه الشركة عند إخلالها بالالتزام بالإشهار القانوني لأن عدم الاحتجاج يعد جزءا مدنيا مرنا يحمي على السواء حقوق الغير والشركة⁽²⁾، فإن شكلية عدم النشر تؤدي إلى إبطال النشر وعدم الاحتجاج به تجاه الغير في حين يبقى العقد صحيحا⁽³⁾.

ولقد عاقب القانون مسيرو الشركات التجارية، خصوصا شركات الأموال، عاقب كل القائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية صفتهم كممثلون شرعيون لها وما يترتب على هذه الصفة من صلاحيات موسعة للتصرف بإسمها وحسابها ما لهم من السلطات، استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة وذلك من أجل توظيف هذه التجاوزات لتحقيق أهداف خاصة بعيدا عن مصلحة الشركة وإضرارها بمصالح الغير⁽⁴⁾.

ويمكن القول بأن التصرفات التي ترد على رأس مال الشركة التجارية مهما كان شكلها القانوني ومن شأنها أن تنقص وتضعف الضمان العام للغير خصوصا إذا تعلق بتخفيض رأسمالها، فهمنا لا يحتج

(1) معن عبد الرحيم وعبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 211.

(2) سالمى وردة، مرجع سابق، ص 52-53.

(3) محمود حياة، مرجع سابق، ص 758.

(4) راجع المادة 811 ق ت ج.

بهذه القرارات تجاهه خصوصا غذا لم يحترم القائمون على إدارة الشركة الاجراءات القانونية الخاصة بعملية التخفيض والاشهارات اللازمة والمعارضات التي يمارسها الغير⁽¹⁾.

وترتبيا على ذلك فإن كل الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات باسم الشركة لا يمكن الاحتجاج بها على الغير دون إذن في حدود كامل المبلغ الذي يحدده، ويمكن أن يحدد كذلك في ذلك الإذن عن طريق الالتزام بمبلغا لا يمكن أن تتجاوزه قيمة الكفالة أو الضمان الاحتياطي أو الضمان الذي تعطيه الشركة، وإذا تجاوز الالتزام أحد المبالغ المحددة على الشكل المذكور، فيجب الحصول على إذن مجلس الإدارة في كل حالة، وإذا أعطيت الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات لمبلغ إجمالي يتجاوز الحد المعين للمدة الجارية، فإن التجاوز لا يحتج به على الغير الذي لا علم له بذلك إلا إذا كان مبلغ الالتزام المذكور يتجاوز وحده إحدى الحدود التي سطرها مجلس الإدارة تطبيقا للمقطع الأول المذكور آنفا⁽²⁾.

وتحمي أيضا قاعدة عدم الاحتجاج الغير من المسيرين أثناء خلافاتهم و معارضة بعضهم لتصرفات البعض الآخرين، حيث توفر عدم الاحتجاج حماية مهمة للغير من خطورة تعارض المواقف والنزاعات التي ممكن أن تنشأ نتيجة الإدارة الجماعية، وبغرض تسهيل سرعة المعاملات التجارية، وإعلام الغير بتلك المعارضة وإعفاؤه من الاحتجاج بها عليه في حالة عدم علمه بها، هذا العلم الذي لا يتحقق حسب الفقه إلا بقيام المسير بتبرير إنكاره لتصرف المسير الآخر، وهنا يكون بإمكان الشركة أن تتخلص من التزامها تجاه الغير في حالة إثباتها علم الغير بذلك التصرف ورغم ذلك قام بإبرامه⁽³⁾.

كما تسري نفس الأحكام بشأن فعالية التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتحديد السلطات في العلاقة بين رئيس مجلس الإدارة والغير الذي منحه المشرع سلطة تمثيل الشركة في العلاقة مع الغير ودون أن يحتج عليه بتحديد سلطته في القانون الأساسي، أو بقرار من مجلس الإدارة⁽⁴⁾، وهذه الفرضية يمكن إلحاقها بالأحكام المتعلقة "بالمسير المفوض" الذي تكون تصرفات الغير صحيحة غذا قام

(1) معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، مرجع سابق، ص 202-203.

(2) راجع: المادة 624 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(3) إيمان زكري، حماية الغير المتعامل في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 217.

(4) راجع المادة 638 من القانون التجاري.

بها وهو يعتقد أن المفوض هو المدير الفعلي وهذه تعتبر حماية بموجب أحكام نظرية الوضع الظاهر، ومن جهة أخرى، لا يمكن للمسير المفوض الصلاحيات أن يحتج تجاه الغير حسن النية فيما يتعلق بتجاوزه لصلاحيات التفويض. ، ولم يرد هذا الحكم بشأن المدير العام رغم أنه يتمتع بنفس سلطات رئيس مجلس الإدارة تجاه الغير، وفيما يتعلق بأحكام التمثيل في شركة الساهمة فالمديرين العامين عند قيامهم بالتصرفات فهي منتجة لآثارها بينهم أما تجاه الغير غير نافذة إذا كانت مضرّة لمصلحه أو مجاوزة لصلاحياتهم خصوصا أنهم يتمتعون بنفس الصلاحيات التي يتمتع بها رئيس مجلس الادارة⁽¹⁾.

وقد يكون المدير العام ورئيس مجلس الادارة ظاهريين وأنه يوجد مسيرين فعليين آخرين إلا أن مقتضيات حسن النية والحفاظ على الاوضاع الظاهرة لا يحتج على الغير بذلك، و التسيير الظاهري يستند على ظهور شخص بمظهر قانوني وقيامه لتعاقد مع الغير الذي يعتقد أنه من تعامل معه يمتلك السلطات القانونية لتسيير الشركة، فتكون نتيجة تطبيق هذه النظرية اعتبار كل ما قام به هذا المسير من تصرفات صحيحة كأنها صادرة من شخص يمتلك صفة التسيير قانونيا للشركة⁽²⁾، أما المشرع الفرنسي فنجده يقرر نفس الحكم بالنسبة للمدير العام حيث جعل كل تحديد لسلطاته غير نافذ تجاه الغير هنا ، وهذا ما جاء في المادة 225-56 من القانون التجاري الفرنسي⁽³⁾.

إلا أن اعتراف المشرع بإقراره بمسؤولية المسير الفعلي تجاه المتعاملين مع الشركة، تجعل عبئ إثبات الوضع الظاهر يقع على من تعامل معه⁽⁴⁾.

فلم يعتمد المشرع عند اعترافه بهذه النظرية على ضرورة قيام المسير الفعلي لتدخل في الإدارة، أعمال الإدارة الإيجابية ووجود تصرفات معينة، بل أشار لقيامه لتصرف في أموال الشركة لمصلحته الخاصة أو قيامه إستغلال أدى لخسارة الشركة مما دفعها للتوقف عن الدفع، لذلك يكفي أن يقوم الغير بإثبات المظهر الخارجي الذي بعث على اعتقاده أن الشخص المتعامل معه هو المسير القانوني للشركة،

(1) حيث تنص المادة 641 فقرة أخيرة: " للمديرين العامين نحو الغير نفس السلطات التي يتمتع بها الرئيس".

(2) R. Rodière ، Les procédures collectives de liquidation des entreprises en droit comparé ، Ecomica. France, 1967, p 183.

(3) Code de commerce français, Dernière modification: 2023-01-29.

(4) أنظر المادة 224. ق ت ج.

هذا ما دفعنا للتمييز بين المدير الفعلي والمدير الظاهري حيث يظهر هذا الأخير بأنه مسير حتى ولو لم يتم بأعمال تدل على ذلك، بينما يجب أن يقوم المسير الفعلي بأعمال ونشاطات إيجابية بغرض التسيير تجاه الغير⁽¹⁾.

استنادا إلى ذلك قرر المشرع قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة في المادتين 577 و 623 من القانون التجاري، فتكون الشركة ملتزمة بتلك التصرفات إلا إذا تم إثبات علم الغير بتجاوز المسير موضوع الشركة، كما أضاف المشرع أن نشر القانون الأساسي لا يعتبر كافيا لتأكيد علم الغير به.

و يتمسك الغير بهذه القاعدة في كل الشكال المتعلقة بالشركات التجارية بإستثناء شركة المحاصة كونها شركة تنصرف إلى نوع معين من شركات الأشخاص له خصائص متفردة، حيث تكون الشركة مستترة ليس لها وجود واقعي ملموس، وان كان لها وجود حقيقي بين الشركاء فيها ويقوم بإدارتها ومباشرة أعمالها شريك واحد غالبا ما يبرم التصرفات باسمه وتحت مسؤوليته، ويبدو أمام الغير وكأنه يتعامل لحسابه الخاص ثم يتم بعد ذلك اقتسام ناتج النشاط بين الشركاء المحاصيين كل بقدر ما ساهم به من حصة في رأس المال أو وفقا لاتفاق الشركاء بحسب الأحوال⁽²⁾.

وعليه يعتبر الغير في شركة المحاصة على علاقة مع المسير فقط، فإدارة شركة المحاصة في وضعية كهذه سهلة، وذلك بسبب غياب الشخصية القانونية لها، فلا يجد المسير أي عنوان يوقع به على المعاملات مع الغير ولا ذمة مالية تكون الأموال فيها ضمانا للدائنين، فالشريك فيها كأنه يعمل لحسابه ويوقع باسمه وبالتالي هو فقط من يتحمل المسؤولية أمام الغير وهذا ما جاء به القضاء المصري، وأيضا ما نصت عليه المادة 795 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري⁽³⁾، أما في حالة التسيير فإذا ما منح الشركاء إلى شخص ما حق تسيير الشركة يسمى مديرا في هذه الحالة ولكن يجدر الإشارة إلى أن المدير

(1) D. Gibirila, Le dirigeant de sociétés statut juridique, social, Litec, France, 1995, p 340

(2) عائشة مرجال، النظام القانوني لشركة المحاصة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي ببيركة، الجزائر، 26/06/2022، ص 938.

(3) تنص المادة 795 مكرر 4 ق ت "يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم".

هنا لا يعمل بوصفه نائبا عن الشركة لأن الشركة كما سبق أن أشرنا هي منعدمة الشخصية، وبالتالي فهو يتعامل مع الغير باسمه الخاص كأنه يعمل لحسابه، لكن يجب عليه أن يتوخى الحذر في إدارته مصالح الشركة والشركاء، وعليه لا مجال لتطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالإشهار القانوني في هذه الشركة لانعدام الرابطة بين الشركاء والغير، حيث لا يكون أمام هذا الغير من مدير إلا مدير المحاصة⁽¹⁾.

وفي نفس السياق لا يمكن لأعضاء التجمع وللقائم بإدارة التجمع في علاقاته مع الغير، لا يمكن ان يتصلوا من التزاماتهم، لذلك يلتزمون من خلال كل عمل يدخل في موضوع التجمع ويكون كل تحديد للسلطات غير قابل للاحتجاج به على الغير. وهذا ما ورد في فحوى المادة 799 مكرر 2 ق ت⁽²⁾.

ثانيا: التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج عند الامتناع عن القيام بالتصرفات

يرتب اتخاذ موقف سلبي من قبل التاجر المتعامل مع الغير حسن النية أثر قانوني يتمثل في عدم الاحتجاج تجاهه بهذا الاخلال القانوني، ويجد هذا المنع تطبيقه في مخالفة اجراءات الاشهار القانوني سواء من طرف التاجر شخص طبيعي أو شخص معنوي، ولا شك أن اخلال التاجر بهذا الالتزام سببه التحلل من التزاماته القانونية الناتجة على الوضع الجديد الذي اغفل اشهاره سواء تعلق الامر بقيدته كتاجر شخص طبيعي، أو قيد الشركة التجارية أو ما تعلق بالعقود التعديلية للشركات التجارية وما تحمله من تغيير في المراكز القانونية أو من مساس بالضمان العام للدائنين عن طريق رأس المال.

لهذا لا يجوز للتاجر أن يتمسك بعدم قيده في السجل للتحلل من الالتزامات التي يفرضها عليه القانون أو التي تنشأ عن معاملاته مع الغير بصفته تاجراً⁽³⁾، وعليه فإن المعلومات الواجبة النشر والمتعلقة بالتاجر ونشاطه التجاري يجب أن تكون محل نشر خاص حتى يعلم بها الغير الذي يتعامل أو سيتعامل معه، فيتبين ماهو مقبل عليه، وكل إغفال لا يحتج به تجاهه، ويمكن القول بأن مركز الغير قد تعزز في مجال

(1) إيمان خليل، شين خثير، تفعيل حماية الغير في عقد الشركة، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الاخرى، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية، 2021 سنة، ص 82

(2) لقد نظم المشرع احكام التجمع في المواد من 796 الى غاية المادة 799 مكرر 4 ق ت ولم يرد تعريف التجمع الا ما ورد في نص المادة 796 كما يلي: " يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، ولفترة محدودة تمعما لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته".

(3) مُجَّد فريد العربي، هاني مُجَّد دويدار، مرجع سابق، ص 271.

المعاملات التجارية، سواء تعلق بالتجار كأشخاص طبيعيين أو الشركات التجارية بقاعدة قانونية في غاية الأهمية والمتمثلة في "عدم الاحتجاج على الغير"، والتي أولى لها المشرع الكثير من الاهتمام⁽¹⁾.

فإغفال الأشهار القانوني، يجعل الغير له الحق في التمسك بأحكام قاعدة عدم الاحتجاج، وعليه فإن اغفال القيد والنشر القانوني، لا يعني بطلان التصرف الذي يرد عليه واجب القيد والنشر ولكن البيانات غير المقيدة في السجل التجاري لا تكون حجة على الغير والعكس صحيح، البيانات المقيدة تكون حجة من تاريخ قيدها في السجل ما لم ينص القانون على غير ذلك⁽²⁾.

وعطفا على ذلك فإن اغفال نشر قرار الدمج، لا يرب آثاره تجاه الغير بإعتباره يضعف الضمان ويسقط الأجل، وعليه يجوز لهم طلب الوفاء الفوري، أو التنفيذ على الأصول الخاصة بالشركة المندجة وبما أن إضعاف التأمينات يؤدي إلى سقوط الأجل فإنه لا يجوز الاحتجاج بالدمج في مواجهة الدائنين المعارضين الذين أمرت المحكمة بتسديد حقوقهم فوراً أو تقديم ضمانات كافية للوفاء بها⁽³⁾.

ولا يمكن بأي حال من الأحوال في المواد المتعلقة بالمحل التجاري، أن تبرأ ذمة مشتري المحل التجاري قبل الغير إذا لم يتم بعمليات النشر ضمن الأشكال المقررة، أو إذا كان قد دفع الثمن للبائع قبل انقضاء خمسة عشر يوماً المفروضة قانوناً، فلا يحتج بهذا الدفع قبل الغير⁽⁴⁾، أو إذا أغفل تحديد إعلان البيع من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الخمسة عشر يوماً من أول نشر⁽⁵⁾.

وعليه فإن إقرار المشرع بقاعدة عدم الاحتجاج هو إقرار بقوة القانون، لا يجوز الاتفاق على مخالفته يمثل تغليب الطابع النظامي و تراجع المفهوم العقدي، ورغم ذلك احتفظ مبدأ حسن النية بمكانته حيث لا تطبق قاعدة عدم الاحتجاج على الغير إلا في حالة عدم علم الغير وعند تواطؤه وغشه، ومع ذلك لم يحدد المشرع صور حسن النية عند تقريره لهذه الحماية⁽⁶⁾.

(1) راجع المواد 22-23-24 ق ت ج .

(2) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مرجع سابق ص 271.

(3) إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 193.

(4) راجع: المادة 95 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(5) راجع: المادة 83 من نفس المصدر.

(6) زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مرجع سابق، ص 6.

حيث تكون هنا الحماية متوفرة للغير دون حاجته لإثبات الوضع الظاهر نظرا لصعوبة إثباته، فيمكننا أن نقول إن اللجوء لنظرية الظاهر كما سبق وأشرنا أعلاه لا يكون إلا عندما تفشل كل وسائل الحماية الأخرى.

وبالرجوع إلى أحكام بيع المحل التجاري، فإنه لا يسوغ للمؤجر أن يقوم بالمعارضة لاستيفاء بدل الإيجار المستحق أو الذي سيستحق وذلك بالرغم عن كل الاشتراطات المخالفة لذلك، ولا يجوز الاحتجاج على الدائنين الذين عرفوا بوجودهم في المهلة المذكورة بكل نقل للثمن أو جزء منه اختياريا كان أو قضائيا⁽¹⁾.

وإذا تم القيد بالطريقة المفروضة قانونا فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الاحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية المشتري، أما اغفال القيد ينتج عنه سقوط الحق في الاحتجاج به تجاه الغير⁽²⁾.

فالمادة 109 ق ت تؤكد أنه إذا لم يوجد شرط صريح في عقد البيع يجب لكي تنتج دعوى الفسخ آثارها أن يؤشر عليها وتحفظ بصفة صريحة في قيد الامتياز ولا يجوز رفعها على الغير بعد انقضاء الامتياز وإلا فلا يمكن الاحتجاج تجاهه بها، أما في حالة نقل المحل التجاري فلا يمكن الاحتجاج به إذا لم يقيم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدين في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما من قبل وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه.

ونفس الحكم فيما يتعلق بكل التصرفات التي أشرنا لها في مختلف محطات هذه الأطروحة والواردة على الحل التجاري، من رهن أو بيع أو إيجار تسيير وما يترتب عليها من نشوء مراكز قانونية كامتياز البائع وغيرها إذا ما تم اغفال اجراءات النشر المقررة قانونا فلا يمكن الاحتجاج بها تجاه الغير حسن النية⁽³⁾.

(1) راجع: المادة 84 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

(2) راجع: المادة 97 فقرة الثانية، نفس المصدر.

(3) تفاديا منا لحالات التكرار فإننا نحيل كل الشروح المتعلقة بالعمليات الواردة على المحل التجاري، والمتعلقة بالتزام الأشهار القانوني والقيد للمحل التجاري، نحيل التوسع فيها الى الاجزاء المتعلقة بذلك إجراءات المعارضة في الباب الاول والاجراءات المتعلقة بشكلية التصرفات الواردة على المحل في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

لهذا نجد المادة 23 ق ت تشدد على قاعدة عدم الاحتجاج في اطار التسيير الحر للمحل التجاري، فإن التاجر المسجل الذي يتنازل عن متجره أو يؤجر استغلال تأجير التسيير، لا يمكن له أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي عليه من جراء الالتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر، إلا ابتداء من اليوم الذي وقع فيه أما الشطب وأما الإشارة المطابقة وأما الإشارة التي تتضمن وضع المتجر على وجه تأجير التسيير.

وعلى اعتبار أن المدير نائب قانوني عن الشركة في كل ما يقتضيه تحقيق الغرض الذي قامت الشركة من أجله وليس مجرد وكيل عن الشركاء، وعليه فإن القيود الواردة في عقد الشركة التأسيسي على سلطة المدير لا يجوز الاحتجاج بها على الغير. حتى إن شهرت هذه القيود بالطرق القانونية، فالمدير يكون مسؤولاً عن الخطأ الذي ارتكبه قبل الشركة ولكن عمله يعد ناتجاً في حق الشركة بالنسبة للغير⁽¹⁾.

بحيث نجد أن المادة 4/555 ق ت ج قد نصت على أنه لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين كلما كان عمل المدير يندرج في تحقيق الغرض الذي قامت من أجله الشركة، ونجد أن مسؤولية الشركة في مواجهة الغير عن أعمال المدير قد تكون مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

ومنه لا يمكن للمسير الاعتماد على عدم توقيعه لمحضر المداولات الذي اتخذ القرار بموجبه من أجل الاحتجاج على الغير بمعارضته، بل يمكن أن يحتج بذلك تجاه الشركة وتجاه باقي المسيرين لأن تقرير حقه في المعارضة هدفه تنظيم السلطات داخل الشركة عند اتخاذ قرارات جماعية، وليس هدفه تقييد الصلاحيات بل هي إجراء قانوني لتحقيق التوازن بين الصلاحيات والمصالح الداخلية للشركة التجارية، كأنه "حق فيتو" من حق المسير استعماله حتى وإن كان التصرف المتنازع فيه غير معارض للأحكام المنظمة للشركات أو للقانون الأساسي للشركة، إلا أن توقيع المسيرين جماعياً مهم في هذه الحالة من أجل تقرير مسؤوليتهم التضامنية عند اتخاذ قرارات جماعية أو ارتكاب أخطاء مشتركة تجاه الغير⁽²⁾.

وحتى في حالة تصفية النشاط فلا يجوز للمصفي الاحتجاج تجاه الغير بكل الحسابات والتصرفات التي يقوم بها إذا لم يتم نشرها خصوصاً وأن القانون شدد على واجب النشر حسب نص المادة 768

(1) إيمان خليل، شين خنير، مرجع سابق، ص 78.

(2) إيمان زكري، مرجع سابق، ص 217.

ق ت فإجراءات النشر الواقعة على الممثلين القانونيين للشركة، تقع على المصفي وخاصة فيما يتعلق بكل قرار يؤدي إلى تعديل البيانات المتعلقة بالتصفية.

ولعل أهم أثر رتبه المشرع على إهمال نشر قرار حل الشركة وتصفيته يتمثل في قاعدة عدم الاحتجاج تجاه الغير، فلا يمكن للشركة الاحتجاج في هذه الحالة على الغير إلا بعد نشر قرار التصفية بشكل قانوني وأي تصرف يصدر من المصفي أو المصفين يعد غير نافذ في مواجهة الغير⁽¹⁾.

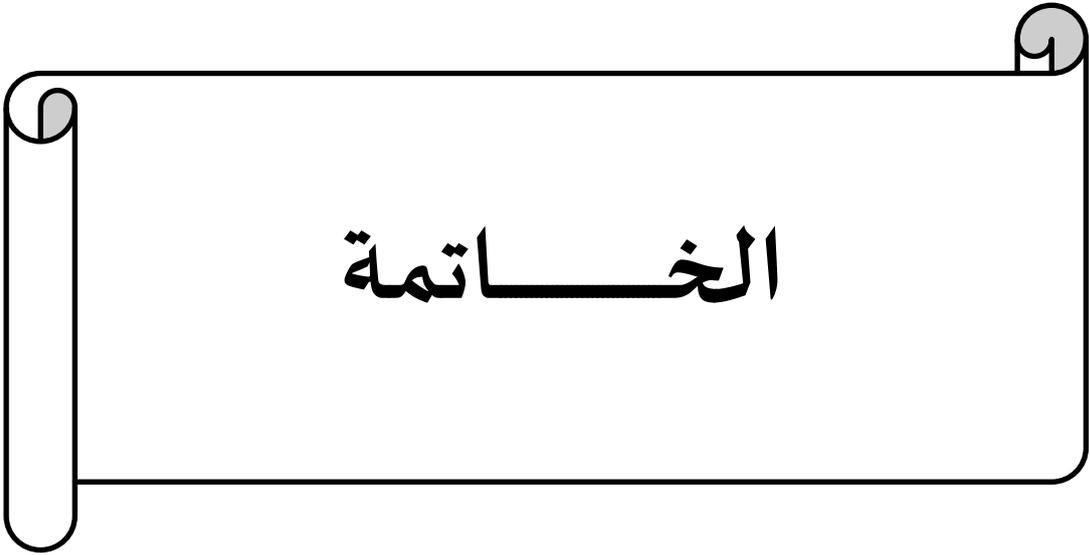
(1) فوزي مجّد سامي، مرجع سابق، ص76.

ملخص الباب الثاني

لقد أولى المشرع أهمية كبيرة لمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية حتى أنه اعتمده كمعيار لتحديد الحماية القانونية للغير ومقتضيات حسن النية تتجلى في أخلقة العمل التجاري بفرض مبادئ معينة أهمها مبدأ الشكلية التي عرفت العودة القوية في القانون التجاري عن طريق فرض الكتابة الرسمية وفرض مبدأ الاعلام عن طريق الاشهار القانوني للتصرفات ومختلف الفعاليات التي يقوم بها التاجر ليضع الغير في الصورة ليتسنى له اتخاذ القرارات والحفاظ على مصالحه الا أن الغير قد يحرم من هذه الضمانات إذا كان مهملًا لم يراعي الاجراءات القانونية الواجبة من أجل اكتسابه للحقوق كما لا يجوز الخروج على هذا الاطار في تطبيقات فكرة الأخلقة وإلا كان التصرف مشوبًا بالبطلان، هذا الاخير الذي عرف أحكام متميزة عن النظرية العامة عن طريق جواز تصحيح البطلان في حالات معينة وعن طريق ظهور نظرية الشركة الفعلية في حالات أخرى التي تعترف بالشركات التجارية، كما يمكن للغير أن يتمسك بقاعدة عدم الاحتجاج كأثر للإخلال بالإشهار القانوني وكأثر لتطهير الدفع في الاوراق التجارية

Abstract of the 2nd chapter:

The legislator gave much importance to the principle of the good will in the commercial transactions. In this context, he adopted it as a principle to determine the legal protection of the other. The good will manifests in the ethicization of the commercial activity through imposing certain principles mainly the principle of formality that witnessed a strong return in the commercial law through imposing the formal writing and the principle of information through the legal advertising of the behaviors and the various activities of the trader that aim at informing the others to take decisions and preserve their interests. However, the others may be deprived of these guarantees if they do not respect the mandatory legal measures to acquire the rights. In addition, it is not allowed to deviate from this frame in the applications of the notion of the ethicization because, otherwise, the behavior is null and void. The latter witnessed distinct provisions than the general theory through the permission to correct the state of null and void in some cases and through the emergence of the theory of the real company in other cases known as the commercial companies. Moreover, the others may stick to the rule of no objection as an effect to disrespecting the legal advertising.



الخلاصة

نختم آخر محطة في إطار الاجابة على الإشكالية المطروحة، يمكن القول بأن دراسة موضوع حماية الغير في القانون التجاري أبان عن أهمية كبيرة، كانت الدافع لدراسته وتضاعفت عند التعمق فيه، هذا الموضوع استطاع أن يجمع أغلب القواعد القانونية والمبادئ ويهذب مختلف التناقضات تحقق ذلك لأن التدابير القانونية المتخذة من طرف المشرع لحماية الغير بالرغم من إختلاف الانظمة القانونية سواء تعلق الامر بالمحل التجاري أو الشركات التجارية أو الاوراق التجارية إلا أن المخاطب بالحماية كان واحد في القانون التجاري وهو حامل الصفة التجارية مهما اختلفت تسميته بين حامل للورقة التجارية أو دائن للمحل التجاري أو دائن للشركة التجارية، لذلك رأينا أن المشرع كان محافظا على ضمانات حماية الغير انطلاقا من أسس الحماية التي استند عليها وهي مبدأ حسن النية والسرعة والائتمان.

فعندما نرى من خلال ما درسنا بأن السرعة والائتمان بإمكانها منح الغير قواعد إجرائية للمعارضة في الدفع أو في التصرف في صلب القانون التجاري الموضوعي أو قاعدة الاثبات أيضا هنا يتضح تكريس السرعة لتفادي تعطيل الغير في حماية مصالحه وفي نفس الوقت تكون جزاءات مشددة عند الاخلال بالثقة الممنوحة في هذا الاطار وذلك عن طريق فرض نظام الافلاس الذي يعد من أقسى الانظمة القانونية الذي قد ينهي نشاط التاجر كنتيجة طبيعية لإخلاله بقواعد الائتمان ويعرضه أيضا للمسؤولية التضامنية ورأينا كيف تطورت هذه المسؤولية إلى فرض عقوبات مالية تتضاعف بتضاعف المخالفة ناهيك عن الضبط والمعاینات وقد تصل العقوبات لدرجة التعليق المؤقت للمحل أو الغلق وبالنسبة للشركة التجارية إلى حلها والاساس الثاني الذي تمسك به المشرع أيضا واتخذته إلى جانب معيار السرعة والائتمان المعيار الثاني لحماية الغير هو مبدأ حسن النية الذي توصلنا من خلال ما تمت دراسته إلى أن المشرع في القانون التجاري وسع من نطاق العمل به وان دل ذلك على شيء إنما يدل على حرص المشرع على فرض أخلقة المعاملات التجارية التي أضحت ضرورة لتحقيق بيئة تجارية نزيهة وشفافة عن طريق مبادئ الاعلام بالتصريح من طرف التاجر عن كل ما يجب التصريح به في ما يخص تجارته ويكون لصالح متعامليه وتكون هذه التصريحات في الاطار القانوني مجالها القيد والاعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وهذه التصريحات نتيجة حتمية للالتزامات التي تم اخذها على عاتقهم من خلال العقد الرسمي المكتوب للشركة التجارية أو العقود المتعلقة بالمحل التجاري والقيود والبيانات التي تم اشهارها نتيجة لذلك أو من خلال البيانات الالزامية التي تحملها الورقة التجارية، وحتى يجعلها المشرع أكثر فعالية

رتب على مخالفتها البطلان المطلق فيما يخص تخلف الكتابة الرسمية كونها ركن وجود وليست شرط للإثبات، أما تخلف مبدأ الاعلام بما يحتويه من قاعدة القيد والاشهار فرتب البطلان الخاص الذي يعد خروجاً عن القواعد العامة وذلك عن طريق الاقرار بتصحيح العيوب التي تشوب التصرفات التي تمه الغير فأجاز القانون للغير طلب تصحيح التصرف الباطل الذي لم يشهر بالكيفيات الصحيحة أو تم اغفال بعض البيانات الالزامية.

لذلك ظهرت في الشركات التجارية فكرة الشركة الفعلية التي تركز لوجود شركة غير موجودة قانوناً لتخلف القيد حفاظاً على مصالح من تعاملت معهم هذا من جهة لكننا رأينا أن الغير الذي أهمل التمسك بالإجراءات المقررة لصالحه لا يمكنه أن يستفيد منها أو أن يتعسف في استعمال حقه في هذا الامر حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات وعليه قد يلجئ الغير إلى قاعدة أخرى هي قاعدة عدم الاحتجاج حيث رأينا أن هذه القاعدة لا تبطل التصرف وإنما تجعله غير موجود بالنسبة له وهي وسيلة لحماية مصالحه وهي قاعدة مكرسة في مختلف الاحكام التجارية التي قررنا أن تكون نطاق لدراستنا في هذه الاطروحة فرأينا عدم الاحتجاج بالدفع فيما تعلق بالأوراق التجارية التي تناقش مبدأ تطهير الدفع بالنسبة للالتزام المصرفي فلا يحتج على حامل الورقة التجارية الشرعي بالتصرفات الباطلة التي حررت أو ظهرت الورقة التجارية بسببها وكذلك عدم الاحتجاج بالتصرفات التي تقوم بها الشركات التجارية أو التي صدرت عن مالك المحل التجاري التي من شأنها أن تنقص من ضمانه أو أن تزيد من التزاماته، ورأينا بأن هذه القاعدة توفر ضمانات أكثر شمولية بالنسبة للغير مقارنة بدعوى عدم نفاذ التصرفات المقررة لحماية الضمان العام في القانون المدني.

لكن ونحن نرصد مختلف هذه الآليات سجلنا عدة إشكالات ونقائص من شأنها إضعاف مركز الغير مما يهدر حقوقه ومن أهم هذه النقائص غياب قانوني لمعاملات تجارية بالشكل الالكتروني كالشركات التجارية الالكترونية والمحل التجاري الالكتروني وعدم الاعتراف التشريعي بالرسمية الالكترونية وعدم منح الصلاحيات للموثق بإبرام العقود التأسيسية للشركات التجارية عن بعد وكل ما يطرأ عليها من تعديلات وكذلك ما يتعلق بالعمليات التي تقوم بها المتاجر الالكترونية من بيع أو رهن أو تأجير تسيير بالرغم من انتشارها الواسع في الوقت الحالي ما يسجل ضد المشرع بعدم مواكبته للتطورات التي تحصل في الميدان التجاري وحتى التوجهات نحو الرقمنة في هذا الشأن بالرغم من نجاحها النسبي عن طريق بوابة سجل كوم التي توفر فضاء الموثق من خلال منحه صلاحية الإشهارات القانونية لعقود الشركات و لجداول الرهون الحيازية، لكنها تبقى ضعيفة النطاق مالم تمنح صلاحية التوثيق الالكتروني عن

بعد، لان الكتابة الرسمية تعد أهم الضمانات للحماية من جهة ولان مقتضيات السرعة التي تعكس خصوصية القانون التجاري من جهة ثانية ورأينا بأن قانون التجارة الالكترونية لم يحقق من خلال أحكامه حماية للغير المتعامل في هذا الشأن مما يتولد لدينا أزمة الأغيار فبدلا من أن ندافع على الغير في المعاملات التجارية ونحاول تقييم هذه الحماية التشريعية أصبحنا نطالب بحماية الغير الالكتروني، ما جعلنا أمام فئتين من الغير لا تتساوى الحماية من أجلهما، لدينا الفئة الأولى وهم "الاغيار" في المعاملات التجارية التقليدية وهم وإن كانت هنالك نقائص في آليات الحماية إلا أنها موجودة أما الفئة الثانية وهم "الاغيار" في المعاملات التجارية الالكترونية التي يبدو أن الحديث على ضمانات الحماية بشأنهم تتأجل إلى حين إدخال المفاهيم المتعلقة بالمعاملات التجارية الالكترونية وتنظيمها من طرف المشرع.

الا أن ذلك مستبعد في الوقت الحالي لأن تحقق ذلك يقتضي الاعتراف بالتوثيق الرسمي الالكتروني وتعديل قانون التجاري واستحداث فصل متعلق بالشركات التجارية الالكترونية والمتاجر الالكترونية، لكن ذلك غير مستبعد لأن المشرع سبق واعترف بالأوراق التجارية الالكترونية واستحدث قسم خاص في الباب المتعلق بالأوراق التجارية وكذلك ما نراه من توجه الدولة الجزائرية الحثيث نحو الرقمنة في كل القطاعات يجعلنا نتقرب هذه التغييرات وإلى ذلك الحين لا يسعنا الا تسليط الضوء على وجود فراغ تشريعي فيما يخص الاغيار المتعاملون في إطار المعاملات التجارية الالكترونية، ويجب أن تصاحب هذه التغييرات تعديل قانون التجارة الالكترونية ليكون نطاقه شامل لا يقتصر على فئة معينة.

كما أثار انتباهنا فيما يخص آلية المعارضة وما يندرج ضمنها من أن المشرع خول للغير الحق في المزايدة بالسدس وبالثلثين فيما يخص البيع أو الرهن للمحل التجاري أنها ضمانات تنطبق على "أغيار" دون "أغيار" أخرى لأنها تشترط أن يكون الغير الذي يريد المزايدة تتوفر فيه ملاءة مالية إلى حد ما مما يضعف حظوظ الباقيين ويجعل من معارضاتهم دون جدوى وهذه تعد نقطة سلبية لا يتساوى عندها الغير في الحماية وهي نفس الملاحظة التي سجلناها فيما يخص التسيير الحر للمحل التجاري فقد جعل المشرع للغير اللاحقون بعد عقد ايجار التسيير يستفيدون من التضامن بين مالك المحل التجاري ومستأجر للتسيير وأسقط حق حماية الغير قبل هذا العقد من الاستفادة من قاعدة التضامن بالرغم من أهميتها في الحفاظ على حقوقهم لان المحل يعتبر ضمانا لهم وايجاره لشخص آخر قد يحتمل انتقاص من قيمته عند تسييره الخاطئ مما يعرض حقوقهم للخطر، وما يمكن تسجيله أيضا هو عدم تحيين الاحكام المتعلقة بالإفلاس وعدم مجازاتها للتعديلات الكثيرة التي طرأت على الانظمة المتعلقة بالقانون التجاري ما جعله متراجعا مقارنة بالقوانين المقارنة التي استحدثت آليات أخرى في الباب المتعلق بالوقاية والصلح وهي

الانقذ والحوكمة عن طريق تفعيل المرافقة والرقابة والتي في رأينا ناجعة في استقرار النشاط التجاري مما يوفر حماية للغير في هذا الاطار.

وعليه يمكن القول بناءً على كل ما سبق بأن المشرع الجزائري وفق إلى حد كبير من خلال الضمانات التي رصدها في حماية الغير وثبوت فعاليتها إلى حد كبير مقارنة بالقواعد العامة ولكنها تبقى هذه الضمانات منقوصة بالنظر إلى الثغرات القانونية المسجلة من جهة ومقارنة بالمتغيرات المستحدثة على الصعيد التجاري من جهة ثانية مما يستوجب تفعيلها عن طريق إعادة تحديث الآليات القانونية وتعديل الاحكام المتعلقة بها وجعلها مناسبة للمتغيرات الراهنة.

وحتى تكون الدراسة أكثر ديناميكية وفعالية فإننا سنحاول تقديم مقترحات تكون عملية ونبتعد عن المقترحات العامة وهي كما يلي:

- نقترح تعديل المادة 545 ونقترح أن تكون صياغتها كالتالي: "يجب تحرير عقد الشركة في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة" بدلا من " تثبت الشركة بعقد رسمي".

- تعزيز بوابة "فضاء الموثق" التي على مستوى بوابة سجل كوم التابعة للمركز الوطني للسجل التجاري، تعزيزها بخانة تمكن المستثمرين من الكتابة الرسمية الالكترونية على بعد لأن الفضاء الموجود حاليا يقتصر على الاعلانات القانونية عن بعد فقط، حيث لا بد أن تحتوي على قاعدة بيانات فيها كل اسماء الموثقين وارقامهم وعناوينهم ودائرة اختصاصهم يختار المستثمر بضغطة واحدة واحد منهم كما يمكن للموثقين الدخول عن طريق رقم سري سهل لهم ولوجها حيث يخول لهم القانون التأسيس الالكتروني للشركات التجاري وابرام عقود المتعلقة بالتصرفات الواردة على المتاجر الالكترونية وتفعيل الآليات الازمة لذلك منها التوقيع الالكتروني، مما يتيح حماية للغير الالكتروني الذي ينشط عبر الشبكة لما تضيفه الرسمية من ضمانات.

- ادراج قسم خاص بالشركات التجارية الالكترونية يحدد الاحكام الخاصة المتعلقة بها وعليه يستوجب تعديل المادة 544 ق ت ونقترح ان تكون كالتالي: "يحدد الطابع التجاري لشركة أما بشكلها أو موضوعها تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة وشركة المساهمة البسيطة مهما كانت طريقة تأسيسها في الشكل التقليدي أو الالكتروني تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

- تعديل المادة 13 ق ت بجواز قبول الدفاتر التجارية الالكترونية كدليل اثبات فتكون صياغتها كالتالي: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المحررة بصفة ورقية أو الكترونية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".
- تعديل الاحكام المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية وإضافة قسم يتعلق بكيفيات إنقاذ المؤسسات المتعثرة مثلما هو موجود في التشريعات المقارنة.
- تفعيل مبادئ الحوكمة عن طريق استحداث قسم في الشركات التجارية تحت عنوان "مبادئ الحوكمة والتسيير" تجمع فيه كل المبادئ المشتركة للتسيير في الشركات التجارية مع إضافة قواعد الحوكمة الحديثة.
- تعديل المادة 79 ق ت بحذف كلمة "يثبت" حتى لا توهي بأن الرسمية التي قررها المشرع للإثبات وانما للانعقاد.
- تغيير في صياغة المواد المتعلقة بتأجير تسيير المحل التجاري وتحديد المادة 209 ق ت لتكون صياغتها كما يلي: "يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير عن ديونه بمناسبة استغلاله قبل عقد التسيير والديون التي يعقدها المستأجر المسير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر"، حتى تتساوى الحماية للغير المتعامل مع المحل التجاري قبل وبعد عقد تأجير التسيير.
- إلغاء شرط الملائة المالية وشرط النسبة المالية المحددة لأجل قبول المزايدة بالسدس أو العشر بالنسبة للمعارضات التي يقدمها الغير المتعلقة ببيع او رهن المحل التجاري ونقترح أن تكون صياغة المادة 86 ق ت كالاتي: "يجب على الموظف العمومي المكلف بالبيع قبول كل المزايدات من قائمة المعارضين شريطة ايداعهم لمبلغ يتم ايداعه أما بين يديه أو في مصلحة الودائع والأمانات يمثل الزيادة المقترحة على ثمن البيع المذكور المشتراط دفعه نقدا وكذلك التخصيص السداد ثمن البيع".



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر

أولاً: القوانين والاورام

- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 11/06/1966، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 180/66 المؤرخ في 21/06/1966، المتضمن احداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الإقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد 54، المؤرخة في 24/06/1966 (الملغي سنة 1975).
- الأمر رقم 59 /75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23/06/2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 18/08/2004.
- القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج ر عدد 71.
- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08/03/2006.
- القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون إجراءات مدنية وإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23/04/2008، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009.
- القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05/08/2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتهما، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 16/08/2009.
- القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15/08/2010، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة في 18/08/2010.

- القانون 06/13 المؤرخ في 23 /07/ 2013، المعدل والمتمم للقانون 08/04 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 39، المؤرخة في 31/07/2013.
- القانون 04/15 المؤرخ في 10/02/2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد 06، المؤرخة في 10/02/2015.
- القانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 71، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015.
- القانون رقم 09/22 المؤرخ في 05/05/2022، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد 32، المؤرخة في 14/05/2022.
- القانون رقم 18/22 المؤرخ في 24/07/2022، يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 28/07/2022.
- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتعلق بقانون الاجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 10/يونيو/1966.
- القانون رقم 18-08 مؤرخ في 10 يوليو سنة 2018، يعدل قانون الأنشطة التجارية، جريدة رسمية عدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم، ج ر المؤرخة في 20 يوليو 2003، عدد 43.
- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت سنة 2014، المتعلق بقانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، ج ر، ع 49، مؤرخة في 20 أوت سنة 2014.

ثانيا: النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 18/02/1992، يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 18/02/1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09/05/2001، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 13/05/2001.

- المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 2005/12/10، المتضمن تحديد شروط الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك، الجريدة الرسمية، عدد 80، المؤرخة في 2005/12/11.
- المرسوم 162/07 المؤرخ في 2007/05/30، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 2007/06/07.
- المرسوم التنفيذي رقم 110/09 المؤرخ في 2009 /04/07، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الاعلام الآلي، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2009/04/08.
- المرسوم تنفيذي رقم 136/16 مؤرخ في 2016 /04/ 25 يحدد كيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2016/05/04.
- المرسوم التنفيذي رقم 254/20 المؤرخ في 2020/09/ 15، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة "مؤسسة ناشئة" و " مشروع مبتكر " و " حاضنة أعمال"، وتحديد مهامها وتشكيلتها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 55، المؤرخة في 2020/09/21.
- المرسوم التنفيذي رقم 298/22 المؤرخ في 2022/09/08 الذي يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الإستثمار وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 60، المؤرخة في 2022/09/18.

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية

- القرار المؤرخ في 2002/09/07، المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 2004.
- القرار المؤرخ في 2005/11/19، المجلة القضائية، عدد 59 لسنة 2005.
- القرار المؤرخ في 2015-09-17، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2015

رابعا: النصوص القانونية الاجنبية

- القانون عدد 89 المؤرخ في 2004/12/ 31، يتعلق بإجراءات تأسيس الشركات عن بعد في تونس، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 105، المؤرخ في 2004/12/31.
- لقانون 65 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/07/27، المتعلق بتنقيح واثمام مجلة الشركات التجارية التونسية، المعدل والمتمم للقانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في

3 نوفمبر 2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 61، المؤرخ في 2005/08/02.

- قانون عدد 47 مؤرخ في 2019/05/29 ، يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 47، المؤرخ في 2019/06/11.

- Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, n 171,
- La Loi n 2003-721 du 1 aout 2003 j.o 5 Aout 2003 sur l'initiative économique، J.O.R.F 05aout 2003.
- l'ordonnance 2000-912, 18.09.2000, J.O.R.F 21 septembre 2000.
- LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique، Journal officiel français، n° 143، du 21 juin 2004.
- Code civil français- Dernière modification le 01 janvier 2022.
- Code de commerce français، Dernière modification : 2023-01-29.

II. المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

(1) الكتب

- أحمد بسيوني أبو الروس، موسوعة الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الموسوعة القانونية، الإسكندرية، 2002.
- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الاوراق التجارية، دراسة مقارنة، (السفتجة والكمبيالة والشيك)، ط 2، العراق، 1978.
- البارودي علي ، السيد ألفقي مُجّد ، القانون التجاري (الأعمال التجارية – التجار – الأموال التجارية – الشركات التجارية – عمليات البنوك والأوراق التجارية) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر ، ب ط ، سنة 1999.
- بلال عطية حسين فرج الله، بطلان الشركات التجارية -دراسة مقارنة-، ط 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2016.
- جمال عبد العزيز العثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2010.

- راشد راشد، الأوراق التجارية؛ الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري المحل التجاري والحقوق الفكرية، الجزء الأول، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- سعاد عبد الباقي، التوثيق والعصرنة في القانون التجاري، دار الانسان للدراسات الثقافية والفكرية، ط1، الجزائر، سنة 2022.
- سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر، 1999.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، -الاثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968.
- عزيز العكيلى، القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار والمتجر - الشركات التجارية - الأوراق التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- العكيلى عزيز ، الوجيز في القانون التجاري ، الشركات التجارية ، الأوراق التجارية ، الأعمال التجارية ، المتجر ، التجار ، العقود التجارية، المكتبة القانونية، عمان -الأردن، ط1، سنة 2000.
- علي فتاك، مبسوط القانون التجاري الجزائري في السجل التجاري- دراسة مقارنة، دار بن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- فوزي مُجّد سامي، الشركات التجارية - الأحكام العامة والخاصة-، دراسة مقارنة، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، سنة 2014.
- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون الأميرية، مصر، 1999.
- مُجّد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق - المنازعات العقدية وغير العقدية)، الطبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- مُجّد أنور حمادة، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- مُجّد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون التجاري والقانون المقارن، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2014.

- مُجَّد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان (صور الائتمان و ضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
- مُجَّد صالح بك، الأوراق التجارية، الكمبيالة والسند الاذني والشيك، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950.
- مُجَّد فريد العريني، الشركات التجارية، "المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
- مُجَّد فريد العريني، هاني مُجَّد دويدار، قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.
- مُجَّد منير الجنبهي، ممدوح مُجَّد الجنبهي، الشركات الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري (الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية - المحل التجاري - الملكية الصناعية)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.
- معن عبد الرحيم عبد العزيز جويحان، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال الخاصة، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الاردن، سنة 2008.
- نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- نسرين شريقي، الأعمال التجارية، التاجر- المحل التجاري- دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر. سنة 2017.

(2) المقالات

- أبو طه خالد، آثار اندماج الشركات على حقوق المساهمين والغير في قانون الشركات العماني 2019/18، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بأفلو، الجزائر، 2022/06/13.
- أحمد المصطفى مُجَّد صالح، قواعد الاثبات بالادلة الكتابية "دراسة مقارنة"، مجلة العدل، العدد 56، الصادرة عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، أوت 2020.
- آ زاد شكور صالح، ريبير حسين، نظام إنقاذ التاجر من الإفلاس "تعريفه ومقارنته بنظام الصلح الوافي من الإفلاس"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 05، الصادرة عن المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، 20/12/2018.

- اسراء عبد الزهرة كاطع سلطان، حسن فضالة موسى، تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون التجاري، مجلة الحقوق، المجلد 22، العدد 01، الصادرة عن جامعة النهرين، العراق، سنة 2022.
- أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، 11/06/2019.
- إقلولي، أولد رابح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة أبحاث، المجلد 14، العدد 01، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 26/10/2020.
- اوباجي مُحمَّد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07 العدد 02، الصادرة عن جامعة البليدة، الجزائر، 10/06/2018.
- ايمان خليل، شين خثير، تفعيل حماية الغير في عقد الشركة ، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الاخرى، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية، سنة 2021 .
- باهة فاطمة، شهادة التصديق الالكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الالكترونية " في ضوء القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2، أكتوبر 2015.
- براهيم احمد بلقاسم، تأسيس الشركات التجارية الكترونيا، في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 02، الصادرة عن جامعة طاهر مولاي بسعيدة، الجزائر، 08/11/2021.
- بزاز الوليد، زرقاط عيسى، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة ، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، الصادرة عن جامعة مُحمَّد خيضر ببسكرة، الجزائر، 05/04/2020.
- بشير أم الخير، معمر خالد، الجوانب القانونية لتخفيض رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، الصادرة عن جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، 29/06/2012.
- بعجي أحمد، حماية الدائن المرتهن في رهن المنقول دون تجريد المدين الراهن من الحياة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 01، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 16/01/2020.

- بغداوي جميلة، ميسومي الجليلي، بوكرشاوي إبراهيم، إستراتيجيات التحول إلى الحكومة الإلكترونية مع الإشارة إلى تجربة نيويورك الدولية، مجلة دراسات في التنمية والمجتمع، المجلد 05، العدد 01، الصادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر، 2018/06/01.
- بقدار كمال، حرية الإثبات في المادة التجارية، مجلة القانون، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن جامعة معسكر، الجزائر، 2012 /06/14.
- بلحاج محجوبة، تدخل المصرف في عمليات السفتجة الالكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، 06/01/2018.
- بلعيساوي مُجَد الطاهر، الوناس دنيا، البطلان تهديد لبقاء واستمرارية الشركات التجارية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 02، الصادرة عن جامعة مُجَد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2022/06/20.
- بلقاسم مُجَد، الجرائم الاقتصادية المستحدثة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن جامعة البليدة 02، الجزائر، 2013/01/01.
- بلكعبيات مراد، شايقة بديعة، شروط تنظيم الدفاتر التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01 ، العدد 05، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2017/01/15.
- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد الحادي 03، الصادرة عن جامعة مُجَد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2018/09/01.
- بن سالم أحمد عبد الرحمان، أثر تحول الشركة التجارية على مبدأ استمرار الشخصية المعنوية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالخلفة، الجزائر، 2022 /03/01.
- بن شيخ راضية، نساخ فطيمة، الشفافية وعلاقتها بنزاهة الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، الصادرة عن جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/12/17.
- بن قويدر الطاهر، حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي لأفلو، الجزائر، 2019/01/01.

- بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟، المجلة النقدية القانون والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد2، الصادرة عن جامعة تيزي وزو، الجزائري، 2019/12/31.
- بوعكاز عامر وبن دنيدينة سعيد، سبل ووسائل حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر الاقتصاد الرقمي، مقال في مجلة البناء الاقتصادي، جامعة الجلفة، عدد 01، جوان 2018.
- بوقرور سعيد، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة البسيطة "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15، العدد 03، سنة 2022.
- جامع مليكة، بكرابي مُجَّد المهدي، حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الاثبات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد03، الصادرة عن جامعة تامنغست، الجزائر، 01/11/2021.
- جوال مُجَّد السعيد، قرميطي وردة، قهيري فاطنة، دور أخلاقيات الأعمال والمسؤوليات الاجتماعية في الشركات العائلية - شركة أن سي أ - روية - نموذجاً، مجلة مينا للدراسات الاقتصادية، المجلد 02، العدد03، الصادرة عن جامعة غليزان، الجزائر، 2019 /01/30.
- حاتم مولود، إدراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد03، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2019/10/01.
- حزام فتيحة، خصوصية مسؤولية المورد الالكتروني في ظل القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد02، الصادرة عن جامعة يحي فارس بالمدينة، الجزائر، جوان 2012.
- حساين سامية، القيد في السجل التجاري الرقمي أحد بنود وإنجازات الحكومة الإلكترونية في الجزائر، مجلة إدارة، المجلد 23، عدد 01، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة بميدرة، الجزائر، 2016/06/01.
- حسين نواره، الفوترة الالكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 05، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2019/06/05.
- حشيفة مجدوب، النقود الالكترونية كآلية للوفاء الالكتروني، مجلة القانون والعلوم السياسة، المجلد 04، العدد02، الصادرة عن المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة، الجزائر، 2018/06/01.

- حليلة خنوس، إبراهيم بختي، زينب شطبية، استراتيجيات المؤسسات الافتراضية دراسة حالة مؤسسة أمازون، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، المجلد 08، العدد 01، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، 2019/07/08.
- حمة تريبش، العقد التوثيقي الإلكتروني، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص (25)، الصادرة عن جامعة جلاي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 15 جانفي 2021.
- حمد حسين بشايرة، الالتزام المصرفي المجرد في علاقة حامل الورقة التجارية بمدينه المباشر "نظرة جديدة في القانون الاردني مقارنة بالقانون الانجليزي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، العدد التسلسلي 34، يونيو 2021.
- حورية سويقي، نظام الاتفاقيات في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، مجلة القانون الدولي والتنمية، العدد 01، المجلد 09، كلية الحقوق جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، الجزائر، 2021.
- خالد أبو طه، أحمد حسنية، الشككية في العقود التجارية (دراسة تحليلية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 13، لعدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2020/04/28.
- خديجة مضي، ياسين الكيوي، الدعوى المصرفية كآلية لحماية حامل الورقة التجارية، مجلة الآفاق القانونية الإلكترونية، 19/10/2018، ص 06، متاحة على الرابط: <http://afaqdroit.com>، تاريخ آخر إطلاع 2022/12/11، ساعة الإطلاع 11:50.
- داودي ابراهيم ولزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، دعوى عدم النفاذ (البولصية) والدعوى الصورية نموذجاً، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 03، المجلد 07، الصادرة عن جامعة وهران 02، الجزائر، 2015/12/22.
- دحماني محمد الصغير، مدى تطبيق مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2014/03/01.
- دموش حكيم، سليمان صبرينة، حماية الدائنين في عقد التسيير الحر، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2017/12/31.
- دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر، 2016/06/01.

- زرقاط عيسى، تأثير المنظومة الجرمانية على التشريع الجزائري في مجال البطلان، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 02، العدد 03، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، 2010/06/01.
- زروق يوسف، مكانة الكتابة الالكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، المجلد 03، العدد 06، الصادرة عن المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتسمسيت، الجزائر، 2012/12/06.
- زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، مارس 2018.
- الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2019/09/28.
- سالمى وردة، حماية الغير بالإشهار القانوني للشركة التجارية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي بتبازة، الجزائر، 2017/01/13، ص 44.
- سرايش زكريا، إشكالية ضرورة الاعذار للمطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2019 /12/31.
- سعداوي نذير، بطيمي حسين، مقومات الحل التجاري الالكتروني طبقا للتشريع التجاري الجزائري - القانون رقم 18/05 المتضمن قانون التجارة-، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد 14، العدد 01، الصادرة عن جامعة غرداية، الجزائر، 2021/06/24.
- سعيداني مُجَّد السعيد، لعبيدي مهاوات، أحمد بكاي، مجلة المالية وحوكمة الشركات، المجلد 02، العدد 02، الصادرة عن جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 117.
- سعيداني مُجَّد السعيد، وآخرون، مدى فعالية حوكمة الشركات في الالتزام بأخلاقيات الأعمال والمسؤولية الاجتماعية في الشركات العائلية في سبيل تحقيق أبعاد التنمية المستدامة، المجلة المالية وحوكمة الشركات، العدد 02، المجلد 02، الصادرة عن جامعة أم البواقي، الجزائر، 2018/12/03.

- سمية ديمش، التجارة الإلكترونية حتميتها وواقعها في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة الإخوة متنوري بقسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2011.
- شادية عبد الفتاح عبد السلام مُجَد، التوثيق وأثره على صحة العقود (تطبيق على عقد الزواج والطلاق)، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الأكاديمية، المجلد 11، العدد 67، الصادرة عن جامعة القاهرة، مصر.
- شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، دور العدالة التشريعية في تحقيق الامن القانوني "دراسة تحليلية"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 02، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، سبتمبر 2019.
- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 010/05، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 03، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 15/09/2009.
- صافي أحمد، وآخرون، آليات حوكمة الشركات وأجهزة دعمها لتعزيز الأداء الاقتصادي في الجزائر، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، المجلد 02، العدد 01، الصادرة عن جامعة مُجَد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 01/03/2018.
- صبايحي ربيعة، سلطة القاضي في رقابة الائتمان في الدفاتر التجارية، مداخلة في اطار اليوم الدراسي الوطني حول الجانب الالكتروني للقانون التجاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري بتييزي وزو، الجزائر، يوم 23/11/2016.
- صديق مسعود، صديقي فؤاد، محددات الافصاح المحاسبي في الحقل المحاسبي الجزائري وفق النظام المحاسبي المالي (SCF)، مجلة البحوث في العلوم المالية والمحاسبية، المجلد 01، العدد 02، الصادرة عن جامعة مُجَد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 15/12/2016.
- عائشة مرجال، النظام القانوني لشركة المحاصة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، الصادرة عن المركز الجامعي ببرىكة، الجزائر، 26/06/2022.
- عبد الغاني حسونة، عبد الحليم مرزوقي، نظام التجريم في إطار القانون الجنائي الاقتصادي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، المجلد 12، الصادرة عن جامعة مُجَد خيضر بيسكرة، الجزائر، أكتوبر 2010.
- علال شليغم، مبدأ ثبات رأس المال في القانون التجاري الجزائري، مجلة التواصل، المجلد 20، العدد 03، الصادرة عن جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، 3039/09/2014، ص 175.

- عليمه بوصلاح، وسائل حماية بائع المحل التجاري في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2011/2012.
- مُحمَّد عماد الدين عياض، تحولات نظرية العقد في ظل قانون الإستهلاك، عدد خاص بفعاليات الملتقى الدولي الخامس المنعقد في الجزائر، بعنوان "القانون المدني بعد اربعين سنة"، من حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 5، 25-24، أكتوبر 2016
- غراس عبد الحكيم، دور الموثق في ضمان عقود الاستثمار في الجزائر "عقود الامتياز العقاري نموذجاً"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، عدد 02، الصادرة عن جامعة بن باديس، الجزائر، 2022/06/16.
- فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو انقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 03، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن الخدة، الجزائر، 2008/09/15.
- فوزية ميراوي، تخفيض رأسمال شركات الأموال، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، الصادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، 2020/12/27.
- قصري ناسيم، إصلاح نظام إفلاس الشركات التجارية- دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، 2020/06/29.
- كردي نبيلة، الشيك الالكتروني، مجلة العلوم الاجتماعية والسياسة، المجلد 10، العدد 02، الصادرة عن جامعة العربي التبسي بتبسة، الجزائر، 2017/06/30.
- كركدان فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 09، العدد 01، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، ص 2018/07/31 .
- كريم وشتاتي، حماية دائني بائع المحل التجاري- دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 19، العدد 03، الصادرة عن جامعة باجي مختار بعنابة، الجزائر، 2013/09/30.
- ليلي بن بغيلة، المعارضة البرلمانية والبناء غير المكتمل بعد تعديل دستور 2016، مجلة المعيار مجلد 25، العدد 01، الصادرة عن جامعة العلوم الاسلامية الأمير عبد القادر بقسنطينة، الجزائر، 2021/01/15.

- ليليا عين سوية، عبد القادر مخلوب، مساعي الجزائر في تجسيد التجارة الإلكترونية ورقمنه الإدارة، مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والإنسانية، المجلد 02، العدد 06، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بلجلفة، الجزائر، 01/03/2020.
- لافي محمد درادكه، دور نظرية الأوضاع الظاهرة في حماية أطراف العلاقات القانونية الناشئة عن الورقة التجارية - دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ملحق خاص، العدد الحادي عشر، اجاث المؤتمر السنوي 8، ج2، ديسمبر سنة 2021
- مجاجي سعاد، التعسف في استعمال الحق الإجمالي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 03، العدد 01، الصادرة عن جامعة محمد بوضياف بمسيلة، الجزائر، 02/03/2018.
- محمد الأمين نويري، الطرق الخاصة للإثبات التجاري بين النص والتطبيق في الجزائر، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد 04، العدد 20، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي ببرلين، ألمانيا، جانفي 2020.
- محمد حسني بشايره، الالتزام الصربي المجرى في علاقة حامل الورقة التجارية بمدينه المباشر "نظرة جديدة في القانون الاردني مقارنا بالقانون الانجليزي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 34، الكويت، جوان 2021.
- محمد لمين صديقي، رجوع حامل الورقة التجارية عند تاريخ الإستحقاق وشروطه في التشريع الموريتاني والمقارن، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد 01، الصادرة عن جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، 01/06/2019.
- محمود حياة، التركي باهي، الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على المحل التجاري تعديل نظرية العقد أم استثناء منها؟، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، الصادرة عن جامعة زيان عاشور بلجلفة، الجزائر، 27/04/2022.
- مدرابي لحسن، حدود سلطات مسيري الشركات التجارية ومسؤوليتهم وآثارها على الغير، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، الصادرة عن جامعة أحمد دراية بأدرار، الجزائر، 30/06/2020.
- مرشيشي عقيلة، السفتجة الإلكترونية بديلة للسفتجة التقليدية، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، الصادرة عن جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 10/06/2015.
- مريم تومي، أثر تراحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 28/09/2021.

- مقفولجي عبد العزيز، أهم العقود الواردة على المحل التجاري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، الصادرة عن جامعة البليدة 02، الجزائر، 2017/06/01.
- منال بوروح، مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2017/09/30.
- منصور داود وجمال عبد الكريم، قواعد الاحتجاج الصربي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 01، الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2020.
- منصور داود، الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 25، 2008، جامعة الخلفة، الجزائر سنة 2008.
- ميمون الطاهر، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر، مجلة أبحاث ودراسات التنمية، المجلد 09، العدد 01، الصادرة عن جامعة برج بوعرييج، الجزائر، 2015/06/15.
- نزيهة غزالي، السفتجة الالكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 15، العدد 01، الصادرة عن جامعة محمد لمين دباغين بسطيف، الجزائر، 2018/03/01.
- نصيرة غرايسة ومحمد عماد الدين عياض، مفهوم الغير في القانون التجاري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد الثاني، سنة 2022.
- نصيرة غرايسة ومحمد عماد الدين عياض، مفهوم الغير في القانون التجاري، دفاتر السياسة والقانون، الصادرة عن جامعة ورقلة، الجزائر، المجلد 14، العدد الثاني، سنة 2022.
- نورة حسين، الفوترة الالكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، الصادرة عن جامعة عمار التليجي بالأغواط، الجزائر، جوان 2019.
- نورة بن بوزيد، النظام القانوني للإثبات في المواد التجارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، الصادرة عن جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، 2016/06/01.
- هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الالكترونية والتحول الجوهري إلى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية "استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية"، مجلة البحوث والدراسات العليا، المجلد 08، العدد 02، الصادرة عن جامعة يحي فارس بالمدينة، الجزائر، 2014/11/30.
- هجيرة تومي، سامية بويصري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2021.

- يوسف كهيبة ، سلام عبد الله : مقال بعنوان التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد:03، العدد:01، سنة:2019 .

(3) الرسائل الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

- إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017.
- بوعزة هداية، النظام القانوني للدفع الإلكتروني- دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019.
- تمنرات ريمة، الرهن الحيازي العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري بقسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2019/2020.
- حلومي ربيعة ، الغير في العقد - دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1 -كلية الحقوق - سنة 2016-2017.
- مهري محمد امين، النظام القانوني للممارسات التجارية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، فرع خاص، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2016.
- نجاة دهيمي، المسؤولية القانونية للشركات التجارية في حالي الانفصال والاندماج، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أحمد دراية -أدرار- كلية الحقوق والعلوم السياسية -قسم الحقوق -الجزائر سنة 2020-2021.

ب- رسائل الماجستير

- أبرار محمد حسين زينل ، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامية ، مذكرة شهادة ماجستير جامعة البصرة ، العراق ، سنة :2014.
- بن زاوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013.

- جاسم نور نزار : مسؤولية المتعاقد قبل الغير في إطار المجموعة العقدية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، العراق ، سنة 2017.
- جامع رضوان، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الموسم الجامعي 2000 / 2001.
- زادي صفية، صيدي عبد الرحمان، مسؤولية الجزائرية لمدير الشركات التجارية الخاصة، رسالة ماجستير، تخص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2009/2010.
- زكري ويس ماية، جريمة الإستعمال التعسفي لأموال الشركة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2003/2004.
- سمية ديمش، التجارة الإلكترونية حتميتها وواقعها في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2011.
- سهام زعموم، حماية المحل التجاري -دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2003/2004 .
- شيباني نضيرة، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في الإفلاس والتسوية القضائية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2010/2011.
- طراد اسماعيل، النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2007/2008.
- عثمانى كريمة، القبول في السفتجة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الموسم الجامعي 2000/2001.
- عليمه بوصلاح، وسائل حماية بائع المحل التجاري في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2011/2012.
- عماد ابراهيم كساب الشديفات، تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الموسم الجامعي 2014/2015.

- لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الخاص، جامعة وهران، الجزائر، الموسم الجامعي، 2014/2013.
- لواني عبد المجيد، الإعذار في المواد المدنية والتجارية طبقا للقانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2004/2003.
- مزعاش عبد الرحيم، قواعد الإثبات في الأمور التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01، السنة الجامعية 2001/2000.
- معمر خالد، النظام القانوني للمصطفى في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2008/2007.
- هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 2014/2013.

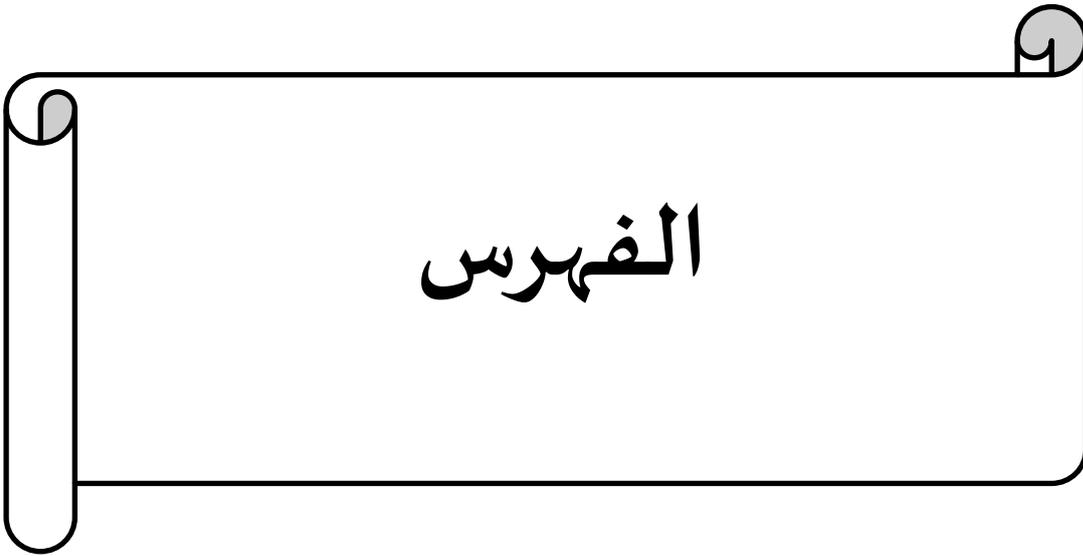
(4) الملتقيات والايام الدراسية

- حساين سامية، رقمنة السجل التجاري وتأثيرها على النشاط التجاري، مداخلة ضمن اليوم الدراسي الوطني حول "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، يوم 2016/11/23.
- حمادوش أنيسة، القاعدة التجارية الإلكترونية، مداخلة ضمن اليوم الدراسي حول "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، يوم 23 نوفمبر 2016.
- صبايحي ربيعة، سلطة القاضي في رقابة الائتمان في الدفاتر التجارية، مداخلة في اطار اليوم الدراسي الوطني حول الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، يوم 2016/11/23.
- عبد اللطيف محمود ربيعة، الجرائم الإلكترونية " (التجريم والملاحقة والإثبات)، مداخلة مقدمة ضمن المؤتمر الوطني الأول للجرائم الإلكترونية ، المنعقد في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، يوم 17 أبريل 2016.

- فايد سامية، واقع التجاري الإلكتروني في الجزائر، يوم الدراسي حول "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، بالتعاون مع خبرة القانون والتكنولوجيا الجديدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، يوم 23 نوفمبر 2016.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

- Amel Mamlouk, La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers, Annales des sciences juridique, périodique F.S.J.E.G, tunisie, 2010.
- Bergada, Michelle ; Graber, Stéphane, La confiance dans La Relation, tripartite vendeur- client- entreprise.
- Cass. Com n° 06-14-768 10 Juillet 2007, Bull civ, N n° 188, le Lamy des sociétés commerciales.
- Corinne Saint-Alary-Houin, De la faillite au droit des entreprises en difficulté, at: <https://books.openedition.org/putc/1595?lang=fr#authors>
- Cour de cassation, Assemblée plénière 13/12/1962 n°, Cité par j. Auloy.
- D. Gibirila, Le dirigeant de sociétés statut juridique, social, Litec, France, 1995
- DETHIER Thibault, Etude morale et éthique de la notion juridique de « faillite » : évolution à travers son développement historique dans les ordres juridiques européens. Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects international, belge et européen), 2020-2021.
- Francois . Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises, Dalloz, France, 2003.
- J. calais, Aulo, Essai Sur la Notion d'apparence en droit commercial, In: Revue internationale de droit compare. Vol. 12 N° 4, 1960.
- Krieb – Verba ère. Catherine, Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, R. T. D, Paris 1999.
- Le Lamy des sociétés commerciales, Dilloz, France, 2013.
- Lova Raja belina. Les antécédents et les conséquences de la confiance en ligne : le cas du secteur financier. Thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en administration des affaires. Université du Québec à Montréal. Novembre 2011.
- MINATA SARR, Droit Souple et Commerce Electronique, Doctorante aux Universités Montpellier I et Gaston Berger de Sain -Louis (Sénégal), 2012.
- Nadine Levratto, La mesure de l'efficacité du droit des faillites, retour sur l'appréciation quantitative d'une institution capitaliste.
- R. Rodière, Les procédures collectives de liquidation des entreprises en droit comparé, Ecomica, France, 1967.
- Robert. Joseph. Pothier, Traité des obligations, préface de Jean louis Halpèrin, Dalloz, France, 2011.
- Sabine. Vacrate, La sociétés crée de fait essai de théorisation, LGDJ, 2003.



فهرس

.....	قائمة المختصرات
01	مقدمة:
18	الباب الأول: السرعة والائتمان وحماية الغير في القانون التجاري
18	الفصل الأول: ضمانات حماية الغير على ضوء خاصيتا السرعة والائتمان
20	المبحث الأول: تطبيقات السرعة كضامن لحماية الغير
20	المطلب الأول: مبدأ حرية الاثبات
20	الفرع الأول: مضمون مبدأ حرية الاثبات
29	الفرع الثاني: اصطناع دليل الاثبات في المواد التجارية
34	المطلب الثاني: سرعة التنفيذ
35	الفرع الأول: الاعذارات والآجال القانونية
42	الفرع الثاني: التنفيذ المعجل والتقدم الخاص في المواد التجارية
46	المبحث الثاني: تطبيقات الائتمان كضمانات لحماية الغير
47	المطلب الأول: المعارضة في الدفع
47	الفرع الأول: حق الغير في معارضة الدفع في إطار بيع المحل التجاري
60	الفرع الثاني: معارضة دفع قيمة الورقة التجارية
69	المطلب الثاني: المعارضة في التصرف
69	الفرع الأول: المعارضة في التصرف في رهن المحل التجاري
79	الفرع الثاني: المعارضة في التصرف في الشركات التجارية
93	الفصل الثاني: آثار السرعة والائتمان في حماية الغير في القانون التجاري
94	المبحث الأول: نظام الإفلاس كأثر لتطبيقات السرعة والائتمان
94	المطلب الأول: المركز القانوني للغير في مرحلة ما قبل الحكم بالإفلاس
95	الفرع الأول: الدور الايجابي للغير في تقرير الافلاس
102	الفرع الثاني: الدور الوقائي للغير في تفادي الافلاس
110	المطلب الثاني: المركز القانوني للغير في مرحلة ما بعد الحكم بالإفلاس

110.....	الفرع الأول: استفادة الغير من قاعدة غل يد المدين عن التصرف
116.....	الفرع الثاني: تكوين جماعة الدائنين
123.....	المبحث الثاني: نظام المسؤولية القانونية كأثر لضمانات السرعة والإئتمان
123.....	المطلب الأول: المسؤولية التضامنية
123.....	الفرع الأول: المسؤولية التضامنية في الشركات التجارية
135.....	الفرع الثاني: المسؤولية التضامنية في المحل التجاري والأوراق التجارية
143.....	المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية تعزيزا لحماية الغير
144.....	الفرع الأول: الجريمة الاقتصادية نحو توجه جديد للمسؤولية
153.....	الفرع الثاني: خصوصية العقوبة في الجرائم الاقتصادية
167.....	ملخص الباب الأول:
169.....	الباب الثاني: مبدأ حسن النية وحماية الغير في القانون التجاري
170.....	الفصل الأول: نحو أخلقة العمل التجاري ضمانا لحماية الغير حسن النية
170.....	المبحث الأول: الكتابة ودورها في أخلقة العمل التجاري
170.....	المطلب الأول: تفعيل الأخلقة في حماية الغير
171.....	الفرع الأول: خصوصية حسن النية في المعاملات التجارية
183.....	الفرع الثاني: تكريس الأخلقة عن طريق فرض شكليات معينة في المعاملات التجارية
187.....	المطلب الثاني: القوة القانونية للرسمية في منح الأمن القانوني
187.....	الفرع الأول: الحماية من خلال الضابط العمومي القائم بالرسمية
192.....	الفرع الثاني: الحماية من خلال مضمون الورقة الرسمية
202.....	المبحث الثاني: الإلتزام بالاعلام و حماية الغير
203.....	المطلب الأول: الإلتزام بالإفصاح والتبصير
203.....	الفرع الأول: الإلتزام بالإفصاح الإيجابي
207.....	الفرع الثاني: الإفصاح السلبي
211.....	المطلب الثاني: الإلتزام بالقيد والإشهار القانوني
211.....	الفرع الأول: أحكام القيد التجاري
218.....	الفرع الثاني: الإشهار القانوني وسيلة الغير نحو المعلومة

227	الفصل الثاني: آثار الإخلال بضمانات حماية الغير حسن النية
228	المبحث الأول: خصوصية البطلان في المعاملات التجارية
229	المطلب الأول: البطلان المترتب على تخلف الشكلية
229	الفرع الأول: البطلان المترتب على تخلف الكتابة الرسمية
235	الفرع الثاني: البطلان المترتب على تخلف الإشهار القانوني
242	المطلب الثاني: سقوط الحق في التمسك بالبطلان
243	الفرع الأول: سقوط الحق في الابطال بالتصحيح
253	الفرع الثاني: سقوط الحق في الابطال بالإجازة أو التقادم
258	المبحث الثاني: أحكام عدم الاحتجاج كأثر لحماية الغير حسن النية
258	المطلب الأول: خصوصية قاعدة عدم الاحتجاج في تكريس حماية الغير
259	الفرع الأول: عدم الاحتجاج وعدم النفاذ
266	الفرع الثاني: عدم الاحتجاج ونظرية الوضع الظاهر
270	المطلب الثاني: نطاق تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج في المعاملات التجارية
271	الفرع الأول: عدم الاحتجاج بالدفع
276	الفرع الثاني: عدم الاحتجاج بالتصرفات
288	ملخص الباب الثاني
290	الخاتمة
296	قائمة المصادر والمراجع
316	فهرس

ملخص الأطروحة:

حتى نتمكن من معرفة الضمانات القانونية المتاحة لحماية الغير في القانون التجاري كان لابد من استخلاص هذه الضمانات استنادا إلى أسس الحماية التي أقرها المشرع وهي معيار السرعة والائتمان ومعيار مبدأ حسن النية، فمقتضيات خصائص القانون التجاري جعلت الحماية خاصة أيضا عن طريق ضمانات تمنحها خاصية السرعة كمبدأ الإثبات و ضمانات تمنحها الائتمان كالمعارضة ولا تقل أهمية الضمانات المقدمة من طرف مبدأ حسن النية الذي يجد مجالا واسعا في المعاملات التجارية في التطبيق كإشارة لاهتمام المشرع باستقرار المعاملات من جهة وإشارة أيضا للتدخل التشريعي من أجل الضبط والحماية من جهة ثانية وذلك عن طريق مبدأ الشكلية والاعلام القانوني وما يندرج تحتها من قواعد قانونية كالرسمية والقيد والاشهار وغيرها كمظاهر لحسن النية، ويترتب على تخلف هذه الضمانات آثار قانونية كالإفلاس والمسؤولية التضامنية والبطلان وقاعدة عدم الاحتجاج كلها آثار فعالة تمثل مبادئ قانونية يتمسك بها الغير لحمايته في القانون التجاري

Thesis Summary:

In order to know the available legal guarantees to protect the other in the commercial law, we have to deduce these guarantees based on the principles of the protection recognized by the legislator that are the criterion of speed and credibility and the criterion of the good will. The commercial law made the protection particular through guarantees granted by the characteristic of the speed such as the principle of evidence and other guarantees provided by the credibility such as the opposition whose importance is as that of the guarantees provided by the principle of the good will that has a wide range in the commercial transactions as an indication of the legislator's interest in the stability of the transactions and as an indication of the legislative intervention to regulate and protect. This is through the principle of formality, the legal information, and the legal rules that emerge from them such as the formality, advertising, and the other aspects of the good will. The disrespect of these guarantees leads to bankruptcy, the solidarity responsibility, the state of null and void, and the non-objection which are all efficient effects that represent legal principles adopted by the others for protection in the commercial law.