جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعـة عبـد الرحمـــان ميـرة – بجـاية –

كليـة الحقـوق و العلـوم السياسـية

قسـم القانـون الخـاص

إثبـــــات العقـــود التجاريـــــة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع القانـون الخاص

تخصص : القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

حساني كميلية

كنوش زاهية

تحت إشراف:

أ/ أغليس بوزيد

لجنة المناقشة

الأستاذة/ عمر ليلى .....رئيساً

الأستاذ/ أغليس بوزيد، أستاذ مساعد قسم «أ»، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية .....مشرفا ومقررا.

الأستاذة/ طباع نجاة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2016/06/23

بسم الله الرحمان الرحيم

الشكـــــر

نشكر الله الذي وفقنا وكان خير عون لنا في إنجاز هذا العمل المتواضع.

كما نشكر الأستاذ المحترم الأستاذ المشرف أغليس بوزيد الذي لم يبخل علينا بنصائحه و إرشاداته القيمة.

كما نشكر الجامعات التي فتحت لنا أبوابها بكل رحب و خاصة عمال مكتبة جامعة بجاية.

الإهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى ينبوع الحنان

ومصدر الأمان، أمي... و إلى عماد و فخر الأسرة،

أبي ... أطال الله في عمرهما.

وإلى أخواتي و أخي، دون نسيان براعم

العائلة، محمد أنس، لينا جيهاد، أيا ندى و محمد إسلام.

كما أهديهي إلى زميلتي وصديقتي وأختي التي

رافقتني طوال إنجازي لهذا العمل، زاهية.

كميليـة

الإهـــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع أولا إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ...أمي هي الحياة و أجمل ما في الدنيا بدعائك سأكون مرضية و أبي فهو السند والناصح عليا و فخري في الدنيا فبرضاكما سأكون هنية.

كما أهديه أيضا إلى إخوتي و أخواتي وكذلك إلى براءة العائلة أكلي، حسام ورامي.

دون أن أنسى أكثر سند وعون لي رفيقتي دربي و صديقتي المخلصة كميلية وكذا صديقتي الدائمة تسعديت

زاهيـة

مقدمة

يعتبر الإثبات وسيلة من وسائل الإقناع التي يقدمها الخصوم للدفاع عن حقوقهم الشخصية والعينية، إذ يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة ما يدعيه وصحة أقواله وإدعائه، لذلك لا يمكن للشخص الحصول على حق إدعاه أمام القضاء إلا إذا أقام الدليل على وجوده، أو أقام بالمقابل خصمه أدلة تنفي وجود ذلك الحق، وهذه الطرق قد تكون محددة أو غير محددة فهي تختلف من نظام إلى آخر .

إن طابع الحياة المدنية هو الثبات والإستقرار، فقد عمد المشرع إلى تأكيد هذا الطابع عن طريق فرض أشكال معينة للتصرفات القانونية ووضع قواعد خاصة لإثباتها، وذلك بهدف حماية إرادة المتعاقدين وتبصيرهم بخطورة ما يقدمون عليه من تصرفات، لهذا كانت القاعدة العامة للإثبات في المواد المدنية هي عدم جواز إثبات التصرفات التي تتجاوز قيمتها مئة ألف دينار أو غير محددة القيمة إلا بالكتابة الرسمية.

غير أن تطبيق هذه القاعدة على المعاملات التجارية من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة التجارة وتعطيلها، وذلك نظرا لأن الحياة التجارية تحكمها إعتبارات مغايرة وغايات مختلفة، إذ هدفها تحقيق الربح عن طريق سرعة تداول الثروات ولن تتحقق هذه السرعة إلا بتحرير إثبات التصرفات القانونية التجارية من كل القيود والأشكال.

وإصطلاح العقود التجارية وإن كان ذائع الاستعمال إلا أنه يفتقر إلى الدقة والتحديد ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح بل أن العقود التي ينظمها القانون قد تكون عقود تجارية إذا إندرجت في عداد الأعمال التجارية بطبيعتها ولو وقعت منفردة، كما هو الشأن في الشراء لأجل البيع، وقد تكيف تكيفا تجاريا، إذا صدرت على وجه مشروع كالنقل والوكالة بالعمولة، السمسرة، وقد تكتسب الصفة التجارية بطريق التبعية لصدورها من التاجر لحاجات تجارية، وقد يكون العقد تجاريا بالنسبة لأطرافه وفق ما يقدم ولكن يظل مدنيا بالنسبة للطرف الآخر، وهنا يعد العقد مختلطا وهذه العقود تخضع في أصلها للقواعد العامة التي نص عليها القانون إلا أن هناك قواعد خاصة تنطبق على العقود التجارية وتميزها عن العقود المدنية منها ما

يتصل بالإثبات، ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها، وتقر هذه العقود بضرورة السرعة ودعم الائتمان وهما الأساسان اللذان يقوم عليهما القانون التجاري، إذ تبرز أهمية الإثبات من حيث أن الحق بغير دليل يؤيده يعتبر عديم القيمة، فلن يحظى بالحماية القانونية، ويحرم بالتالي صاحبه من المزايا والسلطات التي يخولها الحق المتنازع فيه، كما أن للإثبات أهمية بالغة وذلك لإرتباطه الوثيق بقاعدة عدم جواز إقتضاء الشخص حقه بنفسه. فكان من الأولى على من يدعي حقاً أن يلجأ إلى القضاء لتمكينه من هذا الحق والإعتراف له به، فإن ذلك يقضي من صاحب الحق أن يقنع القاضي بوجود الحق الذي ينازع فيه غيره وذلك بإقامة الدليل على هذا الحق، أو بالأحرى، المصدر المنشئ لهذا الحق، فإذا لم يتمكن من ذلك فقد الحق كل قيمة له وتعذر على صاحبه الإنتفاع بما يخوله من سلطات فعدم إقامة الدليل على الحق تجعله إذن هو والعدم سواء، ولذلك فقد قيل إن الدليل هو«فدية الحق»، وقيل أيضا في هذا الصدد أن الإثبات «يُحيي الحق ويجعله مفيدا».

ومن أسباب إختيارنا لموضوع مذكرتنا يرجع إلى الرغبة في الإلمام بجوانب الموضوع وأنه يدخل ضمن الإختصاص ويتلائم مع رغباتنا ويؤكد معارفنا، ذلك رغبة منا إضافة معلومات جديدة وفعالة على أمل أن نوفق بإذن الله.

إن الهدف من دراستنا لهذا الموضوع تسليط الضوء على أهمية إثبات العقود التجارية ومدى فعالية النظام القانوني للإثبات.

نظرا لتلك الأهمية البالغة لهذا الموضوع إتأينا إلى الإشكال الآتي: ما مدى توفيق المشرع الجزائري في ضمان حقوق أطراف العقد التجاري خلال مرحلة الإثبات القضائي ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوعنا إلى فصلين يأتي في قالب منهجي يستوفي التفاصيل الضرورية معتمدين في ذلك على أسلوب تحليلي بالتعرض لجوانبه القانونية قدر الإمكان الذي يتناسب مع معطيات البحث المطروح لمعالجة موقف المشرع الجزائري من إثبات العقود التجارية لذا سنتطرق في هذا البحث إلى تقسيم دراسة هذا الموضوع إلى فصلين وكل فصل مبني

على مبحثين، بحيث نتناول في الفصل الأول التيسير في إثبات العقود التجارية، أما الفصل الثاني فيتضمن التقييد في إثبات العقود التجارية.

الفصل الأول

التيسير في إثبات العقود التجارية

الأصل في العقود التجارية أن الإثبات جائز بكل الطرق، فهي تمتاز بالطلاقة والحرية، إذ يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها، إما بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات وجميع طرق الإثبات، كما فتح المشرع الجزائري المجال للخصوم بتقديم ما يرونه من أدلة يمكن بها إقناع القاضي، وذلك خروجا على القواعد العامة في القانون المدني فللتاجر أن يثبت تعاقده بمناسبة تجارته بالكتابة الرسمية أو العرفية أو البينة أو القرائن أو بأية وسيلة أخرى(المبحث الأول).

كما ترك في نفس الوقت للقاضي حرية قبول وتقدير الأدلة المعروضة عليه فيكون حرا في تكوين قناعته من أي دليل يقدم إليه وهذا ما يقرب الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تنوع وسائل إثبات العقود التجارية

تختلف طرق إثبات العقود التجارية عن العقود المدنية، إذ أن هذه الأخيرة تمتاز بنوع من التقييد في وسائل الإثبات، عكس العقود التجارية التي تمتاز بنوع من التيسير والحرية في الإثبات، وكثرة وسائلها وتنوعها وسهولة الوصول إلى الأدلة لإثبات هذه العقود مهما كانت قيمة التصرفات[1] فقد نص المشرع في نص المادة 30 من ق.ت[2] على "يثبت كل عقد تجاري :

1- بسندات رسمية.

2- بسندات عرفية.

3- بفاتورة مقبولة .

4- بالرسائل.

5- بالدفاتر الطرفين.

6- الإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

فمن خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة 30 ق ت ج يتضح لنا جليا مدى اختلاف وكثرة وتنوع وسائل إثبات العقود التجارية[3] إذ يمكن تقسيمها إلى طرق الإثبات ذات القيمة المطلقة (المطلب الاول) وطرق ذات القيمة المحدودة أو النسبية (المطلب الثاني).

1- لشهب حورية:«النظام القانوني للعقود التجارية»، مجلة العلوم الانسانية،كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 12، نوفمبر 2007، ص. 228.

2- أمر رقم 75-59 مؤرخ في20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101، مؤرخ في 19 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

3- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 15.

المطلب الأول

طرق الإثبات ذات القيمة المطلقة

يقصد بطرق الإثبات ذات القيمة المطلقة تلك التي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية أو التصرفات القانونية مهما كانت قيمة الحق المراد إثباته[4]. ونتيجة لفعاليته وحجيته المطلقة في الإثبات فإنه لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير أو الإنكار، إذ تكتسيه هذه السندات أهمية بالغة في الإثبات[5].

الفرع الأول

إثبات العقود التجارية بالسندات

تعتبر السندات الرسمية والعرفية والإلكترونية من ضمن أهم وسائل الإثبات المكتوبة وذلك لما توفره من ضمانات للخصوم إذ تشكل حجية مطلقة في الإثبات لا توفرها الأدلة الأخرى فالخصم يلجأ إلى إحدى هذه السندات المكتوبة لإثبات حقوقهم. فالكتابة سواء كانت عن طريق السندات الرسمية أو العرفية أو في شكلها الإلكتروني تعد أوثق وأهم دليل في الإثبات، إلا أن هذا الأمر لا يعني أنها تخلو من العيوب فهي معرضة للتزوير أو الإنكار وفي بعض الأحيان قد تكون مخالفة للإجراءات مما يجعلها عرضة للبطلان[6].

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص.139.

5- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، فعالية وسائل الاثبات في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2011، ص. 3.

6- المرجع نفسه، ص.4.

أولا: إثبات العقود التجارية بالسندات الرسمية

أعطى المشرع للسندات الرسمية أهمية خاصة وجعلها من الأدلة المطلقة حيث تصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، لذلك فقد أحاطها المشرع بحماية خاصة. لذا سنتطرق إلى كل من تعريف السندات الرسمية وشروط صحتها وكذا الأثر المترتب على تخلف أحد هذه الشروط.

1- تعريف السندات الرسمية :

هو ذلك الدليل الذي يعد حين قيام التصرف القانوني، لذا تقررت لها قوة إثبات مطلقة لأنها تصلح لإثبات جميع الوقائع والتصرفات، فالمشرع الجزائري لم يعطي تعريف دقيق وواضح لسندات الرسمية بل إكتفى بذكر شروط صحتها وذلك في نص المادة 324 من ق.م.ج[7].

2 – الشروط القانونية للإثبات بالسندات الرسمية

حسب أحكام نص المادة 324 ق.م.ج المذكورة سابقا يتبين أن هناك ثلاثة شروط يجب توفرها لصحة المحرر الرسمي والمتمثلة فمايلي:

أ/ صدور المحرر من طرف موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

يتصف المحرر بالرسمية نتيجة لتحريره من طرف موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بالمصلحة العامة[8] أي كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء بأجر أو بدون أجر مثل الموثق في مصلحة الإشهار، وذلك بالنسبة للتصرفات التي

7- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

8- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعية لطباعة والنشر، بيروت، د.س، ص.10.

يستلزم فيها القانون الرسمية، وكذلك بالنسبة للقاضي في تحرير الأحكام أو كل شخص مكلف بخدمة عامة مثل الخبراء الذي تعينهم المحكمة وورؤساء البلدية المنتخبون[9].

ب/ صدور المحرر من الموظف العام في حدود سلطته وإختصاصاته:

يجب أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بالخدمة قد قام بتحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصاته ويقصد بذلك أن تكون له ولاية تحرير المحرر من حيث الموضوع والزمان، ومن حيث المكان، كما يختص إقليميا كل موظف بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية، وأن يصدر المحرر أثناء ولايته،[10].

ج/ أن تتم تحرير الورقة الرسمية طبقا للأشكال المقررة قانونا :

يحدد القانون للموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة عند ممارسة مهامه مجموع من الشكليات التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان، أي عدم إضفاء الطابع الرسمية على ورقة المحرر التي لم تتم فيها مراعاة أشكال معينة فالموثق مثلا، باعتباره ضابط عمومي فقد ألزمته المادة 26 من قانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق بتحرير العقود التوثيقية باللغة العربية تحت طائلة البطلان، وذلك في نص واحد وواضح تسهل قراءته دون إختصار أو بياض[11].

إن تخلف أحد هذه الشروط الثلاثة السابقة الذكر فإن المحرر لا يثبت له صفة الرسمية، وهذا حسب نص المادة 326 مكرر من ق.م[12]، كما أنه يفقد صفته الرسمية إذا أغفل أسماء ذوي الشأن أو إسم الموثق أو التاريخ أو التوقيعات[13].

9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص. 154، 155.

10- محمد حسن منصور، قانون الاثبات: مبادئ الاثبات وطرقه، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص ص. 60،61.

11- الأمر رقم 06-02 المؤرخ في20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر، عدد 14، بتاريخ 2006.

12- أمر رقم 75-58 يتضمن قانون المدني ، المرجع السابق .

13- أحمد نشأت، رسالة الاثبات: ج1، أركان الاثبات، عبء الاثبات، طرق الاثبات، الكتابة، شهادة الشهود، ط7 ، د. م.، د.س، ص.217.

غير أنه إذا فقد السند صفته الرسمية لتخلف أحد الشروط فهذا لا يعني أنه فقد كل قيمته بل قرر له القانون في هذه الحالة أن يكون له صفة أو قيمة المحرر العرفي.

ثانيا:إثبات العقود التجارية بالسندات العرفية

إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا خاصا لسند العرفي بل اكتفى بذكر شروطها وذلك من خلال نص المادة 327 ق.م،[14] على أنه يعتبر العقد صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب عليه، إلا أنه يمكن وضع له تعريفا يميزه عن السند الرسمي.

1- تعريف السند العرفي :

يمكن تعريف السند العرفي على أنها تلك المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحررات العرفية هي وسيلة إثبات معدة سلفا يكتبها الأفراد بقصد أن تكون أداة إثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها أو تكون موقعة ممن هي حجة عليه[15].

من خلال نص المادة السالفة الذكر نستنبط مجموعة من الشروط الواجبة توفرها حتى يكون السند العرفي وسيلة من وسائل الإثبات ذات القيمة المطلقة.

2- الشروط القانونية للإثبات بالسندات العرفية:

يشترط في المحرر العرفي حتى يعتبر دليلا في الاثبات أن يتضمن شرطين:

- **الكتابة:**

المحرر العرفي ليس إلا دليل كتابي ذلك أن الكتابة شرط بديهي لازم لوجوده، إذ يشترط فيه أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي أعد من أجله، فيمكن أن تكون الكتابة بأية وسيلة كانت،

14- الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

15- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.77.

رصاص، مداد، بأية لغة أو حتى الرموز المختصرة ما دامت مفهومة من قبل الطرفين، كما يمكن أن تكون الكتابة بخط من وقعها، إضافة إلى ذلك لا يشترط كتابة المبالغ بالحروف فالأرقام كافية، وذلك ما يميز المحرر العرفي عن المحرر الرسمي من عدم وجوب الشكلية لتحريره[16].

- **التوقيع:**

التوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر العرفي لأنه هو أساس إنساب المحرر إلى الموقع، فالتوقيع على المحرر يتضمن قبول المضمون بها واعتماد محتواها كدليل إثبات، فبدون توقيع لا تكون للسند أي حجية في الإثبات، ويجب أن يتم التوقيع بيد من نسب إليها وأن يكون محددا لشخصيته، كما قد يكون التوقيع بإمضاء الشخص نفسه أو ببصمة الأصبع أو الختم[17].

ثالثا:الإثبات الإلكتروني للعقود التجارية

إن ما شهدته الحقبة الأخيرة من الزمن من تطور علمي وتكنولوجي ودخول الحاسب الآلي إلى الحياة اليومية، أصبح استخدام المحررات التقليدية في التعاملات يتراجع ليحل محله المستخرجات الجديدة للحاسب الآلي، وإزاء هذا التطور كان من الضروري الوقوف على كيفية إثبات التصرفات التي تتم إلكترونيا ومعرفة مدى حجية هذه الوسائل في الإثبات.

1- تعريف السندات الإلكترونية

حسب ما ورد في نص المادة 323 مكرر ق.م، والمادة 323 مكرر 1 من نفس القانون فالسند الإلكتروني هو كل رسالة أو بيانات تتضمن معلومات تنشأ وتدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة[18].

16- محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص.154.

17- محمد حسن منصوري، مرجع سابق، ص ص. 79، 80.

18- محمد فواز مطلقة، الوجيز في العقود التجارة الإليكترونية، دار النشر و التوزيع، 2008، ص. 202 .

فالبيانات الإلكترونية تثبت على دعائم إلكترونية غير ورقية ذات خواص محدد، كالأقراص الممغنطة وذاكرة الحاسوب الآلي، كما قد تكون مثبتة على دعامة غير مادية من خلال شبكة الإنترنيت بما في ذلك البريد الإلكتروني، فالمحررات الإلكترونية تشمل أيضا السجل الإلكترونى وهو عبارة عن البيانات التي تنشأ أو ترسل أو تستلم أو تثبت أو تحفظ بوسيلة الكترونية وتكون قابلة للإسترجاع أو الحصول على شكل يمكن فهمها[19].

2- شروط الإثبات الإلكتروني للعقود التجارية

لقد تناول المشرع الجزائري المحرر الإلكتروني في المادة 323 مكرر 1 ق.م[20] وباستقراء هذه المادة فإننا نجد أن المشرع حصر الشروط التي يجب توافرها كدليل إثبات كامل في ثلاثة شروط[21] وهي:

- **أن تكون هناك كتابة ذات معنى:** تنص المادة 323 مكرر ق.م ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معني مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها، ولا يكفي أن تكون الكتابة فقط بل لا بد أن تكون هذه الكتابة ذات معني مفهوم و شرط مألوف أما ما يتعلق بالكتابة في الشكل الإليكتروني فالأمر مختلف كون الدعامة التي تحمل هي دعامة غير مادية والتدوين عليها يخضع لقواعد خاصة.

وما يستلزم أن تكون ذات معنى ولو بعد ترجمتها كتابيا أو ظهورها على شاشة الحاسوب، أو طباعة هذه المحررات في أقراص ممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات، كما يجب أن يكون

19- بدر بن عبد الله الجعفري، "الاثبات الالكتروني في المنازعات التجارية"، من أعمال الملتقى العدلي حول وسائل الاثبات الذي تظمنته الغرفة التجارية والصناعية، 2013، ص.31. site: http//www.hcci.org.sa

20- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

21- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2009 د.م، ص.79.

المحرر الإلكتروني منصبا على الحق المراد إثباته وما هذا الأمر إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات[22].

- **إمكانية التأكد ومعرفة الشخص الذي أصدرها**

إن إنساب المحرر لشخص معين لا يكون إلا بالتوقيع الإكتروني، فالمشرع الجزائري لم يحصر هذه المسألة في طريقة واحدة بل جعلها عامة تتسع إلى كل اكتشاف علمي، يمكن أن يظهر في المستقبل شأنها شأن الكتابة الإلكترونية،[23] وهذا ما جاء في نص المادة 327 ق.م فقرتها الأخيرة[24] فمن أشهر صور التوقيع الإلكتروني: التوقيع الرقمي، التوقيع بالرقم السري، التوقيع بإستخدام الخواص الذاتية، التوقيع بالقلم الإلكتروني[25].

- **حفظ المحرر الإلكتروني بطريقة تضمن سلامتها**

حسب نص المادة 323 مكرر1 ق.م فإنه بالنسبة للمحررات في الشكل الإلكتروني يجب حفظها بطريقة تضمن سلامتها وتتماشى وطبيعتها الإلكترونية، أما طريقة حفظها فيتم عن طريق إدخال المعلومات أو بنود الإتفاق بين الطرفين وتخزينها، تتم بوسائل علمية معدة خصيصا لذلك مثل الأقراص المرنة، قرص الصلب، الشريط المغناطيسى[26].

22- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص. 81.
23- محمد فواز مطلقة، مرجع سابق، ص. 206.
24- أنظر المادة 327 من الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.
25 - يشروف كوثر، بوشلاغم إيمان، التوقيع الالكتروني، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، 2013،2014، ص ص. 12،13.
26 - بدر بن عبد الله الجعفري، مرجع سابق، ص. 32 .

الفرع الثاني

إثبات العقود التجاربة بدفاتر طرفي العقد.

يستند مبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية إلى ما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل، فضلا عما تقوم عليه من ثقة متبادلة بين التجار ولتيسير الاثبات فرض المشرع مسك دفاتر تجارية تُقيد فيها جميع العمليات التي يقوم بها[27].

اولا : تعريف الدفاتر التجارية وأنواعها :

تعتبر الدفاتر التجارية تلك الأوراق المهنية التي يلتزم التاجر بمسكها وهو إلتزام مهني محض والغرض منه مراعاة مصلحة التاجر[28]. وبذلك يكون المشرع قد ألزم التاجر بمسك نوعين من الدفاتر وهي: دفتر اليومية ودفتر الجرد[29] فهي تسمي بالدفاتر الإجبارية، أما غيرها من الدفاتر فتكون إختيارية للتاجر في مسكها من عدمها وهي متنوعة لا يمكن حصرها ولكن نكتفي بذكر أهمها وأكثرها شيوعا في الإستعمال وهي دفتر المسودة، دفتر المخزن، دفتر الصندوق، دفتر الأوراق التجارية[30].

27- لشهب حورية، مرجع سابق، ص.229.

28- محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص. 112.

29-ALFRD Jauffret, Manuel de Droit Commercial, 3eme éd, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris , 1970, P404.

30- أكرم يا ملكي، القانون التجاري: ج1، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص ص. 130، 131.

ثانيا : تنظيم الدفاتر التجارية

إن مسك الدفاتر التجارية يخضع لقواعد خاصة تهدف إلى صحة البيانات المثبتة فيها بقدر الإمكان عن طريق منع التلاعب فيها لما لهذه الدفاتر من أهمية سواء كانت للإثبات أو لبيان المركز المالي للتاجر[31].

وقد نصت المادتان 11، 12 من ق.ت على قاعدة تنظيم الدفاتر التجارية الإجبارية دون الإختيارية، فالمادة 11 من نفس القانون أوجبت أن تدون البيانات في الدفاتر حسب تاريخ وقوعها، دون ترك بياض أو فراغ ولا نقل إلى الهامش، إضافة إلى تقديمها إلى القاضي لترقيم كل صفحة من الصفحات وأن يوقع عليها[32]، أما بالنسبة لحفظ الدفاتر التجارية فقد أوجبت نص المادة 12 من نفس القانون على التاجر أن يحفظها بعد إختتامها مدة 10 سنوات كما أوجبت عليه ترتيب المراسلات ونسخ الرسالات الموجهة طيلة المدة المذكورة[33].

الأصل، تعتبر دفاتر التاجر حجة عليه منتظمة كانت أو غير منتظمة، لأنها بمثابة إقرار صادر منه ويتفرع على ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرارات، ولا سيما قاعدة إمتناع تجزئة الإقرار متى كانت دفاتر التاجر منتظمة، أما إذا كانت غير منتظمة فللقاضي أن يقدر مضمونها دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار[34].

31- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري: ج1، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، الأردن، 2008، ص.143.

32- تنص المادة 11 من قانون التجاري الجزائري على أنه « يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ و بدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان، أو نقل إلى الهامش

وترقم صفحات كل من الدفترين و يوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الاجراء المعتاد ».

33- تنص المادة 12 من القانون التجاري الجزائري على أنه «يجب أن تحفظ الدفاتر و المستندات المشار اليها في المادتين 9 و 10 لمدة عشر سنوات. كما يجب أن ترتب و تحفظ المراسلات الواردة و نسخ الرسالات الموجهة طيلة نفس المدة ».

34- محمد السيد الفقي، نظرية الأعمال التجارية و التاجر، ج1، منشورات الحلبي، د.م، 2005، ص. 189.

المطلب الثاني

طرق الإثبات ذات القيمة النسبية

لقد إعتبر المشرع الجزائري كل من الرسائل والشهادة والقرائن واليمين وغيرها من الأدلة المحدودة في إثبات العقود التجارية، لأنها لا تقبل إثبات جميع تصرفات القانونية التجارية إلا في حالات حددها المشرع، فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص، وهذه الأدلة يغلب عليها أن لا تكون موقعة ورغم ذلك فإن القانون يمنحها القوة في الإثبات بحسب ما يتوفر فيها من عناصر الإثبات[35].

الفرع الأول

إثبات العقود التجارية بالمراسلات والفاتورة

أقر المشرع الجزائري لكل من المراسلات والفاتورة حجية في إثبات العقود التجارية ولكن بتوفر مجموعة من الشروط لكل منها.

أولا : إثبات العقود التجارية بالمراسلات

إن القانون الجزائري لم يعطي تعريفا قانونيا للرسائل، إلا أنه يمكن تعريفها على أنها كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخص أو أكثر لغرض من الأغراض، وتعود أهمية هذه الرسائل إلى كثير من العقود والصفقات التي تبرم بواسطة المراسلات العادية، كما أنها تعتبر أداة إتصال بين الإرادات[36].

35- محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص ص. 109،110.

36- إسقونن أحمد، ميزي سارة، حجية الكتابة في الإثبات، مذكرة الماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 59.

ولقد جاء نص 367 من التقنين المدني المصري ليؤكد قوة هذه الرسائل من حيث الإثبات بخلاف التقنين الفرنسي الذي لم يوجد نص مقابل، ولكي يكون لها حجية يجب أن تكون موقعة من محررها أو مرسلها، متى إستوفت شروط جوهرية وهو القصد من إعدادها للإثبات مقدما[37]، ويقابل النص المصري المادة 329 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن الرسائل الموقعة لها قيمة الأوراق العرفيه من حيث الإثبات، ويعود الحق في إستعمال الرسائل للإثبات للمرسل إليه، فله ولورثته الحق في إستخلاص الدليل لصالحه متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك، بشرط أن لا يكون هناك إنتهاك للحرمة السرية، ويشترط لجواز التمسك بالرسائل أن لا تضمن أسرار عائلية أو مهنية يمنع القانون إفشائها، كما يضاف شرط أخر يجب توفره وهو أن لا يكون حائزها قد تحصل عليها بقصد إحتيال أو تدليس أو عنف،[38] ويستطيع الغير أن يستند إلى الرسالة متى كان تاريخها ثابتا لإثبات حقه، وهذا ما نصت عليه المادة 328 من ق.م.

أما بالنسبة للبرقيات كما تسمي أيضا بالتلغراف، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، وهي تختلف عن الرسالة في كونها عبارة عن ترجمة لما كتبه المرسل إلى مصطلحات تلغرافية في مكتب المصدر ثم تتم كذلك ترجمته إلى ألفاظ عادية في مكتب المورد، ومن الجائز حصول خطأ في التلغراف عند الترجمة أو عند تبليغ المصطلحات التلغرافية خصوصا إذا مرت البرقية على أكثر من مكتب، لذلك يجب الرجوع دائما إلى الأصل مادام موجودا[39].

لقد نصت المادة 329 ق.م.ج بصريح العبارة على الإعتداد بالبرقية في الإثبات[40]، إذ نلاحظ من خلال نص المادة أنه حتى تحوز البرقية على قوة السند العادي، يجب أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وأن يظل هذا الأصل محفوظا في مكتب البريد، وبخلاف هذا تفقد البرقية قوتها فلا يعتد بها إلا على سبيل الإستئناس إذ أن صورة البرقية

37- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 153.

38- حسام الدين كامل الأهواني، الحق في إحترام الحياة الخاصة: الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، قاهرة، د.س، ص. 325.

39- إسقونن أحمد، ميزي سارة، مرجع سابق، ص. 62 .

40- انظر المادة 329 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

المطابقة للأصل تعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بحيث يمكن الإدعاء بأنها غير مطابقة للأصل فيطلب من المصلحة المختصة إبراز الأصل لإجراء المطابقة بينهما[41].

ثانيا: إثبات العقود التجارية بالفاتورة

تعتبر الفاتورة وثيقة قانونية محاسبية يعدها البائع أي المورد يأمر فيها المشتري أي الزبون بتسديد السلع المباعة له أو قيمة الخدمات المؤداة له.

ومن خلال هذا التعريف نستنبط مجموعة من الشروط الواجب توفرها لكي تكون الفاتورة صحيحة ومعدة للإثبات العقود التجارية وأداة اثبات ذات القيمة النسبية، والمتمثلة في:

- **الفاتورة وثيقة قانونية:** تعتبر الفاتورة وثيقة قانونية يتم بها إثبات تفاصيل عملية البيع وشروطه التي تذكر عادة بتفاصيل على الفاتورة ويلزم القانون البائع بإعدادها وتسليمها للمشترى بمجرد إجراء عملية البيع، وعليه فكل عملية بيع يجب أن تتبع بإعداد فاتورة خاصة بها، فنظرا للأهمية القانونية للفاتورة، يجب أن يتم تحريرها بعناية بحيث تكون واضح ولا تحتوى على أي شطب أو حشو.
- **الفاتورة وثيقة محاسبية:** تعتبر الفاتورة وثيقة ثبوتية يعتمد عليها عند تسجيل المحاسبي لعملية البيع سواء كان ذلك في دفتر البائع (المورد) أو في دفتر المشترى (الزبون)

الفرع الثاني

البينة و الوسائل الأخرى في إثبات العقود التجارية

لقد إعتبر المشرع الجزائري كل من البينة والوسائل الأخرى في إثبات العقود التجارية من الأدلة المحدودة والمعدة للإثبات، لأنها لا تقبل إثبات جميع التصرفات القانونية التجارية إلا في حالات حددها المشرع، وكذلك بالنسبة للأدلة المكملة فهي تعمل على تكملة الأدلة الموجودة .

41- إسقونن أحمد، ميزي سارة، المرجع السابق، ص.62.

أولا :إثبات العقود التجارية بالبينة

لقد تم النص عليها في القانون المدني الجزائري تحت عنوان الإثبات بالبينة، وبعدها تَّم تعديلها بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بالإثبات بالشهود. وذلك في المواد 333 إلى 336 من نفس القانون إذ إعتبرها المشرع الجزائري من طرق الإثبات ذات القيمة المحدودة أو النسبية، فيتضح من خلال نص المادة 333 ق.م.ج[42] أن المشرع الجزائري أجاز الإثبات في المواد التجارية بكل الطرق ذلك بالقول "...في غير المواد التجارية..." أي القانون إستثنى في المواد التجارية من وجوب إثبات بالكتابة، ومن ثم يكون قد أجاز الإثبات في المعاملات التجارية بشهادة الشهود[43].

1- تعريف شهادة الشهود

يقصد بشهادة الشهود قيام شخص من غير الخصوم بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه بشأن الواقعة المتنازع عليها عن صدور واقعة من عدمها ويُترتب عنها حق لغيره. فللشهادة صورتين: مباشرة حيث يقرر فيها الشاهد بما وقع تحت بصره أو مسمعه مباشرة كمن يشهد واقعة من الوقائع، فيدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي مكتوب هذا ما نصت عليه المادة 158 من ق.إ.م.إ[44]، كما قد تكون الشهادة غير مباشرة: حيث يشهد الشاهد بما سمع رواية عن غيره فيدلي بما أخبره به شخص أخر عن الواقعة محل النزاع، ولا شك أن قيمة الشهادة السماعية في الإثبات أقل من الشهادة الأصلية وللمحكمة أن تقدر قيمتها في الإثبات[45] .

42- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

43- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود: وفق أحكام الشريعة و القانون و ما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 77.

44- أمر 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

45- دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص ص. 46، 47.

2- شروط الشهادة

لأداء الشهادة يشترط مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالشاهد ومنها ما يتعلق بموضوع الشهادة .

- **الشروط الخاصة بالشاهد**

لقد نصت على هذه الشروط أحكام المادة 153 من ق.إ.م.إ.[46] فمن خلالها يتضح لنا مجموعة من الشروط الواجب توفرها لإعتبار أن الشهادة التي شهد بها صحيحة، وتتمثل الشروط فيما يلي :

- أن يكون الشاهد كامل الأهلية حسب نص المادة 40 و42 ق.م.ج كما يمكن الأخذ بشهادة المميز لكنها تكون على سبيل الاستدلال فقط[47].
- أن لا يكون الشاهد ممنوع قانونا من تأدية الشهادة
- أن لا يكون محكوم عليه بعقوبة جنائية أو قد سبق الحكم عليه بجريمة شهادة الزور.
- أن لا تكون هناك رابطة القرابة أو المصاهرة و ذلك حسب نص المادة 64 ق.إ.م.إ.

- **الشروط التي تتعلق بموضوع الشهادة**

- يجب أن يكون موضوع الشهادة واقعة قانونية.
- يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بالشهادة متعلقة بموضوع الدعوى وأن تكون منتجة فيها.
- أن تكون موضوع الدعوى واقعة متنازع عليها.
- يجب علم الشاهد بموضوع الواقعة التي يشهد بها علما شخصيا.
- يجب أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون اثباته بالشهادة [48].

46- أمر رقم 09-08 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
47-أحمد نشأت، المرجع السابق، ص.549.
48- بوشامة هاجر، حميد حنان، آليات الاثبات في التشريع المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2013 - 2014، ص. 31.

ثانيا : الوسائل الأخرى المعدة للإثبات

تعتبر كل من الإقرار واليمين والقرائن وكذا الخبرة والمعاينة من الأدلة الغير مكتوبة التي إعتبرها المشرع الجزائري ذات فعالية محدودة في الإثبات فهي لا تصلح إلا لإثبات الأعمال المادية أما التصرفات القانونية لا تثبت بها إلا في حدود معينة أو ظروف إستثنائية.

1 – الإقرار في إثبات العقود التجارية:

الإقرار هو إعتراف الخصم بواقعة معينة يستفيد منها خصمه وتعفيه من عبء الإثبات ليكون بذلك تنازل من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه .

أ – تعريف الاقرار

الإقرار هو إعتراف من الشخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني معين في مواجهته ويتمثل غالبا في التسليم بما يدعيه الخصم، فالإقرار يتم بإرادة منفردة للمقر، وأن يصدر عن إرادة جادة تفيد ثبوت هذا الحق على سبيل الحزم واليقين.

ب – أنواع الإقرار:

الإقرار نوعان إقرار قضائي وإقرار غير قضائي

- **الإقرار القضائي:** هو الذي يقع أثناء الخصومة ويتوقف عليه حل النزاعات حلا جزئيا أو كليا، فهو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى طبقا لأحكام نص المادة 341 ق.م.ج .

إن الإقرار بوجه عام هو إعتراف الشخص لواقعة من شأنها أن تنتج أثار قانونية حيث تصبح في غير حاجة إلى الوسائل الأخر للاثبات ويكون الاعتراف خلال السير في الدعوى أمام محكمة قضائية سواء كانت مدنية أو تجارية.

- **الإقرار الغير قضائي:** هو الإعتراف الذي يصدر خارج المجلس القضائي أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار وذلك كالإقرار الذي يصدر أمام جهة إدارية أو بصدد نزاع أخر غير المعروض[49].

ج- شروط الاقرار لإثبات العقود التجارية

عرفت المادة 341 ق.م.ج الإقرار القضائي على أنه إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة[50] من خلال هذا يتبين أنه يجب أن تتوفر في الإقرار القضائي ثلاث شروط والمتمثلة في :

- **صدور الإقرار من الخصم:** لكي يكون الإقرار صحيحا يجب صدوره من الخصم في الدعوى وهذا الشرط بديهي، ويستوي صدور الإقرار من الخصم شخصيا أو ممن ينوب عنه ويكون له حق الاقرار وذلك بإذن من المحكمة.
- **صدور الإقرار أمام القضاء:** أي يعني أمام المحكمة سواء كانت مدنية أو تجارية يستوي صدوره أمام القضاء العادي أو أمام جهة قضائية إستثنائية، ويجب أن يكون الإقرار داخلا في إجراءات الدعوى بطريقة يصبح جزء منها ولو لم يسمع القاضي الاقرار بنفسه مباشرة .
- **صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى** : ومقتضى هذا الركن أن الإقرار يصدر خلال إجراءات الدعوى التي يكون فيها الاقرار دليل إثبات، فيصح أن يكون في صحيفة الدعوى ذاتها أو المذكرات التي يرد بها على الدعوى أو أثناء المرافعة أو خلال الإستجواب الذي تجريه المحكمة [51].

2- اليمين القضائية في إثبات العقود التجارية :

إشهاد الله على صحة ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الأخر ويمكن تأدية اليمين بأن يقول الحالف «أقسم» ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ولما كانت اليمين

49- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 219.
50- أمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.
51- بوشامة هاجر، حميدي حنان، مرجع سابق، ص ص. 54، 55.

تحمل الطابع الديني أنه يجوز لمن يحلفها أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك، واليمين إما تكون قضائية تؤدي أمام القضاء وإما غير قضائية تؤدي أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء كالوزراء والقضاة، تنقسم اليمين إلى نوعين[52]:

أ- **اليمين الحاسمة:** تستعمل عندما لا يمكن للخصم الحصول على الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه ما يدعيه لا يبقي أمامه إلا طريق واحد يلجا إليه وهو أن يحتكم ضمير هذا الخصم، فيوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم يطلب اليه حلفها لحسم النزاع ولا يملك من وجهت اليه اليمين إلا أن يقبل لهذا الاحتكام.

نظم المشرع الجزائري هذه اليمين في المواد 343 إلى347 ق.م.ج لم يعطي تعريفا لهذه اليمين، بل اكتفت بتحديد شروطها والمتمثلة في:

يشترط في موجه اليمين الحاسمة ان يكون طرفا في الخصومة القضائية هذا ما نصت عليه المادة 343 ق.م.ج[53] « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر غير أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا».

كما يشترط أن تتوفر في موضوع اليمين الحاسمة عدة شروط حتي يجوز توجيهها أو ردها فموضوعها واقعة قانونية يدعي بها أحد الخصوم وينكرها الآخر لذلك فهي لا ترد على المسألة من مسائل القانون لأن هذه مهمة القاضي ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام والأداب العامة كدين قمار[54].

ب - اليمين المتممة

هي من يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين، عندما يرى أن أحد الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ليتمم الدليل باليمين، وقد جعل القانون للقاضي هنا دورا إيجابيا في

52- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 25.
53- أمر رقم 75-85 متضمن القانون المدني، مرجع سابق.
54- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق، ص ص. 26، 27.

حالة ما إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا فيرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يمينا يتمم بها أدلته الغير الكافية وهذا حسب نص المادة 348 ق م[55]. ومن شروط اليمين المتممة:

- أن لا يكون في الدعوى دليلا كاملا.
- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

وإذا توفرت هذه الشروط فللقاضي أن يوجه اليمين المتممة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى يصدر حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه ويجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف[56].

3- القرائن كوسيلة لإثبات العقود التجارية

القرينة هي إستنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة، أي أنه يتم الإستناد إلى أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، فالقرينة وسيلة إثبات غير مباشرة حيث لا يقع الإثبات فيها على واقعة ذاتها مصدر الحق بل على واقعة أخرى يؤدي ثبوتها إلى إستنتاج ثبوت الواقعة المراد إثباتها، فالخصم لا يثبت الواقعة ذاتها مصدر الحق المطالب به وإنما يثبت واقعة أخرى منها الواقعة المراد إثباتها[57].

وتنقسم القرائن إلى نوعين: قرائن قضائية وقرائن قانونية

القرائن القضائية: وهو ما يستنبطه قاضي الموضوع في الدعوى المعروضة عليه ويعتبر استنتاجات فردية، فهي تلك التي لم ينص عليها في القانون وأمكن القاضي من أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة.

55- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.
56- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق، ص 28 .
57- علي البدر أحمد الشرقاوي، الاثبات بالقرائن، مجلة الدراسات القانونية كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد الثامن، 1986، ص. 270.

القرائن القانونية: هي التي يقوم المشرع باستنباطها بنفسه، فيقوم بالإستنتاج من واقعة معلومة الدلالة على أن مجهول يراد إثباته، فيقرر أنه ما دامت هناك واقعة قد ثبتت، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوت الواقعة الأولى[58].

4- أدلة الإثبات المكملة:

تعتبر كل من الخبرة والمعاينة من ضمن وسائل الإثبات المكملة التى يعتمد عليها القاضي، لأنها لا تكفي لوحدها للإلمام بجميع حيثيات الوقائع ومسبباتها، هذا ما يستدعي اللجوء إلى الخبرة والمعاينة كوسيلتين للإثبات.

أ- المعاينة :

يقصد به مشاهدة المحكمة للشيء محل النزاع لتتبين بنفسها حقيقة الأمر، ويتطلب ذلك إنتقال المحكمة لمعاينة الأمر المتنازع عليه، إذ تتم المعاينة عن طريق رؤية المحكمة لموضوع النزاع سواء تعلق الأمر بأشياء أو أشخاص أو أماكن وهذا يتسع لكل ما يقع عليه النزاع وتكون معاينته مجدية سواء أكان عقارا أو منقولا، حيث يتم ذلك في مقر المحكمة إذا أمكن نقل الشيء محل المعاينة وقد تنتقل المحكمة إلى المكان الموجود فيه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب أحد الخصوم أن تقرر الإنتقال لمعاينة الأمر المتنازع فيه وأن تندب أحد قضاتها، لذلك فإن إنتقال المحكمة للمعاينة من الرخص القانونية له، ويمكن طلب المعاينة في أي مرحلة من مراحل الدعوى عندما يبلغ الخصوم ويأمر القاضي بإفتتاح الجلسة بعد تنفيذ المعاينة لكي يتسنى للأطراف مناقشة نتيجة المعاينة تحقيقا لمبدأ المواجهة، وما يثبت من تقرير إجراء المعاينة يثبت منها دليلا في الدعوى، وللقاضي الموضوع الأخذ بها أو تركها [59].

58- أحمد حسن منصور، مرجع سابق، ص. 162.
59- نبيل براهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، 2008، ص. 205.

ب - الخبرة

هو إجراء يعهد به القاضى إلى شخص مختص في مسألة ذات طابع فني من مسائل الطب أو الهندسة أو الزراعة، ويسمى بالخبير ويقوم بمهمة تتعلق بوقائع مادية يستلزم بحثها أو تقريرها من طرف شخص مختص، لذلك أجاز القانون للقاضي الإستعانة بأهل الخبرة للإسترشاد برأيهم وتقتصر الخبرة على المسائل القانونية، أي القاضي له حرية ندب خبير دون التنازل عن صلاحياته المخولة قانونا وهذا حسب المادة 126 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه «يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة»

من خلال هذا التعريف نرى هناك عدة عناصر أساسية ومفترضة في الخبرة كافتراض وجود نزاع يتضمن صعوبات فنية وعلمية وهذه الصعوبات تجاوز معرفة القاضي وثقافته العامة، وتصدر الخبرة بحكم من القاضي فتكون خبرة قضائية، وقد يستعين بها الخصوم من أنفسهم دون صدور حكم فتكون خبرة ودية، وفي الأخير يقدم الخبير خلاصة أبحاثه في شكل رأي يخضع لتقديم القاضي[60].

كما يتم تعيين خبير وذلك بطلب أصلي أو قد يكون بطلب من المحكمة نفسها، فيقوم القاضي بإصدار حكم الخبرة ويجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراءات خبرة[61]، وهذا حسب نص المادة 128 ق.إ.م.إ[62].

بعد قيام المحكمة بتعيين الخبير وشرح له المهمة الموكلة إليه، يقوم الخبير بإجراء اليمين وبعد ذلك تقوم المحكمة بتسليم الخبير الأوراق والمستندات صورا عنها لقيامه بتنفيذ مهمته له كذلك المطالبة من الخصوم والغير تقديم له هذه المستندات لتسهيل مهمته[63]، ثم يقدم الخبير تقريره

60- علي الشيحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، رسالة دكتوراه في قانون المرافعات، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د.س، ص. 7.
61- محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.61 .
62- أمر رقم 08-09 يتضمن القانون الاجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق .
63- محمود توفيق إسكندر، مرجع سابق، ص. 62.

الخاص إلى قلم المحكمة في الموعد المحدد ويجب أن يكون تقريره مشتملا على جميع الأعمال التي قام بها الأشخاص الذين سمعهم، وعلى أقوال الخبراء الآخرين الذين إستعان بهم والمستندات والأوراق التي أطلع عليها ثم يعطي رأيه الذي توصل إليه بكل دقة وتفصيل ويكون التقرير مؤرخ وموقع من طرف الخبير[64].

المبحث الثاني

السلطة القاضي في موازنة أدلة إثبات العقود التجارية

المقصود بحرية الإثبات هو إمكانية الأطراف اللجوء في إثبات الإلتزام التجاري إلى إستعمال كل وسائل الإثبات من شهادة الشهود أو القرائن أو غيرها من طرق الإثبات، فمتى كنا بصدد حالة لم يشترط المشرع التجاري إثباتها بالكتابة - كما هو الحال بالنسبة لعقد الشركة، المحل التجاري، وغيرها كما سيتم معالجته لاحقا - تساوت طرق الإثبات جميعا أمام القاضي أصبح الأمر متروكا لتقديره[65].

لذا سنحاول دراسة كل من دور القاضي في تقدير أدلة إثبات العقود التجارية (مطلب الأول)، ومدى تعلق إثبات العقود التجارية بالنظام العام أمام القضاء (مطلب الثاني)

المطلب الأول

دور القاضي في تقدير أدلة إثبات العقود التجارية

إن القانون لم يحدد طرقا معينة لإثبات العقود التجارية يلتزم بها الخصوم أو القاضي وإنما يكون للخصوم حرية في إختيار الأدلة التى يرونها مناسبة لإقناع القاضي، كما تكون لهذا الأخير أيضا حرية في تكوين عقيدته في أي دليل يقدم إليه

64- سيد أحمد محمود، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية و التجارية، قاهرة، 2007، ص ص. 196، 197.

65- عصام حنفي محمود، القانون التجاري: ج 1، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، الشركات التجارية، شركات الأشخاص، د.م، د.س، ص. 39.

الفرع الأول

حجية ودور القاضي في تقدير أدلة الاثبات ذات القيمة المطلقة

تظهر حجية أدلة الإثبات في المجال النظري حيث حدد المشرع الجزائري حجية كل دليل بنص قانوني، أما الفعالية فتظهر في المجال العلمي وما للقاضي من سلطة تقديرية في الإعتماد على هذه الأدلة في إصدار حكمه.

أولا: حجية أدلة الإثبات ذات القيمة المطلقة

نظم المشرع أحكام تتعلق بحجية المحررات الرسمية، يتعلق أولها بالحجية بالنسبة للأشخاص بحيث يعتبر المحرر حجة على الكافة وكذا بالنسبة للغير. أما النطاق الثاني يتعلق بالبيانات، فالمحرر حجة بالنسبة للأمور التي دونها الموظف بنفسه أو موقعة من ذوي الشأن في حضوره ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، ومن أمثلة هذه البيانات تاريخ المحرر، توقيع الموثق، وتوقيع ذوي الشأن والشهود حيث يكون الموظف قد إستوثق بنفسه هذه البيانات، أما الأمور التي دونها الموظف بعد أن تلقاها من ذوي الشأن تبعا لإقراراتهم، فقط فتكون لها حجية عادية. أما النطاق الثالث يتمثل في حجية صور المحرر الرسمي، فالمشرع تناول حالتين وهما: حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجود فتكون لها صفة الرسمية بشرط وجود الأصل للرجوع إليه عند الحاجة، بحيث تتقرر للصورة الرسمية حجية المحرر الأصلي في حدود البيانات التي تتطابق فيها مع الأصل ويستوي في ذلك أن تكون الصورة خطية او فوتوغرافية ويفترض مطابقة الأصل للصورة، وفي حالة عدم وجود الأصل فحجية الصورة الرسمية الأصلية تتحدد كما يلي: تثبت الحجية للصورة الرسمية الأصلية المنقولة من الأصل مباشرة، تتقرر الحجية للصورة الرسمية الثانية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية، ويجوز لأي من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة

الرسمية التي أخذت عنها، أما الصورة الرسمية الثالثة أي المأخوذة من الصورة الرسمية الثانية فيعتد بها على سبيل الإستئناس[66].

أما في حجية المحرر العرفي سوف نتعرض لهذه المسائل:

- حجية المحرر العرفي من حيث المصدر لها حجة على من صدرت منه، وهو الشخص الذي تحمل توقيعه، ويستوي أن يكون الإقرار صريحا أو ضمنيا .
- حجية المحرر العرفي من حيث المضمون إذا ثبتت نسبة المحرر العرفي إلى موقعه سواء ثبت ذلك بإعتراف الموقع أو بإثبات هذا من جانب المتمسك بالورقة بعد إنكارها، كان للمحرر حجة من ناحيتين: حجة بسلامته المادية، وحجة بما ورد فيه إلى أن يثبت العكس.
- حجية المحرر بالنسبة للغير، لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا إذا كان ثابتا حسب نص المادة 328 ق.م [67].
- وكذلك بالنسبة لحجية صور الكتابة العرفية فلا حجية لها ولا قيمة لها إذ أنها لا تحمل توقيع من صدرت عنه إذ أنها لا تحمل توقيع من صدرت عنه ولا قيمة لها في الإثبات.

أما بالنسبة لدفاتر التاجر فتظهر حجيتها في وجوب مراعاة إجراءات معينة في إستعمالها وتنظيمها حتى تكون لها حجية في الإثبات، فقد تكون حجة للتاجر في مواجهة خصمه التاجر وفي مسألة تجارية، مع أن القاعدة العامة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة فأجاز لتاجر أن يحتج بدفاتره، وقد تكون حجة عليه لأنها بمثابة إقرار صادر منه يتم تحريرها تحت إشرافه بصرف النظر عما إذا كان خصمه تاجر أو غير تاجر سواء نزاع مدني أو تجاري[68].

66- قدري عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات مناطه و ضوابطه، منشأة توزيع المعارف الإسكندرية، 2002، ص. 135.

67- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق، ص.13.

68- جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسي حمود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، 2009، ص.137.

ثانيا: دور القاضي في تقدير أدلة الإثبات ذات القيمة المطلقة

يظهر في الدليل الكتابي وإن كانت له فعالية مطلقة في الإثبات إلا أن هذه الفعالية تختلف بحسب نوع الدليل، فقد تبلغ حدها الأقصى في السندات العرفية المعدة للإثبات وتتراوح بين قيمة السند العرفي من جهة ودليل إستئناس من جهة أخرى في كتابة الغير المعدة للإبثات بالإضافة إلى أن الكتابات الإلكترونية تخضع لنفس القوة، إذا توفرت فيها على شروطها حسب ما سبق تبيانه.

وبإختلاف فعالية الدليل الكتابي من السند الرسمي إلى العرفي إلى الإلكتروني، يجعل سلطة القاضي في تقدير كل دليل من هذه الأدلة تختلف وتضيق وتتسع حسب قوة وضعف الدليل من حيث حجيته وهذا ما يتضح في أن الدليل الكتابي لا مجال فيه بصورة عامة لإعمال سلطة القاضي التقديرية فيه بتوافر شروط معينة، بهذا نعود إلى قاعدة الأصل في الإثبات هو الكتابة وتنتهي إلى الإستثناءات الواردة، وتظهر في عدة حالات منها سلطة القاضي في تقدير ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي[69]، لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف عن مئة ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه عقد رسمي حسب نص المادة 333 ق.م[70] وكذلك ما أقرته المحكمة العليا في قرار 84034 بتاريخ 7 جويلية 1992[71]، فمن من خلال ما سبق يتبين لنا أنه يمنع اللجوء إلى شهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يخالف ما جاء في العقد المكتوب لأنه من غير المنطقي أن يشترط القانون إقامة الدليل الكتابي بالنسبة لتصرفات معينة ثم يسمح بعد ذلك بنقض ما ورد فيه بطريق البينة أو القرائن ذلك لأن الكتابة صادرة من إرادة المتعاقدين، وبما أن إقتناع القاضي ضروري دائما لتقدير وجود الدليل ذاته وإستخلاص مضمونه فإن القاضي يتولى تقدير كل شرط من شروط هذه القاعدة. أما عن سلطة القاضي في تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة فنصت المادة 335 ق.م.ج «يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي عليه قريب الإحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة» من خلال هذا

69- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق، ص. 19.
70- أمررقم 58/75 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.
71- قرار المحكمة العليا رقم 84034 المؤرخ بتاريخ 07 جويلية 1992 ، م.ق، العدد الثالث 1993.ص.164.

النص فإنه يجوز للخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب أن يقدم مبدأ ثبوت الكتابة هذا ما قضت به المحكمة في قرار رقم 62268 بتاريخ 15/ 1990/07[72].

كما تظهر سلطة القاضي في تقدير المانع من الحصول على الدليل الكتابي فمن خلال المادة 336 ق.م.ج[73] التي تنص على جواز الإثبات بشهادة الشهود، فيما كان يجب إثباته بالكتابة وذلك في حالة وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي وفي حالة فقدان سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته .

كما للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند فحص دفاتر التاجر، فيستطيع الإستناد عليها ويقضي أنها صحيحة إذا كانت منتظمة ويرفضها إذا كانت ليس لها قيمة في الإثبات، ومن أهم ما يمكن ملاحظته في حجية الدفاتر التجارية أنه لا يجوز لمن يستخلص منها دليلا لنفسه أو يجزئها ويستبعد ما ليس لمصلحته أو يخدمه في دعواه فالقاضي له السلطة التقديرية حين تقديم الدفاتر التجارية بالأخذ بكل ما فيها حسب تقديره وحسب تحكمه في وقائع الدعوى بشرط ألا يأخذ شيء ويترك شيء يناقضه أو ينافيه في ذات الدفاتر التجارية .

الفرع الثاني

حجية ودور القاضي في تقدير أدلة الاثبات ذات القيمة النسبية

إن القاضي في تقديره لأدلة الإثبات ذات القيمة النسبية تكون سلطته محرر بحيث يمكن إعمالها، وهذه الأدلة تكون حجية غير ملزمة للقاضي بحيث له أن يلجأ إلى وسائل الإثبات الأخرى.

72- القرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 62268 المؤرخ بتاريخ 15جويلية 1990 ، م.ق، العدد 3 1991.ص.106.

73- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

أولا: حجية أدلة الإثبات ذات القيمة النسبية

تنحصر هذه الأدلة في شهادة الشهود، القرائن، اليمين، الإقرار، الخبرة والمعاينة لذا سنقوم بدراسة حجية كل دليل على حدا، فللشهادة حجة غير قاطعة لأنه ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى، أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، بل لها حجة مقنعة وكذا حجة متعدية أي ما يثبت عن طريقها يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة، وتعتبر أيضا دليل مقيد لا يجوز الإثبات بها إلا في حالات معينة[74].

أما بالنسبة للإقرار فتختلف حجيته بين الإقرار القضائي الذي تحكمه ثلاث قواعد ألا وهي: الإقرار حجة قاطعة على المقر، كما لا يجوز العدول عنه وعدم قابليته للتجزئة، وبين الإقرار الغير القضائي الذي لا تكون له نفس حجية الإقرار القضائي وأنه يخضع لتقدير القاضي الذي يقدر وفقا لظروف الدعوى قوته في الإثبات.

أما اليمين فتختلف بين الحاسمة والمتممة فهذه الأخيرة ليس لها حجية ملزم للقاضي لذلك له سلطة في توجيهها أو عدم توجيهها، أما بالنسبة لليمين الحاسمة ليست لها حجية مطلقة عن الكافة بل حجيتها مقصورة على الخصوم فيها وخلفهم العام وإذا تعدد الخصوم في الدعوى فحجيتها تقتصر على من وجهها ومن وجهت إليه دون غيرهم من الخصوم[75].

إن القرائن القانونية أمر يستنبطه المشرع كما سبق تبيانه وبذلك فهي نصوص ذات حجية ملزم للقاضي وللخصوم فهي تعفي الخصم الذي تقررت لمصلحته من أي طريقة من طرق الإثبات، أما القرائن الغير القضائية فهيمن الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها، فاللقاضي مطلق الحرية في تقديرها وإختيار أي واقعة من الوقائع التي تثبت أمامها.

74- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق،42.

75- جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص. 245.

أما فيما يخص الخبرة فهي تعد من الأدلة التي تخضع للمناقشة، فلا تكسب الخصوم حقا، فيجوز إثبات عكسها لذا فمن المنطقي أن يترك أمر تقديرها للمحكمة، كما تظهر حجية المعاينة في أن كل ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى يوجب عليها أن تقول كلمتها فيها متى، قامت المحكمة بجميع الإجراءات المنصوص عليها في إجراء المعاينة[76].

ثانيا: دور القاضي في تقدير أدلة الإثبات ذات القيمة النسبية

حسب تقسيمنا لأدلة الإثبات فتعتبر كل من شهادة الشهود والقرائن ضمن الطرق ذات القوة النسبية أو المحدودة في الإثبات، فهي تقبل إثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الأخر، كما لا تصلح لإثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن حد معين أو كانت غير محدودة القيمة، إضافة أنها لا تصلح لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة، فمن المقرر قانونا أنه إذا كان الدين ذو طبيعة تجارية يجوز إثباته بكل طرق الإثبات، إما بالبينة، القرائن ...فنص المادة 328 من ق.م بينت أن المشرع أعطى للرسائل نفس قيمة المحرر العرفي في الإثبات، لكن بتوفر شروطها المتمثلة في التوقيع من مرسلها فإذا كانت غير موقعة فلا يكون لها حجية المحرر العرفي ولكن يمكن إعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة[77]، ونفس الأمر فيما يخص البرقية إذا توفرت على الشرطين المنصوص عليهما في المادة 329 من ق.م.ج السالف الذكر، تكتسب البرقية حجية المحرر العرفي ولكنها حجية مرهونة بوجود الأصل في مكتب التصدير وفي حالة إنعدام الأصل فلا يكون للصورة التي لم يثبت مطابقتها للأصل قبل فقده أي حجية قي الإثبات[78]، فللقاضي السلطة في تقدير أدلة الاثبات فله مطلق الخيار بأن يقضي على أساس اليمين التي أدليت أو على أساس عناصر إثبات أخرى قد إجتمعت له قبل حلف هذا اليمين فمبدئيا القاضي غير ملزم برأي الخبير إذ تكون له الحرية التامة في تقدير عمل الخبير الذي ندبه فله وأن يأخذ برأيه إذا تبين له أن الحق في جانب هذا الرأي الذي وصل إليه الخبير كما له أن يأخذ برأي الخبير إذا رأي أن

76- أيوقوت دليلة، ساحلي صونية، مرجع سابق، ص.52.
77- إسقونن أحمد، ميزي سارة، مرجع سابق، ص.61.
78- المرجع نفسه، ص.63.

تقريره يشوبه البطلان أو مخالف للوقائع ذلك أن القاضي هو خبير الخبراء[79]، ولقد تأكد مبدأ حرية القاضي في تقرير الخبرة في نص المادة 144 من ق.إ.م.إ[80] التي تنص:«يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب إستبعاد نتائج الخبرة»

وإن كان القاضي يتمتع بالسلطة تقديرية واسعة في مجال الخبرة إلا أن هناك قيود قد ترد عليها، إذا ما كان المبدأ العام في الخبرة أنها إختيارية تخضع لمطلق سلطة التقديرية للقاضي الذي يستطيع رفض طلب الخصوم باستعانة بالخبرة لأنه هو وحده الذي يقدر ما إذا كان جل النزاع المعروض أمامه يتطلب معرفة فنية متخصصة إلا أن هناك حالات إفترض المشرع بأن الخبرة هي الوسيلة المجدية للفصل في النزاع لذلك نجد القاضي في بعض الحالات يلجأ إلى الخبرة في تقدير الحاجة أو عدم الحاجة إليها[81].

تختلف حالات الخبرة الملزمة من تشريع لأخر وفقا للنهج الذي يتبعه، ففي معظم الدول ماعدا بلجيكا وإيطاليا نجد أن فحص الحالة العقلية لأحد أطراف الخصومة يجب فيها الرجوع للخبير وهناك حالات أخرى نص فيها المشرع الفرنسي والإيطالي والبلجيكي على ضرورة استعانة القاضي بالخبرة[82].

والأمر نفسه بالنسبة للبينة فهي ليست ملزمة للقاضي فقد يأخذ بأقوال الشهود كاملة، وإذا لم يطمئن إليها فهو غير ملزم بإبداء أسباب عدم الإطمئنان وقد يرجح شهادة على أخرى دون تبيان أسباب هذا الترجيح. وكذالك إذا كان قضاة الموضوع لا يملكون سلطة تقدير حجية الاقرار فإن لهم أن يقدروا فعالية الاقرار الواقع أمامهم، فيحددوا معناه ومحتواه دون أن تسلط عليهم رقابة في ذلك

79- علي أحمد الجراح، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م، د.س، ص .14.

80- أمر 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

81- علي الشيحات الحديدي، مرجع سابق، ص. 171.

82 - FRANÇOIS Millo, L'Expertise judiciaire en Europe : Etudes des systèmes allemand, anglais, Espagnol ,français, et italien en matière de procédure civil , éd d'organisation, Paris, 2002. P 53.

طالما أنهم لم يحرفوا الوثائق التي يستخلص منها ذلك الإقرار، وعليه فإن من حق القضاة تقدير محتوى التصريحات التي يدلي بها أمام رجال الدرك من طرف الخصوم كما أن قاعدة عدم تجزئة الإقرار تعتبر مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا لذلك إذا قام قضاة الموضوع بتجزئة إقرار يمنع القانون تجزئته فهم يسألون عن ذلك إستنادا لما لقاضي الموضوع من سلطة تقديرية في تبيان كفاية الدليل أو عدم كفايته .

أما بالنسبة لمَحضر معاينة الذي يساعد القاضي بطريقة غير مباشرة بحيث يعتبر أداة لحل الكثير من المنازعات التي يعجز القضاء على الفصل في مضمونها.

كما أن للقاضي سلطة واسعة في الأخذ بالقرائن، فكل مايقتنع به القاضي وتطمئن إليه نفسه يحكم به، على أن يكون المقياس الذي يعول عليه هو مدى ارتباط الواقعة التي إعتبرها قرينة للإثبات بالحق المتنازع عليه، ولا يجوز له أن يأخذ إلا بالقرائن القوية التي لها ارتباط مباشر في الدعوى[83].

المطلب الثاني

مدى تعلق إثبات العقود التجارية بالنظام العام أمام القضاء

إن القانون قد عين طرق إثبات مختلفة وحدد لكل طريق قوة بمقتضى قواعد وضعها، لذا ثار خلاف فقهي حول طبيعة قواعد الإثبات فيما إذا كانت متعلقة بالنظام العام من عدمه، ومما لا شك فيه أن نتائج ستختلف كثيراً حسب ما إذا إعتنقنا رأي دون الآخر في هذا الموضوع.

83- علي البدري أحمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص.271.

الفرع الأول

تعلق قواعد إثبات العقود التجارية بالنظام العام

إن إعتبار قواعد الاثبات التجاري من النظام العام لأنه لا يجوز مقدما الاتفاق على ما يخالفها ولا يجوز التنازل عنها أثناء سير الدعوى، كما لا يمكن للقاضي أن يرفض ما يخالفها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. ولهذا سنتناول أراء فقهية تدافع على هذا الطرح.

أولا: آراء فقهية فيما يخص تعلق قواعد الإثبات التجاري بالنظام العام

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قواعد الإثبات التجاري من النظام العام وحجتهم في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف إلى خير السبل التي يهتدي بها القضاة للوصول إلى الحقائق، ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها، كما ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إعتبار القواعد المنظمة للإثبات من قبل القواعد الآمرة وبالتالي لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلافها أو النزول عنها كما يرون أن المصلحة العامة تقتضي قيام جهاز القضاء بوظيفته على أحسن وجه دون أن يعرقل هذه الوظيفة إتفاقات الأطراف ويرى أنصار هذا الإتجاه

أن هذا ما يتفق مع الإتجاه السائد الآن فى مختلف التشريعات نحو مزيد من حرية القاضي فى تسيير الدعوى وإجراءات الإثبات[84].

كما يرى إتجاه آخر من الفقه أن بعض القواعد الموضوعية في الإثبات تتعلق بالنظام العام لذلك فإن أي إتفاق مخالف لمثل هذه القواعد الأخيرة تكون باطلة وعديمة الأثر وعلى

84- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.126.

ذلك لا يجوز الإتفاق على عكس مضمون الورقة الرسمية بغير طريق الطعن بالتزوير، كما لا يجوز الإتفاق على ألا تكون الورقة العرفية حجة على الغير، أو الإتفاق على تعديل حجية القرائن القانونية القاطعة، كما لا يجوز الإتفاق على تعديل حجية اليمين الحاسمة فقد إعتبر القانون هذه الحجية من النظام العام إذ لا يجوز مخالفتها.

كما ذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأن هذه القواعد متعلقة بالنظام العام حين قضى بأنه من المتفق علميا وقانونيا أن الإثبات بالكتابة فيما زاد عن ألف قرش هو أمر ضد النظام العام، وأن للمحكمة أن تحكم بعدم جواز الإثبات بالبينة في هذه الأحوال حتى ولو قبل الخصوم الإثبات كما لها أن تحكم بذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى[85].

وذهب جانب آخر من الفقه الذي يؤيد تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام وقد إستندوا في رأيهم هذا إلى أن القواعد المتعلقة بسلطة القاضي في الإثبات، كما هو الشأن في القواعد التي تعطي للقاضي سلطة توجيه اليمين المتممة في حالات معينة فمثل هذه القواعد لا يجوز الإتفاق على مخالفتها وكذلك القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع، كما هو الشأن في قاعدة المواجهة بالأدلة، وأيضا القواعد التي تتضمن قيودا على حرية الإثبات، وضمان حسن سير العدالة وإستقرار المعاملات وهذه بلا شك إعتبارات تتعلق بالنظام العام[86].

ثانيا: نقد الآراء الفقهية

لا يمكن أن ننكر أن هناك نوع من الصحة فى الآراء الفقهية السالفة الذكر إلا أنها سرعان ما هجرت وإنتقدت وذلك لأنه من حق الأفراد أن يتنازلوا عن حقوقهم ذاتها فليس من

85- جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص.52.

86- رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.16.

الجائز أن نحرم عليهم التنازل عن التمسك بأية قاعدة تهدف إلى حماية هذه الحقوق، كما أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام إذا سكت عنها من يريد التمسك بها عد ذلك تنازلا منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، كما أن القواعد التى تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ويجوز للخصم الذي لم يكن مكلفا في الأصل بحمل عبء إثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها، وإذا استجابت المحكمة لطلبه، إمتنع عليه أن يحتج بأنه غير مكلفا بالإثبات[87].

وهناك من إنتقد هذا الجانب من الفقه الذي ينادي بتعلق قواعد الإثبات بالنظام العام على أساس أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام فيجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنيا.

الفرع الثانى

عدم تعلق قواعد إثبات العقود التجارية بالنظام العام

إن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات وكذلك القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المراد إثباتها وتعيين مَن مِن الخصوم يحمل عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ويمكن الإتفاق على مخالفتها .

أولا : آراء فقهية فيما يخص عدم تعلق قواعد الإثبات التجاري بالنظام العام

هناك جانب من الفقه يرى أن القواعد الموضوعية في الإثبات غير متعلقة بالنظام العام، إذ تتمثل في القواعد الخاصة بتحديد الخصم الواقع عليه عبء الإثبات وقوة الدليل ويترتب على ذلك في أن إعمال القواعد الموضوعية في الإثبات يستلزم تمسك الخصم بها فليس للمحكمة تطبيق أحكامها من تلقاء نفسها، حيث أن هذه القواعد قد تقررت حماية للمصلحة الخاصة للطرف

87- جلال محمد إبراهيم ،مرجع سابق، ص.53.

المستفيد منها فإنه لا يصح بالتالي الإتفاق الصريح والضمني المتضمن تنازله عن حقه في التمسك بها ومن قبيل ذلك القيد الخاص بلزوم الإثبات عن طريق الكتابة فيجوز الإتفاق على قبول الشهادة في الإثبات أيا كانت قيمة التصرف القانوني أو بما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي، كما يجوز الإتفاق على وجوب الإثبات الكتابي فيما يمكن إثباته في الأصل بشهادة الشهود[88].

ويرى إتجاه آخر أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تعتبر من النظام العام ويستندون في ذلك إلى مجموعة من الحجج على أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة ولا تمتد إلى المصلحة العامة لذلك فهي ملك لهم بإعتبارها الوسيلة القانونية التى وضعها القانون تحت تصرفهم دون إلزام بإتباعها ومادام للفرد حرية التنازل عن حقوقه فله من باب الأولى الحق في إثباتها بما يراه من وسائل حسب مصالحه وإذا إختلفت هذه الوسائل عما حدده القانون فعلى القاضي الأخذ بما يتفق عليه الخصوم دون القواعد الموضوعية باعتبارها مكملة لإرادة الأطراف[89]، كما أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام إذ يجوز الإتفاق صراحة أو ضمنيا على مخالفتها وللقاضي الموضوع السلطة التقديرية في إستخلاص القبول الضمني من سلوك الخصم، وكذلك إذا إشترط المتعاقد أن إبعاد اليمين فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام فهو جائز، فقد يتردد البعض في الحلف بسبب العقيدة والدينية وتأنيب الضمير وما تبين أنه يمكن القول إجمالا أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات الفقهية [90].

كما يرى إتجاه آخر من الفقه أن القواعد الموضوعية التي لا تتضمن قيودا على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع كما تتصل بسلطة القاضي في الإثبات وهذا هو الشأن في القواعد التي تحدد عبء الإثبات، والتي تجيز الإثبات بشهادة الشهود في المسائل التجارية أو إذا كانت قيمة التصرف المدني لا تزيد عن مبلغ معين أو إذا وجد مانع من الحصول على دليل كتابي

88- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، قانون الإثبات في الفقه والقضاء الفرنسي، إسكندرية،2007،ص.15
89- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص.22.
90- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق،ص.126.

ولو كانت قيمة التصرف المدني تزيد على هذا المبلغ. ولهذا يجوز الإتفاق على مخالفة هذه القواعد مقدما، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، كما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض[91].

ثانيا : نقد آراء الفقهية

بالرغم من أن هناك نوع من الصواب في الآراء الفقهية المذكورة سابقا إلا أنها تعرضت إلى جملة من الانتقادات، فالقواعد التي سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام بالنسبة لطرق الإثبات وكذلك عبء الاثبات والواقعة المراد إثباتها، ولكن يستثنى من ذلك قواعد تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها ذلك في وجوب مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم وقوة الورقة الرسمية[92]، كما أن موقف القاضي من الدعوى الحياد، والخصمان هما اللذان يقفان موقفا إيجابيا بالسير على القواعد التي رسمها القانون للإثبات ولا يجب أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانها الأقرب إلى أداء العدالة وتمحيص الحقائق[93].

إن تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام يختلف من قواعد إجرائية وقواعد موضوعية إذ يتضح تعلق القواعد الإجرائية بالنظام العام فهي قواعد وضعها المشرع لخدمة العدالة وتحقيقها ويرسم على هديها إجراءات أخرى لم تنص عليها المحاكم، ولا تملك هذه الأخيرة تطبيق إجراءات غير مقررة في التشريع وبناءا على ذلك تعد قواعد إجرائية من النظام العام وذلك لتعلقها بنظام التقاضي .

أما في خصوص القواعد الموضوعية في الإثبات فهي قواعد متعلقة بمحل الإثبات وعبئه، فهي لا تتعلق بالنظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم لذا فإنه يجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنيا، إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك.

91- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.16.
92- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.16.
93- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 127.

ومن خلال ما سبق تبيانه في هذا الفصل نستنتج أن إثبات العقود التجارية تمتاز بنوع من الحرية والطلاقة، إذ أن المشرع الجزائري منح للأطراف حرية إثبات العقود بكل الوسائل، كما منح للقاضي سلطة تقديرية في تقدير حجية كل دليل، ومدى تعلق إثبات العقود التجارية بالنظام العام.

الفصل الثاني

التقييد في إثبات العقود التجارية

إن المشرع قد حدد طرقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية حيث يتقيد بها كل من الخصوم والقاضي، ومن مظاهر ذلك تدخل المشرع في تنظيم الكثير من العقود التجارية سواءا بفرض إتباع إجراءات شكلية معينة لا ينشأ العقد إلا بإتباعها وإلا رتب على إغفالها البطلان.

كما خرج المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة من مبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية في حالات معدودة يمكن حصرها لما ظهر تعدادها التشريعي على سبيل الإستثناء ذلك لأن الأصل في إثبات العقود التجارية هو عدم إشتراط دليل رسمي إلا أن المشرع الجزائري إستلزم في بعض العقود الكتابة فهي من أهم التصرفات الشكلية في الحياة التجارية فإستوجب المشرع كتابتها سواءا كشرط لإنعقادها أو لإثباتها (المبحث الأول) وكذا شهرها وتسجيلها لمنحها القيمة القانونية في الإثبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الكتابة الرسمية كمظهر لتقييد إثبات العقود التجارية

إذا كانت العلة من إطلاق الإثبات في المواد التجارية هي ما تقوم عليه المعاملات التجارية من السرعة في الإبرام والتنفيذ، فقد تطلب المشرع الكتابة في بعض العقود والتصرفات التجارية التي يستغرق في إبرامها وتنفيذها وقتا طويلا [94].

المطلب الأول

الكتابة الرسمية شرط لانعقاد العقود التجارية

إن الكتابة الرسمية التي يقتضيها القانون ضرورية وملزمة لإنشاء التصرف القانوني وهي تحت طائلة البطلان وبدونها لا ينعقد العقد ولا يجوز للأطراف الإتفاق على خلاف ذلك، وبالتالي تعتبر عقود شكلية أوجبها القانون لتكوين وإنشاء العقد وليس للإثبات فقط[95] .

الفرع الأول

كتابة عقد الشركة

تنص المادة 418 ق.م.ج: « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن يستوفي في الشكل الذي أفرغ في ذلك العقد»[96]. ويؤخذ من هذا النص أن عقد الشركة المدنية أو التجارية يجب أن يكون مكتوباً مهما كان رأس المال، وأن الكتابة التي يفرغ فيها العقد ليست شرط للإثبات فحسب بحيث يجوز إثبات الشركة عند إغفالها بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين بل هي ركن في العقد يترتب البطلان على تخلفها.

94- لشهب حورية، مرجع سابق، ص.229.
95- ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 64.
96- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

أراد المشرع باشتراطه كتابة عقد الشركة أن يحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة لمدة طويلة وقد ينبني عليهم تعريض ثرواتهم وسمعتهم للخطر، كما أن وجود سند كتابي محدد الشروط من شأنه تقليل عدد المنازعات التي يمكن أن تنشأ بسهولة إذا لم يوجد مثل هذا السند فضلا عن أن عقد الشركة يستغرق تنفيذه وقتا طويلا مما لا يمكن معه الإطمئنان إلى ذاكرة الشهود .

تعتبر الكتابة ركن عام في جميع الشركات ماعدا شركة المحاصة التجارية التي لا يلزم لإنعقاد تحرير سند كتابي[97].

الكتابة التي يفرغ فيها عقد الشركة قد تكون رسمية أو عرفية، كما هي لازمة في العقد المنشئ للشركة كذلك يلزم توفرها في كل التعديلات التي تدخُل عليها[98]، كما لو أراد الشركاء زيادة رأس المال أو تخفيضات أو إطالة أجل الشركة أو تقصيرها أو حالة دخول أو خروج شريك أو أي تعديل في بنود العقد[99].

لم يحدد القانون البيانات التي يجب أن تذكر في المحرر الكتابي ويكفي الاسترشاد في هذا الصدد بنصوص التي تحدد البيانات الواجب شهرها، ومن ثم يجب أن يشمل المحرر الكتابي على نوع الشركة، غرضها، مدتها، رأس مالها، أسماء الشركاء، إسم الشركة، مركزها الرئيسي، طريقة توزيع الأرباح والخسائر، كيفية الإدارة وكافة الشروط التي تتفق عليها الشركاء[100].

97- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص.47.
98- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية: الاحكام العامة في الشركات، شركات الاشخاص، شركات الاموال، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص ص. 36،37.
99- عزت عبد القادر، الشركات التجارية، د.م، 1999، ص. 26.
100 - مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص.35.

الفرع الثاني

كتابة العقود الواردة على المحل التجاري

كون العقود الرضائية الواردة على المحل تتم بمجرد توفق إرادتين على قيامه وتوفر شروطه الموضوعية العامة، ولكن سريانه في حق الغير يستوجب إخضاعه لمجموعة من الشروط الشكلية الملزمة والمتعلقة بإثباته.

أولا : بيع المحل التجاري

إن دعامة الحياة التجارية، هي الإئتمان والسرعة ومبدأ الرضائية، وتجنب فكرة الشكلية التي تعرقل التصرفات القانونية، وبما أن عقد بيع المحل التجاري يعتبر من العقود التجارية، فقد نص المشرع الجزائري في الأصل أنه يجوز إثباته بشتي طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، وذلك في نص المادة 30 من ق.ت التي تنص على أنه يثبت كل عقد تجاري بالسندات الرسمية، السندات العرفية، فاتورة مقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، أو الإثبات بالبينة أو أية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.[101]

غير أن المشرع خرج عن هذا الأصل وخصه بقواعد شكلية، وهذا راجع إلى الطابع الخاص بالقانون التجاري، إذ إعتبر الشكلية ركن لإنعقاد بيع المحل التجاري حيث عدم كتابة العقد رسميا يؤدي إلى بطلانه، فكلمة الإثبات الواردة في نص المادة 79 التي تنص على أنه: «كل وعد إختياري أو وعد بالبيع وبصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري للقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا» تعني تثبيت العقد[102] بمعنى

101- أمررقم 75-59، يتضمن القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق

102- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري: ج4، العقود التجارية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، جامعة قسنطينة، الجزائر،1980-1981، ص ص. 50،51.

إنعقاده ولا تعني إثباته بمعني الدليل لإسترشاد بواقعة معينة. ولو أراد المشرع من عبارة «إثباته بعقد رسمي» الدليل الذي يثبت واقعة معينة لأشار الى بطلان الدليل وليس بطلان العقد[103].

إن إشتراط الشكلية لإنعقاد بيع المحل التجاري، ما هو إلا دليل على خطورة هذا التصرف على أطرافه وعلى الغير، ومن ثمة يتبين لنا أن عقد بيع المحل لا يكفي لإنعقاده مجرد التراضي وهذا ما قضت به المادة 324 مكرر 1 من ق.م والمادة 79 من ق.ت[104].

ثانيا : إيجار المحل التجاري :

المحل في عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الإنتفاع بعين المؤجرة، وقد يكون الشيء المؤجر عبارة عن عقار كالمباني بأنواعها وقد يرد على منقول كسيارات، سفن وطائرات، فإضافة إلى الشروط الموضوعية لإنعقاده المتمثل في الرضا، المحل،و السبب نجد أن المشرع الجزائري إستوجب شرط الكتابة الرسمية لانعقاد إيجار المحل التجاري وإلا كان باطلا .

1/ إيجار المحل التجاري كعقار

يستوجب إخضاع عقد الإيجار للشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية وإلا وقع باطلا حسب المادة 172 ق.ت.ج «لا يجوز التمسك بحق التجديد إلا من طرف المستأجرين أو المحول إليهم ذوي الحقوق الذين يثبتون بأنهم يستغلون متجرا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم إما منذ سنتين متتابعتين وفق لإيجار واحد أو أكثر مقيدة بصفة متتالية، وإما منذ أربع سنوات متتابعة وفق لإيجار واحد أو أكثر متتالية شفهية كانت أو كتابية».

كما أضافت المادة 187 مكرر من القانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري على ما يلي:«تحرر عقود الإيجار المبرمة من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية

103- سمير جميل حسن الفتلاوي، مرجع سابق، ص ص 127،128.
104- بن زواوي سفيان، بيع المحل التجاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2012،2013، ص. 99.

للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في الشكل الرسمي وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية»

أكد القانون المدني الجزائري على شرط الرسمية وذلك بإشارته لنص المادة 324 مكرر1 «زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، يجب تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ».

لذا تبين لنا من خلال ذلك، أن العقود الرسمية هي السندات الناقلة للملكية والقابلة للإحتجاج بها في المعاملات العقارية وإستبعدت صراحة العقود العرفية من مجال وسائل الإثبات كلما تعلق الأمر بملكية عقارية[105]، لذا فعقود الإيجار الواردة على المحلات المعدة للإستغلال التجاري تقضي بضرورة الرسمية كون أن العقود العرفية وليدة المشاكل في الحياة العملية وهذا ما جاء به قانون 91-25[106] في المادة 63 منه وهذا ما أشارة إليه المحكمة العليا في القرار رقم 138806 مؤرخ في 1997/07/19.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن عقد الإيجار التجاري هو من العقود الشكلية، ولا يُرتب أثاره بتوافر الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب مشروعين إلاّ بعد أن يفرغ في قالب رسمي ويحرر من طرف ضابط عمومي أو الشخص المكلف بالخدمة.

105- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط7، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.29.

106- قانون91-25 المؤرخ في 1991/12/16، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، عدد 65 ، الصادر في 1991/12/18

بعد تعديل الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، أصبحت الرسمية شرطا لصحة العقد وإلا عُدّ باطلا، وهذا خاصة إذا ما عرض نزاع على القاضي حول الإيجار التجاري[107]

2/ إيجار تسيير المحل التجاري

يستلزم لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري توافر الشروط العامة المتطلبة في جميع العقود وكذا توافر الشروط الخاصة، إذ أعطى المشرع لهذا العقد أهمية كبيرة وخاصة شرط الرسمية، بحيث رتب على عدم إحترامها البطلان، على خلاف القانون الفرنسي الذي يجيز تحرير عقد التسيير الحرفي بالمحرر عرفي، فقد بذل المشرع الجزائري عناية بشأن التصرفات التي يقوم بها التاجر في شأن المحل التجاري، كتأجير تسير المحل الذي نص عليه في المادة 3/203 من ق.ت والمادة 324 مكرر1 من ق.م بأن عقد تأجير تسيير المحل التجاري يجب تحريره في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ولهذا فإن الكتابة شرط من شروط صحة وإنعقاد عقد تأجير تسيير المحل التجاري، هذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2001/07/10 فالمشرع فرض إجراءات شكلية لإبرام عقد تسيير الحر يجب مراعاته وإلا وقع باطلا[108]، لذا أوجب القانون كذلك على كل من المؤجر والمستأجر التأشير في السجل التجاري بذلك حتى يعلم الغير ويطلع على حقيقة الوضع القانوني للمحل، فيتعامل الغير على أساسه، حيث يكون على بينة من المستغل الجديد للمحل[109].

ثالثا: رهن المحل التجاري

يشترط في رهن المحل التجاري أن يكون الراهن مالكا للمحل التجاري المرهون، وأهلا للتصرف فيه، والرهن بطبيعته عقد يلتزم أن يتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة اللازم توافرها في العقود جميعا، كالرضاء والمحل والسبب.

107-عمورة عمار، العقود والمحل التجارية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د .س، ص.218.
108- تولوم حورية، يحياوي صليحة، إيجار المحل التجاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ،2015، ص.73.
109- أحمد محرز، مرجع سابق، ص.165.

وبالإضافة إلى هذه الشروط الموضوعية، أوجب القانون في رهن المحل التجاري إجراءات شكلية يلزم إتباعها[110].

لذا إشترط المشرع إفراغ عقد الرهن في قالب رسمي وذلك لعدة أسباب، ذلك أن المشرع قد سار في السنوات الأخيرة على إشتراط الرسمية في عدة تصرفات خاصة التي يكون موضوعها المحل التجاري كالبيع والإيجار، ولا نرى أي مبرر لإستثناء الرهن نظرا لأهمية التصرف بالنسبة للدائن المرتهن وخطورته بالنسبة للمدين الراهن والغير.

كما أن المشرع عندما يتحدث عن الرسمية، يتبع ذلك بالقول بضرورة قيد العقد في السجل التجاري، ذلك أن الرهن يجب أن ينشأ بموجب عقد رسمي وهذا العقد هو الذي يجب تقييده في السجل التجاري، كما أن **الأستاذين هامل ولاغارد** يعلقان على ذلك، أن الرهن المحل التجاري عقد شكلي مثله مثل الرهن الرسمي والكتابة شرط للإنعقاد لا مجرد شرط للإثبات[111].

غير أنه أورد إستثناء لهذه القاعدة، على أنه في القانون الخاص بالنقد والقرض أجاز أن تتم عملية رهن المحل لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول وذلك حسب نص المادة 123 من قانون 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[112] والتي تنص على مايلي:«يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا.

يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال».

إذ تعتبر عقد الرهن من العقود الشكلية، فضلا عن كون إشتراط الكتابة أمر تقتضيه ضرورة شهر عقد الرهن بدليل أيُ تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المحل أو إنشاء حق عيني أو تأجير

110- أحمد محرز ، مرجع سابق، ص.103.

111- جامع رضوان ، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الاعمال،كلية الحقوق، الجزائر، 2001-2002، ص. 55.

112- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثاني 1424 الموافق لـ 26 أوت 2003 ج.ر، عدد 52، متعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

إستقلاله يجب أن يكون مكتوب وإلا كان باطلا وهذا حسب نص المادة 950 ق.م[113] تسري على الرهن الحيازي أحكام نص المادة 883 ق.م فالكتابة الرسمية ركن من أركان العقد وليست شرط لإثباته، فإذا تخلفت الكتابة كان عقد الرهن باطلا [114].

المطلب الثاني :

الكتابة الرسمية شرط لإثبات العقود التجارية

تدخل المشرع الجزائري في تنظيم الكثير من العقود التجارية بفرض إتباع إجراءات شكلية معينة وإلا ترتب على إغفالها البطلان، ومن هذه العقود التي إشترط فيها المشرع الشكلية، عقد الشركة والعمليات الواردة على المحل التجاري المستثناة بنص خاص، فمتي كانت الكتابة لازمة لوجود العقد فهي بالضرورة لازمة لإثباته ذلك أن الإثبات مرتبط بالشكل.

الفرع الأول

كتابة عقد الشركة التجارية

تنص المادة 545 ق.ت.ج « تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلا، لا يقبل أي دليل إثبات بين شركات فيما يتجاوز أو ضد مضمون عقد الشركة، يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء.»

قد أوجب المشرع إثبات الشركات التجارية بعقد مكتوب باستثناء شركة المحاصة، ومن ما لاشك فيه أن مثل هذا الإشتراط فيه خروج على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، وسبب هذا الخروج هو رغبة المشرع بحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة تكون عادة لمدة طويلة، و قد يبنى عليها تعريض ثرواتهم وسمعتهم من الخطر.

113- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

114- قماش سلوى ، إسعود كنزة ، العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية، الرهن والإيجار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013،2014، ص.25.

والكتابة التي يفرغ عقد الشركة قد تكون رسمية أو عرفية، وذلك فيما عدا شركة المساهمة فإنها يجب أن تتم بسند رسمي على يد كاتب العدل.

الكتابة كما هي لازمة لإثبات العقد فهي واجبة أيضا في جميع التعديلات التي تدخُل على العقد. والكتابة التي إشترطها المشرع ليست شرط لإنعقاد عقد الشركة التجارية إلا بعقد مكتوب، غير أن المشرع ميز في شأن هذا الإثبات بين مركز الشركاء ومركز الغير بالنسبة لشركاء[115] .

لا تثبت عقد الشركة في مواجهة بعضهم البعض إلا بالكتابة، أو ما تقوم مقامها من إقرار أو يمين ولكن نظرا لإنتفاء كتابة العقد يؤدي إلى عدم الشهر، وبالتالي إلى بطلان الشركة، يجوز لشركاء إثبات الوجود الفعلي لشركة بقصد تصفية العلاقات بينهما بكافة طرق الاثبات منها البينة، أما بالنسبة للغير فلا يجوز لشركاء إثبات الشركة في مواجهته في حين أنه يجوز للغير أن يقيم الدليل على وجودها وعلى أي شرط من شروط عقدها بكافة طرق الإثبات لأن الشركة تعد بالنسبة إليه بمثابة واقعة مادية كما يحق له أن يثبت على إشهاره وفقا لقواعد المقررة[116].

الفرع الثاني

كتابة العقود الواردة على المحل التجاري

يهتم المشرع الجزائري بالكتابة الرسمية باعتبارها دليل للإثبات، لهذا فالعقد الرسمي هو ذلك العقد الذي يحرره الموثق وفقا لأوضاع يحددها القانون، وتعد الكتابة الرسمية الأصل عند إبرام العقود الواردة على المحل التجاري فكل عقد يجب إفراغه في قالب رسمي[117].

115- محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، د.س، اسكندرية، ص. 27.

116- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص.38.

117- حميش كميلة، حامدي وردة، الشكلية الواردة على المحل التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص . 05 .

أولا: إثبات بيع المحل التجاري

إعتبر المشرع الجزائري الرسمية شرط للإثبات وليس للإنعقاد، وهذا الأمر مسلم به حيث أن بيع المحل التجاري يعد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادتي البائع والمشتري. كما إعتبر أيضا عقد بيع المحل عملا تجاريا، وبالتالي يجوز إثباته بمختلف الطرق بما في ذلك البينة والقرائن وقد خصص ذلك بقاعدة عامة في إثبات العقود التجارية حيث ترك الخيار في الإثبات في نص المادة 30 من قانون التجاري.

غير أنه بعد أن نص بعموم هذه القاعدة على العقود التجارية بوجه عام، أورد نصا خاصا بالتصرفات القانونية التي ترد على المحل التجاري ويتمثل ذلك في وجوب إثباتها بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، وأمام الغموض الوراد في نص المادة 79 من القانون التجاري الجزائري والذي دام لسنوات دون توضيح، إلا أن القضاء تدخل لفك هذا الغموض فإعتبر الكتابة ضرورية لإثبات عقد بيع المحل التجاري والركن الشكلي فيه بالإضافة إلى ضرورية إشتمال العقد على جملة من البيانات حددها المشرع ذلك لحماية المشتري، بالإضافة إلى ضرورة عقد إشهار عقد بيع محل تجاري[118]. وهذا ما أكده قرار محكمة العليا الصادرة بتاريخ 12-02-1997، حيث قضت فيه أن العقد العرفي المتضمن بيع المحل التجاري يعد باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية، التي تعد من النظام العام ولا يمكن تبعا لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع، يتبين من وقائع هذا الاخير«**أن الطاعن المدعو بن عودة أحمد دعا بموجب عقد عرفي محل تجاري للمطعون ضده المسمى عريس حميد الذي دفع جزءا من ثمن البيع وإثر نزاع الذي قام بين الطرفين بشأن صحة عقد البيع الذي لم يفرغ في الشكل الرسمي. فقضت محكمة محمدية بطلب من البائع في حكمها الصادر في 10 ماي 1992 ببطلان عقد البيع بسبب تخلف شرط الرسمية وعلى إثر إستئناف هذا الحكم من طرف المشتري قضى مجلس قضاء معسكر قراره المؤرخ في 3 ماي 1994 بعد إلغاء**

118- إعباسن زوهرة، سعودي رميزة، أحكام بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص. 24.

الحكم المستأنف في 10 ماي فيه بالإشهاد بصحة بيع المحل المبرم بين الطرفين بموجب عقد عرفي وأمر بصرف الطرفين أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام المشتري بدفع ما بقي في ذمته من ثمن البيع و كذا من مؤخر بدل الايجار. وطعن البائع في هذا القرار أمام المحكمة العليا مدعيا مخالفة القانون فيه فصلت في الطعن الذي أبطل القرار المطعون فيه»[119].

أكد هذا القرار أن الشكل الرسمي في عقد بيع المحل التجاري ركن من أركان العقد طبقا للمادة 1/79 من ق.ت التي تنص:« كل بيع أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع أخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو بطريق المساهمة به في رأس شركة، يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا».

يتضح من خلال هذا النص ضرورة تقديم الدليل الكتابي الرسمي وهذا راجع إلى أهمية موضوع التصرف القانوني وهو بيع المحل التجاري وإذا لم يتمكن التاجر من تقديم الدليل الكتابي الرسمي أمام القضاء كان التصرف باطلا يتعذر عليه تقديم أي دليل آخر مما يحوي بمفهوم المخالفة لهذا النص، أن عقد بيع المحل التجاري عقد من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي كما هي الحال في التصرفات القانونية الأخرى فالشكلية الرسمية التي فرضت كوسيلة لإثباته تعد في نفس الوقت ضرورية ولكن المشرع إعتبر الشكلية بمثابة ركن من أركان عقد البيع[120].

ثانيا:إثبات إيجار المحل التجاري

إن سريان عقد الإيجار التجاري يستوجب إخضاعه لشروط شكلية ملزمة والمتعلقة بإثباته بالكتابة الرسمية وإلا كان باطلا، وهذا ما إشترطه المشرع الجزائري بموجب القانون 05-02 بعد أن

119- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 136156 صادر بتاريخ 12 فيفري 1997، م.ق، عدد 1، سنة 1997، ص 10.

120- فوضيل نادية، القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ط7، الجزائر، ص. 242.

كان من قَبل أي في الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي أخذ بمبدأ الرضائية في عقود الإيجار التجاري بإجازته للعقد المكتوب رسمي أو عرفي أو شفهي أي مجرد تبادل الايجاب والقبول بين المؤجر والمستاجر برضا سليم ومحل وسبب مشروعين حتى يرتب العقد أثاره مع إمكانية إثباته بمختلف الطرق طبقا لنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري التي تجعل الإثبات حرا في العقود التجارية[121].

فهذا ما قضت المحكمة العليا في قرار رقم 143103 الصادر بتاريخ 1996/04/23 على وجوب إثبات عقد الإيجار كتابة:«**من المستقر عليه قضاء أن علاقة الايجار لا تثبت إلا بإحدى الوسيلتين وهما عقد الايجار أو وصلات الكراء ولما ثبت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما استبعدوا السجل التجاري المحتج به كوسيلة إثبات العلاقة الإيجارية فإنهم قد طبقوا القانون تطبيقا سليما**»[122].

ثالثا: رهن المحل التجاري

في ظل غياب الإجتهاد القضائي الفاصل في موضوع رهن المحل التجاري عكس ما هو الحال بالنسبة لمسألة بيع المحل حيث أقر أن الرسمية ركن للإنعقاد، في حين أن رهن المحل التجاري يكفي العقد العرفي لإثباته حسب الأستاذ الفتلاوي «إلا أن عدم تثبيت العقد رسميا لا يؤدي إلى إبطاله فيجوز الإنعقاد بعقد عرفي»[123]. في حين ذهب فريق آخر إلى القول بأن الكتابة المقصودة هي الكتابة الرسمية ألا وهو الأستاذ علي بن غانم.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي والقانون المصري نجد أن عقد الرهن يمكن تحريره في الشكل الرسمي أو العرفي، إلا أن القانون المصري عدل من شكل الأخير، وإكتفى بمجرد الكتابة كما أن الفقه هنا انقسم إلى رأيين، رأي اعتبر الكتابة للإثبات على أساس أن المشرع لو كان يقصد أن

121- عمورة عمار، مرجع سابق، ص. 218.
122- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 143103 المؤرخ بتاريخ 1996/04/23، م.ق ، العدد 2 1998، ص.122.
123- سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص. 514.

تكون للإنعقاد لنص عليها صراحة، ولأصبح عقد المحل التجاري من العقود الشكلية، بينما إعتبر رأي ثاني أنها للإنعقاد، إذ يعتبر عقد رهن المحل التجاري من العقود الشكلية فضلا عن كون إشتراط الكتابة أمر تقتضيه ضرورة شهر عقد الرهن، كما أن القانون التجاري اللبناني لا يخضع الرهن التجاري في إنشائه لصيغة معينة فيجوز أن يعقد بصورة خطية، أو شفهية، أو بموجب سند عادي، أو رسمي، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات[124].

رُجوعًا إلى نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج، ونص المادة 120 من ق.ت.ج يتضح لنا أن الكتابة التي قررها المشرع الجزائري في عقد الرهن هي للإثبات، وليس للإنعقاد فالكتابة المطلوبة حسب النص هي الكتابة الرسمية وليس العرفية.

المبحث الثاني

الشهر والتسجيل كمظهر لتقيد إثبات العقود التجارية

يعد الائتمان أو الثقة من أهم الأسباب المبررة لوجود القانون التجاري، إذ أن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، ولهذا عمد المشرع إلى الائتمان بوسائل متعددة، ولعل من أبرزها الإشهار التجاري.

ولما كان الاشهار من الأسس الاولى لدعم الائتمان التجاري، فإن أغلب تشريعات الدول أوجبت تحقيق ذلك، فمنها من إعتمد على تخصيص وسائل متعددة، تتكفل كل منها بإشهار مسائل تجارية معينة وتعتمد إلى جانبها وسيلة عامة لإشهار المسائل التجارية كافة، وتتمثل هذه الوسيلة في السجل التجاري. أما المنهج الثاني فيتمثل فيما ذهبت إليه بعض التشريعات في الاختصار على السجل التجاري فقط كوسيلة لإشهار المركز القانوني للتاجر ومعاملاته التجارية[125].

124- جامع رضوان، مرجع سابق، ص ص.54،55.
125- فتاك علي، مبسوط القانون التجاري الجزائري في السجل التجاري، دراسة مقارنة، إبن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 39.

كما أن لشهر وتسجيل العقود التجارية أهمية في مجالات مختلفة فهو يلعب قبل كل شيء دورا جوهريا في المجال القانوني ذلك أن الشخص الذي يتعاقد مع تاجر يهمه التعرف على أهليته وحالته المدنية وسلطته وكذا التعرف على معلومات العقد المبرم.

المطلب الأول

النظام القانوني لشهر وتسجيل العقود التجارية

من الثابت أن لشهر وتسجيل العقود التجارية وظائف متعددة أهمها وظيفته الإشهارية لكونه يسمح للغير بمعرفة كل ما يتعلق بوضعية التاجر أو المحل المستغل تأسيساً على هذا يجب أن تقوم الهيئة المختصة بمسك السجل التجاري بطريقة منتظمة، هذا ما يدفعنا إلى بيان كيفية سير من أجل تحقيق دراسة دقيقة وبناءة.

الفرع الأول

أوجه التشابه في نظام الشهر والتسجيل بين العقود المدنية والتجارية

لقد إعتنقت التشريعات المعاصرة مبدأ الرسمية حال ورود العقد بما في ذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بهذه القاعدة منذ الستينيات بموجب قانون التوثيق 1970/91 الذي تقرر بموجبه وجوب إفراغ كل التصرفات المدنية والتجارية في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان، فهذه العقود عموما هي تصرفات شكلية تستمد قوته من الشكل أي من الشهر والتسجيل وفي هذه الحالة يمكن أن نقول بأن مصدر الحق هو الإتفاق بالإضافة إلى التسجيل والشهر، وعندئذ يجب أن يتم الإتفاق في دائرة التسجيل العقاري نفسها بحضور الموظف المختص وبتسجيل الإتفاق وتوقيع الطرفين عليه ومصادقة الموظف المختص على ذلك[126].

126- جعفر عرارم، القونين العقارية بين النظرية والتطبيق: تطبيقات قانون الشهر العقاري ، المحررات والعقود الواجبة الشهر المنازعات العقارية ، مسؤولية المحافظ العقاري، الجزائر، 2009، ص. 20.

فمن المعلوم سلفا أن الرسمية ما فرضت في التصرفات المدنية والتجارية إلا لأهميتها البالغة، لما فيها من حماية للأطراف المتعاقدة وتنبيه لهم على خطورة الأمر الذي هم مقدمون عليه وكذا لما فيها من زيادة في الحجية عن طريق تدخل الشخص المكلف بالشهر والتسجيل في هذه العقود فلا يمكن التملص منه إلا من خلال الطعن بالتزوير وكذا لما فيه من دقة في تحديد والتأكيد على إحترام بنود العقد، فبحكم أنها مكتوبة ومعلومة لا يمكن التنصل منها، كما تمكن الدولة من بسط وإحكام مراقبتها على العقد[127].

ويمكن لكل من يهمه الأمر من الغير أخذ معلومات خاصة عن العقد المبرم بين طرفي العقد بعد شهره وتسجيله وذلك لمعرفة العمليات الواردة على العقد.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف في نظام الشهر والتسجيل بين العقود التجارية و المدنية

خلافاً للعقود المدنية التي يقوم بتحريرها الأطراف بواسطة موظف خاص من أجل إثبات تصرف قانوني، يتم شهر هذه التصرفات من طرف شخص مدني وذلك على مستوى المحافظة العقارية التي تسلم له الدفتر العقاري أما بالنسبة للعقود التجارية فيتمسك بها التاجر الذي يزاول ممارسة التجارة طبقا للمادة الأولى من الفانون التجاري فإنه يقوم بقيد جميع التصرفات التجارية على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري وتمنح له السجل التجاري .

أولا : شهر وتسجيل العقود المدنية

إن شهر وتسجيل العقود المدنية وخاصة الشهر العقاري عبارة عن وسيلة لإعلان التصرفات القانونية في سجلات علنية، يسهل على كل شخص الاطلاع على محتوياتها وأخذ إفادات بما جاء

127- جعفر عرارم، مرجع سابق، ص. 25.

فيها من بيانات، فهو يهدف إلى إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة الوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه .

1/ المحررات الرسمية الخاضعة لشهر العقاري :

إن المحررات الخاضعة للشهر كثيرة ومتنوعة بتنوع التصرفات القانونية المبرمة بين الأشخاص فقد تكون هذه التصرفات صادرة من جانب واحد كالهبة والوقف والوصية أو صادرة من جانبين كعقد البيع والمقايضة أو الحقوق العينية العقارية المتفرعة عن حق الملكية كحق الإنتفاع والارتفاق، أو حقوق عينية عقارية تبعية كعقد الرهن الرسمي[128]، بالإضافة إلى التصرفات والأحكام المنشئة، الناقلة، المعدلة أو المنهية لحق الملكية، فجل هذه التصرفات لا ترتب أثراً فيما بين المتعاقدين، في مواجهة الغير، إلا من تاريخ تسجيلها في مجموعة البطاقة العقارية [129] وهذا ما أكدته المواد 14، 15، 16 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري[130] .

ولم يكتفي المشرع بإخضاع المحررات الرسمية لعملية الشهر بل ذهب إلى ابعد من ذلك، بإلزام شهر الأحكام النهائية والدعاوي القضائية الرامية إلى فسخ، إبطال أو إلغاء أو نقض حق من الحقوق

وهذا ما تضمنته المادة 85 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1975 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[131] .

128- جعفر عرارم، مرجع سابق، ص.32.

129- فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008، ص. 71.

130- أمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر، العدد ، 92 المؤرخ في 18 ديسمبر 1976.

131- مرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر، العدد 30 المؤرخة في 13 أفريل 1975.

2/ إجراءات شهر وتسجيل العقود المدنية

متى كانت المحررات المودعة بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا لغرض شهرها مستوفية لكافة الشروط والقواعد القانونية التي أوجبها المشرع الجزائري، وكذا مرفقة بالوثائق المطلوبة، قام المحافظ العقاري بإجراء عملية الشهر، وعملية إيداع الوثائق قصد شهرها هي إجراء قانوني أولى يتم على مستوى المحافظة العقارية بقسم الايداع، عمليات المحاسبة وتودع الوثائق المراد شهرها في شكلها الرسمي ويكون ذلك الإيداع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا[132] ولقد أكد المشرع الجزائري على قاعدة الإختصاص في نص المادة 61 من المرسوم 76-63.

يتولى عملية الايداع أشخاص مؤهلة قانونا لتحرير الوثائق والعقود الرسمية كالموثقين، كتاب الضبط، الموظفين الإداريون، أو أشخاص مكلفين بخدمة عامة، كما أنه على محرري العقود والوثائق الالتزام بايداعها في الأجل المحدد قانونا والتي تختلف باختلاف طبيعة العقد وموضوعه[133]. أما فيما يخص الأوقات المحددة لإيداع العقود المراد شهرها، فتكون طوال أيام الأسبوع مع مراعاة الأوقات الرسمية للعمل كما يتعين على المحافظ العقاري بعد أن يتأكد من الإيداع القانوني للوثائق أن يقوم بعملية شهر خلال مدة 15 يوم التالية لتاريخ الإيداع[134] فيكون للشهر العقاري أثر فوري وبه ينشأ الحق العيني إذ لا وجود لحق الملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى فيما بين الأطراف المتعاقدة أو إتجاه الغير إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية كما نصت على ذلك المادتين 15، 16 من الأمر 75-74 السالف الذكر وينتج عن إجراء الشهر إنشاء البطاقات العقارية وذلك من خلال المادة 12 من نفس الأمر، وتسليم الدفتر العقاري وهذا ما عالجته المادتين 18 و19 من نفس الامر.

132- عبد الحميد المنشاوي، إجراءات الشهر العقاري والمحررات الواجبة الشهر، الإسكندرية، د.س ،ص ص. 11-12.
133- مرجع نفسه، ص. 32.
134- فردي كريمة، مرجع سابق، ص.110.

3/ الأثار القانونية المترتبة على عملية شهر العقود المدنية

لا تظهر قيمة الشهر إلا من خلال الأثار التي يرتبها هذا الأخير لذلك نرى وجوب الوقوف على حقيقة هذه الاثار ذلك من خلال الاثر المنشئ والمطهر للشهر العقاري[135].

ثانيا: شهر و تسجيل العقود التجارية :

يعتبر السجل التجاري فهرس رسمي يقيد فيه كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاط التجاري كما أن كل شخص يباشر نشاط تجاري عليه التوجه إلى مصالح المركز للحصول على مستخرج من السجل التجاري ومروره بسلسلة من الإجراءات التي يفرضها المركز بموجب نص قانوني.

1/الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري :

يقصد بالقيد في السجل التجاري تدوين أسماء الأشخاص الطبيعية أو المعنوية والبيانات المتعلقة بتجارتهم وفقا لرقم تسلسلي ورمز نشاط مشترك ضمن صفحات السجل التجاري الممسوك من قبل المأموري على مستوي الملحقات المحلية، لكن في هذه العملية يفترض ان يلتزم بها بعض الأشخاص دون الآخرين، وفقا لما جاء في مختلف النصوص القانونية المنظمة لمجال الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري والتي تعود إلى الهيئة المكلفة بالسجل التجاري[136].

يلتزم بالقيد في السجل التجاري كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا[137] وهذا وفقا لنص المادة 19 من القانون التجاري حيث ذكرها بصفة عامة وبشكل حصري إلا أن المشرع إستعمل مصطلحات مختلفة في نص المادة 19 منه وفي نفس العبارة، حيث ذكر كل مقاولة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرع أو أي مؤسسة أخرى، فالمشرع لم يذكر

135- مصراوي علي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الفترة التكوينية 2006-2009، ص67.

136- زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، رسالة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 ص.263.

137 - ALAIN Gouset et JEAN Jacques, Barbieri Droit Commercial 13eme éd, Dalloz, Paris, 1996, p. 30.

في نص المادة 19 ولا في نص المادة 20 من القانون التجاري كل الملتزمين بالقيد في السجل التجاري رغم ورودها تحت عنوان التسجيل في السجل التجاري، ويبقي الملتزمين الآخرين مشتتين بين أحكام القانون التجاري[138] فمثلا بالنسبة للمستأجر والمسير لمحل تجاري كان التزامهم بالقيد بموجب نص المادة 203 من القانون التجاري فنظرا لاكتسابه الصفة التجارية يتحتم عليه إحترام أحكام القانون التجاري التي تلزمه بالقيد في السجل التجاري شانه في ذلك شأن أي تاجر وكذلك بالنسبة لبيع المحل التجاري ورهنه الحيازي المنصوص في المادتين 83 و120 من القانون التجاري الذي الزم القيد في السجل التجاري والامر نفسه بالنسبة للشركات التجارية فهي تتمتع بالشخصية المعنوية وتعد تجارية بسبب شكلها مهما كان موضوعها يتعين عليها إستكمال إجراءات القيد في السجل التجاري وهذا حسب نص المادة 548 من القانون التجاري ولتعزيز موقفه فيما يخص الزام القيد نص المادة 594 من القانون نفسه«لا تتمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري».

2/ إجراءات شهر و تسجيل العقود التجارية :

يلتزم الخاضع للقيد بإيداع الطلب أو الملف وذلك بالتقدم إلى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري المختص إقليميا في الاجال القانونية مع تقديم جميع الوثائق الازمة من الطرف المعني نفسه أو من ممثله القانوني وما على مأموري المركز إلا القيام بمراقبة الوثائق وفحصها مع البيانات المقدمة ضمن الملف وبعد فحصها يتولى مأموري المركز بالتسجيل في السجل التجاري ولا يسلم مستخرج السجل التجاري إلا بعد التأكد من صحة البيانات خلال عملية الفحص[139].

138-عياد حكيمة، المركز القانوني للهيئة المكلفة بالسجل التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 81.

139- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الانشطة التجارية، السجل التجاري، ط2، نشر وتوزيع إبن خلدون، جامعة وهران، 2003، ص.452.

يكون فحص الملف بحضور طالب القيد في السجل فإذا كان هناك أي نقص في الوثائق يرفض التسجيل مباشرة وإذا إستوفي الملف لكل الوثائق المطلوبة يسلم وثيقة وصل إيداع في إنتظار تسليم مستخرج السجل التجاري في أقرب وقت ممكن[140].

3/أثر شهر و تسجيل العقود التجارية :

بعدما يستوفي طالب القيد لشروط المطلوبة والقيام بجميع الاجراءات القانونية يرتب ذلك اثار القيد في السجل التجاري المتمثلة في إثبات الصفة التجارية، مستخرج السجل التجاري، تطهير السجل التجاري وهذه الأثار سوف نوضحها لاحقا بصفة دقيقة ومفصلة.

المطلب الثاني

القيمة القانونية لشهر و تسجيل العقود التجارية

تخضع العقود التجارية لنظامي الشهر والتسجيل نظرا لما يكتسبه من أهمية بالغة وما يرتبه من أثار قانونية بحيث ألزم القانون كل تاجر أن يتقيد بهذا الإجراء الشكلي حماية له وللمتعاملين معه وبذلك ألزم المشرع الجزائري شهر المركز القانوني ومختلف العناصر المكونة لنشاط التاجر، بحيث أجبره بالقيد في السجل التجاري.

قد أخضع نظام الشهر والتسجيل في الجزائر إلى القوانين الفرنسية قبل وبعد الإستقلال إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية.

الفرع الأول

إكتساب صفة التاجر

تنص المادة الأول من التقنين التجاري الجزائري على أنه:«يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتاد له مالم يقضي القانون بخلاف ذلك»، وهذا على

140- زايدي خالد، مرجع سابق، ص.78.

خلاف القائم بالأعمال المدنية، فإنه لا يكتسب صفة التاجر، ولقاضي الموضوع سلطة إستنباط القوانين الدالة عليها و يرتب على إكتساب صفة التاجر نتائج قانونية هامة، إذ يخضع التاجر الإلتزامات معينة، لا يخضع لها الرجل العادي، مثل إلتزماته بإمساك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري[141].

أولا:إكتساب صفة التاجر بالنسبة للشخص الطبيعي

رتب المشرع آثار قانونية على القيد في السجل التجاري ألا وهي صفة التاجر، وبين علاقة القيد بإكتساب هذه الصفة، غير أنه لم يتم توضيح فيما إذا كان القيد في السجل التجاري هو الشرط الوحيد لقيام الصفة التجارية، أم أنه يعد أحد شروط إكتسابها، أم أنه ليس له علاقة مطلقا بإكتساب هذه الصفة.

لقد إختلفت التشريعات في الإجابة على هذه التساؤلات، ففي التشريع العراقي نجد أن القيد في السجل التجاري لا يعد شرط لإكتساب صفة التاجر ولا يعد أحد شروط أكتسابها، وإنما مجرد أثر مترتب على عاتق التاجر ذلك أن الصفة التجارية صفة قانونية تكتسب بتوافرها الشروط القانونية، ولا تكتسب بالقيد في السجل التجاري[142].

أما في التشريع الفرنسي فلا يعد القيد في السجل التجاري شرطً أو أحد شروط إكتساب صفة التاجر، ذلك أنه يعد تاجرا وفق للمادة الأولى من القانون التجارة، إلا أنه من جهة آخرى تعد هذه الصفة شرطً للقيد في السجل التجاري. غير أن هناك من يرى أنه في ظل نظام السجل التجاري الفرنسي الشخص يكون الشخص تاجرا إلا إذا باشر أعمال تجارة وقام بالقيد في سجل التجارة والشركات والدليل هو أن عدم التسجيل بعد إنتهاء مدة 15 يوم من تاريخ بداية النشاط التجاري،

141- فضيل نادية، مرجع سابق، ص. 69.

142- سلمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري : التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،2003، ص.115.

يحرم المعني من حق الإحتجاج بصفة التاجر في مواجهة الغير، كما لا يستطيع اللجوء إلى القضاء التجاري والإستفادة من طرق الإثبات في المواد التجارية.

أما المشرع المصري فإنه يجمع على القيد في السجل التجاري لا يعد شرطً أو أحد شروط إكتساب صفة التاجر، غير أنه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين لا يمكن لتجارة في السجل التجاري ألا إذا تم قيدهم في السجل التجاري وبالتالي يصبح القيد شرطً من شروط إكتساب صفة التاجر[143] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيبدو أن القيد في السجل التجاري الجزائري طبقا للمادة 19 والمادة20 من القانون التجاري المعدل والمتمم، لا يعد شرط أو أحد شروط إكتساب صفة التاجر .

غير أنه يبدو من جهة أخرى أنه يعد أحد شروط إكتساب الصفة التجارية، وذلك للأسباب التالية:

- إن عدم التسجيل في السجل التجاري بعد إنتهاء مدة شهرين من تاريخ بداية ممارسة النشاط التجاري يحرم المعني من حق الإحتجاج بصفة التاجر في مواجهة الغير والإدارات العمومية.
- تحظر مزاولة النشاط التجاري بصفة عادية على الشخص الطبيعي أو المعنوي الغير مسجل في السجل التجاري، وإلا كان عرضة للعقوبة المقررة قانونا، وبالتالي يتخلف شرط من شروط إكتساب الصفة التجارية طبقا للمادة الأولى من القانون التجاري.
- كما أن مايجري عليه العمل، أن الشخص لا يقوم بممارسة أي عمل تجاري إلا من تاريخ حصوله على وصل إيداع ملف القيد في السجل التجاري.

تأسيسا على الأسباب السابقة فإنه يبدو لنا أن القيد قي السجل التجاري يعد أحد شروط لإكتساب صفة التاجر خاصة إذا علما أن شروط إكتساب صفة التاجر طبقا للمادة الأولى من

143- فتاك علي، مرجع سابق، ص. 160.

القانون التجاري لم ترد على سبيل الحصر بل يضاف إليها كل شرط يستوجبه نص قانوني آخر[144].

يعتبر الشهر والتسجيل قرينة قانونية لإكتساب الشخص لصفة التاجر ويتضح ذلك من خلال إستقراء نص المادة 21 من ق.ت التي نصت على:«كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن الصفة»[145].

والجدير بذكر أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تعتبر القيد في السجل التجاري مجرد قرينة بسيطة لإكتساب صفة التاجر، أما بعد تعديلها أصبت تعتبر قرينة قانونية قاطعة لإكتساب هذه الصفة، وتثبت بأن الشخص المقيد في السجل التجاري مؤهل للممارسة التجارية، فممارسة النشاط التجاري على سبيل الإعتياد لا يعطي لتاجر حق التمسك تجاه الغير بهذه الصفة، وإنما القيد في السجل التجاري هو الذي يمنحه هذا الحق ويكسبه الصفة التجارية إزاء القوانين المعمول بها في مجال الأنشطة التجارية[146]، وهذا ما قضت به المادة 22 من نفس القانون:«لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري والذين يبادروا بتسجيل أنفسهم عند إنقضاء مهلة شهرين بأن يتمسكوا بصفتهم كتجار...»[147].

ثانيا: إكتساب صفة التاجر بالنسبة للشخص المعنوي

إن للشخص المعنوي كيان تصوري مجرد، تلحق به الآثر القانونية كما تلحق بالشخص الطبيعي تحقيقا للوحدة التي يمثلها غرض معين وضمانا لإستمراره، ولقد ألزمت التشريعات التي أخذت بنظام السجل التجاري للشخص المعنوي القيد في السجل التجاري، كما ألزمت الشخص

144- فتاك علي، مرجع سابق، ص ص.162،161.

145- أمر 75-59 يتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

146- محمد عبد الغفار البسيوني، تامر يوسف سعفان، محمد عبد الرحمان الصالحي، القانون التجاري: دراسة موجزة في الاعمال التجارية، والتاجر، الاوراق التجارية، الشركات التجارية، د.م،2009، ص.142.

147- أمر رقم 75-59 يتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

الطبيعي وبذلك في حالة توافر الشروط القانونية، يثار في هذا الخصوص سؤال مهم وهو: هل يرتب على القيد في السجل التجاري إكتساب الشخصية المعنوية أم لا يرتب ذلك؟

لقد إختلفت الإجابة عن هذا السؤال بين مختلف التشريعات، إذ أن المشرع العراقي لم يرتب على القيد في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية وفروع الشركات والمؤسسات الاقتصادية الأجنبية إكتسابها للشخصية المعنوية بل على العكس فهو شرط لإلزامها بالقيد، وتكتسب الشركات التجارية العراقية، الشخصية المعنوية طبقا لقانون الشركات. أما فروع الشركات والمؤسسات الإقتصادية الأجنبية فتكتسبها طبقا لنظام فروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الأجنبية[148].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فتكتسب الشركات التجارية شخصيتها المعنوية من تاريخ تسجيلها في السجل التجارة والشركات ولقد تم تعميم هذا المبدأ أيضا على الشركات المدنية إذ تكتسب هذه الأخيرة شخصيتها المعنوية من تاريخ تسجيلها في السجل التجارة والشركات وكذلك الأمر بالنسبة لتجمعات المصالح الإقتصادية مهما كان غرضها، ولقد إنتقد جانب من الفقه الفرنسي العلاقة بين ميلاد الشخصية المعنوية وتاريخ التسجيل في السجل التجاري والشركات وذلك أنه يؤدي إلى إطالة مدة تكوين الشركة.

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد رتب على القيد في السجل التجاري بالنسبة لشركات الأموال وشركات القطاع العام ذات الأثر الذي رتبه المشرع الفرنسي، إذ يرتب على القيد هذه الأخيرة في السجل التجاري إكتسابها للشخصية المعنوية من تاريخ هذا القيد.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد رتب على قيد الشركة التجارية في السجل التجاري إكتسابها الشخصية المعنوية إسوة بالتشريع الفرنسي. إذ يعد إيداع العقد التأسيسي للشخص المعنوي من بين الشروط الأساسية لممارسة النشاط التجاري، حيث يلتزم المؤسس أو أكثر بتحرير عقد التأسيس لدى الموثق كمشروع قانون تأسيسي، ومن ثمّ إيداعه لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.

148- سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص.117.

يختلف الأمر بين الشخص الطبيعي الذي يثبت له المركز ممارسة النشاط التجاري بصفة قانونية والذي يعد قرينة قاطعة كما سبق الذكر، أما فيما يخص الشخص المعنوي فإن الصفة التجارية التي يتمتع بها مرتبطة بالجانب الشكلي، أما التسجيل أو القيد في السجل التجاري فيترتب عنها منح الشخصية المعنوية[149] .

يعتبر القيد في السجل التجاري للشخص المعنوي بمثابة عقد ميلاده ولا يمكن الإعتراف بوجوده إلا بعد أن تتم عملية القيد وتثبت له الصفة من طرف المركز، وتعدّ مثلا الشركات التجارية باطلة إذ لم تودع عقودها التأسيسية لدى مصالح المركز. وحتى بعض العقود فهي باطلة لأن ما بني على باطل فهو باطل، فلا يمكن للشركة التجارية إجراء أي عمل قانوني نظرا لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية ولا تتمتع بها إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري لدى مصالح المركز، لكن هذا لا يعني عدم تحمل مسؤوليتها تجاه الغير، فتثبت الحقوق دون الإلتزامات[150].

الفرع الثاني

شهر المركز القانوني للتاجر

إن البيانات المقيدة في السجل التجاري يتم نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانوننية التي يتولى المركز الوطني لسجل التجاري إعدادها و نشرها، حيث تدرج في هذه النشرة الإشهارات القانونية التي يقررها في مجال الإشهار، التشريع والتنظيم المعمول به.

ويستهدف الإشهار القانوني الأخبار فيما يخص الشركات التجارية من أجل إطلاع الغير على محتوى العقود التأسيسية والتعديلات والعمليات التي تشمل رأس مالها وتأجير التسيير وبيع المحل التجاري، كما يستهدف الإشهار القانوني الإجباري الأشخاص الطبيعيين التجار إطلاع الغير على وضعية التاجر وأهليته وموطن مؤسسته الرئيسي الذي يستغل فيه تجاريه فعلا وعلى ملكية المحل التجاري.

149- فتاك علي، مرجع سابق، ص.162.

150- عياد حكيمة، مرجع سابق، ص ص .91،92.

يعد الخاضع للقيد ملتزما بالمسارعة للقيام بهذا الإشهار الثانوي، والذي يتم تحت مسؤوليته ونفقته، غير أن الذي يقوم بالنشر القانوني الإخباري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ومأمور السجل التجاري[151].

يلتزم المركز الوطني للسجل التجاري بإدراج كافة الإشهارات القانونية ويقوم بإعلام الغير عن كل التغيرات التي تطرأ على التاجر أو محله التجاري وحالته القانونية.

كما يلتزم المركز بشهر كافة المعلومات المتعلقة بالأهلية القانونية للتاجر وكل التعديلات والتغيرات التي تطرأ عليه، ولقد إعتمدت هذه الآلية لمالها من آثار على الوضعية القانونية للتاجر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، لأنه يمكن الغير من الإطلاع عن الحالة القانونية للتاجر وعن نشاطه سواء كانت حالته إيجابية أو سلبية، ويجلب المتعاملين الإقتصاديين[152].

إن شهر وتسجيل العقود التجارية يؤدي إلى تعطيل نفاذها وذلك خلافا لما تقتضيه القواعد العامة في القانون التجاري من سرعة وإئتمان، فكثرة إجراءات شهر وتسجيل العقود التجارية يعرقل خاصية السرعة فبالنسبة لعقد الشركة التى أوجب المشرع فيها شهرها و تسجيلها حتى تكتسب الصفة التجارية ولا تمارس الأعمال التجارية إلا بعد قيامها بهذه الاجراءات هذا ما يجعلها تتعطل في ممارسة أعمالها التجارية.

من تحصيل حاصل ما نتوصل إلى إستنتاجه في نهاية دراسة الفصل و مما تم عرضه إستخلصنا أن المشرع الجزائري خرج عن مبدأ حرية إثبات العقود التجارية في بعض العقود التي إستثناها بنص صريح، حيث إستوجب إنعقادها في عقد رسمي إضافة إلى شهرها وتسجيلها، كما إشترط لإثبات هذه العقود وجوب وجود دليل كتابي.

151- فتاك علي، مرجع سابق، ص.53.

152- عسلوج فايزة، باكلي أسية، القيد في السجل التجاري كضمان لحقوق التاجر، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013،2014، ص.38.

خـــــاتمة

ميز المشرع الجزائري، على غرار تشريعات الدول المقارنة، المواد التجارية بنظام خاص في الإثبات يختلف جذريا عن قواعد نظام الإثبات التى تعرفها المعاملات المدنية، وفي سياق هذا التمييز يتضح أن التفرقة التي نادى بها الفقهاء بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية تجد علتها في تحري التطبيق السليم لقواعد الإثبات التي قررها المشرع في المنظومة القانونية للدولة، حيث يطبق القاضي على المنازعة الناشئة عن الأعمال التجارية نظام الإثبات التجاري، بينما يستقل بقواعد الإثبات المدنية في التطبيق على المنازعات القائمة على المعاملات المدنية وهي في تنظيمها وتطبيقها تختلف تماما عن خصائص المبادلات التجارية .

يتبين أن المعاملات التجارية تخضع لمبدأ حرية الاثبات التي تقضي جواز إثبات الأعمال التجارية بكافة الطرق، وقرر المشرع هذا المبدأ في نص المادة 30 من القانون التجاري وكما يظهر تقرير هذا المبدأ ايضا في نص المادة 333 من القانون المدني، بذلك يتضح أن المشرع لم يقيد نظام الإثبات في المعاملات التجارية بالكتابة حتى ولو كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100 ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، مثلما فعل في إثبات التصرفات المدنية حيث إستثنى المشرع في هذا النص التصرفات القائمة في المواد المدنية من وجوب الاثبات بالكتابة فأجاز صراحة إثباتها بالشهود مهما بلغت قيمتها وذلك مراعاة منه لخاصيتي السرعة والإئتمان في المبادلات التجارية، وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الاثبات في المعاملات التجارية لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز مخالفة مبدأ حرية الاثبات ذلك أنه ليس مبدأ مطلق إذ ترد عليه بعض الإستثناءات، يظهر فيها إشتراط المشرع سند كتابي لضمان صحة التصرف القانوني الذي يتمسك به أطراف الدعوى المعروضة أمام القاضي التجاري، بحيث خرج المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة على مبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية في حالات محدودة، تم حصرها على سبيل الإستثناء وذلك أن الأصل في الإثبات التجاري هو عدم إشتراط دليل رسمي فقد أطلق المشرع حرية الإثبات بكل الطرق ونجد أن المشرع قد أقر على ضرورة الكتابة الرسمية بإبرام عقد الشركة المادة 418 ق.م.ج و كذلك العمليات الواردة على المحل التجاري.

إضافة إلى الكتابة فقد إشترط المشرع ضرورة شهر وتسجيل العقود التجارية حتى يرتب هذا العقد أثار قانونية على القيد في السجل التجاري.

لقد وفق المشرع في بعض المواقف ذات الصلة بإثبات العقود التجارية حيث منح للخصوم السهولة والتيسير في إثبات التصرفات التجارية قياسا على السرعة والإئتمان في المعاملات التجارية، مما إستوجب عليه فتح المجال للخصوم للإثبات بكل الطرق، على أن يتلقي القاضي ما يقدمه له الخصوم من أدلة في الدعوى، فيتولي تقديرها وفقا للقوة التي منحها لها القانون، كما أنه من ناحية أخرى يمتنع عليه أن يسعى إلى الحقيقة من غير طريق الأدلة التى قدمت إليه في الدعوى .

رغم أن المشرع يسر إثبات العقود التجارية من جهة إلا أنه قيدها من جهة أخرى كما ألزم الأطراف بموجب استحضار دليل كتابي في بعض العقود التجارية الواردة بنص خاص، مثل عقد الشركة والعمليات الواردة على المحل التجاري، بذلك يكون المشرع قد قلل من حرية الإثبات وسرعة المعاملات التجارية، وبالرجوع لنص المادة 30 من القانون التجاري نجد أن المشرع قد أغفل في تبيان إلزامية القاضي من عدمه في مراعاة الترتيب التشريعي الوارد في نص المادة السالفة الذكر، كما أنه لم يراعي الترتيب من حيث القوة الثبوتية حيث أول الرسائل والفاتورة ذات القيمة النسبية على دفاتر التاجر التي تعتبر ذات قيمة مطلقة في إثبات العقود التجارية .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. الكتب

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، الإسكندرية،2007.
2. أحمد نشأة، رسالة الاثبات: ج1، أركان عبء الإثبات، الكتابة، شهادة الشهود، الطبعة السابعة، د.م، د.س.
3. أكرم ياملكي، القانون التجاري:ج1، الأعمال التجارية، التاجر والمتجر والعقود التجارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1998
4. جعفر عرارم، القوانين العقارية بين النظرية والتطبيق: الجذور التاريخية، تطبيقات قانون الشهر العقاري، المحررات والعقود الواجبة الشهر للمنازعات العقارية، مسؤولية المحافظ العقاري، الجزائر، 2009.
5. جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، 2009.
6. حسام الدين كامل الاهراني، الحق في احترام الحياة الخاصة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.
7. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الطبعة السابعة، دارهومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
8. دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود: وفق أحكام الشريعة والقانون وما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2005
9. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

10. سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية،ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1994.
11. سلمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري: التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية النظرية العامة للشركات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003.
12. سيد أحمد محمود، النظام الاجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، مصر، 2007.
13. عبد الحميد المنشاوي، إجراءات الشهر العقاري والمحررات الواجبة الشهر، الإسكندرية، د.س.
14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط قي شرح القانون المدني: ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، المجلد الأول، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
15. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري: ج1 التاجر، المتجر، العقود التجارية ، الأردن، 2008.
16. عصام حنفي محمود، القانون التجاري: ج1، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، الشركات التجارية، شركات الاشخاص، د.م، د.س.
17. علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة، في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م، د.س.
18. عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، د.س .
19. فتاك علي، مبسوط القانون التجاري الجزائري في السجل التجاري: دراسة مقارنة إبن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.
20. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري: الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية، السجل التجاري، ط 2، دار إبن خلدون جامعة وهران، 2003.
21. فوضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، الاعمال التجارية، التاجر، ط 9، الجزائر، د.س
22. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات: مناطه وضوابطه، منشأة المعارف، الإسكندرية،2002.
23. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.م،2009.
24. محمد السيد الفقي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، ج1، منشورات الحلبي، د.م، 2005.
25. محمد توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

26. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعية لطباعة والنشر، بيروت، د.س.
27. محمد حسن منصور، قانون الإثبات: مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
28. محمد عبد الغفار البسيوني، تامر يوسف سعفان، محمد عبد الرحمان الصالحي، القانون التجاري: دراسة موجزة في الاعمال التجارية، والتاجر، الأوراق التجارية، الشركات التجارية، د.م،2009.
29. محمد فريد العريني، محمد السيد الفقيهي، الشركات التجارية، الاسكندرية ، د.س.
30. محمد فواز مطلقة، الوجيز في العقود التجارية الالكترونية، دار النشر والتوزيع، د.م، 2008.
31. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009 .
32. ميدى أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2008.
33. نبيل براهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، 2008.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

1. زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007
2. علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، رسالة دكتوراه في المرافعات، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د.س.

ب- المذكرات الجامعية

❖ **مذكرات الماجستير**

1. بن زواري سفيان، بيع المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012- 2013.

2. جامع رضوان، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الاعمال،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
3. عياد حكيمة، المركز القانوني للهيئة المكلفة بالسجل التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012-2013.
4. فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2007،2008.

❖ **مذكرات الماستر**

1. إسقونن أحمد، ميزي سارة، حجية الكتابة في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
2. إعباسن زوهرة، سعودي رميزة، أحكام بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعةعبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014.
3. أيوقوت دليلة، ساحلي صونية ، فعالية وسائل الاثبات في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، 2011.
4. تولوم حورية، يحياوي صليحة، إيجار المحل التجاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
5. حميش كميلة، حامدي وردة، الشكلية الواردة على المحل التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014-2015.
6. عسلوج فايزة، باكلي اسية، القيد في السجل التجاري كضمان لحقوق التاجر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجابة، 2013-2014.

7. قماش سلوى، إسعودة كنزة، العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية، الرهن والايجار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014.

❖ **مذكرات التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء**

مصراوي علي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الفترة التكوينية 2006-2009.

❖ **مذكرات الليسانس**

1. بوسامة هاجر، حميد حنان، اليات الاثبات في التشريع المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الليسانس، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة 8ماي 1945، قالمة، 2013-2014.
2. يشروف كوثر، بوشلاغم ايمان، التوقيع الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، 2013-2014.

III. المقالات

1. علي البدر أحمد الشرقاوي:«الاثبات بالقرائن مجلة» الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد الثامن 1986.
2. لشهب حورية :«النظام القانوني للعقود التجارية» مجلة العلوم الانسانية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثاني عشر، نوفمبر 2009.

IV. أعمال الملتقيات

بدر بن عبد الله الجعفري، "الاثبات الالكتروني في المنازعات التجارية"، من أعمال الملتقى العدلي حول وسائل الاثبات الذي تضمنته الغرفة التجارية، الصناعية، يناير 2013.

Site: http//www.hcci.org.sa

V. القرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 28651، المؤرخ في 1983/05/07، المجلة القضائية، عدد خاص، 1987، ص ص 187-190.
2. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 62268، المؤرخ بتاريخ 1990/07/15، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص ص 106-112.
3. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، رقم 84034، المؤرخ بتاريخ 1992/07/07، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1993، ص ص 164-168.
4. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 136156، صادر بتاريخ 1997/02/12، المجلة القضائية، عدد01 سنة 1997، ص ص 242-247.
5. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 143103، المؤرخ 1996/04/23، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998، ص ص 122-127.

VI. النصوص التشريعية و التنظيمية

أ- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج.ر، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
2. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101،مؤرخ في 19 سبتمبر1975، معدل ومتمم.
3. أمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12، يتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العام تأسيس السجل العقاري، ج.ر، العدد 92 المؤرخ في 13 أفريل 1976، معدل ومتمم.
4. قانون 91-25 المؤرخ في 1991/12/16، يتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر،عدد 65، صادر في 1991/12/18، معدل ومتمم.
5. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادي الثاني 1424 الموافق ل 26 أوت 2003، ج.ر، عدد 52، يتضمن قانون النقد والقرض، معدل ومتمم.

6. أمر رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية، عدد 14.
7. أمر رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر، عدد 21، المؤرخ في 23 أفريل 2008.

ب- النصوص التنظيمية

1. مرسوم 75-63 المؤرخ في 25 مارس 1975 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30 المؤرخة في 13 أفريل 1976.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1. ALAIN Gouset, et JEAN Jacques, Barbieri, Droit Commercial , 13eme éd Dalloz, Paris, 1996.
2. ALFRED Jauffret, Manuel de Droit Commercial, 3eme éd Librairie de droit et de jurisprudence, Paris, 1970.
3. FRANÇOIS Millo, L'Expertise judiciaire en Europe: études des systèmes allemand , anglais, Espagnol, français et italien en matière de procédure civil éd D'organisation , Paris, 2002.

فهـــــرس

الموضوع **رقم الصفحة**

مقدمة ---------- 01

الفصل الاول: التيسير في إثبات العقود التجارية ---------- 06

المبحث الأول: تنوع وسائل إثبات العقود التجارية ---------- 07

المطلب الاول: طرق الاثبات ذات القيمة المطلقة ---------- 08

الفرع الأول: إثبات العقود التجارية بالسندات ---------- 08

أولا: إثبات العقود التجارية بالسندات الرسمية ---------- 08

1. تعريف السندات الرسمية ---------- 09
2. الشروط القانونية للإثبات بالسندات الرسمية ---------- 09

ثانيا: إثبات العقود التجارية بالسندات العرفية ---------- 11

1. تعريف السند العرفي ---------- 11
2. الشروط القانونية للاثبات بالسندات العرفية ---------- 11

ثالثا: الإثبات الإلكتروني للعقود التجارية ---------- 12

1. تعريف السندات الإلكترونية ---------- 13
2. شروط الإثبات الإلكتروني للعقود التجارية ---------- 13

الفرع الثاني: إثبات العقود التجارية بدفاتر طرفي العقد ---------- 15

أولا: تعريف الدفاتر التجارية وأنواعها ---------- 15

ثانيا: تنظيم الدفاتر التجارية و الاطلاع عليها ---------- 15

المطلب الثاني: طرق الاثبات ذات القيمة النسبية ---------- 16

الفرع الأول إثبات العقود التجارية بالمراسلات والفاتورة ---------- 17

أولا: إثبات العقود التجارية بالمراسلات ---------- 17

ثانيا: إثبات العقود التجارية بالفاتورة ---------- 18

الفرع الثاني: البينة والوسائل الأخرى في إثبات العقود التجارية ---------- 19

أولا: إثبات العقود التجارية بالبينة ---------- 19

1. تعريف شهادة الشهود ---------- 20
2. شروط الشهادة ---------- 20

ثانيا: الوسائل الأخرى المعدة للإثبات العقود التجارية ---------- 21

1. الاقرار في اثبات العقود التجارية ---------- 21
2. اليمين القضائية في إثبات العقود التجارية ---------- 23
3. القرائن كوسيلة لإثبات العقود التجارية ---------- 25
4. أدلة الإثبات المكملة ---------- 25

المبحث الثاني: سلطة القاضي في موازنة أدلة إثبات العقود التجارية ---------- 27

المطلب الأول: دور القاضي في تقدير أدلة إثبات العقود التجارية ---------- 28

الفرع الاول: حجية ودور القاضي في تقدير أدلة الإثبات ذات القيمة المطلقة -- 28

أولا: حجية أدلة الإثبات ذات القيمة المطلقة ---------- 28

ثانيا: دور القاضي في تقدير أدلة الإثبات ذات القيمة المطلقة ---------- 30

الفرع الثاني: حجية ودور القاضي في تقدير أدلة الإثبات ذات القيمة النسبية --- 32

أولا: حجية أدلة الإثبات ذات القيمة النسبية ---------- 32

ثانيا: دور القاضي في تقدير أدلة ذات القيمة النسبية ---------- 33

المطلب الثاني: مدى تعلق قواعد إثبات العقود التجارية بالنظام العام أمام القضاء -- 35

الفرع الأول: تعلق قواعد إثبات العقود التجارية بالنظام العام ---------- 36

أولا: آراء فقهية فيما يخص قواعد الإثبات التجاري بالنظام العام ---------- 36

ثانيا: نقد الآراء الفقهية ---------- 37

الفرع الثاني: عدم تعلق قواعد إثبات العقود التجارية بالنظام العام أمام القضاء -- 38

أولا: آراء فقهية فيما يخص عدم تعلق قواعد الإثبات التجاري بالنظام العام ----- 38

ثانيا: نفقد الآراء الفقهية ---------- 40

الفصل الثاني: التقييد في إثبات العقود التجارية ---------- 42

المبحث الأول: الكتابة الرسمية كمظهر لتقييد إثبات العقود التجارية --------- 43

المطلب الأول: الكتابة الرسمية لإنعقاد العقود التجارية ---------- 43

الفرع الاول: كتابة عقد الشركة ---------- 43

الفرع الثاني: كتابة العقود الوارد على المحل التجاري ---------- 45

أولا: بيع المحل التجاري ---------- 45

ثانيا: إيجار المحل التجاري ---------- 46

ثالثا: رهن المحل التجاري ---------- 48

المطلب الثاني: الكتابة الرسمية شرط لإثبات العقود التجارية ---------- 50

الفرع الاول: كتابة عقد الشركة التجارية ---------- 50

الفرع الثاني: كتابة العقود الواردة على المحل التجاري ---------- 51

أولا: إثبات بيع المحل التجاري ---------- 52

ثانيا: إثبات ايجار المحل التجاري ---------- 53

ثالثا: إثبات رهن المحل التجاري ---------- 54

المبحث الثاني: الشهر والتسجيل كمظهر لتقييد اثبات العقود التجارية -------- 55

المطلب الأول: النظام القانوني لشهر وتسجيل العقود التجارية ---------- 56

الفرع الاول: أوجه التشابه في نظام الشهر والتسجيل بين العقود المدنية والتجارية 56

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف في نظام الشهر والتسجيل بين العقود المدنية والتجارية ---------- 57

أولا: شهر وتسجيل العقود المدنية ---------- 57

1. المحررات الرسمية الخاضعة لشهر العقاري ---------- 58
2. إجراءات شهر وتسجيل العقود المدنية ---------- 58
3. الأثار القانونية المترتبة على عملية شهر وتسجيل العقود المدنية ---------- 59

ثانيا: شهر وتسجيل العقود التجارية ---------- 60

1. الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري ---------- 60
2. إجراءات شهر وتسجيل العقود التجارية ---------- 61
3. أثر شهر وتسجيل العقود التجارية ---------- 61

المطلب الثاني: القيمة القانونية لشهر وتسجيل العقود التجارية ---------- 62

الفرع الأول: إكتساب صفة التاجر ---------- 62

أولا : إكتساب صفة التاجر بالنسبة للشخص الطبيعي---------- 62

ثانيا: إكتساب صفة التاجر بالنسبة للشخص المعنوي---------- 65

الفرع الثاني: قيد وشهر المركز القانوني للتاجر ---------- 67

خاتمة ---------- 70

قائمة المراجع ---------- 73

الفهرس ---------- 81

إثبـــــات العقــود التجاريـــة

الملخص

منح المشرع الجزائري للأطراف الحرية في إختيار الأدلة التي يرونها مناسبة لإقناع القاضي وتكوين عقيدته، فنجد أنه أحسن في هذا الموقف بتيسير إثبات العقود التجارية بكل الطرق، كما منح للقاضي دور إيجابي في تقدير أدلة الإثبات بما يتماشى مع ظروف الدعوى.

إلا أن المشرع قد أغفل لما قيد حرية الإثبات في مواضع أخرى بحيث ألزم الأطراف باستحضار دليل كتابي لإثبات العقود التي إستثناها بنص خاص، بحيث إستوجب إنعقادها في عقد رسمي إضافة إلى شهرها وتسجيلها.

Résumé

Le législateur Algérien accordit a parties la liberté de choisir les éléments de preuve qu'ils entendent pour convaincre le juge et la formation de la foi , nous constatons que le meilleur dans cette position pour faciliter la preuve de contrats commerciaux dans tous les sens , le juge a accordé un rôle positif dans l'évaluation de la preuve en conformité avec les circonstances de l'espèce .

Toutefois, le Législateur a omis de par la liberté de la preuve dans d'autres endroits afin que les parties engagées invoquant la preuve écrite de prouver les contrats exemptés par une disposition spéciale , de sorte que a nécessité tenue dans un contrat formel , en plus de son mois et enregistrement