

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



وسائل حماية بائع المحل التجاري
في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
شعبة: القانون الخاص تخصص: قانون الأعمال
تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:
نعيمة عليوش قربوع
إعداد الطالبة:
عليمة بوصلح
أمام لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	أستاذ محاضر قسم-أ	د/ حممة مرامرية
مقرر	جامعة باجي مختار عنابة	أستاذة التعليم العالي	أ.د/نعيمة عليوش قربوع
عضوا مناقشا	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	أستاذ محاضر قسم-ب	د/نور الدين بوالصلصال
عضوا مناقشا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر قسم-أ	د/ رمزي حوجو

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و تقدير

يقال : « الشكر نسيم النعم، وهو السبب إلى الزيادة و الطريق إلى السعادة...»

الحمد لله بداية ونهاية الذي سد خطانا وبارك مسعانا، فإلى الله تعالى شكر

ترتاح له المكارم وتهتز له المواسم...

وإلى أستاذتي " نعيمة عليوش قربوع " جزيل الشكر و بالغ التقدير وجميل

العرفان على صبرها و نصحتها و إرشادها و توجيهها، وأرجو من الله أن

يجازيها خيرا و كما جمعنا العلم نرجو أن يلاقينا به الله في فرصة

أخرى للعلم تكون أفضل...

كما لا ننسى شكر كل الأساتذة الكرام الذين تابعونا و صبروا معنا طوال مسارنا

الدراسي، وكل من ساعدنا من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة.

عليمة

إهداء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن الله هدانا و الحمد لله وكفى

والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى، أما بعد

فأهدي هذا العمل المتواضع إلى:

"أمي الحنون "

"أبي العزيز".

"إخوتي و أخواتي وأزواجهم وأبنائهم".

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة.

عليمة

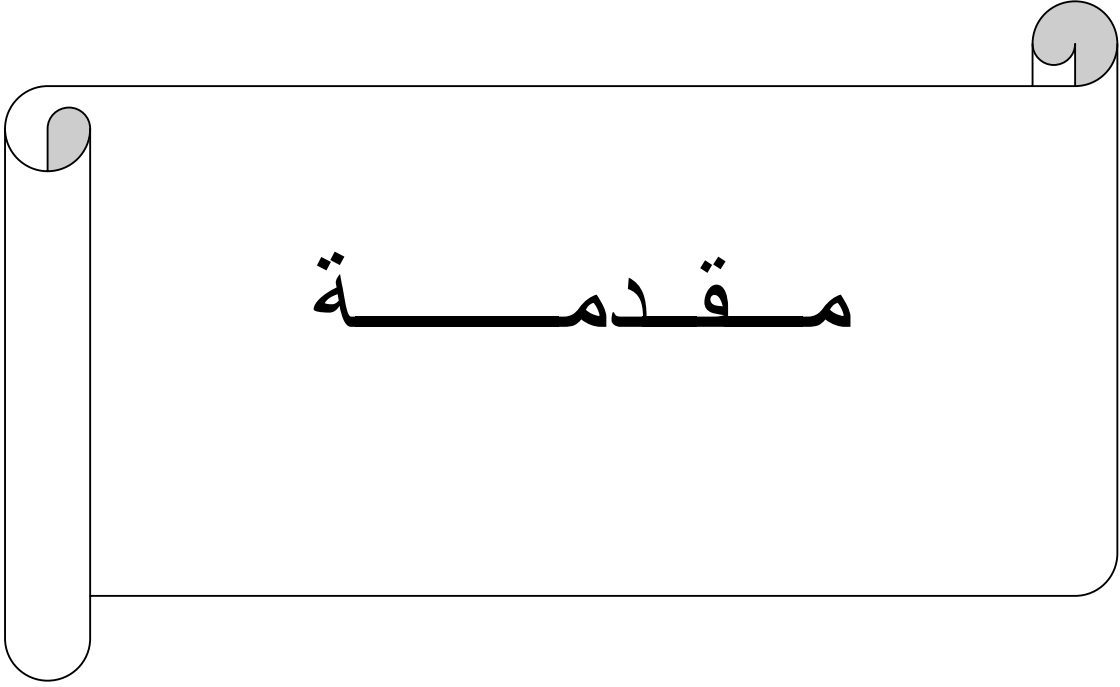
قائمة المختصرات

أولا باللغة العربية:

- ج: جزء.
- دبت: دون تاريخ.
- د.م: دون مكان نشر.
- ط: طبعة.
- ص: صفحة.
- ص، ص: صفحتين متتاليتين.
- ص- ص: الصفحة من إلى.
- ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.
- ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- /: فقرة.

ثانيا باللغة الفرنسية:

- P : page.
- Op- Cit : ouvrage précédemment cite.
- Vol : volume.



يعتبر المحل التجاري مالا منقولاً معنوياً، ذا قيمة مالية كبيرة تناهز قيمة العقار فهو يشكل عنصراً هاماً في الذمة المالية للتاجر، كما يعد عماد الاستثمار و جوهر الثروة التجارية، إذ يندرج تحت الأموال الخاصة بالتجارة باعتباره كتلة من الأموال المنقولة المخصصة للتجارة، و لا يقتصر استغلال المحل التجاري على التاجر صاحب المحل التجاري فحسب، باعتباره تاجر يمارس نشاطاً تجارياً، وإنما يمكن أن يستغل المحل التجاري باعتباره ملكية تجارية بطرق أخرى يمكن أن تحقق له دخلاً وعليه يمكن للتاجر التصرف فيه بالتنازل عنه عن طريق بيعه لشخص آخر مقابل ثمن نقدي.

ويعتبر بيع المحل التجاري من أهم التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري، لذا نظمه المشرع الجزائري بأحكام خاصة نظراً لطبيعة المحل التجاري الذي يعتبر مالا منقولاً معنوياً وذلك في المادة 79 وما بعدها من القانون التجاري⁽¹⁾، لكن المشرع لم ينظم سوى الأحكام الاستثنائية ومن ثم فإن الرجوع إلى أحكام القواعد العامة أمر لا مفر منه، لذا يشترط لانعقاده توافر الأركان العامة اللازم توافرها في سائر العقود والتي تتمثل أساساً في الرضا، المحل و السبب⁽²⁾، وعملية بيع المحل التجاري عملية معقدة لأسباب عديدة تتمحور في المصالح المتعارضة الناتجة عن بيع المحل التجاري، لذا كان لزاماً على المشرع إيجاد وسيلة لحماية هذه المصالح، و التي من بينها حماية مصلحة بائع المحل التجاري في استيفاء حقه في الثمن والذي قد يكون تسديده ليس فوراً بل مؤجلاً يدفع على أقساط دورية في مواعيد معينة، مما يعرض البائع لخطر إفلاس المشتري أو عجزه عن الوفاء بالثمن كله أو الباقي منه، أو تنصله من إتمام البيع.

لهذا فقد أحاط المشرع الجزائري ببائع المحل التجاري بالحماية اللازمة التي تقيه من هذه الأخطار، بأن قرر له مجموعة من الحقوق التي يمكنه ممارستها لاستيفاء حقه في الثمن كله أو الباقي منه.

(1) - الأمر 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 101 الصادرة بتاريخ: 19 ديسمبر 1975، ص 1306.

(2) - أنظر: المادة 59 وما بعدها من الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975، ص 993، المعدل و المتمم بالقانون 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ: 26 يونيو 2005، ص 17.

- أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع من ناحيتين:

- الناحية العلمية:

تتجلى الأهمية العلمية لدراسة وسائل حماية بائع المحل التجاري في تبيان الأحكام و القواعد القانونية التي تحكمها، و هذا ما يؤدي إلى الزيادة في الجانب الفقهي لهذا الموضوع و سد للفراغ القانوني في بعض الجوانب التي لم يعالجها المشرع بنص صريح.

- الناحية العملية:

أما من الناحية العملية فتكمن أهمية الموضوع في الحماية التي توفرها هذه الوسائل لبائع المحل التجاري عند بيعه لمحلته التجاري دون أن يقبض الثمن فوراً، مما يؤدي ذلك إلى ازدهار في الأنشطة التجارية من خلال الائتمان الذي توفره هذه الوسائل، خاصة مع ارتفاع قيمة المحلات التجارية في الآونة الأخيرة، و عدم قدرة المشتري على دفع الثمن عند إبرام العقد، فيتفق كل من البائع و المشتري على تقسيط المبلغ إلى عدة أقساط مما قد يعرض حق البائع في استيفاء الثمن للخطر، وهنا تبرز أهمية هذه الوسائل كأداة فعالة لحماية بائع المحل التجاري والتي يمكن ممارستها حتى في حالة إفلاس المشتري خلافاً للقواعد العامة.

- إشكالية البحث:

يعتبر دفع الثمن التزاماً أساسياً يقع على عاتق مشتري المحل التجاري و الذي يكون مؤجلاً يدفع على أقساط دورية، مما قد يعرض البائع المحل التجاري لخطر إفلاس المشتري أو عجزه عن الوفاء بالثمن كله أو الباقي منه أو امتناعه عن دفع الثمن وهنا يطرح التساؤل التالي:

- ما مدى فعالية الحماية التي يتمتع بها بائع المحل التجاري لضمان حقه في استيفاء الثمن؟.

و للإجابة عن هذه الإشكالية بشكل واف و دقيق لابد من طرح الأسئلة الفرعية

التالية:

- ماهي الحقوق التي يتمتع بها بائع المحل التجاري لاستيفاء حقه في الثمن؟.

- ماهي شروط التمتع بهذه الحقوق؟.
- ماهي الإجراءات المتبعة لممارسة هذه الحقوق؟.
- ما هي الآثار الناجمة عن ممارستها؟.
- هل للقضاء دور في توفير الحماية لبائع المحل التجاري بثمن مؤجل؟ و ماهي سلطة القاضي في ذلك؟.
- هل حقق المشرع الجزائري التوازن فعلا بين حماية مصلحة البائع المحل التجاري في قبض الثمن وبين حماية مصالح كل من المشتري و الغير؟.

- أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دعنتي لاختيار الموضوع منها ماهو ذاتي و منها ماهو موضوعي.

1- الأسباب الموضوعية:

- أهمية الوسائل الممنوحة لبائع المحل التجاري و التي تمثل أداة فعالة لحمايته من خطر إفلاس المشتري أو عجزه عن الوفاء بالثمن أو امتناعه عن دفع الثمن، لهذا وقع اهتمامنا على دراسته لتحليل هذه الوسائل و التعرف على شروط التمتع بها و الإجراءات الواجب إتباعها والآثار الناجمة عنها و ما مدى فعاليتها في توفير الحماية اللازمة لبائع المحل التجاري، و بالتالي تشجيع على الاستثمار في هذا المجال.

- الوقوف على الإطار القانوني لوسائل حماية بائع المحل التجاري خاصة مع تفرق أحكامها بين القانون التجاري و القانون المدني و قوانين أخرى.

- قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع، فأغلب الدراسات التي تناولت أحكام بيع المحل التجاري تعرضت لها بصفة عامة، دون تركيز و تفصيل في وسائل حماية بائع المحل التجاري.

2- الأسباب الذاتية:

الرغبة الذاتية لدراسة مثل هذه المواضيع ذات الصلة بالمحل التجاري نظرا لأهميته البالغة في النشاط التجاري، و الذي يعتبر البيع من أهم وأخطر التصرفات الواردة عليه

والذي يطرح إشكالا مهما فيما يتعلق بوسائل حماية بائع المحل التجاري من خطر إفلاس المشتري أو امتناعه عن دفع الثمن.

- أهداف الدراسة:

تكمن الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة فيما يلي:

- ضبط كل القواعد و الأحكام التي تحكم وسائل حماية بائع المحل التجاري و تبيانها لتسهيل عملية الاستفادة منها.
- جمع شتات الدراسات التي تناولت موضوع وسائل حماية بائع المحل التجاري وتحليل النتائج التي توصلت إليها.
- سد النقص المتعلق بدراسة هذه الموضوعات و إثراء المكتبة بها.
- الوصول إلى مدى فعالية هذه الوسائل في توفير الحماية اللازمة لبائع المحل التجاري من خطر إفلاس المشتري أو امتناعه عن دفع الثمن.

- الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات السابقة التي تناولت دراسة موضوع وسائل حماية بائع المحل

التجاري من بينها:

- عبد الله وافي، " امتياز بائع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد القانون و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989.
- مبروك مقدم ، " المحل التجاري - دراسة تطبيقية- "، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، فرع القانون البحري و القانون التجاري، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، 2002-2003.
- قوق أم الخير، " أحكام بيع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- رضوان جامع، " أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال ، جامعة منتوري، قسنطينة، 2001-2002.

إن هذه الدراسات بالرغم من أنها درست وسائل حماية بائع المحل التجاري لكن نجد البعض منها دراسته كانت عامة غير متخصصة و غير مركزة على هذه الوسائل

والبعض الآخر تناول جزء فقط من هذه الحماية دون التعرض لكامل وسائل حماية بائع المحل التجاري.

- الصعوبات المعترضة للبحث:

أي بحث علمي يتعرض لمجموعة من الصعوبات أثناء إنجازها، والتي تختلف بحسب طبيعة البحث و ظروف الباحث، و من بين الصعوبات التي واجهتنا في هذا البحث ما يلي:

- قلة الدراسات المتخصصة في موضوع وسائل حماية بائع المحل التجاري والمتوفر منها تناول جزء فقط من هذه الحماية دون التعرض لجميع جوانب الموضوع، كما أن أغلب الدراسات التي تناولت أحكام بيع المحل التجاري درست الموضوع بصفة عامة وبشكل موجز، مما يضطر بنا الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني و محاولة تطبيقها على وسائل حماية بائع المحل التجاري رغم صعوبة تطبيق هذه القواعد مباشرة على المحل التجاري نظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري الذي هو عبارة عن منقول معنوي يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية هذا من جهة وتعلق حقوق الغير عليه من جهة أخرى.

- كثرة الوسائل التي يتمتع بها بائع المحل التجاري بين القانون التجاري و القانون المدني حيث أن المشرع الجزائري وضع للدائن في القانون المدني عدة وسائل لحماية حقه وهي الدعوى غير المباشرة، الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)، الدعوى الصورية، حق الحبس و التأمينات العينية، مما حدا بنا الأمر إلى انتقاء أهم الوسائل التي يتمتع بها البائع المحل التجاري وفقا للقانون التجاري.

- منهج المتبع للدراسة:

من أجل الإحاطة بجميع جوانب الموضوع، اتبعت المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بوسائل حماية بائع المحل التجاري، لاستخراج الضوابط التي تحكمها وإجراءات المطالبة بها والآثار المترتبة عنها، للوقوف على مدى فعاليتها في تحقيق الحماية اللازمة لبائع المحل التجاري.

وبما أن الحماية الممنوحة لبائع المحل التجاري منها ما يتمتع به بقوة القانون كحق الامتياز وحق فسخ العقد قضائيا دون حاجة إلى اتفاق مسبق بين المتعاقدين، ومنها ما يحتاج إلى اتفاق مسبق في عقد البيع أو في عقد لاحق لإمكان التمتع به كتقرير رهن حيازي على المحل التجاري والفسخ الاتفاقي لعقد البيع، لذا قسمنا دراستنا لوسائل بائع المحل التجاري لفصلين تناولنا فيهما ما يلي:

الفصل الأول: الحماية القانونية لبائع المحل التجاري.

الفصل الثاني: الحماية الاتفاقية لبائع المحل التجاري.

الفصل الأول: الحماية
القانونية لبائع المحل
التجاري

يعتبر التزام المشتري بدفع الثمن من أهم الالتزامات التي يترتبها عقد البيع في ذمة المشتري والذي يتم الوفاء به في الزمان و المكان والكيفية المحددة في العقد، ودفع الثمن قد يكون معجلاً وقد يكون مؤجلاً على أقساط معينة تدفع في مواعيد مختلفة، وفي مثل هذه الحالة - الدفع المؤجل - قد يتعرض البائع لمخاطر إفسار المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن، ولذا حدد المشرع لبائع المنقول وسائل قانونية تضمن له الحصول على الثمن المستحق له من عقد البيع، كالحق في الامتياز الذي يخول للبائع الحق في الأولوية والتقدم على سائر دائني المشتري في استيفاء حقه في الثمن عند التنفيذ الجبري على المبيع طبقاً للمادة 997 ق.م.ج، كما خول القانون للبائع الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ عند إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن طبقاً للمادة 119 ق.م.ج، هذا بالإضافة إلى حقه في حبس المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق له طبقاً للمادة 390 ق.م.ج.

غير أن وسائل ضمان حق بائع المنقول هذه غير كافية لحماية حق بائع المحل التجاري في قبض الثمن، فحق الامتياز لا يمكن الاحتجاج به على الغير في حالة خروج المبيع من يد المشتري تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، كما لا يحتج به في حالة الإفلاس و التسوية القضائية⁽¹⁾ تطبيقاً لمبدأ المساواة بين دائني المشتري، و كذلك الشأن بالنسبة لحق البائع في طلب الفسخ فلا يمكن ممارسته في حالة إفلاس المشتري وذلك طبقاً للمادة 307 ق.ت.ج.

أما حق البائع المنقول في حبس المبيع فإن بائع المحل التجاري بثمن مؤجل لا يمكنه الاستفادة منه⁽²⁾ ذلك أنه يشترط لممارسة حق حبس المبيع أن يكون الشيء الملزم برده في حيازة الدائن، و أن يكون حق الدائن حال الأداء وكلا الشرطين لا يتوفران عند بيع المحل التجاري بثمن مؤجل، ذلك أن المحل التجاري لم يعد في حيازة البائع بعد أن

(1)- عبد الله وافي، " امتياز بائع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، معهد القانون و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص 9.

(2)- وهذا ما ذهب إليه أيضاً كل من :
- قوق أم الخير، " أحكام بيع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2005، 2006، ص 159.

- فايز أحمد عبد الرحمن، " القانون التجاري الجديد "، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 142.

- محمد حسين إسماعيل، " القانون التجاري "، ط1، الوراق للنشر و التوزيع، الأردن، 2003، ص 260.

قام بتسليمه عند إبرام العقد، كما أن ثمن المحل التجاري ليس حالا و إنما مؤجل باتفاق بين الطرفين⁽¹⁾، وعليه لا يمكن للبائع ممارسة حق الحبس على المحل التجاري لأن منح الأجل للمشتري يدل ضمنا على نيته في التنازل عن ممارسة حق الحبس⁽²⁾.

لذا نظم المشرع الوسائل القانونية لحماية بائع المحل التجاري في قبض الثمن كله أو الباقي منه، بطريقة خاصة تمكنه من تحصيل ثمن المبيع من المشتري المعسر، و ذلك عن طريق منحه امتياز خاص بحيث يمكنه من ممارسة الامتياز وحقه في الفسخ اتجاه مجموعة دائني التفليسة طبقا للمادة 114 ق.ت.ج، بالإضافة إلى الحماية المقررة له حسب قواعد القانون المدني⁽³⁾.

و عليه سنتناول دراسة الحماية القانونية لبائع المحل التجاري من خلال المبحثين

التاليين:

المبحث الأول: امتياز بائع المحل التجاري.

المبحث الثاني: الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري.

(1) يرى بعض الفقه أن المحل التجاري منقول معنوي لا يمكن احتباسه، كما أن الأمر غير قاصر على العلاقة بين البائع والمشتري بل تتعداه إلى الغير و خاصة دائني البائع لأن حقوقهم تصبح مهددة بالضياح بخروج المحل التجاري من الضمان العام، أنظر في ذلك: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 260.

(2) فريدة نادية ولهاسي، " الحق في الحبس كوسيلة قانونية لضمان حق الدائن العادي- دراسة مقارنة- "، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 74.

(3) مبروك مقدم، " المحل التجاري- دراسة تطبيقية- "، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، فرع القانون البحري والتجاري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2002-2003، ص 67.

المبحث الأول: امتياز بائع المحل التجاري:

قرر المشرع الجزائري في المادة 96 ق.ت.ج لبائع المحل التجاري الذي لم يستوف حقه في الثمن كله أو الباقي منه، ضمانا هاما بأن جعل له امتياز على المحل التجاري يستوفي بموجبه على حقه في الثمن بالأولوية على سائر الدائنين، وتتبع المحل التجاري في أي يد يكون، والتمسك به حتى في حالة الإفلاس و التسوية القضائية للمشتري طبقا للمادة 114 ق.ت.ج على خلاف ما تقضي به القواعد العامة في الامتياز. وذلك تأميننا لبائع المحل التجاري ضد تصرفات المشتري وتحسينا له من خطر إفلاسه قبل سداد كامل الثمن أو الباقي منه⁽¹⁾، وفي مقابل هذا التدعيم قيد المشرع حق البائع في ممارسة الامتياز بمجموعة من الشروط حتى ينتج آثاره اتجاه الغير.

ولذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: نطاق ممارسة امتياز بائع المحل التجاري.

المطلب الثاني: آثار ممارسة امتياز بائع المحل التجاري.

المطلب الثالث: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري وشطب قيده.

المطلب الأول: نطاق ممارسة امتياز بائع المحل التجاري:

قيد المشرع الجزائري ممارسة البائع لحق الامتياز بمجموعة من الشروط القانونية التي تحد من إطلاقه وتحدد نطاقه كما حدد محل الامتياز لمعرفة العناصر التي ينصب عنها الامتياز و الضامنة لحقه في استيفاء الثمن كله أو الباقي منه بالأولوية على سائر دائني المشتري.

و لذا سنتطرق لدراسة نطاق ممارسة الامتياز في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شروط تقرير حق امتياز بائع المحل التجاري.

الفرع الثاني: محل امتياز بائع المحل التجاري.

الفرع الأول: شروط تقرير حق امتياز بائع المحل التجاري:

حق الامتياز هو تأمين يخول الحق في الأفضلية وفي تتبع المال المثقل به في أي يد يكون على غرار باقي التأمينات العينية كقاعدة عامة، إلا في حقوق الامتياز التي نص

(1) - السيد خلف محمد، " إيجار وبيع المحل التجاري "، دار الكتب القانونية دم، 1998، ص 77.

القانون بعدم التمتع بحق التتبع⁽¹⁾ و تبرير هذا الامتياز أن البائع هو الذي أدخل الشيء المبيع في ذمة المشتري دون أن يتلقى الثمن، مما يؤدي إلى إثراء المشتري على حساب البائع دون سبب وفي هذا ظلم للبائع وليست هناك وسيلة تمكنه من استيفاء الثمن أفضل من منحه امتيازاً على الشيء المبيع ذاته يمكنه من التقدم على سائر الدائنين لاستيفاء حقه من ثمن هذا الشيء المبيع⁽²⁾.

أما الامتياز الذي يتمتع به بائع المحل التجاري فهو امتياز من نوع خاص نصت عليه المادة 96 ق.ت.ج والتي تشترط لقيامه مجموعة من الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية والتي سنتناولها كما يلي:

أولاً: الشروط الموضوعية لامتياز بائع المحل التجاري.

ثانياً: الشروط الشكلية لامتياز بائع المحل التجاري.

أولاً: الشروط الموضوعية لامتياز بائع المحل التجاري:

فرض القانون عدة شروط موضوعية يجب توافرها لقيام امتياز بائع المحل التجاري تتمثل أساساً في أن يرد البيع على محل تجاري كوحدة، لا يبيع كل عنصر من عناصره بصفة مستقلة، وأن يجزأ الثمن في العقد إلى ثلاثة أجزاء، الجزء الأول يقابل قيمة العناصر المعنوية و الثاني يقابل قيمة المعدات و الثالث يقابل قيمة البضائع طبقاً للمادة 3/96 ق.ت.ج .

لذا سنتطرق للشروط الموضوعية لامتياز بائع المحل التجاري على النحو التالي:

1- أن يكون البيع وارداً على محل تجاري.

2- أن يكون ثمن البيع مجزئاً على عناصر المحل التجاري.

1- أن يكون البيع وارداً على محل تجاري:

يستلزم لقيام الامتياز المقرر طبقاً للمادة 96 ق.ت.ج أن يكون العقد بيعاً، وأن يرد

على محل تجاري، فإذا كان عقد آخر وارد على محل تجاري كالقسمة مثلاً فلا مجال

(1) - نوفل زونية زبار، " حق الامتياز في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 58.

(2) - سمير عبد السيد تناغو، " التأمينات العينية "، دم، 2000، ص، ص 243، 244، وأنظر أيضاً: محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية "، ج 7، ط 1، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 384.

لوجود هذا الامتياز، وتخضع عملية بيع المحل التجاري بالإضافة إلى الأحكام العامة لعقد البيع من رضا، محل وسبب إلى أحكام خاصة نصت عليها المادة 79 وما بعدها من القانون التجاري و المتمثلة في الكتابة الرسمية لعقد بيع المحل التجاري⁽¹⁾، وإشهار عملية البيع⁽²⁾.

لكن متى نكون أمام عملية بيع لمحل تجاري؟.

أ- الشروط الواجب توافرها لاعتبار العقد بيعا لمحل تجاري:

يشترط لكي يعتبر البيع واردا على محل تجاري أن يتناول قدرا من العناصر اللازمة لتكوين المحل التجاري، وطبقا للمادة 78 ق.ت.ج فإن كل محل تجاري يجب أن يشتمل إلزاميا عملائه و شهرته، أما بقية العناصر الأخرى فيمكن أن يشتمل على بعضها أو كلها حسب طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه التاجر في محله التجاري⁽³⁾، فإذا لم يشتمل عقد بيع المحل التجاري على عنصري العملاء والشهرة التجارية فلا يعد ذلك بيعا لمحل تجاري⁽⁴⁾ و بالتالي لا يتقرر للبائع حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 96 ق.ت.ج.

أما إذا لم يحدد الطرفان العناصر التي ينصب عليها البيع فلا يؤثر ذلك على وجود العقد ويتعين على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي يشملها البيع من خلال تفسير إرادة المتعاقدين مراعى في ذلك وجوب توافر العناصر الجوهرية اللازمة لتكوين المحل التجاري و الضرورية لممارسة النشاط التجاري للمحل⁽⁵⁾، أما العناصر التي يقع عليها الامتياز فإنه في حالة سكوت الأطراف على ذكرها في عقد البيع و القيد فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار و العملاء و الشهرة التجارية طبقا للمادة 96/2 ق.ت.ج.

كما يشترط أيضا أن يقع البيع على المحل التجاري كمجموع وليس ببيع عنصر واحد أو عدة عناصر بصفة منفردة وإلا فإن القواعد الخاصة ببيع المحل التجاري لا

(1)- أنظر: المادة 79 ق.ت.ج.

(2)- أنظر: المادة 83 ق.ت.ج.

(3)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، 17.

(4)- السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 38.

(5)- فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، ابن خلدون للنشر وتوزيع، الجزائر، 2001، ص 206، وأنظر أيضا: علي حسن بونس، " المحل التجاري "، دار الفكر العربي، د. م، دت، ص 166، هاني دويدار، " التنظيم القانوني للتجارة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2001، ص 259.

تنطبق على هذا البيع وخاصة ما تعلق منها بحق بائع المحل التجاري في ممارسة الامتياز.

ب- الحالات الخاصة التي يمكن اعتبارها بيعة لمحل تجاري:

هناك بعض الحالات من البيوع الواردة على عناصر المحل التجاري أو المحل التجاري بأكمله تثير بعض الصعوبات بصدد تكييفها على أنها بيع لمحل تجاري لإخضاعها لقواعد بيع المحل التجاري، و بالتالي تمتع البائع بالامتياز المقرر له في المادة 96 ق.ت.ج وتتمثل هذه الحالات أساسا في:

- بيع فرع من فروع المحل التجاري:

يعتبر بيع أحد فروع المحل التجاري بيعة واردا على محل تجاري ولو لم ينصب البيع على المحل التجاري الرئيسي لأن بيع الفرع يشمل في الغالب على نفس العناصر التي يتكون منها المحل التجاري الرئيسي مما يسمح بتقرير وجوده كمحل تجاري قائم بذاته⁽¹⁾، وعليه يخضع لأحكام بيع المحل التجاري و يخول للبائع الحق في ممارسة الامتياز لاستيفاء حقه في الثمن أو الباقي منه بالأولوية على سائر دائني المشتري.

- بيع نشاط تجاري معين من أنشطة المحل التجاري:

قد يكون للمحل التجاري عدة أنشطة، لكل منها عملاء متميزون ومن أمثلة ذلك محل بيع القماش ولوازم الخياطة، أو محل الإصلاح الميكانيكي للسيارات ودهنها أو مخبزة وحلويات... إلخ، حتى لو كانت هذه الحالات متجانسة أو متكاملة فإنه يكون للمحل التجاري أكثر من نشاط تجاري له عملاء مرتبطين به بصفة عادية⁽²⁾، وعليه فهل يعتبر بيع نشاط تجاري معين من المحل التجاري المتعدد الأنشطة بيعة لمحل تجاري؟.

يعتبر بيع نشاط تجاري معين من المحل التجاري تنازلا عن جزء من المحل التجاري له مميزاته و عملاؤه⁽³⁾، و بالتالي يعد بيعة واردا على محل تجاري يخضع لأحكام المادة 79 ق.ت.ج و ما بعدها بما يرتبه هذا البيع من امتياز لبائع المحل التجاري.

(1)- علي حسن بونس، المرجع السابق، ص 166، وأنظر أيضا: هاني دويدار ، المرجع السابق، ص 260.

(2)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 19.

(3)- المرجع نفسه، ص 19.

- بيع جميع عناصر المحل التجاري بعقود مختلفة:

يتكون المحل التجاري من مجموعة من العناصر المادية و العناصر المعنوية وقد يقوم صاحب المحل التجاري، ببيع كل عنصر بصفة مستقلة وبعقود مختلفة تخضع للقواعد الخاصة بكل عنصر من عناصر المحل التجاري كالعلامات التجارية و الرسوم و النماذج الصناعية و براءات الاختراع حيث يجب تسجيلها طبقاً للتشريع الساري المفعول في هذا المجال أي قيدها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽¹⁾ ونحن نعلم أن للمحل التجاري قواعد خاصة ببيعه، فهل تنطبق قواعد بيع المحل التجاري على جميع عناصر المحل التجاري و التي بيعت بعقود مختلفة؟.

في هذه الحالة يميز الفقه بين فرضين، الأول أن يكون المشتري شخص واحد في جميع العقود، و الفرض الثاني أن يتعدد مشترو المحل التجاري، ففي الفرض الأول استقر الفقه على اعتبار العملية بيعاً لمحل تجاري لأن مجرد وجود عقود متعددة لا تمنع من امتلاك المشتري للمحل و الذي سيصبح مالكا لكل العناصر التي بيعت بعقود مختلفة في النهاية و بالتالي مالكا للمحل التجاري، و هذه العملية يلجأ إليها الأطراف عادة للتهرب من التكاليف المادية التي تتطلبها عملية بيع المحل التجاري و خاصة الضرائب و الرسوم و التخلص من إجراءاتها المعقدة⁽²⁾.

أما بخصوص الفرض الثاني و الذي يتعدد فيه المشترون فإنه يجب التمييز بين أمرين، الأول أنه في حالة حصول اتفاق بين المشتريين على شراء المحل التجاري بكامله و مواصلة استغلال نشاطه التجاري فإنه يمكن اعتبار التصرف بيعاً لمحل تجاري، لأن الملكية قد انتقلت من المالك إلى الغير و بقي المحل قائماً، و نشاطه التجاري مستغل ، أما الأمر الثاني وهو أن يكون كل مشتري قد اشترى عنصراً أو أكثر بعقود مختلفة لمزاولة تجارته الخاصة مما يؤدي إلى زوال المحل التجاري، فلا يعد التصرف في المحل التجاري بيعاً وارداً على محل تجاري وبالتالي لا يتقرر الامتياز للبائع على أي عنصر

(1) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 219.

(2) - أنظر: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 20.

من العناصر المبيعة⁽¹⁾.

2- أن يكون ثمن البيع مجزءاً على عناصر المحل التجاري:

يجب أن يذكر في عقد البيع وفي القيد الثمن مقسماً إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول يقابل قيمة العناصر المعنوية، والثاني قيمة المعدات والثالث يقابل قيمة البضائع، وهذا ما قضت به المادة 3/96 ق.ت.ج بنصها: « وتوضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجاري و المعدات والبضاعة، ويمارس امتياز البائع الضامن لكل من هذه الأثمان أو ما بقي مستحقاً منها بصفة منفصلة على كل أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجاري «، وكذا المادة 3/98 ق.ت.ج حيث أوجبت على بائع المحل التجاري عند قيد الامتياز أن يبين في جداول القيد أثمان البيع على وجه التفصيل بالنسبة للمعدات و البضائع و العناصر المعنوية للمحل التجاري، و لا يضمن كل قسم من هذه الأقسام إلا الثمن المقابل للعنصر الضامن له⁽²⁾ وفي حالة عدم تقسيم الثمن إلى ثلاثة أقساط في عقد البيع و في القيد لم يكن للبائع الحق في الامتياز⁽³⁾.

وتعد هذه التجزئة خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بعدم تجزئة الامتياز بحيث يكون ثمن الدين مضموناً بكل جزء من أجزاء المال المثقل بالامتياز، والعلة في تجزئة الامتياز ترجع إلى كون بيع المحل التجاري يحتوي على ثلاثة عقود بيع يقع كل منها على عنصر من عناصر المحل التجاري الثلاثة⁽⁴⁾.

فإذا اتفق المتعاقدين على أن يكون الثمن مجزئاً بدون تجزئة، فإن البائع يحرم من امتيازته و يصبح مجرد دائن عادي للمشتري بمبلغ دين، أما إذا كانت التجزئة غير كاملة كأن يحدد لعنصر واحد فقط الثمن المخصص له دون باقي العناصر الأخرى فإن بعض الفقه يرى جواز ذلك لأن المشرع قد نظم امتياز البائع كما لو كان متعلق بثلاث عمليات بيع مختلفة، ما دام الثمن محدد له و خاص به فإنه لا مانع من ضمانه بهذا الامتياز⁽⁵⁾.

أ- أهمية تجزئة ثمن بيع المحل التجاري:

- (1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 20.
- (2) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 237.
- (3) - فايز أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 142.
- (4) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 241.
- (5) - أنظر: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 27.

تظهر أهمية تجزئة ثمن بيع المحل التجاري من عدة نواحي نذكر منها:

- حفظ امتياز بائع المحل التجاري:

إن تجزئة ثمن البيع على عناصر المحل التجاري شرط لازم لممارسة الامتياز الذي ينقسم إلى ثلاث امتيازات مستقلة عن بعضها البعض، بحيث لا يضمن كل منها إلا الجزء المقابل له دون أجزاء الثمن المتعلقة بالعناصر الأخرى، فالامتياز الضامن للبضائع لا يمارس إلا على جزء الثمن الخاص به و لا يمارس على عنصر آخر من عناصر المحل التجاري ولو كان الجزء المقابل له غير كاف لاستيفاء كامل الحق المضمون بالامتياز⁽¹⁾ و هذا ما قضت به المادة 3/96 ق.ت.ج، كما تشترط المادة 98 ق.ت.ج في جداول قيد الامتياز تبيان الثمن بالتفصيل بالنسبة للمعدات و البضائع و العناصر المعنوية و الذي يترتب على إغفاله طبقا للمادة 100 ق.ت.ج بطلان قيد الامتياز إذا نشأ عنه ضرر لغير المتعاقدين بحيث يجوز لكل من تضرر من إهمال هذا البيان طلب البطلان من المحكمة المختصة.

- معرفة كيفية خصم المدفوع من الثمن:

تظهر أهمية تجزئة الثمن عندما يقوم المشتري بدفع بعض الثمن فقط، فيثير ذلك التساؤل التالي: كيف تتم عملية خصم الثمن المدفوع على عناصر المحل التجاري؟. نظم المشرع الجزائري عملية خصم المدفوع من الثمن بطريقة خاصة نص عليها في المادة 4/96 ق.ت.ج بحيث يخصم أولا من ثمن البضائع، ثم من ثمن المعدات وأخيرا العناصر المعنوية، ولو اتفق الأطراف خلاف ذلك فلم يترك المشرع للمتعاقدين الحرية في تنظيم هذه المسألة أما إذا كان الثمن على دفعات نقدية (فورية)⁽²⁾ فإنه يخصم وفقا لإرادة

(1) - أحمد محرز، " القانون التجاري الجزائري "، ج4، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1980، ص79، وأنظر أيضا: السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 80، محمد أنور حمادة، " التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2001، ص 45، عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 30.

(2) - مصطلح " الدفعات النقدية " الذي ورد في نص المادة 4/96 ق.ت.ج باللغة العربية معناه غير صحيح لأن المقصود بالدفعات هنا هو " الدفعات الفورية " كما يفهم ذلك من النص باللغة الفرنسية و الآتي نصه:

« Nonobstant toute convention contraire, Les paiements. Partiels autres que les paiement au comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel ».

الأطراف طبقا لنص المادة 4/96 ق.ت.ج بنصها: " و بالرغم من كل اتفاق مخالف فإن الدفعات الجزئية غير الدفعات النقدية تطرح أولا من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات ". والملاحظ هنا أن المشرع قد عنى بتخليص البضائع أولا من امتياز البائع و ذلك مراعاة لمصلحة البائع والمشتري لكونها عنصر ظاهر في ذمة المشتري يتوقف عليها انتمانه في مواجهة دائنيه، كما تحقق للمشتري الائتمان الضروري لتدعيم مركزه ونشاطه في السوق⁽¹⁾، بالإضافة إلى أنها مهياة بطبيعة الحال للتعامل عليها وهو ما يستوجب تخليصها قبل غيرها من امتياز بائع المحل التجاري⁽²⁾.

و من كل ما سبق يتبين لنا مدى أهمية تجزئة الثمن لممارسة هذه العملية فمن دون معرفة الثمن الخاص بكل عنصر من عناصر المحل التجاري لا يمكن خصم المدفوع من الثمن بالكيفية المحددة في المادة 4/96 ق.ت.ج.

- تسهيل عملية إنقاص ثمن بيع المحل التجاري:

تفيد تجزئة ثمن بيع المحل التجاري في عملية إنقاص ثمن بيع المحل التجاري إذا كان مبالغا فيه، سواء باتفاق الأطراف أو من طرف المحكمة بناء على طلب المشتري ذلك أن المبالغ التي تنقص من الثمن تخصم من ثمن العناصر المعنوية و التي غالبا ما تكون المبالغة في الثمن الخاص بها لكونها تقوم على اعتبارات معنوية يصعب تقدير قيمتها الحقيقية، و تكون أسهل في الوقوع في التفاوت بين قيمتها الحقيقية والقيمة المعطاة لها عكس العناصر الأخرى كالمعدات و البضائع و التي من سهل تقدير قيمتها الحقيقية و بالتالي تنقص احتمالات وقوع المبالغة في تقدير قيمتها الحقيقية⁽³⁾.

و عليه فإن عملية إنقاص ثمن بيع المحل التجاري تتطلب تجزئة ثمن بيع المحل التجاري لمعرفة الجزء المخصص للعناصر المعنوية لتتم عملية الإنقاص.

- تمكين المشتري من تطهير المحل التجاري من القيود التي تثقله:

توجب المادة 2 /132 ق.ت.ج على المشتري الذي يرغب في اتقاء ملاحقات الدائنين المقيدون أن يبلغهم في محل إقامتهم المختار في قيودهم تحت طائلة سقوط الحق

(1) - محمد أنور حمادة، المرجع السابق، ص، ص 39، 40.

(2) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 242.

(3) - المرجع نفسه، ص 201، وأنظر أيضا: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 29.

وقبل الملاحقة أو خلال ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ له، عن طريق إخطار يوجهه إليهم يبين فيه ثمن العناصر المعنوية دون البضائع و المعدات⁽¹⁾.

و في حالة شمول عقد الشراء الذي أحرز عليه المالك الجديد عناصر مختلفة لمحل تجاري، منها ما هو مثقل بقيود، ومنها ما هو غير مثقل و كانت موجودة بدائرة محكمة واحدة أم لا و وقع بيعها جملة أو بأثمان مختلفة، و جب ذكر ثمن كل عنصر منها في التبليغ و على وجه التفصيل إذا كان له محل القيمة الحقيقية المدرجة في العقد طبقا للمادة 3/132 ق.ت.ج و منه يتبين لنا أهمية تجزئة ثمن بيع المحل التجاري في تطهيره من القيود الواردة عليه.

- ممارسة الدائنين المقيدون بالمزيد بالسدس و المزيد بالعاشر:

تظهر أهمية تجزئة ثمن بيع المحل التجاري في ممارسة الدائنين المقيدون بالمزيد بالسدس و المزيد بالعاشر على النحو التالي:

- المزيد بالسدس:

تمكن المادة 2/85 ق.ت.ج لكل دائن مقيد أو دائن معترض خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ آخر يوم تابع للإعلان، في حالة عدم كفاية الثمن بديون الدائنين المقيدون طلب زيادة السدس أصلا عن المحل التجاري دون المعدات و البضائع، طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد من 133 إلى 139 ق.ت.ج و المقصود هنا أنه من حق أي دائن مقيد أو معترض أن يطلب شراء المحل التجاري و يكون الثمن الأساسي المبلغ المقيد مع زيادة السدس من قيمة العناصر المعنوية فقط، أي تستبعد إذن قيمة المبالغ المخصصة للمعدات و البضائع، و الهدف من الزيادة بالسدس هو حماية دائني البائع في حالة إخفاء قيمة المحل التجاري الحقيقية أو بيعه بثمن رخيص ولا تمارس إلا إذا كان البيع بالتراضي⁽²⁾ أما إن كان البيع قضائيا أو الذي يتم بالمزاد العلني بطلب من وكيل التفليسة أو التسوية القضائية أو من الشركاء على الشيوع في المحل التجاري فلا يجوز طلب

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 28.

(2) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 248.

المزايدة بالسدس فيه طبقا للمادة 89 ق.ت.ج(1) .

و من ذلك تظهر أهمية تجزئة الثمن لممارسة هذه العملية، إذ لا بد من معرفة الثمن المخصص للعناصر المعنوية للمطالبة بالثمن المحدد زائد السدس من قيمة العناصر المعنوية.

- المزايدة بال عشر:

تجيز المادة 133 ق.ت.ج لكل دائن مقيد على المحل التجاري في حالة عدم تطبيق المادة 131 ق.ت.ج(2) أن يطرحه للبيع بالمزايدة العلنية على أن يعرض رفع ثمنه الأصلي ما عدا المعدات و البضائع بمقدار العشر، أي بالقيمة المتفق عليها بين المدين و الحائز بزيادة عشر تلك القيمة و هذه المزايدة تشمل فقط العناصر المعنوية(3)، ومنه يتبين أهمية تجزئة ثمن بيع المحل التجاري لممارسة المزايدة بال عشر.

ب- آثار تجزئة ثمن بيع المحل التجاري:

يترتب على تجزئة ثمن بيع المحل التجاري عدة آثار تتجلى أساسا في:

- تمتع بائع المحل التجاري بحق الامتياز:

يشترط لتمتع البائع بحق الامتياز المقرر في المادة 96 ق.ت.ج أن يكون ثمن بيع المحل التجاري مجزءا على كل من البضائع والمعدات و العناصر المعنوية طبقا للمادة 3/96 ق.ت.ج، بحيث لا يضمن كل جزء إلا ثمن العنصر الذي يضمن الوفاء به، و في حالة اتفاق الأطراف على أن يكون الثمن إجماليا فإن البائع لا يتمتع بحق الامتياز.

- تجزئة الامتياز:

يترتب على تجزئة ثمن بيع المحل التجاري تقسيم الامتياز إلى ثلاث امتيازات مستقلة عن بعضها البعض، ولا يضمن كل امتياز منها إلا الثمن المقابل له و لا يتعداه إلى ثمن امتياز آخر، وتفسير هذه التجزئة بقاعدة خصم المدفوعات بحيث أن ما يدفع من الثمن

(1) - حيث تنص المادة 89 ق.ت.ج على أنه: " لا تجوز المزايدة بالسدس بعد البيع القضائي للمحل التجاري أو البيع الذي يتم بالمزاد العلني بطلب وكيل الإفلاس أو التسوية القضائية أو من الشركاء على الشيوخ في محل تجاري " .

(2) - حيث تنص المادة 131 ق.ت.ج على أنه: " لا تقبل زيادة على المزايدة إذا حصل البيع حسب الأوضاع المقررة في المواد 85 و من 125 إلى 128 و 130 و 133 " .

(3) - رضوان جامع ، " أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 77.

يخصم منه أولاً ثمن البضائع ثم المعدات ثم العناصر المعنوية⁽¹⁾.
تعد هذه التجزئة الخاصة المميزة لامتيياز بائع المحل التجاري خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بعدم تجزئة الامتياز.

- تحديد كيفية خصم المدفوع من الثمن على العناصر المثقلة بالامتياز:

حيث يستوفي البائع حقه في الثمن إذا دفعه المشتري على أقساط أولاً من البضائع ثم المعدات و أخيراً من العناصر المعنوية الأخرى، و يكون عنصر الحق في العملاء آخر عنصر ينفذ عليه، والحكمة في ذلك هو الحفاظ على المحل التجاري بقدر الإمكان⁽²⁾. و هذا ما قضت به المادة 96/4 ق.ت.ج.

و عليه إذا استوفى البائع الثمن المحدد لأي عنصر من عناصر المحل التجاري فإن هذا العنصر يتحرر من ثقل الامتياز⁽³⁾، وهكذا ينقضي الامتياز الذي يقع على كل عنصر على انفراد عن باقي العناصر الأخرى للمحل التجاري.

إن توافر الشروط الموضوعية السابق بيانها لا تكفي لقيام الامتياز بل لابد من توافر مجموعة من الشروط الشكلية لإمكان الاحتجاج به على الغير.

ثانياً: الشروط الشكلية لامتيياز بائع المحل التجاري:

يشترط لاحتفاظ بائع المحل التجاري بامتيازهم المقرر وفقاً للمادة 96 ق.ت.ج وإمكان الاحتجاج به على الغير الذين تعاملوا مع المشتري واعتمدوا على وجود المبيع تحت يده توافر مجموعة من الشروط الشكلية إضافة إلى الشروط الموضوعية السابق بيانها لنفاذه في مواجعتهم و ذلك حماية للغير وعدم مفاجئتهم بوجود الامتياز، وتتمثل الشروط الشكلية لنفاذ الامتياز وفقاً للمادة 96 ق.ت.ج فيما يلي:

1- أن يكون عقد بيع المحل التجاري ثابتاً بعقد رسمي⁽⁴⁾.

(1) - مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، " أصول القانون التجاري "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2007، ص، ص 275، 276 و أنظر أيضاً: السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 80.
(2) - علي بن غانم، " الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال "، موقم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2000، ص 191.

(3) - فوق أم الخير، المرجع السابق، ص 170.

(4) - بخلاف ما نص عليه كل من القانون الفرنسي حيث نصت المادة الأولى من قانون 17 مارس 1909 إثبات عقد بيع المحل التجاري بعقد رسمي أو بعقد عرفي بشرط أن يكون مسجلاً بصفة قانونية، وكذا القانون المصري في المادة الأولى من قانون 11 لسنة 1940 بشرط أن يكون المحرر العرفي مقروناً بالتصديق على أختام أو توقيعات الأطراف المتعاقدة، أنظر: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 43.

2- أن يكون الامتياز مقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري⁽¹⁾.

و عليه سنتناول دراسة هذه الشروط على النحو التالي:

1- أن يكون عقد بيع المحل التجاري ثابتا بعقد رسمي:

يستلزم لقيام امتياز بائع المحل التجاري صحيحا و نافذا في حق الغير أن يقوم البائع بإعلانه عن طريق القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وإجراء ذلك يتطلب من البائع أن يقدم لمأمور السجل التجاري نسخة من النسخ الأصلية لعقد بيع المحل التجاري طبقا للمادة 1/98 ق.ت.ج، و عليه فإن هذا الشهر الواجب إجراؤه لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان عقد البيع مكتوبا. والحكمة المتوخاة من وراء اشتراط الرسمية في عقد البيع هو تجنب النزاعات التي يمكن أن تحدث عن الاتفاقات الشفوية⁽²⁾.

لذا سنتناول دراسة الكتابة الرسمية لعقد بيع المحل التجاري وفقا للتقسيم التالي:

أ- تحرير عقد بيع المحل التجاري بالشكل الرسمي:

يشترط المشرع الجزائري لانعقاد بيع المحل التجاري و إثباته، الكتابة الرسمية طبقا للمادة 324 مكرر 1/1 ق.م.ج بنصها: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار 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، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد " وهو ما أكدته المادة 1/79 ق.ت.ج بنصها: " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا... "

(1) - وقد تم تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط و كتاب الضبط و أمناء كتاب الضبط في المحاكم و المتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيوع و رهون حيازة المحلات التجارية و إجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري و مأموري المركز الوطني للسجل التجاري بموجب المرسوم التنفيذي 98-109 مؤرخ في 4 أبريل 1998 الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ: 5 أبريل 1998، ص 09.

(2) - نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 213.

و عليه يتبين لنا من خلال نص هاتين المادتين أن عقد بيع المحل التجاري عقد شكلي، و أن الكتابة شرط جوهرى لصحته⁽¹⁾، تتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية نصت عليها المادة 79 ق.ت.ج، و التي يجب أن تتعلق بهوية الأطراف و كذا بالوضعية المالية للمحل التجاري و التي تتمثل أساسا في:

- اسم البائع السابق و تاريخ سنده الخاص بالشراء و نوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات.

- قائمة الامتيازات و الرهون المترتبة على المحل التجاري.

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

- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة.

- وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه و مدته و اسم و عنوان المؤجر و المحيل.

و الحكمة المتوخاة من وراء هذه البيانات هي حماية مكتسب المحل التجاري من

تدليس البائع، و تمكين المشتري من معرفة القيمة الحقيقية للمحل التجاري⁽²⁾.

و من كل ما سبق يتبين لنا أن الكتابة الرسمية ضرورية عند التنازل عن المحل التجاري وإلا كان باطلا، وهذا ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 125118 المؤرخ في 27-09-1994 و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن كل تنازل عن محل تجاري، و لو كان معلقا على شرط يجب إثباته بعقد رسمي و إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الآجال المحددة، و إلا كان باطلا و بدون أثر (المادة 79 و المادة 83 ق.ت.ج).

ولما ثبت من أوراق القضية الحالية أن قضاة المجلس أسسوا حكمهم على مجرد

عقد عرفي يعتبرونه منتجا لآثاره، و ملزم للطرفين، فإنهم خالفوا بذلك القانون و عرضوا

(1) - بخلاف القانون المصري الذي لا يعتبر الكتابة ركنا في عقد بيع المحل التجاري لكونه من العقود الرضائية، كما أن كتابة العقد ليست لازمة لإثباته، بل يخضع إثباته للقواعد العامة، و عليه فإن الغاية من كتابة العقد و إشهاره هي من أجل المحافظة على امتياز البائع لاستيفاء حقه في الثمن كله أو الباقي منه و إمكان الاحتجاج به على الغير، أنظر: حسن بونس، المرجع السابق، ص 238.

(2) - بيبية بن حافظ، " العمل التجاري بين الرضائية و الشكلية في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة - "، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006، 2007، ص 111.

قرارهم للبطلان"⁽¹⁾.

ب- الجزاء المترتب عن مخالفة الكتابة الرسمية:

يترتب على مخالفة الكتابة الرسمية لعقد بيع المحل التجاري طبقا للمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج و المادة 79 ق.ت.ج بطلان عقد البيع بطلانا مطلقا لا يمكن تصحيحه لتعلقه بالنظام العام.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها في هيئة الغرف المجتمعة جاء فيه: "حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف و كذا حقوق الغير و إلا كان باطلا.

حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته و أن تحرير عقد البيع في شكل يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق لقيام إجراءات البيع.

و ضمن هذه الظروف إنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمرؤا بإرجاع الأطراف على الحالة التي عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني.

وبما أن القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض"⁽²⁾.

2- أن يكون الامتياز مقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل

التجاري:

يشترط المشرع الجزائري لتمتع البائع بحق الامتياز أن يقوم بقيده في السجل العمومي

(1)- قرار رقم 125118، المؤرخ في 27 سبتمبر 1994، المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص 163، أنظر: عمر حمدي باشا، " القضاء التجاري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2000، ص 39.

(2)- قرار رقم 136156، المؤرخ في 18 فيفري 1997، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص، ص 12، 13.

العمومي المنظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري⁽¹⁾ طبقا للمادة 1/96 ق.ت.ج وذلك حتى يعلم الغير بوجود الامتياز، والذي يشكل خطرا على مصالحهم و ضمانا قويا لمصلحة البائع لما يخول للبائع من حق التقدم و تتبع المحل التجاري في أي يد يكون كما يمكنه التمسك به حتى في حالة الإفلاس و التسوية القضائية لذا كان من الواجب شهره عن طريق القيد لنفاذه في مواجهة الغير.

ولدراسة قيد الامتياز باعتباره شرط جوهرى لقيام الامتياز يجب التعرض

للمسائل التالية:

أ- إجراءات القيد.

ب- ميعاد العقد.

ج- الجهة المختصة بالقيد.

أ- إجراءات القيد:

تمر عملية القيد بعدة خطوات تتمثل أساسا في:

- طلب إجراء القيد:

يقدم طلب إجراء القيد من قبل البائع نفسه أو الغير و الذي قد يكون ممثلا عن البائع أو خلفا عنه طبقا لنص المادة 1/98 ق.ت.ج والتي نصت على أنه: " يجب على البائع، أو الدائن المرتهن أن يقدم عند إجراء قيد امتياز إلى مأمور السجل التجاري إما بأنفسهم أو بواسطة الغير نسخة من النسخ الأصلية لعقد البيع أو سند منشئ للرهن أو نسخة منه إن كان الأصل موجودا "

وباعتبار أن القيد يعتبر من التصرفات التحفظية، فإنه لا يشترط في طالب القيد

أهلية معينة لأنه من الأعمال النافعة التي يجوز القيام بها حتى من طرف ناقص الأهلية

طبقا للقواعد العامة، وإذا كان البائع في حالة إفلاس أو تسوية قضائية فإنه يمكن لوكيل

التقليسة القيام بطلب القيد⁽²⁾.

(1) - وقد تم وضع هذا المركز تحت وصاية وزير التجارة طبقا للمادة الأولى من المرسوم التنفيذي 97-90 المؤرخ في 17 مارس 1997 الذي يتضمن وضع المركز الوطني للسجل التجاري تحت وصاية وزير التجارة، أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة بتاريخ: 26 مارس 1997، ص 15.

(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 46.

- تقديم نسخة من عقد البيع وجداول القيد إلى مأمور السجل التجاري:

يجب على البائع أو الغير الذي ينوب البائع عند إجراء قيد الامتياز أن يقدم إلى مأمور السجل التجاري نسخة من النسخ الأصلية لعقد البيع المنشئ للامتياز طبقا للمادة 1/98 ق.ت.ج و إلا كان القيد باطلا، و يحتفظ بعقد البيع في المركز الوطني للسجل التجاري (المادة 2/98 ق.ت.ج)، ولهذه العملية أهمية خاصة عند تحديد أصل ملكية المحل التجاري وخصوصا عند إعادة بيع المحل التجاري بالمزايدة العلنية، حيث يسهل عقد البيع إجراء المزايدة نظرا للبيانات التي يحتوي عليها خاصة البيان المتعلق بالثمن المحدد للعناصر المعنوية و البضائع و المعدات، كما يعد عقد البيع وسيلة فعالة لحماية الراسي عليه المزداد⁽¹⁾.

بالإضافة إلى تقديم نسخة من النسخ الأصلية لعقد البيع يجب على البائع تقديم جدولين يحرران على ورقة غير مدموغة يحدد شكلها بقرار من وزير العدل حامل الأختام⁽²⁾ طبقا للمادة 3/98 ق.ت.ج يتضمنان مجموعة من البيانات تتمثل في:

- اسم البائع والمشتري و مالك المحل التجاري إن كان أجنبيا عنهما مع ذكر ألقابهم و عناوينهم و مهنتهم إن كانت لهم مهنة.
- تاريخ السند ونوعه.

- أثمان البيع على وجه التفصيل بالنسبة للمعدات و البضائع و العناصر المعنوية للمحل التجاري مع الإشارة كذلك إلى الأعباء المالية المترتبة عليه بعد تقديرها إن كان لها محل أو مبلغ الدين المحدد في السند و الشروط المتعلقة بالاستحقاق.

- تعيين المحل التجاري و الفروع التابعة له إن كان لها محل مع البيان الدقيق للعناصر التي يتكون منها و التي يشملها البيع، مع ذكر نوع العمليات التي يباشرها المحل وفروعه و المكان الذي به مركز كل منها دون الإخلال بجميع الإرشادات التي من شأنها التعريف بها، و إذا كان البيع يتناول عناصر أخرى غير عنوان المحل و الاسم التجاري و الحق في الإجارة و الزبائن فيجب ذكرها بالتفصيل.

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 47.

(2) - أنظر: القرار المؤرخ في 4 أكتوبر 1998 يحدد شكل الجدول المتعلقة بقيد الامتيازات المرتبطة ببيع المحل التجاري ورهنه الحيازي، الجريدة الرسمية، العدد 86، الصادرة بتاريخ: 18 نوفمبر 1998، ص 22.

- اختيار محل الإقامة للبائع في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري .

أما إذا اشتمل البيع على علامات المصنع و التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية، فإنه يجب زيادة على القيد في السجل التجاري أن تقيد هذه العناصر المعنوية في المعهد الجزائري للملكية الصناعية و تنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأمور السجل التجاري في حدود ثلاثين يوما التالية لهذا القيد، و إلا كان القيد باطلا في مواجهة الغير طبقا للمادة 1/99 ق.ت.ج.

ويخضع إجراء قيد هذه العناصر إلى التشريع الساري المفعول عليها طبقا للمادة 147 ق.ت.ج⁽¹⁾، و بالتالي فإنه يتم تسجيل العلامة التجارية مثلا عن طريق تقديم صاحب الشأن أو وكيله طلب القيد في السجل بانتقال ملكية العلامة إلى المصلحة المختصة في المعهد الجزائري للملكية الصناعية، ويشمل الطلب بيانات معينة خاصة بالعلامة و هوية الأطراف وتاريخ العقد الناقل للملكية و يرفق طلب القيد بكل وثيقة أو عقد يثبت النقل طبقا للمادة 2/22 من المرسوم تنفيذي 277-05 الذي يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها⁽²⁾، و تقوم المصلحة المختصة بالتأشير أو قيد ذلك في سجل خاص بالعلامات طبقا للمادة 14 و المادة 1/22 من المرسوم التنفيذي 277-05 السابق الذكر، ثم تقوم بنشر انتقال ملكية العلامة في النشرة الخاصة بالعلامات⁽³⁾، و يشتمل الشهر نفس البيانات التي تم ذكرها في التسجيل⁽⁴⁾.

غير أن عدم إتمام إجراءات تسجيل بيع العلامة في السجل الخاص بالعلامات لا يؤثر على صحة عقد البيع المبرم بين الطرفين، وإنما لا يمكن الاحتجاج به إزاء الغير إلا

(1)- حيث تشترط المادة 15 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات أن تتم عقود نقل العلامات بالكتابة و إمضاء الأطراف تحت طائلة البطلان، أنظر: الجريدة الرسمية ، العدد 44 الصادرة بتاريخ: 23 يوليو 2003، ص 25.

(2)- أنظر: المادة 2/22 من المرسوم تنفيذي 277-05 المؤرخ في 2 غشت 2005 الذي يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية، العدد 54، الصادرة بتاريخ 7 غشت 2005، ص 14.

(3)- طبقا للمادة 29 و المادة 30 من المرسوم التنفيذي 277-05 السابق الذكر.

(4)- فضيلة عاقل، " العلامة التجارية و حمايتها في القانون الوضعي الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000-2001، ص 73.

من تاريخ تسجيله⁽¹⁾ وهذا طبقا للمادة 3/22 من المرسوم التنفيذي 05-277 السابق الذكر. أما بالنسبة لبراءات الاختراع التي شملها بيع المحل التجاري فتبقى خاضعة في طرق انتقالها إلى القواعد التي يقررها التشريع الساري المفعول به عليها⁽²⁾ طبقا للمادة 3/99 ق.ت.ج إذ يجب في حالة التنازل عن المحل التجاري المتضمن براءة اختراع احترام إجراءات الشهر الخاصة بعملية بيع المحل التجاري من جهة و الإجراءات الخاصة بالتنازل عن البراءة من جهة أخرى⁽³⁾.

وبعد إجراء القيد يسلم مأمور السجل التجاري للطالب نسخة من السند مع أحد الجدولين بعد التأشير عليهما بما يفيد القيد المتضمن تاريخه و الرقم الذي تم بموجبه ويحتفظ المركز الوطني للسجل التجاري بالجدول الباقي المتضمن لنفس البيانات طبقا للمادة 101 ق.ت.ج.

ب- ميعاد القيد:

يجب قيد امتياز بائع المحل التجاري خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد البيع وإلا كان باطلا⁽⁴⁾ طبقا للمادة 1/97 ق.ت.ج⁽⁵⁾ و لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان و لو كان المدين نفسه (المادة 2/97 ق.ت.ج)، خروجاً عن القواعد العامة التي لا تبطل القيد عند عدم إجراءه في مدة محددة، و إنما تحرم صاحب الامتياز من حقه في التقدم والتي

(1)- فرحة الزراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية التجارية حقوق الملكية الأدبية و الفنية "، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2006، ص250.
(2)- إذ تشترط المادة 2/36، 3 من الأمر 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية بالإضافة إلى قيدها في سجل البراءات، ولا تصبح نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها، أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ: 23 يوليو 2003، ص32. كما تخضع البراءات للمرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 غشت 2005، الذي يحدد كليات إيداع براءات الاختراع و إصدارها الجريدة الرسمية، العدد 54، الصادرة بتاريخ: 7 غشت 2005، ص 03.
(3)- فرحة الزراوي صالح، " الكامل في قانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية التجارية حقوق الملكية الأدبية و الفنية "، المرجع السابق، ص144.
(4)- خلافا للقانون الفرنسي و القانون المصري اللذان يحددانها بخمسة عشر يوما من تاريخ البيع وذلك في المادة 1/2 من قانون 17 مارس 1909 في القانون الفرنسي ، و المادة 3 من قانون 11 لسنة 1940 في القانون المصري.
(5)- إن المعنى الظاهر للمادة 97 ق.ت.ج يقودنا إلى القول أن القيد يتعلق بعقد البيع وليس بالامتياز و الصحيح أن القيد يتعلق بالامتياز وليس بالبيع لأن هذه المادة جاءت عند الحديث عن امتياز البائع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الخطأ وقع نتيجة للتعبير غير السليم للنص الناتج عن الترجمة غير الصحيحة لنص المادة، فالنص باللغة الفرنسية لا يوجد فيه ما يدل على أن القيد يخص عقد البيع، وهو كالاتي:

« L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans les trente jours de la date de l'acte de vente. Le délai reste applicable, même en cas de jugement déclaratif de faillite... ».

وهذا ما ذهب إليه أيضا عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، ص 49، 50.

تعود مرتبته إلى تاريخ القيد⁽¹⁾ طبقا للمادة 908 ق.م.ج.

و طالما أن المدة المحددة قانونا لقيد الامتياز لم تنته فإن للبائع قيد امتياز ه حتى ولو تصرف فيه المشتري إلى الغير، أو تعرض المشتري للإفلاس طبقا للمادة 1/97 ق.ت.ج. خلافا للقواعد العامة المتعلقة بالقيد و التي تقضي بأن قيد الرهن لا يكون نافذا في حق الغير إذا كان قد تم قيده بعد إفلاس المدين الراهن، طبقا للمادة 904 ق.م.ج، و هذا ما أشارت إليه أيضا المادة 251 ق.ت.ج و التي نصت على عدم التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهون الحيازية و الامتيازات التي سجلت بعد صدور الحكم الذي يقضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس.

و بالنسبة لحساب مدة القيد فإنه لا يوجد نص في القانون التجاري يحدد ذلك، ولذا فهي تخضع لأحكام القواعد العامة في حساب المواعيد الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽²⁾ و التي تطبق على جميع المهل المنصوص عليها في القوانين الخاصة ما لم تقض هذه الأخيرة بأحكام مخالفة لها و عليه فمدة قيد الامتياز تحسب كاملة و لا يحسب يوم إبرام العقد و يوم انقضاء الأجل و يعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذا الأجل عند حسابها طبقا للمادة 2/405 ق.إ.م.إ، و تعتبر أيام عطلة أيام الأعياد الرسمية و أيام الراحة الأسبوعية وفقا للمادة 3/405 ق.إ.م.إ، و إذا صادف آخر يوم من الميعاد يوم راحة أسبوعية أو عطلة رسمية فإنه يجوز القيد في أول يوم عمل يلي ذلك (المادة 4/405 ق.إ.م.إ).

ج- الجهة المختصة بالقيد:

إن الجهة المختصة بقيد الامتياز هي المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه طبقا للمادة 1/96 ق.ت.ج، والعبرة بتحديد اختصاص المركز الوطني للسجل التجاري هو بمكان تواجد مقر المحل التجاري بدائرة اختصاصه أي المكان الذي يستغل فيه فعليا النشاط التجاري للمحل التجاري وليس المكان

(1) - محمد صبري السعدي، "الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، ج7، المرجع السابق، ص 127، أنظر أيضا: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، ص 50، 51
(2) - أنظر: المادة 405 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008، ص 34.

الذي يوجد فيه جهازه الإداري⁽¹⁾.

لكن إذا كانت للمحل التجاري فروع متعددة، فما هي الجهة المختصة بقيد الامتياز؟
- إذا بيع المحل التجاري و الفرع معا فإنه يجب إجراء القيد في السجل العمومي المنظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الواقع في دائرة اختصاصه مقر المحل التجاري الرئيسي ، وكذا المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع في دائرة اختصاصه الفرع⁽²⁾.
- إذا بيع الفرع وحده فإنه في ظل غياب نص قانوني يحكم المسألة فقد تعددت الآراء الفقهية حول هذه المسألة، لكن الرأي الأقرب للصواب هو الرأي الذي يرى بأن يتم التسجيل في المركز الذي يقع في دائرة اختصاصه مقر المحل التجاري الرئيسي و كذلك المركز الذي يقع في دائرة اختصاصه الفرع، و ذلك حماية للمتعاملين مع البائع أو المشتري على حد سواء⁽³⁾.

أما إن اشتمل بيع المحل التجاري على أحد عناصر الملكية الصناعية فإن الجهة المختصة بقيد الامتياز بالإضافة إلى المركز الوطني للسجل التجاري، فإن هناك جهة أخرى يجب القيد فيها أيضا و هي المعهد الجزائري للملكية الصناعية وهذا ما قضت به المادة 99 ق.ت.ج.

إن توفر كل هذه الشروط السابق بيانها لا يكفي وحده لتحديد نطاق الامتياز بل لابد من تحديد العناصر التي ينصب عنها الامتياز بدقة لممارسة الامتياز و إمكان الاحتجاج به على الغير، فما هي العناصر التي يقع عليها الامتياز يا ترى؟
هذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال دراسة محل الامتياز في الفرع التالي.

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 61.

(2) - المرجع نفسه، ص 61.

(3) - المرجع نفسه، ص 64.

الفرع الثاني: محل امتياز بائع المحل التجاري:

يمتد مضمون الامتياز طبقا للمادة 2/96، 3، 4 ق.ت.ج و المادة 3/98 ق.ت.ج إلى العناصر المثقلة بالامتياز و الثمن المخصص لها بالإضافة إلى مصاريف البيع. و لذا سنتطرق لدراسة محل الامتياز كما يلي:

أولاً: العناصر المثقلة بالامتياز.

ثانياً: الحقوق المضمونة بالامتياز.

أولاً: العناصر المثقلة بالامتياز:

نصت المادة 2/96 ق.ت.ج: " لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه و الحق في الإيجار و العملاء و الشهرة التجارية ".
يتبين من خلال هذا النص أن المشرع ترك للأطراف الحرية في تحديد العناصر التي ينصب عليها الامتياز في عقد البيع وفي القيد، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك فإن الامتياز لا يتقرر إلا على العناصر المعنوية دون العناصر المادية⁽¹⁾.

فإذا تم الاتفاق على تحديد العناصر المثقلة بالامتياز فإن الامتياز لا يترتب إلا على العناصر المبينة في العقد و في القيد على حد سواء، أما إن حددت العناصر التي ينصب عليها الامتياز في العقد دون القيد فلا ينشأ الامتياز⁽²⁾ طبقاً للمادة 2/96 ق.ت.ج، وكذا المادة 3/98 ق.ت.ج إذ تشترط التحديد الدقيق للعناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها المحل و التي شملها البيع في جداول القيد وذلك لتحديد محتوى الامتياز.

وعليه فإن العناصر المثقلة بالامتياز تتمثل أساساً في:

1- البضائع.

2- المعدات.

3- العناصر المعنوية.

(1) - نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، المرجع السابق، ص 213، أنظر أيضاً: فوق أم الخير، المرجع السابق، ص 168.

(2) - وهذا ما ذهب إليه أيضاً علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 243.

1- البضائع:

يشترط لوقوع الامتياز على البضائع باعتبارها من أهم العناصر المادية للمحل التجاري أن تعين على وجه الدقة في العقد و القيد، وفي حالة عدم القيام بذلك فإن الامتياز لا يقع عليها خلافا للعناصر المعنوية التي يقع عليها بقوة القانون (المادة 2/96 ق.ت.ج) وذلك مراعاة لمصلحة كلا الطرفين، البائع بقصد تمكينه من ممارسة الامتياز على البضائع لما تمثله من قيمة مالية كبيرة، والمشتري و دائنيه من خلال تحرير البضائع أولا من ثقل الامتياز قبل العناصر الأخرى⁽¹⁾ طبقا للمادة 4/96 ق.ت.ج.

والعبرة عند التنفيذ على المحل التجاري لممارسة الامتياز عليها تكون بما يكون موجودا منها وقت التنفيذ، أي بالحالة التي تكون عليها وقت الحجز بصرف النظر عن اختلاف كميتها أو نوعها، أي لا أهمية للتعديلات التي تطرأ عليها بعد نشوء الامتياز⁽²⁾.

2- المعدات:

تعتبر المعدات من العناصر المادية للمحل التجاري والتي تستعمل في استغلال المحل التجاري دون أن تكون معدة للبيع كالسيارات المستخدمة للنقل و الأثاث للمكاتب⁽³⁾ والتي لا يقع عليها الامتياز إلا إذا ذكرت صراحة و على وجه الدقة في عقد البيع والقيد طبقا للمادة 2 /96 ق.ت.ج، و التي تطبق عليها فكرة الحول العيني إذا جدد المشتري المعدات بعد شراءه للمحل التجاري أو أضاف معدات أخرى، فإنها تصبح كلها عنصرا واحدا يثقله امتياز بائع المحل التجاري ضمانا لثمن المعدات الأصلية المبينة في عقد بيع المحل التجاري وفي القيد⁽⁴⁾.

3- العناصر المعنوية:

العناصر المعنوية عديدة و متنوعة بحسب نشاط المحل التجاري، فهناك عناصر تتوافر في أغلب المحلات التجارية و هي عنوان المحل التجاري و اسمه و الحق في الإيجار و العملاء و الشهرة التجارية، نظرا لأهميتها في تشكيل المحل التجاري، فهذه

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 97.

(2) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 245.

(3) - نور الدين شادلي، " القانون التجاري "، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2003، ص، ص 116 .117.

(4) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 99.

العناصر يقع عليها امتياز بائع المحل التجاري بقوة القانون دون حاجة إلى بيانها في العقد والقيود⁽¹⁾، و يظل الامتياز قائما على هذه العناصر حتى لو قام مشتري المحل التجاري بإدخال تغييرات عليها كاستخدامه اسم تجاري جديد أو تغيير عنوان المحل التجاري أو إنهاء عقد الإيجار والاستئجار في محل آخر⁽²⁾.

وهناك عناصر معنوية لا تتوفر إلا في بعض المحال التجارية نظرا لطبيعة نشاطها التجاري كالعلامات التجارية و براءات الاختراع و الرسوم و النماذج الصناعية... الخ من الحقوق الملكية الصناعية و الحقوق الأدبية و الفنية، فهذه العناصر لا يترتب عليها الامتياز إلا إذا تم تعيينها على وجه الدقة في العقد والقيود مثل البضائع والمعدات، كما تخضع أيضا للقيود في المعهد الجزائري للملكية الصناعية (المادة 99 ق.ت.ج).

هذا فيما يخص العناصر الموجودة وقت البيع، لكن ما الحكم بالنسبة للعناصر الجديدة التي أضافها المشتري بعد شراء المحل التجاري، فهل يشملها الامتياز؟ بالنسبة للعناصر الجديدة فإن امتياز البائع لا يشملها ذلك أنها ليست من ضمن الأموال التي انتقلت من الذمة المالية للبائع إلى الذمة المالية للمشتري، و هو الأساس الذي يبنى عليه الامتياز هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الامتياز لا يقع إلا على العناصر المبينة في العقد والقيود، و بالتالي لم تكن موجودة وقت البيع فلا يشملها الامتياز⁽³⁾

ثانيا: الحقوق المضمونة بالامتياز:

تتمثل الحقوق المضمونة بالامتياز أساسا في حق بائع المحل التجاري في الحصول على ثمن المحل التجاري بالإضافة إلى ملحقات الثمن من نفقات التسجيل والطابع والرسوم ونفقات تسليم المحل التجاري للمشتري إذا قام البائع بدفعها... الخ. لذا سنتناول دراسة الحقوق المضمونة بالامتياز على النحو التالي:

(1) - وهذا ما نصت عليه المادة 2/96 ق.ت.ج: " لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه و الحق في الإيجار و العملاء و الشهرة التجارية ".
(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 101.

(3) - المرجع نفسه، ص 102.

1- الثمن .

2- ملحقات الثمن.

1- الثمن:

الثمن المضمون بالامتياز هو المبلغ المالي لكل من البضائع و المعدات و العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري وقت البيع⁽¹⁾، في حالة عدم دفع المشتري للبائع الثمن كله أو جزء منه مهما كانت طبيعة دفع الثمن، و الذي قد يتخذ عدة صور فقد يكون الدفع نقدا كما قد يكون تسديد الثمن عن طريق سندات تجارية تقابل قيمة الأقساط الواجب دفعها تسمى سندات المحل و التي غالبا ما تكون سندات لأمر أو سفاتج.

تكون لهذه السندات استحقاقات متتالية مما تسمح للبائع الحصول على الثمن عن طريق خصم هذه السندات لدى أحد البنوك، أي قابلة للتداول بحيث يجوز إجراء عملية التظهير أو الخصم، ويحل حامل هذه السندات محل البائع في جميع حقوقه و امتيازاته بشرط تبيان ذلك في عقد البيع و ذلك لإعلام الغير بأن الدفع سيكون عن طريق سندات تجارية⁽²⁾.

كما قد يكون الثمن إيراد مدى الحياة أو نسبة معينة من الأرباح أو يكون في شكل أعباء يتحملها المشتري بدلا من البائع، المهم في عقد البيع أن يكون الثمن مبلغا من النقود مقدرا أو قابل للتقدير طبقا للمادة 356 ق.م.ج و أن يكون مبينا في كل من عقد البيع والقيود و إلا فلا وجود للامتياز المقرر للبائع بموجب المادة 96 ق.ت.ج.

و لا يضمن الامتياز إلا المبالغ المذكورة في القيد، وعليه فإن ذكر في القيد مبلغ أقل من الثمن الحقيقي للمحل التجاري، فلا يضمن الامتياز إلا المبلغ المذكور في القيد، وقد يعمد الأطراف فعل ذلك تهربا من الضرائب و الرسوم⁽³⁾، و التي يعاقب عليها قانون

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 108.

(2) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 241، أنظر أيضا : إلياس ناصف، " موسوعة العقود المدنية و التجارية "، ج 9، دم، 1997، ص، ص 496، 497، و أنظر أيضا:

"Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale" -Roger Houin, Bernard Bouloc ,
. 150, p6Tome 1, 2^e édition, Edition Sirey, Paris, 197

(3) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 109.

التسجيل⁽¹⁾ بغرامة مالية تساوي أربعة أضعاف الحقوق والرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة عن 1000 دج ويدفع الغرامة الأطراف متضامنين ماعدا توزيعها بينهم بالتساوي طبقا للمادة 3/113 منه⁽²⁾، بالإضافة إلى إبطال كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من الثمن عند تنازل عن المحل التجاري (المادة 1/113 من قانون التسجيل).

2- ملحقات الثمن:

يضمن الامتياز ملحقات الثمن التي تصرف عادة لإبرام عقد البيع وتنفيذه كنفقات كتابة عقد البيع ورسوم الدمغة ومصاريف القيد والشهر بالمركز الوطني للسجل التجاري ومبالغ التأمين في حالة دفعها من قبل البائع والتي في الأصل يتحملها المشتري ما لم يوجد اتفاق بين البائع والمشتري يقضي بغير ذلك طبقا للمادة 393 ق.ت.ج، أما التعويض عن عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه فلا يضمنه الامتياز⁽³⁾.

ويشترط أن تكون هذه الأعباء مقيدة في جدول القيد طبقا للمادة 2/98 ق.ت.ج⁽⁴⁾ وأن يكون المبلغ مجزئا مثل الثمن الأصلي على مختلف عناصر المحل التجاري لتحديد ما يضاف إلى أثمان كل من البضائع والمعدات والعناصر المعنوية، أما إن كانت الأعباء تخص أحد عناصر المحل التجاري فقط فإنها تضاف كاملة إلى ثمن هذا العنصر⁽⁵⁾. والرسوم الخاصة بتسجيل نقل ملكية المحل التجاري لقاء عوض تكون على عاتق المشتري⁽⁶⁾ وقد حددت المادة 228 من قانون التسجيل السابق الذكر⁽⁷⁾ هذه الرسوم بنصها: " يخضع نقل ملكية محلات تجارية بمقابل أو زبون لحق قدره 5 % . و يحصل هذا الحق على أساس سعر البيع، و شهرة المحل التجاري، وسعر التنازل

(1)- الأمر 76- 105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 81، الصادرة بتاريخ: 18 ديسمبر 1977، ص 1212.

(2)- عدلت هذه المادة بموجب المادة 21 من قانون 99-11 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 المتضمن قانون المالية لسنة 2000، الجريدة الرسمية، العدد 92، الصادرة بتاريخ: 25 ديسمبر 1999، ص 10.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية و العينية "، ج 10 دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 992، وأنظر أيضا: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 118.

(4)- كما توجب المادة 3/83 ق.ت.ج على تبيان التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل في الإعلان الخاص ببيع المحل التجاري.

(5)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 113.

(6)- المرجع نفسه، ص 112.

(7)- المعدلة بموجب المادة 22 من قانون 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002 الجريدة الرسمية، العدد 79، الصادرة بتاريخ: 23 ديسمبر 2001، ص 13.

عن حق الإجارة والأشياء المنقولة، أو غيرها من الأشياء المستعملة في استغلال المحل التجاري...

ولا تخضع البضائع الجديدة التي يجهز بها المحل التجاري إلا لرسم قدره 2.5%..."

ويترتب على توافر كل الشروط الموضوعية والشكلية للامتياز و تحديد محله إلى قيامه صحيحا و منتجا لكافة آثاره، ففيما تتجلى آثاره يا ترى؟. وهذا ما سنجيب عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: آثار امتياز بائع المحل التجاري:

يتمتع البائع المقيد لامتيازه بنفس الحقوق التي تكون للدائنين في الرهن على المحل التجاري⁽¹⁾ فهو يخول له عند التنفيذ على المحل التجاري حق الأولوية على دائني المشتري سواء العاديين أو المقيدين التاليين له في المرتبة بشرط أن يكون قد قيد امتيازه في المدة المحددة قانونا طبقا للمادة 3/97 ق.ت.ج، كما يخول له حق تتبع المحل التجاري إذا تصرف فيه المشتري إلى الغير للحصول على ثمن المبيع أو ما بقي منه حتى في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية طبقا للمادة 132 ق.ت.ج و كذا المادة 114 ق.ت.ج و عليه سنتعرض لدراسة هذه الآثار كالآتي:

الفرع الأول: حق التقدم.

الفرع الثاني: حق التتبع.

الفرع الأول: حق التقدم:

حق التقدم هو الميزة الجوهرية في حق الامتياز⁽²⁾، بحيث يستوفي البائع بموجبه الثمن أو الباقي منه من ثمن العناصر الضامنة لحقه بالأولوية على الدائنين العاديين أو المقيدين التاليين له في المرتبة طبقا للمادة 3/97 ق.ت.ج وهو يتميز بصفته أثر أساسي للامتياز بعدة خصائص تختلف عن أحكام الامتياز في القواعد العامة.

ولذا سنتناول دراسة حق التقدم على النحو التالي:

(1) - نوفل زوينة زبار، المرجع السابق، ص 59
(2) - "Droit commercial" Dominique Legais, (3) - 11^e éditions, Dalloz, paris, 1997, p 95.

أولاً: نطاق ممارسة حق التقدم.

ثانياً: مرتبة امتياز بائع المحل التجاري.

ثالثاً: كيفية ممارسة حق التقدم.

أولاً: نطاق ممارسة حق التقدم:

يرد حق التقدم وفقاً للقواعد العامة على ثمن المال المثقل بالامتياز وعلى ما يحل محله في حالة هلاك الشيء المثقل بالامتياز أو تلفه من مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين أو المبلغ المقرر لنزع الملكية للمنفعة العامة⁽¹⁾ طبقاً للمادة 987 ق.م.ج التي تطبق على الامتياز نفس الأحكام التي تسري على الرهن الرسمي من الأحكام المتعلقة بهلاك الشيء أو تلفه المنصوص عليها في المادة 900 ق.م.ج.

و رغم أن قواعد القانون التجاري تنص على عدم ممارسة الامتياز لصالح بائع الأموال المنقولة ضد جماعة الدائنين طبقاً للمادة 307 ق.ت.ج إلا أن بائع المحل التجاري يمكنه ممارسة الامتياز بالرغم من إفلاس المشتري طبقاً للمادة 114 ق.ت.ج وعليه فإن حق البائع في التقدم لا يرد إلا على ثمن بيع العناصر المثقلة بالامتياز و إذا كانت بعض عناصر المحل التجاري غير مثقلة بالامتياز فلا يحق للبائع ممارسة حق التقدم عليها⁽²⁾ وفي حالة عدم كفاية المبالغ المخصصة للعناصر المثقلة بالامتياز لكامل الثمن المستحق للبائع فإنه يصبح دائناً عادياً بالمبلغ المتبقي له، كما يجوز للبائع أيضاً طبقاً للمادة 900 ق.م.ج في حالة هلاك المحل التجاري أو تلفه ممارسة حق التقدم على مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

ثانياً: مرتبة امتياز بائع المحل التجاري:

مرتبة الامتياز يحددها القانون وحده أو على الأقل يبين المعايير التي تسمح بذلك مراعيًا في ذلك صفتها⁽³⁾، وطبقاً للقواعد العامة فإن مرتبة الدائن المرتهن تحدد بتاريخ إجراء القيد و ليس من تاريخ إبرام العقد (المادة 908 ق.م.ج)، وهذا ما تقضي به أيضاً

(1) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، ج7، المرجع السابق، ص، ص 142-143.

(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 126.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية"، ج10، المرجع السابق، ص 919، وأنظر أيضاً: نوفل زوينة زبار، المرجع السابق، ص 100.

المادة 122 ق.ت.ج، وفي حالة تعدد الدائنين المرتهنين في تاريخ واحد تتحدد بالأسببية في القيد أي بساعة قيدها فمن كان الأسبق في الساعة تقدم على المتأخر⁽¹⁾، على خلاف تعدد الدائنين المرتهنين للمحل التجاري المقيد في يوم واحد فتكون لهم رتبة واحدة متساوية طبقا للمادة 122 ق.ت.ج.

فالعبرة إذن في ترتيب الامتيازات المقيدة وفقا للقواعد العامة هو من تاريخ إجراء القيد و ليس من تاريخ إبرام العقد المنشئ للضمان، إلا أن امتياز بائع المحل التجاري يخرج عن هذه القاعدة حيث قرر المشرع للبائع حق الأولوية في استيفاء حقه من ثمن بيع عناصر المحل التجاري المثقلة بالامتياز بالأفضلية على جميع الدائنين الممتازين حتى ولو كانوا أجروا قيودهم قبل قيد امتياز بائع المحل التجاري ما دام قد قيد امتيازهم في المدة المحددة قانونا لإجراء القيد طبقا للمادة 3/97 ق.ت.ج باستثناء الامتياز المقرر للدائن المرتهن للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز فإن المادة 2/159 ق.ت.ج تقضي بتفضيل امتياز هذا الأخير على امتياز بائع المحل التجاري بشرط أن يقوم الدائن المرتهن للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز بتبليغ الدائنين بواسطة عقد غير قضائي نسخة من العقد المثبت للرهن الحيازي (المادة 3/159 ق.ت.ج)، وأن يتم هذا التبليغ تحت طائلة البطلان خلال شهرين من إبرام عقد الرهن الحيازي طبقا للمادة 4/159 ق.ت.ج .

والحكمة التي توخاها المشرع من وراء ذلك هو حماية البائع من تصرفات المشتري كترتيب رهون على المحل التجاري عقب إبرام البيع مباشرة تستغرق قيمته قبل أن يتمكن البائع من قيد امتيازهم وفق لما نص عليه القانون إضرارا بالبائع الذي لم يستوف الثمن كله أو الباقي منه⁽²⁾.

ثالثا: كيفية ممارسة حق التقدم:

يخول حق الأولوية للبائع من استيفاء حقه في الثمن قبل دائني المشتري الآخرين في حالة بيع المحل التجاري بالمزايدة العلنية⁽³⁾ سواء أكان ذلك بطلب منه طبقا للمادة 126 ق.ت.ج أو بطلب من الغير (الدائنين المقيد للمشتري).

(1) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج7، المرجع السابق، ص 144.
(2) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 80، أنظر أيضا: السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص، ص 81، 82.
(3) - Yves Guyon " droit des affaires" (3)- 6^e édition , Paris, 1990, p 697.

و طبقا للقواعد العامة في التأمينات العينية فإن كل جزء من المال المثقل بضمان معين يكون ضامنا لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المال المثقل بضمان معين أي غير قابل للتجزئة (المادة 892 ق.م.ج)، إلا أن امتياز بائع المحل التجاري يخرج عن هذه القاعدة فقد جزأه القانون إلى ثلاث امتيازات مستقلة، بحيث يمارس الامتياز الأول على البضائع و الثاني على المعدات و الثالث على العناصر المعنوية، و ينقضي كل منهما بوفاء جزء الثمن المقابل له⁽¹⁾ (المادة 4/96 ق.ت.ج)، ومع ذلك فإن هذه التجزئة تحد من فعالية الامتياز و ذلك من أجل حماية الدائنين العاديين للمشتري⁽²⁾.

ويجوز أن يمارس بائع المحل التجاري حق التقدم على ثمن إعادة بيع عناصر المحل التجاري المثقلة بالامتياز دون أن يشمل إعادة البيع المحل التجاري بمجموعه لكن في حدود الثمن الخاص بكل عنصر من العناصر المثقلة بالامتياز، فإذا استوفى البائع ثمن عنصر من عناصر المحل التجاري المثقلة بالامتياز فإن هذا العنصر يتحرر من ثقل الامتياز خلافا للقواعد العامة التي لا يتحرر فيها بل يبقى ضامنا لباقي الثمن⁽³⁾.

و لم يترك المشرع للأطراف الحرية في اختيار العنصر الذي يتحرر عند دفع الثمن بل نص على أن تحرر أولا البضائع ثم المعدات ثم العناصر المعنوية، و أي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلا (المادة 4/96 ق.ت.ج) مثلا:

إذا بيع المحل التجاري بـ: 800.000 دج تمت تجزئته كالتالي:

- ثمن البضائع: 150.000 دج.

- ثمن المعدات: 250.000 دج.

- ثمن العناصر المعنوية: 400.000 دج.

دفع المشتري وقت إبرام العقد 200.000 دج و تم الاتفاق على تأجيل الباقي ونص في عقد البيع بأن الامتياز يشمل كل عناصر المحل التجاري وقت البيع ثم تعرض المشتري للإفلاس ولم يسدد 600.000 دج من ثمن الإجمالي للمحل التجاري ونفذ على المحل التجاري وبيع قضائيا بثمن 700.000 دج ووزع على النحو التالي:

(1) - ونفس الفكرة تناولها بالشرح والتحليل هاني دويدار ، المرجع السابق، ص- ص 274 - 276.
(2) - Yves Guyon, op - cit, P 697.

(3) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 125.

- ثمن البضائع : 250.000 دج.

- ثمن المعدات: 150.000 دج.

- ثمن العناصر المعنوية: 300.000 دج.

طبقا للقواعد العامة يمارس البائع امتيازَه على الثمن بكامله لكن طبقا لأحكام المادة

96/3-4 ق.ت.ج فإنه يمارس على النحو التالي:

إذا كان المبلغ المدفوع فورا خصم من ثمن البضائع أولا ثم من ثمن المعدات، فقد تم تحرير البضائع نهائيا والمعدات جزئيا من ثقل الامتياز و يبقى البائع مستحقا لـ 600.000 دج منها 200.000 دج من ثمن المعدات و 400.000 دج من ثمن العناصر المعنوية، ولما كان ثمن إعادة بيع المعدات 15.000 دج والعناصر المعنوية 300.000 دج أي مجموع امتياز البائع 45.000 دج، فإن البائع يبقى له في ذمة المشتري 50.000 دج من ثمن المعدات و 100.000 دج من ثمن العناصر المعنوية.

و عليه فإن جزء من ثمن المحل التجاري يفقده البائع وهو مبلغ 150.000 دج يصبح

فيها دائما عاديا، وفي معظم حالات الإفلاس لا يتقاضى الدائنون العاديون حقوقهم⁽¹⁾.

بالإضافة إلى حق التقدم يخول الامتياز لبائع المحل التجاري الحق في تتبع المحل

التجاري في أي يد يكون إذا تصرف فيه المشتري للغير، وهذا ما سنبينه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: حق التتبع:

يتمتع بائع المحل التجاري بموجب امتيازَه بحق التتبع مثل دائني الرهن الرسمي

والذي يمكن ممارسته حتى ولو كان المحل بيد المشتري الجديد للمحل التجاري إذا

تصرف فيه المشتري⁽²⁾ و لا يمكن الاحتجاج أمامه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

لأن المحل التجاري منقول معنوي ومن ثمة لا يخضع لهذه القاعدة⁽³⁾ و سنتعرض لدراسة

حق التتبع من خلال النقاط التالية:

أولا: نطاق ممارسة حق التتبع.

ثانيا: كيفية ممارسة حق التتبع.

(1) - نور الدين الشادلي، المرجع السابق، ص 158.

(2) - Alain Fénéon-Jean- René Gomez, " droit commercial généra", édition F.F.A , France , 1999, p 95.

(3) - نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري"، المرجع السابق، ص 214.

أولاً: نطاق ممارسة حق التتبع:

يمارس البائع حق التتبع على المحل التجاري باعتباره مجموع من العناصر المادية والعناصر المعنوية أينما وجد و التنفيذ عليه طبقاً للمادة 1/132 ق.ت.ج، ولكن هل يستطيع البائع ممارسة حق التتبع عند انتقال ملكية المحل التجاري إلى مشتر ثانٍ في كل الحالات؟.

بالرجوع إلى نص المادة 2/132 ق.ت.ج نجد بأن البائع لا يستطيع تتبع المحل التجاري في كل الحالات فإذا انتقلت ملكية المحل التجاري إلى مشتر ثانٍ عن طريق البيع بالمزايدة العلنية فلا يمكنه ممارسة هذا الحق لأن البيع الجبري للعقار طبقاً للمادة 926 ق.م.ج يظهر العقار بقوة القانون من الحقوق المقيدة عليه بشرط إيداع الثمن الذي رسا به المزداد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن أي تنتقل حقوق الدائنين المقيدون إلى الثمن الذي رسا به المزداد و نفس الحكم يطبق على امتياز بائع المحل التجاري فإذا تم بيع المحل التجاري بالمزاد العلني انقضى الامتياز وانقضى معه حق التتبع وفي هذا حماية للغير الذي انتقلت إليه ملكية المحل التجاري⁽¹⁾ كما لا يمكن ممارسة حق التتبع أيضاً طبقاً للمادة 2/132 ق.ت.ج في حالة انقضاء المشتري ملحقات الدائنين المقيدون ومن بينهم بائع المحل التجاري، إذا لم يحصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق تبليغ جميع الدائنين المقيدون في محل إقامتهم المختار في قيودهم قبل الملاحقة أو خلال ثلاثين يوماً من الإنذار بالدفع المبلغ له بمجموعة من البيانات منها بيان يفيد أنه مستعد للوفاء بكل الديون دون تمييز بين الديون المستحقة و غير المستحقة، وإذا لم يتم المشتري بتبليغ جميع الدائنين المقيدون فهل يحق لهم ممارسة حق التتبع؟.

يفهم من نص المادة 2/132 ق.ت.ج أنه في حالة عدم التبليغ لا يحق للمشتري تجنب ملاحقات الدائنين المقيدون إلا في حالة تبليغهم و بالتالي يمكنهم ممارسة حق التتبع عند عدم تبليغهم.

وإذا لم المشتري بالتطهير وكان يرغب بالاحتفاظ بمحلته التجاري جاز له اللجوء إلى وسيلة أخرى وهي أن يقوم بقضاء الدين بأن يدفع الثمن المستحق للبائع أو الباقي منه مما

(1)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 133.

يجنبه آثار ملاحقة البائع له⁽¹⁾.

ويحق للبائع تتبع المحل التجاري والتنفيذ عليه حتى في حالة إفلاس المشتري الثاني طبقا للمادة 114 ق.ت.ج خلافا للقواعد العامة في الإفلاس التي تمنع بائع المنقول من التمسك اتجاه الدائنين بالامتياز في حالة اعتقادهم أن الأشياء المباعة تشكل جزءا من الذمة المالية للمفلس عند تاريخ صدور الحكم بالإفلاس⁽²⁾ طبقا للمادة 299 ق.ت.ج.

- ثانيا: كيفية ممارسة حق التتبع:

يمارس حق التتبع وفقا للقواعد العامة في القانون المدني بإتباع مجموعة من الإجراءات نصت عليها المادة 923 ق.م.ج و التي تتمثل أساسا في:

1- التنبيه على المدين الأصلي بالوفاء بالثمن و الذي لا يتم إلا بناءا على سند تنفيذي وطبقا للمادة 600 ق.إ.م. إ فإن الرهن الرسمي يعتبر سندا تنفيذيا للدائن المرتهن ضد المدين الراهن و قد أوجب القانون توجيه التنبيه على المدين بالرغم من إجراءات التنفيذ التي ستتخذ ضد الحائز لأن المدين هو المسؤول أولا و أخيرا عن الدين ولتمكين الحائز من الرجوع على المدين في حالة نزع ملكيته ولذا وجب تنبيهه حتى تتحقق مسؤوليته من عدم الوفاء بالثمن⁽³⁾.

2- إنذار الدائن المرتهن الحائز بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار.

3- اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز إذا لم يختر قضاء الديون أو التطهير أو تخلية العقار.

أما بالنسبة لحق التتبع الذي يمارسه بائع المحل التجاري بموجب امتياز ه على المحل التجاري فإنه يبدأ بإنذار البائع لكل من المدين الأصلي والحائز من الغير بدفع المبلغ المستحق له طبقا للمادة 1/126 ق.ت.ج ثم يقوم بعد ذلك برفع طلب إلى المحكمة التي يستغل فيها المحل التجاري للحصول على أمر ببيع المحل التجاري بعد ثلاثين يوما من الإنذار بدفع المبلغ لبيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من الثمن بالأولوية من الثمن الراسي عليه المزاد (المادة 2/126 ق.ت.ج).

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، ص 137، 138.

(2) - راشد راشد، " الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري "، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008، ص 309.

(3) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني "، ج7، المرجع السابق، ص، ص 163، 164.

وامتياز بائع المحل التجاري كما له آثار قانونية هامة تشكل ضمانا قويا لصالح بائع المحل التجاري لاستيفاء حقه من الثمن فإنه يتعرض أيضا للانقضاء سواء كان بصفة أصلية أو تبعية والذي يترتب عنه شطب الامتياز.

المطلب الثالث: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري وشطب قيده:

ينقضي حق الامتياز وفقا للقواعد العامة بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي و حق الرهن الحيازي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك طبقا للمادة 988 ق.م.ج وبما أنه لا يوجد نص في القانون التجاري ينظم انقضاء امتياز بائع المحل التجاري فإنه يخضع في ذلك لأحكام القواعد العامة⁽¹⁾، ويترتب على انقضاء الامتياز شطب قيده والذي نظمه المشرع الجزائري في المواد 104 إلى 108 ق.ت.ج.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهما ما يلي:

الفرع الأول: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري.

الفرع الثاني: شطب قيد امتياز بائع المحل التجاري.

الفرع الأول: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري:

ينقضي امتياز بائع المحل التجاري إما بصفة تبعية بمجرد انقضاء الدين المضمون حسب المادة 893 ق.م.ج التي تقضي بأنه: " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وانقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك " كما ينقضي بصفة أصلية أي استقلالا عن الدين المضمون بحيث يزول الامتياز ويبقى الدين ويصبح البائع دائنا عاديا بالثمن المستحق أو الباقي منه⁽²⁾.

وعليه سنتناول دراسة انقضاء امتياز بائع المحل التجاري على النحو التالي:

أولا: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري بصفة تبعية.

ثانيا: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري بصفة أصلية.

- أولا: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري بصفة تبعية:

يعتبر امتياز بائع المحل التجاري حقا تبعيا وعليه فإنه ينقضي بانقضاء الحق المضمون، و هذا الأخير ينقضي طبقا للمواد 258 إلى 322 ق.م.ج بالوفاء وما يعادل

(1)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص203.

(2)- المرجع نفسه، ص 204.

الوفاء (الوفاء بالمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة)، وبدون وفاء (الإبراء استحالة التنفيذ، التقادم المسقط).

1- انقضاء الحق المضمون بالوفاء:

الوفاء هو تنفيذ الالتزام سواء كان التزاما بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو الامتناع عن عمل بغض النظر إن كان هذا الشيء نقود أو غير نقود و الذي يقوم به المدين نفسه وهو الوفاء البسيط أو يقوم به شخص غير المدين وهو الوفاء مع الحلول بحيث يحل هذا الأخير محل الدائن في الرجوع على المدين⁽¹⁾، ومحل الوفاء هو الشيء المستحق أي ما التزم به المدين، ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (المادة 276 ق.م.ج).

فإذا كان محل الالتزام هو مبلغ من النقود يكون الوفاء بتسليم المدين الدائن مقدار الدين المتفق عليه من النقود، ويجب أن يكون الوفاء كاملا فلا يجبر المدين على قبول الوفاء الجزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (المادة 277 ق.م.ج)، ولا تسري قاعدة عدم تجزئة الوفاء على أصل الدين فقط بل تسري أيضا على ملحقاته⁽²⁾ وفي التأمينات العينية فإن الوفاء الجزئي لا يؤدي أيضا إلى انقضاء الامتياز بل يبقى ضامنا لما تبقى من الحق (المادة 892 ق.م.ج) أي عدم تجزئة الضمان.

لكن امتياز بائع المحل التجاري يخرج عن هذه القاعدة و يقر بتجزئة الضمان إلى ثلاثة أجزاء (المادة 96 / 3 ق.ت.ج) وتبعاً لذلك إذا كان الوفاء كاملا فإن الامتياز ينقضي كلياً بالتبعية، أما إن كان الوفاء جزئياً فإن الامتياز ينقضي جزئياً بحيث ينقضي الجزء الأول الواقع على البضائع ثم الجزء الثاني الواقع على المعدات وأخيراً الجزء الواقع على العناصر المعنوية⁽³⁾ طبقاً للمادة 4/96 ق.ت.ج.

2- انقضاء الحق المضمون بما يعادل الوفاء:

كما ينقضي الحق المضمون بالوفاء فإنه ينقضي أيضا بالطرق التي تعادل الوفاء والتي تتمثل أساساً في: الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة.

(1) - محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري"، القسم الثاني دار الكتاب الحديث، الجزائر ، 2004، ص 305.

(2) - المرجع نفسه، ص 324.

(3) - عبد الله وافي ، المرجع السابق، ص، ص 204، 205

أ- الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل هو أن يقوم المدين بتقديم مقابل يرتضيه الدائن عوضاً عن الشيء المستحق وهذا النوع من الوفاء يكون مختلفاً عن الشيء المستحق فقد يكون مبلغ من النقود وقد يكون المقابل عيناً معينة⁽¹⁾ والوفاء بمقابل يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن طبقاً للمادة 285 ق.م.ج، وتسري عليه أحكام البيع خصوصاً ما تعلق منها بالأهلية و الضمانات الناتجة عن البيع كضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية عن الوفاء بالمقابل إذا أدى إلى نقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين، كما تسري عليه أيضاً أحكام الوفاء من حيث أنه يؤدي إلى انقضاء الدين، و بالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع و انقضاء التأمينات التي كانت للدين الأصلي طبقاً للمادة 286 ق.م.ج.

و عليه ينقضي امتياز بائع المحل التجاري بانقضاء حق البائع في الثمن المستحق له كله أو الباقي منه بالوفاء بمقابل.

ب- التجديد والإنابة:

التجديد هو استبدال دين جديد مكان دين قديم و يترتب عنه انقضاء الالتزام الأصلي بتأميناته و نشوء التزام جديد مكانه (المادة 1/291 ق.م.ج) يختلف عن الالتزام الأول في أحد عناصره الأساسية ذلك بتغيير الدين من حيث محله أو مصدره أو المدين أو الدائن طبقاً للمادة 287 ق.م.ج.

وفقاً لنص المادة 2/291 ق.م.ج فإن التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي لا تنتقل إلا بنص في القانون أو باتفاق الطرفين و تبعاً لذلك إذا انقضى الحق المضمون للبائع بالتجديد فإن امتياز بائع المحل التجاري ينقضي تبعاً لانقضاء الحق بالتجديد أما الإنابة فتتم بحصول المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (المادة 294 ق.م.ج) و يترتب عنها إبراء ذمة المدين (المنيب) قبل الدائن (المناب لديه) طبقاً للمادة 1/295 ق.م.ج وهي بمثابة تجديد للدين بتغيير المدين و يترتب عن ذلك زوال تأمينات الدين القديم غير أنه لا يفترض التجديد في الإنابة فإذا لم يحصل اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب التزام جديد طبقاً للمادة 2/295 ق.م.ج.

(1)- محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزام "، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 348.

فإذا انقضى حق الدائن بهذه الطريقة - الإنابة - انقضى معه الامتياز التابع له ونفس الحكم ينطبق على امتياز بائع المحل التجاري بحيث ينقضي بالتبعية مع انقضاء الحق المضمون بالإنابة.

ج- المقاصة:

تفترض المقاصة وجود شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت، أي وجود دينين متقابلين بين نفس الشخصين⁽¹⁾ لكل منهما الحق في المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو بكمية من المثليات متحدة النوع و الجودة وكان كل منهما ثابتاً و خالياً من النزاع و مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء (المادة 297 ق.م.ج).
يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما من الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة (المادة 2/300 ق.م.ج) وعليه فإن انقضاء حق البائع بالمقاصة ينقضي معه تبعاً لذلك امتياز بائع المحل التجاري.

د- اتحاد الذمة :

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتا الدائن والمدين لدين واحد في شخص واحد ويترتب عليه انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة طبقاً للمادة 1/304 ق.م.ج و ينقضي معه تبعاً لذلك الامتياز الضامن له، وهو ما يسري أيضاً على امتياز بائع المحل التجاري بحيث ينقضي بالتبعية بانقضاء الحق المضمون بإتحاد الذمة.
أما إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته (المادة 2/304 ق.م.ج).

3- انقضاء الحق المضمون دون وفاء:

ينقضي الالتزام دون الوفاء به أي دون أن يقدم للدائن لا الدين ذاته و لا ما يعادله لأسباب ثلاثة نصت عليها المواد من 305 إلى 322 ق.م.ج والتي تتمثل: الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم.

(1) - محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات"، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 267.

أ- الإبراء:

الإبراء هو تصرف قانوني يتنازل بموجبه الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعي⁽¹⁾، يبرأ ذمة المدين من التزامه متى وصل إلى علمه ولم يرفضه طبقاً للمادة 305 ق.م.ج، و بذلك ينقضي الدين و تنقضي معه توابعه وما يضمنه من تأمينات لأن الفرع يتبع الأصل⁽²⁾، ونفس الحكم ينطبق على امتياز بائع المحل التجاري فينقضي بالتبعية مع انقضاء الحق المضمون بالإبراء.

ب- استحالة التنفيذ:

إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى هذا الالتزام وفقاً للمادة 307 ق.م.ج وتبرأ ذمة المدين ولا يطالب المدين بالتعويض إلا إذا اتفق الأطراف على أن يتحمل تبعات الهلاك بسبب أجنبي⁽³⁾ وهو ما قضت به المادة 178 ق.م.ج. و التأمينات العينية والشخصية تنقضي مع انقضاء الالتزام الأصلي، أما إذا كان الشيء مؤمناً عليه، انتقل حق المدين إلى مبلغ التأمين كذلك الحال إذا استحق تعويضاً من الغير عن الهلاك فينتقل حق الدائن إلى مبلغ التعويض⁽⁴⁾. وعليه فإنه طبقاً للقواعد العامة ينقضي امتياز بائع المحل التجاري مع انقضاء الحق المضمون باستحالة التنفيذ وإذا كان المحل التجاري مؤمناً عليه أو إذا استحق المشتري التعويض عن هلاك المحل التجاري انتقل حق البائع إلى مبلغ التأمين، أو إلى مبلغ التعويض.

ج- التقادم:

طبقاً للمادة 308 ق.م.ج يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون و الحالات الاستثنائية الواردة في المواد من 309 إلى 312 ق.م.ج وبمضي هذه المدة يسقط الحق وتسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات طبقاً للمادة 320 ق.م.ج ومنها الامتياز الذي يكفل الحق.

(1)- محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات "، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 392.

(2)- المرجع نفسه، ص 395.

(3)- المرجع نفسه، ص 402.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني "، ج10، المرجع السابق، ص 634.

وحق بائع المحل التجاري يسقط أيضا بمرور خمسة عشرة سنة من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل (المادة 2/315 ق.م.ج) أي بالتقادم الطويل المدى، أما إن كان حقه ثابتا بأوراق تجارية كالسفتجة مثلا والتي تنقضي فيها الدعوى الناشئة عنها بمرور ثلاث أعوام من تاريخ الاستحقاق إذا كانت مرفوعة على قابلها (المادة 461 ق.ت.ج)، فهل ينطبق هنا على حق البائع التقادم الطويل المدى خمسة عشرة سنة أم التقادم القصير ثلاث سنوات؟.

ينقضي حق البائع المحل التجاري هنا بالتقادم طويل المدى ولا ينقضي بالتقادم القصير المدى⁽¹⁾ لأن التقادم القصير خاص بانقضاء الدعوى الناشئة عن السفتجة وليس متعلقا بالحق المضمون بالسفتجة الذي يمثل حق البائع في ثمن بيع المحل التجاري والذي يخضع للتقادم الطويل المدى.

ثانيا: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري بصفة أصلية:

ينقضي الامتياز كذلك بصفة أصلية أي استقلا عن الدين المضمون، ويحدث ذلك لعدة أسباب منها ما يتعلق بالبائع كالنزول عن امتيازها ومنها ما يتعلق بالقيد كعدم تجديده بموعده، ومنها ما يتعلق بمحل الضمان كزوال المحل التجاري وأخيرا ما يتعلق بإجراءات التطهير و البيع الجبري للمحل التجاري.

1- تنازل البائع عن امتيازها:

ينقضي امتياز بائع المحل التجاري بنزول البائع عن حقه في الامتياز دون حاجة لقبول المشتري، أي يتم بالإرادة المنفردة للبائع و الذي يجب أن يكون واضحا لا يدع مجالا للشك حول حصوله وأن تتوافر الأهلية اللازمة للبائع لأن التنازل عن الامتياز بمثابة إضاعة للتأمينات الضامنة للدين⁽²⁾، ويتم النزول عن الامتياز دون حاجة لإتباع شكل خاص، لكن عملية شطب القيد الناتجة عن التنازل عن الامتياز تتطلب العقد الرسمي لشطب القيد.

كما اعتبر القانون البائع متنازلا عن امتيازها في حالة إفلاس المشتري إذا قبل البائع الصلح و صادق عليه بحيث ينقضي امتيازها بحكم القانون ويصبح مجرد دائن عادي يدخل

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 207.
(2) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 268.

في التفليسة ويخضع لقسمة الغرماء⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 3/319 ق.ت.ج، لكن لا يعتبر كل تصرف يشارك به البائع في الصلح تنازلاً عن امتياز كحضور جمعية الصلح أو اشتراكه في المداولات⁽²⁾.

2- عدم تجديد القيد:

تنص المادة 103 ق.م.ج على أنه: " يحفظ القيد لمدة 10 سنوات من تاريخه و يشطب تلقائياً إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المهلة "

من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن الامتياز ينقضي بمرور 10 سنوات من تاريخ قيده إذا لم يجدد قبل انتهائها، ولا يترتب على انقضاء الامتياز انقضاء الدين المضمون به بالضرورة فقد يبقى الدين بعد مرور 10 سنوات ولكن يصبح ديناً عادياً⁽³⁾.

3- زوال المحل التجاري:

إن زوال المحل التجاري لأي سبب كان يؤدي إلى انقضاء امتياز بائع المحل التجاري الواقع عليه لزوال محله، والذي قد يكون كلياً كهلاك المحل التجاري كاملاً إثر وقوع كارثة معينة أو نزع ملكية المحل التجاري للمنفعة العامة أو صدور قانون يمنع التجارة في نوع الاستغلال الذي يقوم به المحل التجاري لسبب يعود للمنفعة العامة مثلاً أو صدور قرار إداري أو حكم من المحكمة بغلق المحل التجاري...الخ، وبالتالي يتوقف استغلال المحل التجاري نهائياً وقد يكون الزوال جزئياً عند زوال بعض عناصر المحل التجاري أو فروعه، ولا يعد تغيير مكان ممارسة المحل التجاري زوالاً للمحل التجاري يترتب عليه سقوط الامتياز⁽⁴⁾.

وإذا كان سبب زوال المحل التجاري يرجع إلى خطأ المدين (المشتري) كان للبائع أن يختار بين أن يطلب من القاضي الأمر بوقف الأعمال الواقعة من المدين والتي من شأنها أن تعرض المحل التجاري للهلاك أو تجعله غير كاف للضمان وكذا الأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر (3/899 ق.م.ج).

(1)- أحمد محرز ، المرجع السابق، ص، ص 81، 82.

(2)- علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 269.

(3)- أحمد محرز، المرجع السابق، ص 81.

(4)- عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 209.

وعند هلاك المحل التجاري لأي سبب كان ينتقل الامتياز بمرتبته إلى مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا 900 ق.م.ج.

4-التطهير:

بما أن حق الامتياز ينقضي بنفس أسباب انقضاء الرهن الرسمي طبقا للمادة 988ق.م.ج فإن الامتياز ينقضي نهائيا إذا تمت إجراءات التطهير ولو زالت ملكية الحائز الذي قام بالتطهير لأي سبب من الأسباب⁽¹⁾، وعليه إذا استرد البائع محله التجاري استرده خاليا من كل قيد حتى ولو كان ما عرضه القائم بالتطهير غير كاف للوفاء بجميع الحقوق المقيدة للمحل التجاري الذين يصبحون مجرد دائنين عاديين لمدينهم الأصلي⁽²⁾.

وطبقا للمادة 132 ق.ت.ج فإن المشتري الذي يرغب في تطهير محله التجاري من القيود التي تثقله عليه أن يبلغ جميع الدائنين المقيدون في محل إقامة كل منهم المبين في القيد قبل الملاحقة أو خلال ثلاثين يوم من الإنذار بالدفع المبلغ له بالبيانات المتعلقة بالعقد وأطرافه و بالثمن و تاريخ البيوع والرهن الحيازية السابقة و القيود المسجلة و اسم الدائنين المقيدون وموطن كل منهم ومبلغ الديون المقيدة وذلك مع التصريح الذي يبين فيه بأنه مستعد للوفاء بالديون المقيدة على المحل التجاري في حدود ثمن الشراء بدون تمييز بين الديون المستحقة أو غير المستحقة، وقيام المشتري بهذا الإجراء يؤدي إلى التخلص من متابعة الدائنين المقيدون له ومن بينهم بائع المحل التجاري و انتقال امتياز (البائع) من المحل التجاري إلى ثمنه وممارسة حق الأولوية عليه وبالتالي انقضاء حق الامتياز بالتطهير بصفة مستقلة عن الحق الذي يضمنه و لو لم يكن قد استوفى كامل حقه من الثمن⁽³⁾.

5-البيع الجبري للمحل التجاري:

طبقا للقواعد العامة فإن البيع الجبري للعقار في الرهن الرسمي يطهره بقوة القانون

(1) - أنظر: المادة 934 ق.م.ج.

(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 210.

(3) - المرجع نفسه، ص، ص 210، 211.

من القيود المثقلة عليه⁽¹⁾، ويستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم من ثمن العقار كل حسب مرتبته وينقضي بذلك الرهن الرسمي بطريقة أصلية منفصلا عن الحق المضمون ونفس الحكم ينطبق على امتياز بائع المحل التجاري إذا بيع بالمزاد العلني فإنه يتطهر من القيود المثقلة به و نصت المواد 85، 125، 126، 128، 130، 133 ق.ت.ج على حالات بيع الجبري للمحل التجاري والتي تتمثل في :

- إذا طلبه دائني بائع المحل التجاري المقيدين أو المعارضين على الثمن، في حالة عدم كفاية الثمن لديونهم باستعمال حقهم في المزايدة بالسدس (المادة 2/85 ق.ت.ج).

- بطلب من الدائن الحاجز والمدين في حالة الحجز التنفيذي على المحل التجاري (المادة 125 ق.ت.ج).

- قيام البائع بموجب امتياز والدائن المرتهن بطلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني (المادة 126 ق.ت.ج) عند حلول أجل الدين ولم يتم المدين بتسديد ما عليه.

- إذا طلبه الدائن المرتبط دينه باستغلال المحل التجاري إذا حكمت له المحكمة بأداء حقه (المادة 128 ق.ت.ج).

- بطلب كل من كل دائن مقيد في حالة المعارضة على البيع الجزئي لعناصر المحل التجاري (المادة 130 ق.ت.ج).

- بطلب من كل دائن مقيد على محل تجاري في حالة عدم تطبيق المادة 131 باستعمال حقه بالمزايدة بالعشر (المادة 133 ق.ت.ج).

ففي كل هذه الحالات للبيع الجبري للمحل التجاري ينقضي حق الامتياز بطريقة أصلية عن الحق المضمون بقوة القانون.

إذا انقضى حق الامتياز لأي سبب من أسباب الانقضاء السابقة الذكر فإنه يترتب عن ذلك شطب قيده، فكيف تتم عملية شطب قيد الامتياز؟

وهذا ما سنجيب عليه في الفرع التالي.

(1)- أنظر المادة 936 ق.م.ج.

الفرع الثاني: شطب قيد امتياز بائع المحل التجاري:

شطب القيد هو عملية يقوم بها مأمور السجل التجاري بالتأشير على هامش القيد بما يفيد إنهاء الامتياز أو اعتباره غير موجود⁽¹⁾، ويترتب على الشطب زوال أثر القيد فلا ينفذ في حق الغير ابتداء من تاريخ الشطب، وللشطب نوعان إما أن يكون اختياريا بموافقة الأطراف المعنية، وإما أن يكون قضائيا طبقا للمادة 1/104 ق.ت.ج. ولذا سندرس شطب القيد كما يلي:

أولاً: أنواع شطب القيد.

ثانياً: كيفية شطب القيد.

أولاً: أنواع شطب القيد:

لشطب قيد الامتياز طريقتان فإما أن يكون اتفاقياً، أو أن يكون قضائياً.

1- الشطب الاتفاقي:

الشطب الاتفاقي أو الاختياري هو الذي يتم بواسطة تصرف قانوني يثبت رضا صاحب حق الامتياز على رفع القيد بإرادته المنفردة دون حاجة لقبول الطرف الآخر بشرط توافر الشروط اللازمة لإجرائه ممن صدر منه⁽²⁾ والتي تتمثل أساساً في الشروط الموضوعية، والشروط الشكلية وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أ- الشروط الموضوعية:

نصت المادة 104 ق.ت.ج على أنه: " يشطب القيد سواء كان بموافقة الأطراف

المعنية إذا توافرت لديهم الأهلية المطلوبة لإجرائه "

من خلال نص المادة يتبين أن الشروط الموضوعية للشطب الاتفاقي تتمثل في الرضا

و الصفة والأهلية وهذا ما سنوضحه على النحو التالي:

• الرضا:

يجب أن يتوافر رضا صاحب الامتياز في الشطب الاتفاقي وأن يكون صريحاً فلا

يعتد بالرضاء الضمني حتى ولو تم استنتاجه من عقد رسمي يثبت التنازل عن الامتياز

(1) - حيث نصت المادة 1/105 ق.ت.ج على أنه: " تتم عملية الشطب بتأشير يقوم به مأموري السجل التجاري على هامش القيد وتسلم شهادة منه للأطراف التي يطلبونها "

(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، ص، 219، 220.

وذلك راجع لأهمية الكبرى للقيّد بالنسبة للحفاظ على الحقوق المضمونة بالامتياز⁽¹⁾.

• الصفة:

إلى جانب الرضا يجب أن يكون الشطب الاتفاقي صادرا من صاحب الحق في الامتياز، فمن هو صاحب الحق في الامتياز يا ترى؟.

صاحب الحق في الامتياز هو بائع المحل التجاري المقيد امتيازه وفقا لما يتطلبه القانون إذا كان لم يتنازل عنه ولم ينقله إلى الغير والذي له الصفة في تقرير شطب الامتياز، وفي حالة وفاة البائع تكون الصفة لورثته لرفع القيد، أما عند نقل الامتياز إلى الغير وقيام الغير بالتأشير على نقل الامتياز على هامش القيد طبقا للمادة 102 ق.ت.ج فيكون لهذا الغير الصفة في شطب القيد⁽²⁾.

• الأهلية:

تشرط المادة 104 ق.ت.ج الأهلية المطلوبة لإجراء شطب القيد، والأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء والأهلية المطلوبة حسب المادة 104 ق.ت.ج هي أهلية أداء والتي يقصد بها صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي قد تكسبه حقا أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا⁽³⁾ والتي لا تكون كاملة إلا ببلوغ الشخص سن الرشد وهو تسعة عشرة سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه طبقا للمادة 40 ق.م.ج .

ومادام شطب القيد يؤدي إلى انقضاء الامتياز وبقاء بائع المحل التجاري مجرد دائن عادي إذا حدث الشطب قبل انقضاء الدين المضمون بالامتياز فإنه يجب توافر الأهلية اللازمة لإبرام عقد بيع المحل التجاري ذاته أي أهلية الأداء، فإن كان البائع قاصرا مرشدا فإن مثل هذا التصرف يضر بمصلحته لأنه يضيع ضمانه لهذا فإنه لا يستطيع القيام بمثل هذا التصرف، أما إذا كان من صدر منه الرضا بالشطب الاتفاقي وكيلا عن بائع المحل التجاري فإنه يجب توافر وكالة خاصة، وإذا كان وصيا فإنه يجب الحصول على إذن من

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص220 ، وأنظر أيضا: قوق أم الخير، المرجع السابق، ص197.

(2) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص221.

(3) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة "، ج1، ط4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007-2008 ص152.

ب- الشروط الشكلية:

اشترط المشرع الجزائري صراحة العقد الرسمي عند إجراء الشطب الكلي في المادة 1/102 ق.ت.ج وذلك حماية للبائع صاحب الامتياز من خطر شطب قيده ومن جهة أخرى حماية لمالك المحل التجاري حتى لا ينازعه أحد في ملكيته للمحل التجاري⁽²⁾.

2- الشطب القضائي:

إذا انقضى الامتياز بائع المحل التجاري ولم يقم البائع بشطب القيد اختاريا فإنه يجوز لكل من له مصلحة في ذلك أن يرفع دعوى إلى القضاء لشطب القيد كالمشتري الجديد الذي انتقلت إليه ملكية المحل التجاري والدائنين العاديين والمدين الأصلي للبائع (المشتري) والدائن المقيد المتأخر في المرتبة، وترفع دعوى شطب القيد ضد المستفيد من الامتياز وهو بائع المحل التجاري إن لم يتنازل عن امتياز، فإذا قام بذلك فإن المدعى عليه هو من حل محل البائع أي الذي انتقل إليه الامتياز إذا كان قد أشر على حوله بهامش القيد⁽³⁾ وترفع هذه الدعوى أمام محكمة المكان الذي تم فيه القيد (المادة 1/106 ق.ت.ج) و إذا كانت الدعوى تتعلق بشطب قيود متعددة تم إجراؤها في دائرة اختصاص محاكم مختلفة على محل تجاري وفروعه، فترفع الدعوى بالنسبة لجميعها أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها المحل التجاري الرئيسي (المادة 2/106 ق.ت.ج)، ويجب أن يكون الحكم حائزا على قوة الشيء المقضي به حتى يقوم مأمور السجل التجاري بشطب القيد طبقا للمادة 104 ق.ت.ج.

وقد نصت المادة 2/104 ق.ت.ج على حالة خاصة لشطب القيد عندما أجازت لمأموري السجل التجاري شطب القيد بمقتضى أمر صادر في ذيل عريضة بعد استدعاء الأطراف عند انقضاء أسباب القيد ولم يحصل شطبه لا بالاتفاق ولا بحكم قضائي.

ثانيا : كيفية شطب القيد:

تتم عملية شطب القيد سواء أكان اتفاقيا أو قضائيا بتأشير مأمور السجل التجاري على هامش القيد بما يدل على اعتبار أن القيد أصبح غير موجود، وتسلم شهادة منه

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص، 223.

(2) - المرجع نفسه، ص، 223، 224.

(3) - المرجع نفسه، ص، 224.

للأطراف عندما يطلبونها (المادة 1/105 ق.ت.ج) و إذا كان الامتياز واردا على عناصر معنوية كالعلامات التجارية و الرسوم و النماذج الصناعية وبراءات الاختراع أو الرخص، فإن الشطب الجزئي أو الكلي يحصل في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها طبقا لأحكام المادة 99 ق.ت.ج⁽¹⁾، و ذلك بناء على تقديم شهادة الشطب المسلمة من مأموري السجل التجاري طبقا للمادة 2/105 ق.ت.ج.

وفي الأخير نقول أنه إلى جانب حق بائع المحل التجاري في ممارسة الامتياز لاستيفاء حقه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين و المقيدون التابعين له في المرتبة فإن المشرع الجزائري قد قرر للبائع وسيلة قانونية أخرى تحميه من خطر امتناع المشتري عن دفع الثمن تتمثل في طلب فسخ عقد البيع من القضاء أي الفسخ القضائي.

المبحث الثاني: الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري:

يقصد بالفسخ القضائي أن حل الرابطة العقدية لا يتم تلقائيا و إنما ينبغي تدخل القضاء لاستصدار حكم قضائي يقضي بفسخ العقد⁽²⁾ وطبقا للقواعد العامة فإنه إذا لم يوف المشتري بالتزامه بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه جاز للبائع إما إجبار المشتري على تنفيذ التزامه أو طلب فسخ العقد⁽³⁾ طبقا للمادة 119 ق.م.ج التي تنص: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد عذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

يظهر من خلال هذه المادة أن الفسخ يعتبر جزاء عن امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه⁽⁴⁾ وتسري هذه القواعد العامة نفسها على عقد بيع المحل التجاري فيجوز للبائع الذي لم يستوف حقه في الثمن في الأجل المتفق عليه بعد إعدار المشتري أن

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 82.

(2) - عبد الكريم بلعير، " نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري "، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986، ص 163.

(3) - أما الفقه الإسلامي فإنه لا يعطي للبائع إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه الحق في الخيار بين طلب تنفيذ العقد (أي دفع الثمن) وبين طلب فسخ العقد ، بل ليس له إلا المطالبة بأداء الثمن لأن الأصل في الفقه الإسلامي أن البائع لا يطالب بفسخ العقد و إنما تنفيذ العقد إلا إذا اشترط لنفسه صراحة الخيار في عقد البيع وعندئذ يكون له حق الفسخ في حدود ضيقة، ويرجع الفسخ هنا لا إلى قاعدة عامة في الفسخ وإنما إلى قيام الخيار في العقد أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، " مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - " ط 2 منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص، ص 217، 218.

(4) - علي فيلاي، " الالتزامات، النظرية العامة للعقد "، ط 2، موف للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 349.

يطلب فسخ عقد البيع مع التعويض⁽¹⁾ عن طريق رفع دعوى الفسخ إلى المحكمة المختصة لفسخ عقد بيع محل التجاري والمنظمة في المواد من 109 إلى 111 و من 113 إلى 116 ق.ت.ج وهذا ما يعرف بالفسخ القضائي والذي يحق للبائع طلبه حتى ولو تصرف المشتري في المحل التجاري للغير بحسن نية لأن المحل التجاري منقول معنوي لا تسري عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽²⁾، كما يجوز له أيضا التمسك به حتى في حالة إفلاس المشتري اتجاه جماعة الدائنين في التفليسة طبقا للمادة 114 ق.ت.ج.

ونظرا للضرر الذي يمكن أن تحدثه دعوى الفسخ على الغير فقد اشترط المشرع توافر مجموعة من الشروط للتمكن من ممارستها وحتى يمكن أن تنتج آثارها اتجاه الغير.

لذا سنقسم دراسة الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط الاحتجاج بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

المطلب الثالث: آثار دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

المطلب الأول: شروط الاحتجاج بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

نصت المادة 109 ق.ت.ج: " إذا لم يوجد شرط صريح في عقد البيع يجب لكي تنتج دعوى الفسخ آثارها أن يؤشر عليها وتحفظ بصفة صريحة في قيد الامتياز المنصوص عليه في المادة 97. ولا يجوز رفعها على الغير بعد انقضاء الامتياز وتكون الدعوى منحصرة كالامتياز نفسه بالعناصر التي شملها البيع."

كما تضيف المادة 1/111 ق.ت.ج شرطا آخر بنصها: " يجب على البائع القائم بدعوى الفسخ أن يبلغ الدائنين المقيددين في محل الإقامة المختار منهم في عمليات قيودهم..."

من خلال نص هاتين المادتين يتبين أنه لرفع دعوى الفسخ يجب توافر مجموعة من

(1) - نادية فوضيل، " النظام القانوني للمحل التجاري، المحل التجاري و العمليات الواردة عليه "، ج 1 و ج 2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 94.

(2) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 84، وأنظر أيضا: علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 271.

الشروط الموضوعية والشروط الشكلية⁽¹⁾ وذلك حماية للغير الذين لهم حقوق على المحل التجاري⁽²⁾، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

يشترط لثبوت حق البائع في رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري أن تتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية نصت عليها المادة 109 ق.ت.ج و التي تتمثل أساسا في أن نكون بصدد عقد بيع و أن يرد البيع على محل تجاري و أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن و أن تنصب هذه الدعوى على العناصر التي شملها عقد بيع المحل التجاري والتي سنقوم بدراستها كما يلي:

أولاً: أن يكون العقد بيعاً.

ثانياً: أن يكون الفسخ متعلقاً ببيع محل تجاري.

ثالثاً: أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن.

رابعاً: أن تنصب دعوى الفسخ على العناصر التي شملها البيع.

أولاً: أن يكون العقد بيعاً:

يجب أن يكون العقد المراد فسخه عقد بيع وليس عقد آخر كعقد الإيجار أو عقد القسمة مثلاً و عقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل ملكية شيء المبيع أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي طبقاً للمادة 351 ق.م.ج، وتخضع عملية بيع المحل التجاري بالإضافة إلى أحكام القواعد العامة من حيث شروط الانعقاد والتي تتمثل في الرضا والمحل و السبب (الشروط الموضوعية)، إلى أحكام خاصة نصت عليها المادة 79 وما بعدها من القانون التجاري والتي تتمثل أساساً في الكتابة الرسمية و القيد في السجل التجاري و الإشهار (الشروط الشكلية).

(1) - أما فيما يخص العلاقة بين البائع و المشتري فإن الفسخ غير مرتبط بأي شرط خاص ولا بوجود الامتياز والمحافظة عليه على خلاف ذلك عند مواجهة الغير، أنظر:

Jean Derruppé, "Le Fonds de commerce", Dalloz, Paris, 1994, P84.

(2) - وقد اعتبر علي حسن يونس شروط دعوى الفسخ بمثابة ضمانات قوية للغير الذي قرر له المشرع حقوقاً على المحل التجاري، أنظر: علي حسن يونس المرجع السابق، ص272.

و بالتالي يجب أن يكون تنازل البائع عن ملكية المحل التجاري إلى الغير بموجب عقد بيع وليس بموجب عقد آخر لأن المادة 79 ق.ت.ج.تحدثت عن التنازل بصيغة عامة حيث نصت على أنه: " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة المساهمة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا...."

فمن قراءة هذه المادة يظهر أنها تكلمت عن كل العمليات التي تؤدي إلى انتقال ملكية المحل التجاري فقد يكون بموجب عقد القسمة أو المزايدة، أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة المساهمة أو بموجب أي عقد من نوع آخر ولكن ما يهمنا هو أن يكون التنازل بموجب عقد بيع لأن حق طلب الفسخ أقره المشرع للبائع وليس لكل مالك تنازل عن محله التجاري بموجب عقد من نوع آخر.

ثانيا: أن يكون الفسخ متعلقا ببيع محل تجاري:

لقيام حق البائع في طلب فسخ العقد يجب أن يكون العقد عقد بيع وارد على محل تجاري بالمعنى القانوني⁽¹⁾ فإذا كان البيع واردا على مؤسسة لا يصدق عليها وصف المحل التجاري فلا تطبق الأحكام الواردة في المادة 109 ق.ت.ج. و ما بعدها، وإنما تطبق بشأنها القواعد العامة في الفسخ، لكن متى نكون أمام محل تجاري؟.

لم يستطيع الفقه والقضاء إعطاء تعريف جامع مانع للمحل التجاري نظرا لتعدد عناصره من جهة واختلاف أهمية كل منها في تكوينه من جهة أخرى وبالرجوع إلى المادة 78 ق.ت.ج.⁽²⁾ نجد أن المشرع الجزائري قد حدد العناصر التي يتكون منها المحل التجاري ووضع الحد الأدنى من العناصر التي يجب أن يتوافر عليها كل محل تجاري والتي من خلالها يمكن تعريف المحل التجاري بأنه منقول معنوي يتكون من عدة عناصر مادية وأخرى معنوية مخصصة لممارسة نشاط تجاري معين.

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 85.

(2) - حيث تنص المادة 78 ق.ت.ج: " تعد جزئا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته. كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك "

وعليه لكي يثبت حق البائع في فسخ عقد بيع المحل التجاري طبقا للمادة 109 ق.ت.ج يجب أن يرد البيع على محل تجاري كمجموع، أما إن اقتصر البيع على أحد عناصره غير الكافية لتكوين محل تجاري فلا يمكن تطبيق المادة 109 ق.ت.ج، وإنما تطبق بشأنه القواعد العامة في الفسخ القضائي.

ثالثا: أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن:

لا يكفي لجواز فسخ عقد البيع طبقا للمادة 109 ق.ت.ج أن يرد على بيع محل تجاري فقط بل لابد أن يكون هناك امتناع عن دفع الثمن كله أو الباقي منه من قبل المشتري رغم حلول الأجل المتفق عليه، أما إذا كان طلب الفسخ بسبب إخلال المشتري بأي التزام آخر من الالتزامات المقررة عليه بموجب عقد البيع فإن أحكام القواعد العامة هي التي تطبق على هذا الطلب، كما إذا تخلف المشتري عن تسلم المبيع⁽¹⁾ ولكن هل تعتبر مصاريف عقد بيع المحل التجاري في حكم الثمن ويشملها الحكم الوارد في المادة 109 ق.ت.ج.؟

تطرقنا سابقا عند دراسة مضمون الامتياز أن ثمن المحل التجاري يشمل المبلغ المالي لعناصر المحل التجاري و كذا نفقات العقد فنفس الأمر بالنسبة لدعوى الفسخ فإن مصاريف العقد تأخذ حكم الثمن ويلتزم بها المشتري⁽²⁾ وذلك تطبيقا لنص المادة 393 ق.م.ج التي تنص: " إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك ". لذلك يحق للبائع في حالة امتناع المشتري عن دفع الثمن أن يطلب فسخ العقد طبقا لأحكام المادة 109 ق.ت.ج.

رابعا: أن تنصب دعوى الفسخ على العناصر التي شملها البيع:

وفقا للمادة 109 ق.ت.ج فإنه لا يجوز لبائع المحل لتجاري رفع دعوى الفسخ إلا على العناصر التي شملها البيع كالامتياز الذي لا يترتب إلا على عناصر المحل التجاري

(1) - علي حسن بونس، المرجع السابق، ص 273.
(2) - علي خلاف المشرع الجزائري الذي يمنع الفوائد بين الأفراد طبقا للمادة 454 ق.م.ج باستثناء المؤسسات المالية (المادة 455-456 ق.م.ج)، يعطي المشرع المصري لبائع المحل التجاري زيادة على مصاريف العقد الحق في الفوائد ويعتبرها في حكم الثمن ويخضع دعوى الفسخ المرفوعة في حالة عدم دفعها للقواعد الخاصة الواردة في القانون رقم 11 لسنة 1940، أنظر: علي حسن بونس، المرجع السابق، ص 274 ، هاني دويدار، المرجع السابق ص 279.

المبينة في عقد البيع و في القيد فإذا لم تعين على وجه الدقة هذه العناصر فإن الامتياز لا يقع إلا على عنوان المحل التجاري و اسمه والحق في الإيجار و العملاء والشهرة التجارية طبقاً للمادة 2/96 ق.ت.ج.

أما إذا أضاف المشتري المحل التجاري عناصر جديدة لم يشملها البيع، كبراءة الاختراع أو العلامة التجارية... إلخ فإن الفسخ لا يشملها و بالتالي يبقى المشتري محتفظاً بها، أما العناصر التي شملها البيع فإنها ترد إلى البائع بحالتها التي تكون عليها وقت الفسخ مهما كانت التعديلات التي أدخلها عليها المشتري⁽¹⁾.

إن توافر كل الشروط الموضوعية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري السابق بيانها لا تكفي لوحدها لكي تنتج دعوى الفسخ آثارها بل لا بد من توافر مجموعة من الشروط الشكلية .

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

لما كان للبائع الحق في رفع دعوى الفسخ حتى في حالة إفلاس المشتري استثناء من قواعد العامة للإفلاس مما قد يعرض مصالح الغير للضرر نتيجة استرداد البائع للمحل التجاري خالياً من الحقوق المقررة للغير، لذا فقد أراد المشرع أن لا يفاجأ الغير كدائني المشتري بهذه الدعوى ففرض على بائع المحل التجاري شهر دعوى الفسخ حتى يكون الغير على علم بها وعلى الأخطار التي يمكن أن يتعرضوا لها عند التعاقد على المحل التجاري⁽²⁾، لذا أوجب المشرع على بائع المحل التجاري الذي يرغب في طلب الفسخ عند امتناع المشتري عن دفع الثمن كله أو الباقي منه ، أن يقوم بالتأشير على دعوى الفسخ وبحفظها في قيد الامتياز وهذا ما نصت عليه المادة 109 ق.ت.ج .

حيث أنه إذا لم يوجد شرط صريح في عقد البيع فإنه يجب لكي تنتج دعوى الفسخ آثارها أن يقوم البائع بتأشير دعوى الفسخ وحفظها بصفة صريحة لا تدع مجالاً للشك في قيد الامتياز المنصوص عليه في المادة 97 ق.ت.ج أي أن يحصل القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عقد البيع، فإذا تم بعد فوات هذه المدة كان القيد الخاص بدعوى الفسخ

(1)- نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، المرجع السابق، ص215.

(2)- علي حسن يونس، المرجع السابق، ص، 275.

باطلا حتى ولو كان قيد الامتياز صحيحا لإجرائه في الميعاد القانوني⁽¹⁾، وبالتالي لا يستطيع البائع الاحتجاج به في مواجهة الغير، ومع ذلك فإن هذا الإعلان لا يلعب أي دور في العلاقة بين البائع والمشتري، ودعوى الفسخ يستطيع البائع ممارستها وفقا لشروط القانون المدني حتى وإن لم يوجد هذا الإعلان بشرط أن لا يكون المشتري هو الدائن المقيد وأن لا يبيع المحل التجاري مرة ثانية⁽²⁾.

فإذا توافرت الشروط السابقة كان للبائع الحق في فسخ العقد عن طريق رفع دعوى إلى القضاء، فما هي إجراءات رفع هذه الدعوى يا ترى؟ وهذا ما سنجيب عنه في المطلب التالي:

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

يجب على بائع المحل التجاري إتباع مجموعة من الإجراءات لرفع دعوى الفسخ تتمثل أساسا في :

- رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

- تبليغ الدائنين المقيدين بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

لا يقع فسخ عقد بيع المحل التجاري من تلقاء نفسه إذا لم يشترطه في عقد البيع بل لابد من رفع دعوى بعد إعدار المشتري وصدور حكم بفسخ العقد، وهذا ما يميز الفسخ القضائي عن الفسخ الاتفاقي⁽³⁾، ولرفع دعوى الفسخ يجب إتباع إجراءات معينة في الميعاد المحدد لذلك وهذا ما سنتناوله كالتالي:

أولا: كيفية رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

ثانيا: ميعاد رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري.

ثالثا: سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ.

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص، 85.

(2) (Benjamin ippolito, - Michel de juglart), 11^e édition, vol1, p509.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على ملكية البيع و المقايضة" ج4، ط3، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 821.

أولاً: كيفية رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

تخضع إجراءات رفع دعوى الفسخ للأحكام المشتركة لرفع جميع الدعاوى والتي تشترط في رافع الدعوى أن يكون له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون طبقاً لنص المادة 1/13 ق.إ.م.إ، وتبدأ إجراءات التقاضي أمام المحكمة بإيداع عريضة مكتوبة وموقعة و مؤرخة بأمانة ضبط من قبل المدعى أو وكيله أو محاميه بعدد من نسخ يساوي عدد الأطراف (المادة 14 ق.إ.م.إ)، ثم القيام بتكليف الخصم بالحضور بالمكان والزمان المحددين⁽¹⁾.

كما تشترط المادة 15 ق. إ. م. إ توافر مجموعة من البيانات الخاصة بالأطراف وموضوع الطلب (فسخ العقد) و الوثائق التي تأسست عليها الطلبات تحت طائلة البطلان و تتمثل هذه البيانات في:

- الجهة القضائية المختصة التي ترفع أمامها الدعوى.
 - اسم ولقب المدعي و موطنه.
 - اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.
 - الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
 - عرضاً موجزاً للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
 - الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.
- وبعد ذلك يقوم أمين الضبط بتقييد القضية فور استلامها في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و منح رقم القضية و تحديد تاريخ أول جلسة ثم يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة و يسلمها للمدعي بغرض تكليف الخصم بالحضور للجلسة طبقاً للمادة 1/16، 2 ق.إ.م.إ و يجب احترام أجل عشرين يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون خلاف ذلك طبقاً للمادة 3 /16 ق.إ.م.إ و ثلاثة أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيم في الخارج (المادة 4 /16 ق.إ.م.إ).

(1) - عبد الرحمن بربارة، " شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية "، ط2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 32.

ولم ينص المشرع الجزائري في القانون التجاري على المحكمة المختصة بالنظر في دعوى فسخ بيع المحل التجاري لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنجد أن البائع مخير بأن يرفع دعواه أمام محكمة المدعى عليه (المشتري) طبقا للمادة 37 ق.إ.م.إ⁽¹⁾، أو أن يرفعها أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يتم الوفاء بدائرة اختصاصها طبقا للمادة 39 ق.إ.م.إ⁽²⁾.

وتسقط دعوى الفسخ وفقا للقواعد العامة بالتنازل الصريح أو التنازل الضمني و يعتبر من قبيل التنازل الضمني التنفيذ على المبيع لاستيفاء الثمن، كما تسقط بالتقادم⁽³⁾ أما دعوى فسخ بيع المحل التجاري فإنها بالإضافة إلى الأسباب العامة لسقوط دعوى الفسخ تسقط أيضا وبصفة خاصة إذا انقضى امتياز بائع المحل التجاري لأي سبب من الأسباب طبقا للمادة 109 ق.ت.ج، لأن حق البائع في الفسخ تابع لحقه في الامتياز فلا يتصور بقاء الحق في الفسخ بعد انقضاء الامتياز⁽⁴⁾.

ثانيا: ميعاد رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

يجب رفع دعوى الفسخ أثناء قيام الامتياز، فإذا انقضى الامتياز لأي سبب من الأسباب فلا يجوز التمسك بدعوى الفسخ في مواجهة الغير طبقا للمادة 109 ق.ت.ج والمقصود هنا بالغير هو كل من رتب له المشتري حقا عينيا على المحل التجاري المبيع كالمشتري الثاني الذي انتقلت إليه ملكية المحل التجاري أو الدائن المرتهن الذي رتب له رهنا على المحل التجاري أو جماعة الدائنين في حالة الإفلاس⁽⁵⁾.

أما في حالة التنفيذ على المحل التجاري لبيعه بالمزاد العلني سواء بطلب من وكيل التفليسة أو التسوية القضائية أو المصفين أو أي صاحب حق آخر فإنه يتعين على البائع

(1) - حيث تنص المادة 37 ق.إ.م.إ: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه...".

(2) - حيث تنص المادة 39 ق.إ.م.إ على أنه: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد أدناه أمام الجهات القضائية الآتية: ... في المواد التجارية، غير الإفلاس و التسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها...".

(3) - أنور سلطان، " العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005، ص369.

(4) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 276.

(5) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 85.

رفع دعوى الفسخ خلال شهر من تاريخ التبليغ وإلا سقط حقه فيها اتجاه الراسي عليه المزداد طبقا للمادة 113 ق.ت.ج، والحكمة من وراء ذلك هو تحديد موقف البائع من طلب الفسخ في بيع المحل التجاري بالمزداد العلني حتى لا يؤدي احتفاظه بحق الفسخ إلى إحجام المشترين الدخول في المزايمة خوفا من أن يرفع المشتري دعواه فيفسخ البيع بعد رسو المزداد⁽¹⁾ مما يؤدي إلى التقليل من قيمة المحل التجاري ودعم انتمائه، لذلك أوجب القانون على الدائن الذي يطلب بيع المحل التجاري بالمزداد العلني إبلاغ البائعين السابقين في محل إقامتهم المختار و المعين في قيودهم بواسطة إجراء غير قضائي و التصريح لهم بأنهم إن لم يرفعوا دعوى الفسخ خلال شهر من تاريخ التبليغ سقط حقهم فيها، وبالتالي يطمئن بأن دعوى الفسخ لن تهدده بعد تمام البيع ورسو المزداد⁽²⁾.

فإذا قام البائع برفع دعوى الفسخ فإن إجراءات البيع بالمزايمة توقف حتى يفصل في دعوى الفسخ بحكم نهائي⁽³⁾، أما إذا لم يقم الدائن طالب البيع بالمزداد العلني بإبلاغ البائع بطلبه فهل يظل بائع المحل التجاري محتفظا بحقه في دعوى الفسخ؟ في هذه الحالة يجوز لبائع المحل التجاري رفع دعوى الفسخ لأنه لم يبلغ من قبل الدائن القائم بالتنفيذ على المحل التجاري و بالتالي لا يسري عليه مدة الشهر لرفع الدعوى⁽⁴⁾.

ثالثا: سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ:

نصت المادة 119 / 2 ق.م.ج على مايلي: " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان الذي لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

يستفاد من هذا النص أن القاضي غير ملزم بالحكم بالفسخ بل له سلطة تقديرية واسعة، فقد يحكم بالفسخ إذا رأى أن مصلحة البائع مهددة وأنه يمكن أن يضيع منه المحل التجاري، وقد يرفض الحكم بالفسخ إذا كان الذي لم يوف به المدين قليل الأهمية، كأن

(1) -نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري"، المرجع السابق، ص 217. و أنظر أيضا: علي حسن يونس المرجع السابق، ص 279، السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 85.

(2) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 87.

(3) -السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 85.

(4) - وهذا ما ذهب إليه أيضا علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 280.

يكون المشتري قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلا القليل ويرى القاضي أنه لا مبرر لفسخ العقد، وعليه فإن للقاضي دور هام في تقدير جسامته عدم التنفيذ للحكم بالفسخ، أما فيما يخص منح المدين أجلا لدفع الثمن فهذا الحكم لا يسري بالنسبة للأعمال التجارية، فلا يجوز للقاضي منح أجل للمدين للوفاء بدينه أو ما يعرف بنظرة الميسرة لأن حلول الأجل له أهمية كبرى في الميدان التجاري ذلك أن تأخر المدين عن سداد الثمن في الأجل المحدد قد يفوت على الدائن فرصة للربح أو قد يعرضه للإفلاس إذا كان مدينا للغير.

وقد يعفي القاضي المشتري من التنفيذ مكتفيا بالحكم عليه بتعويض البائع، أما إن كان الفسخ أكثر ضمانا لمصلحة البائع فإنه يحكم به، كما يحكم له بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 1/119 ق.م.ج.

ونشير في الأخير إلى أنه يمكن للمشتري طبقا للقواعد العامة منع الحكم بالفسخ إذا قام بدفع الثمن، وللبيع أيضا بعد رفع الدعوى أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب بأن يتراجع عن طلب الفسخ ويطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل و يكون القاضي هنا ملزما بطلب البائع ولا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد⁽¹⁾، ولكن لا يجوز للبائع أن يجمع بين طلب التنفيذ و طلب الفسخ في آن واحد، وإذا تنازل عن أحدهما فلا يمكنه بعد ذلك الالتجاء إليه⁽²⁾ ونفس الحكم يطبق على بائع المحل التجاري.

والبائع القائم بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري يقع على عاتقه التزام آخر لنفاذ دعوى الفسخ في مواجهة الغير وهو تبليغ الدائنين المقيددين بدعوى الفسخ.

الفرع الثاني: تبليغ الدائنين المقيددين بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

أوجب القانون على بائع المحل التجاري القائم بدعوى الفسخ أن يخطر الدائنين أصحاب الديون المقيدة كصاحب حق الرهن أو حق التخصيص أو حق الامتياز على الأدوات والمعدات المخصصة للتجهيز عن رغبته في الفسخ في محل إقامتهم المختارة المبينة في قيودهم، وذلك من أجل حماية الغير و دعما للثقة والائتمان و تحقيق العلانية في

(1) - علي الفيلاي، المرجع السابق، ص 353، وأنظر أيضا: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 361.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج4، المرجع السابق، ص، ص 822 .823

المعاملات التجارية⁽¹⁾، ولا يصدر الحكم بالفسخ إلا بعد مضي شهر من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدین (المادة 2/111 ق.ت.ج).

أما إذا لم يقم البائع بإخطار الدائنين المقيدین بدعوى الفسخ فإنه لا يستطيع الاحتجاج في مواجهتهم بالحكم بالفسخ، فإذا تصرف مثلا المشتري في المحل التجاري لمشتري آخر وتم تسليمه إياه فلا يستطيع البائع الأول استرداد المحل التجاري من يد المشتري الجديد لأن الفسخ لا يسري عليه، وكذلك الأمر إذا تمكن البائع من استرداد محله التجاري من المشتري نتيجة فسخ العقد، فإنه لا يحول ذلك من الاعتراف للدائنين المقيدین بحقهم في التنفيذ على المحل التجاري لاستيفاء ديونه منه⁽²⁾.

والغرض من وراء إعلان الدائنين المقيدین الذين لهم قيود على المحل التجاري بدعوى الفسخ هو حماية مصالحهم عن طريق تمكينهم من اتخاذ الإجراءات اللازمة كالتدخل في الدعوى من أجل إسقاط حجة البائع في طلب الفسخ أو مراقبة سير الدعوى لمنع التواطؤ بين البائع والمشتري، كما يكون لهؤلاء الدائنين أن يمنعوا وقوع الفسخ عن طريق دفع الثمن للبائع و الحلول محله في الحقوق التي له قبل المشتري⁽³⁾.

وبعد إتمام إجراءات رفع الدعوى الفسخ يترتب عنها مجموعة من الآثار ففيما تتمثل

هذه الآثار يا ترى؟.

و هذا ما سنجيب عليه في المطلب التالي كما يلي:

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 85.

(2) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص، 278، 279.

(3) - نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، المرجع السابق، ص 216.

المطلب الثالث: آثار دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري:

إذا فسخ العقد وفق الشروط والإجراءات السابق بيانها انحل عقد بيع المحل التجاري و اعتبر كأن لم يكن و بالتالي تزول كل الالتزامات التي كانت ناشئة عنه و يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد⁽¹⁾، ولا يقتصر أثر الفسخ على المتعاقدين فقط بل يمتد أيضا إلى الغير الذي رتب له المشتري حقا على المحل التجاري ولذا سندرس آثار دعوى الفسخ في الفرعين التاليين كما يلي:

الفرع الأول: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للمتعاقدين.

الفرع الثاني: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للغير.

الفرع الأول: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للمتعاقدين:

يترتب على فسخ العقد إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد سواء كان الفسخ قضائيا أو اتفاقيا، فالحكم بفسخ العقد يجعله ينحل بأثر رجعي لا من وقت النطق بالحكم بل ينحل من تاريخ نشوء العقد، فيرد كل من المتعاقدين ما تسلمه بمقتضى هذا العقد بعد أن يتم فسخه طبقا للمادة 110 ق.ت.ج و التي تنص على أنه: " يجب على البائع في حالة الفسخ القضائي أو الاختياري للبيع أن يسترد جميع عناصر المحل التجاري التي شملها البيع، وبما فيها العناصر التي انقضت فيها امتيازته وحقه في دعوى الفسخ.

و يكون البائع محاسبا عن ثمن البضائع والمعدات الموجودة بالمحل عند إعادة حيازته بما يقدر بموجب خبرة حضورية أو بالتراضي أو عن طريق القضاء على أن يطرح من الثمن ما قد يستحقه بموجب الامتياز الذي له على ثمن كل من البضائع والمعدات و إذا بقي شيء زائد عن ذلك فيكون ضمانا للدائنين العاديين "

فطبقا لنص هذه المادة فإن الفسخ يرتب مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للبائع أو

المشتري وهذا ما سنتعرض له على النحو التالي:

أولا: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للبائع.

ثانيا: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للمشتري.

(1)- أنظر: المادة 122 ق.م.ج.

أولاً: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للبائع:

نصت المادة 122 ق.م.ج على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض ".
يتبين من نص هذه المادة أن لبائع المحل التجاري بالإضافة إلى استرداد محله التجاري، أن يحكم له القاضي بالتعويض إذا استحال على البائع إرجاع محله التجاري و عليه سندرس آثار دعوى الفسخ بالنسبة للبائع كما يلي:

1- استرداد المحل التجاري.

2- التعويض.

1- استرداد المحل التجاري:

يترتب على فسخ عقد بيع المحل التجاري أن يسترجع البائع المحل التجاري خالياً من كل الحقوق المقررة لصالح الغير لهذا أوجب المشرع الجزائي على البائع لكي يستفيد من حق الفسخ طبقاً للمادة 109 ق.ت.ج أن يؤشر على دعوى الفسخ وأن يحتفظ بها بصفة صريحة في القيد الامتياز و ذلك حماية للغير، و يتعين على المشتري إرجاع المحل بكافة عناصره التي شملها البيع بما فيها العناصر التي انقضت فيها امتياز البائع و حقه في الفسخ⁽¹⁾ لاسيما العناصر المعنوية كما كانت يوم استلام المحل التجاري أي بالثمن الذي حدد لها عند انعقاد عقد البيع و ذلك حماية لمصلحة البائع خاصة عند انخفاض قيمتها⁽²⁾.

و تعود حيازة المحل التجاري للبائع بالحالة التي كان عليها وقت الفسخ، مهما كانت التعديلات التي طرأت على عناصره سواء بالزيادة أو النقصان في الفترة ما بين وقوع البيع والفسخ، كأن يسترد البائع السلع عند الفسخ بغض النظر إن كانت قد زادت كميتها أو نقصت عما كانت عليه عند عقد البيع⁽³⁾، أما إذا أضاف المشتري للمحل التجاري عناصر جديدة لم يشملها عقد بيع المحل التجاري كالعلامة التجارية أو براءة الاختراع أو نماذج صناعية فلا تنتقل إلى ملكية البائع عند استعادة المحل التجاري و إنما يبقى المشتري

(1)- أنظر: المادة 1/110 ق.ت.ج.

(2)- بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص 213.

(3)- علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 281، 282.

محتفظ بها⁽¹⁾.

وإذا كانت تجزئة ثمن بيع المحل التجاري لثلاثة أجزاء يقابل كل جزء منها أحد عناصر المحل التجاري بحيث يؤدي الوفاء بالثمن الذي يقابل أحد هذه العناصر إلى انقضاء الامتياز الذي يضمنه، فإن هذه التجزئة لا تأثير لها على فسخ عقد بيع المحل التجاري لأن الفسخ ينصب على المحل التجاري كوحدة شاملة أي كمجموع من العناصر تشكل معا وحدة واحدة، وبالتالي إذا قام المشتري بوفاء ثمن بعض العناصر لا يحول دون حق البائع في استردادها⁽²⁾.

وإذا كان للبائع الحق في استرداد محله التجاري عند فسخ العقد فهل له طلب استرداد الأرباح التي حققها المشتري من استغلال المحل التجاري؟.

يحق للبائع استرداد الأرباح التي حققها المشتري في الفترة السابقة عن فسخ العقد واسترداد المحل التجاري ذلك أن الفسخ يؤدي إلى إرجاع المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل العقد، وبالتالي لا يكون للمشتري الحق في ثمرات استغلال المحل التجاري بل تكون هذه الثمرات من حق البائع على اعتبار أن المشتري كان يدير المحل التجاري لحساب الغير والبائع يسترد الأرباح الصافية بعد خصم المصاريف والنفقات و يستحق المشتري مقابل ذلك أجر يخصم من هذه الأرباح عن المدة التي مارس فيها استغلال المحل التجاري نظير العمل الذي قام به⁽³⁾.

2- التعويض:

يحق لبائع المحل التجاري إلى جانب حقه في الفسخ أن يطلب من المشتري التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء فسخ العقد بقدر ما أصابه من ضرر وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الموضوع طبقا للمادة 119 ق.م.ج، كما يستحق التعويض أيضا عند استحالة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أي إذا استحال الاسترداد العيني كأن يكون المبيع قد هلك في يد المشتري، جاز للقاضي هنا أن يحكم له بالتعويض طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 122 ق.م.ج.

(1) - أحمد محرز ، المرجع السابق، ص 88.

(2) - نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، المرجع السابق، ص 217، و أنظر أيضا علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 282.

(3) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص، ص 282، 283.

لذا سنتعرض لدراسة التعويض كما يلي:

أ- شروط استحقاق البائع التعويض.

ب- كيفية تقدير التعويض.

أ- شروط استحقاق البائع التعويض:

التعويض هو الجزاء المترتب على تحقق المسؤولية⁽¹⁾، وله وظيفتين وظيفة إصلاحية بجبر الضرر نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ووظيفة رذعية إذا نسب للمسؤول خطأ متميز في جسامته ينطوي على ذنب أخلاقي فيجب رذع المسؤول عن طريق التعويض عن الضرر الذي ألحقه بالغير بالنظر إلى جسامة الخطأ المنسوب إليه عند تقدير التعويض⁽²⁾، ويشترط لاستحقاق البائع التعويض توافر مجموعة من الشروط هي في الأصل شروط قيام المسؤولية العقدية⁽³⁾ والتي تتمثل أساسا في:

- الخطأ العقدي.

- الضرر.

- العلاقة السببية.

- الخطأ العقدي :

الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية أو التأخير في تنفيذه سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال، ويشمل عدم التنفيذ للالتزام التعاقدية عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ⁽⁴⁾، والخطأ التعاقدية لا يتحقق إلا بعنصرين⁽⁵⁾:

- عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب.

- نسبة هذا الخطأ إلى المدين بأن يتخلف عن القيام بواجبه على الرغم من قدرته على تبينه والقيام به.

(1) - محمد صبري السعدي، " شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية"، ج2، ط2، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 126.

(2) - عبد الحميد الشواربي، " فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء"، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1997، ص، ص 400 401.

(3) - تضيف المادة 179 ق.م.ج. شرطا إضافيا هو إعدار المدين لإمكان المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ولكن هنا في التعويض عن الفسخ لا يحتاج المشتري لإعدار لأن التعويض سيكون كآثر عن دعوى الفسخ بالإضافة إلى أنه سبق إعداره عند رفع دعوى الفسخ.

(4) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، ج1، المرجع السابق، ص، ص 311 312.

(5) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 354.

ويشترط لتحقيق المسؤولية و بالتالي استحقاق التعويض أن يكون الخطأ عمدا وجسيما وصادرا من المدين، أما إن كان الخطأ ناتجا عن سبب أجنبي لا يد له فيه فلا يلزم المدين بالتعويض لانتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر طبقا للمادة 176 ق.م.ج والتي تنص على: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

وطبقا للقواعد العامة يقع عبء إثبات الخطأ العقدي على عاتق الدائن الذي يطالب بالتعويض و عليه يكون على بائع المحل التجاري إثبات عدم دفع المشتري ثمن بيع المحل التجاري، ويجب على مشتري المحل التجاري الذي يريد نفي الخطأ عن نفسه للتخلص من تعويض البائع أن يثبت أن الخطأ العقدي كان ناتجا عن سبب لا يد له فيه طبقا لنص المادة 176 ق.م.ج.

- الضرر:

يقصد بالضرر ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه وهو ركن أساسي لقيام المسؤولية العقدية، فلا بد من وجود ضرر نتيجة عدم القيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أو التأخر فيه⁽¹⁾، ولكن إذا تحقق خطأ المدين دون أن يلحق ضرر بالدائن فهل تقوم المسؤولية العقدية؟ وهل يلزم المدين بالتعويض؟.

إذا لم يترتب أي ضرر للدائن من جراء الخطأ العقدي للمدين فإن المسؤولية العقدية لا تقوم وبالتالي لا يلزم المدين بتعويض الدائن.

أما عندما يكون محل الالتزام هو مبلغ من النقود كما هو الحال بالنسبة لبائع المحل التجاري فإن البائع معفى من إثبات وقوع الضرر الناشئ عن عدم دفع المبلغ أو التأخر في دفعه، لأن القانون افترض وقوعه بمجرد تأخر في الوفاء به و ذلك وفقا للمادة 186 ق.م.ج بنصها: " إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من

(1)- محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج1، المرجع السابق، ص 314.

هذا التأخير " .

ويشترط في الضرر الملزم للتعويض في المسؤولية العقدية أن يكون الضرر مباشرو متوقع إلا في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم طبقا للمادة 182 / 2 ق.م.ج التي تنص على أنه: " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

- العلاقة السببية:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ صادر من المدين بل لابد أن يكون هناك خطأ هو السبب في الضرر، وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فقد يكون هناك خطأ من المدين وهناك ضرر أصاب الدائن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر⁽¹⁾، وعليه يقع على بائع المحل التجاري إثبات أن الضرر الذي أصابه كان من جراء الفسخ نتيجة عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن.

ب - كيفية تقدير التعويض:

تختلف طريقة تقدير التعويض بحسب ما إذا كان التعويض تعويضا قضائيا أو تعويضا اتفاقيا، أما بالنسبة للتعويض القانوني الذي يكون عن طريق تحديد سعر الفائدة عن التأخر في دفع مبلغ من النقود فإنه لا يعمل به في القانون الجزائري⁽²⁾ لأن الإرادة التشريعية الجزائرية تمنع الفوائد ومن ذلك أنها منعت القرض بفائدة فيما بين الأفراد فيقع باطلا كل اتفاق مخالف لذلك طبقا للمادة 454 ق.م.ج و سنبين فيما يلي كيفية تقدير التعويض في كل من التعويض القضائي والتعويض الاتفاقى.

- كيفية تقدير التعويض القضائي:

إذا لم يوجد نص أو اتفاق يبين مقدار التعويض فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق البائع من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة عدم وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن أو التأخر في الوفاء به طبقا للمادة 1/182 ق.م.ج. ولا يلزم المشتري إلا

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 385.

(2) - على خلاف القانون المصري فإنه ينص في المادة 226 على الفائدة التأخيرية إذا كان محل الالتزام نقودا وتأخر المدين عن الوفاء به فيستحق الدائن تعويضا قانونيا عن حرمانه من الثمن طوال مدة التأخير ويتولى القانون تحديد وتقدير هذا التعويض في صورة فوائد، وكذا القانون الفرنسي فقد نص عنها في المادة 1153 ق.م.ج فرنسي، للتفصيل أكثر أنظر: محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات "، القسم الثاني، ص- ص 93- 106.

بتعويض الضرر المباشر والمتوقع إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما فإنه يسأل عن الضرر غير متوقع (1).

تبعا لذلك يقوم القاضي بتعيين طريقة التعويض، فقد يكون التعويض عينيا وهو أفضل وسيلة لتعويض المضرور بحيث أنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما عن طريق إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (2)، أي استرجاع البائع لمحلته التجاري، والقاضي هنا ملزم بالتعويض العيني إن كان ذلك ممكنا أو طلبه البائع، أما إذا تعذر التعويض العيني فإن القاضي ملزم بالحكم بالتعويض بمقابل وهو موضوع دراستنا و يكون التعويض بمقابل مبلغا من النقود، فإذا حكم للبائع بالفسخ والتعويض فإن مصدر التعويض ليس العقد وإنما ما صدر من المشتري من خطأ أي المسؤولية التقصيرية وليس العقدية لأن العقد قد فسخ فلا يصلح أساسا لطلب التعويض (3) و العبرة في تقدير قيمة التعويض هو بقدر الضرر الذي أصاب البائع أي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وهنا يثور التساؤل: متى ينشأ حق البائع في التعويض هل من تاريخ وقوع الضرر أم من تاريخ صدور الحكم؟.

ينشأ حق البائع في التعويض طبقا للقواعد العامة من يوم وقوع الضرر وليس من تاريخ الحكم به، أما تقدير قيمة الضرر فيكون بقيمته وقت صدور الحكم وليس بقيمته عند وقوع الضرر (4) ونفس الحكم يطبق على حق بائع المحل التجاري في التعويض.

- كيفية تقدير التعويض الإتفاقي:

نصت المادة 183 ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

طبقا لهذه المادة يستطيع كل من البائع ومشتري المحل التجاري أن يقوما بتحديد التعويض مقدما في عقد البيع أو في عقد لاحق في حالة إخلال المشتري بالتزامه وهو ما

(1) - أنظر: المادة 2/182 ق.م.ج .

(2) - محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات"، القسم الثاني، المرجع السابق، ص59.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 461.

(4) - أنظر في ذلك: محمد صبري السعدي، " النظرية العامة للالتزامات"، القسم الثاني، المرجع السابق، ص67 وأنظر أيضا: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 417.

يعرف بالشرط الجزائي، ويشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي توافر شروط قيام المسؤولية العقدية من خطأ و ضرر و علاقة السببية، ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا للبائع إذا أثبت المشتري أن البائع لم يلحقه أي ضرر بسبب التأخر في تنفيذ التزامه بدفع الثمن طبقا للمادة 1/184 ق.م.ج.

وإذا كان التعويض الذي حدده الأطراف في العقد مبالغ فيه فإن للقاضي سلطة تقديرية في تخفيض مبلغ التعويض إلى القدر اللازم لجبر الضرر⁽¹⁾، أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يحق للبائع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المشتري قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما طبقا للمادة 185 ق.م.ج، كما يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أولا يقضي به أصلا عن المدة التي طال فيها أمد النزاع بلا مبرر إذا كان سبب إطالة أمد النزاع يرجع إلى سوء نية البائع وهذا ما تقضي به المادة 187 ق.م.ج.

ثانيا: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للمشتري:

إذا كانت القاعدة العامة لفسخ العقد هي محو آثاره بأثر رجعي فإنه يجب على البائع رد ما تلقاه من المشتري، وفي حالة امتناعه عن ذلك يحق له حبس المحل التجاري إلى أن يستوفي المبالغ المطلوبة من المشتري و هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

1- استرداد المشتري الثمن.

2- حق المشتري في حبس المحل التجاري.

1- استرداد المشتري الثمن:

إذا فسخ عقد بيع المحل التجاري وجب على البائع رد ما قبضه من الثمن إلى المشتري، ويعتبر لاغيا كل شرط وارد في عقد البيع يعطي للبائع الحق في الاحتفاظ بثمن المبيع كله أو جزء منه عند وقوع الفسخ طبقا للمادة 116 ق.ت.ج.

و نظرا للتغييرات التي يمكن أن تطرأ على العناصر المادية للمحل التجاري سواء بالزيادة أو النقصان بسبب التعامل التجاري فإن المادة 2/110 ق.ت.ج قد حددت كيفية محاسبة البائع عن ثمن هذه العناصر بنصها: " و يكون البائع محاسبا عن ثمن البضائع

(1)- أحمد محرز، المرجع السابق، ص 89.

والمعدات الموجودة بالمحل عند إعادة حيازته بما يقدر بموجب خبرة حضورية أو بالتراضي أو عن طريق القضاء، على أن يطرح من الثمن ما قد يستحقه بموجب الامتياز الذي له على ثمن كل من البضائع و المعدات و إذا بقي شيء زائد عن ذلك فيكون ضمانا للدائنين العاديين ".

من خلال نص هذه المادة يتضح أن محاسبة البائع عن ثمن العناصر المادية تكون على أساس قيمتها وقت الفسخ و التي تتم إما من قبل الطرفين عن طريق تقدير العناصر المادية بالتراضي بينهما، أو عن طريق اللجوء إلى خبير استشاري ليقوم بتقدير هذه العناصر، وفي حالة عدم الاتفاق على تعيين خبير فلهما اللجوء إلى القضاء لتقدير ثمن هذه العناصر⁽¹⁾.

وإذا تم تقدير الثمن وتحديدته فإنه يطرح أولاً من الثمن ما قد يستحقه البائع بموجب الامتياز المقرر على البضائع والمعدات، و إذا بقي شيء زائد من الثمن فيكون من حق الدائنين العاديين لضمان حقوقهم اتجاه مدينهم المشتري طبقاً للمادة 2/110 ق.ت.ج.

2- حق المشتري في حبس المحل التجاري:

يقصد بحق الحبس هو امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه اتجاه المدين عن طريق عدم رد شيء ملزم بإرجاعه للمدين لحين استيفاء ما هو مستحق له⁽²⁾، ويشترط لتمتع الدائن بحق حبس المبيع طبقاً للمادة 200 ق.م.ج توافر مجموعة من الشروط وهي:

- حيازة الدائن شيئاً عليه الالتزام برده لمدينه.
- وجود حق للدائن في ذمة المدين.
- وجود ارتباط بين حيازة الدائن ونشوء حقه.

وبناء على هذه المادة فإنه يحق للمشتري حبس المحل التجاري إلى حين رد البائع الثمن الذي قبضه بموجب عقد البيع وبالتالي يعتبر حق الحبس وسيلة قانونية هامة لضمان حق المشتري في قبض الثمن على عكس البائع الذي لا يمكنه التمتع بهذا الحق لأن المحل التجاري قد خرج عن حيازته وأصبح في حيازة المشتري بمجرد تسليمه إياه بموجب عقد البيع وبالتالي تخلف شرط من شروط حق الحبس الواردة بالمادة 200 ق.م.ج.

(1)- أحمد محرز، المرجع السابق، ص 88.

(2)- فريدة نادية ولهاسي، المرجع السابق، ص 6.

وإذا كان للفسخ آثارا بالنسبة للمتعاقدين السابق بيانها ففيما تتجلى آثاره بالنسبة للغير؟

و سنجيب عن هذه الإشكالية فيما يلي:

الفرع الثاني: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للغير:

لا يقتصر أثر الفسخ على المتعاقدين فقط وإنما يمتد أثره إلى الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق متعلقا بالشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ، بحيث يزول حقه مع زوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي رتب له هذا الحق نتيجة لفسخ العقد⁽¹⁾ ولا يمكن للغير أن يحتج في مواجهة البائع بالحقوق التي اكتسبها من عقد البيع، والعلة في ذلك أن المشتري بعد وقوع الفسخ يعتبر كأن لم يكن مالكا أبدا للمحل التجاري و لكن هل يحق للبائع استرداد محله التجاري حتى لو كان للمشتري حق التصرف فيه للغير حسن النية؟.

إذا توافرت جميع شروط دعوى الفسخ و خاصة ما تعلق منها بالتأشير على دعوى الفسخ وحفظها في قيد الامتياز وذلك لإعلان الغير بها، فإنه يحق للبائع استرداد المحل التجاري من الغير حسن النية كأن يكون هذا الغير مشتري ثاني للمحل التجاري ولا يحق لهذا الأخير الاحتجاج بعدم سريان أثر الفسخ في حقه استنادا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقا للمادة 835 ق.م.ج التي تستثني الغير الذي كسب حقا عينيا على منقول بحسن نية من أثر الفسخ لأن هذه القاعدة لا تسري على المحل التجاري باعتباره منقول معنوي وليس منقول مادي، أما إن اقتصر التصرف على أحد العناصر المادية للمحل التجاري كالبضائع و المعدات ففي هذه الحالة لا يمكن للبائع استردادها عند فسخ عقد بيع المحل التجاري لأنها من قبيل العناصر المادية التي تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وإذا رتب المشتري رهنا حيازيا على المحل التجاري للغير في وقت لاحق عن البيع فلا يتأثر به حق البائع في استرداد محله التجاري لأن الفسخ يعيد المتعاقدان إلى الحالة

(1) - عبد الكريم بلعير ، المرجع السابق، ص 287.

التي كانا عليها قبل التعاقد و بالتالي يصبح الرهن باطلا لوقوعه على مال مملوك
للغير⁽¹⁾.

وبهدف إعلام الغير بصدور حكم الفسخ فقد أوجبت المادة 115 ق.ت.ج على كل
طرف حصل على الفسخ أن يقوم بنشره خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ الذي يصبح
فيه الفسخ نهائيا وفق للشروط المقررة في عقد البيع.

(1) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 285.

من خلال ما سبق دراسته يتضح أن الحماية القانونية لبائع المحل التجاري تشكل ضمانا هاما لحماية حق البائع في قبض الثمن أو استرداد محله التجاري لما تقرره للبائع من امتياز على ثمن بيع المحل التجاري (1) الذي يخول له استيفاء حقه من الثمن بالأولوية على سائر دائني المشتري العاديين والمقيدون التاليين له في المرتبة (المادة 97/3ق.ت.ج)، وتتبع المحل التجاري في أي يد يكون (2) و التمسك بالامتياز حتى في حالة الإفلاس و التسوية القضائية للمشتري طبقا للمادة 114 ق.ت.ج كما تقرر له الحق في طلب فسخ المحل التجاري عند عدم تنفيذ المشتري بالتزامه بدفع الثمن طبقا للمادة 109 ق.ت.ج و بالتالي يسترد البائع محله التجاري خاليا من كل الحقوق التي رتبها المشتري على المحل التجاري بشرط احترام البائع لكل الإجراءات المطلوبة قانونا المنصوص في المادة 109 و 111 ق.ت.ج.

وبما أن الحماية القانونية المقررة لبائع المحل التجاري تشكل خطرا على مصالح الغير الذين تعاملوا مع المشتري وتعلقت حقوقهم بالمحل التجاري، لذا فرض المشرع الجزائي على البائع عند ممارسته للحقوق المقررة له بموجب الحماية القانونية مجموعة من الشروط و الإجراءات القانونية كالكتابة الرسمية والقيود والنشر وذلك لتمكين الغير من الإطلاع عليها و الدفاع عن حقوقهم و مصالحهم و بالتالي تتحقق الموازنة بين حماية مصالح البائع ومصالح الغير فتسود الثقة و الائتمان في الحياة التجارية.

إلا أن بائع المحل التجاري قد لا يقتنع بهذه الحماية ويرى أنها غير كافية لوحدها لضمان حقه في الثمن، فيضيف إليها وسائل أخرى بموجب الاتفاق مع المشتري فما هي يا ترى هذه الوسائل؟ و ما مدى فعاليتها في تحقيق الحماية اللازمة لضمان حق البائع في قبض الثمن؟.

(1) - أنظر : المادة 96 ق.ت.ج.
(2) - أنظر : المادة 1/132 ق.ت.ج.

الفصل الثاني: الحماية
الاتفاقية لبائع المحل
التجاري

إذا كانت الحماية القانونية لبائع المحل التجاري تنقرر له بقوة القانون دون حاجة إلى الاتفاق عليها في عقد البيع أو في عقد لاحق، فإن الحماية الاتفاقية لا تقرر للبائع إلا بموجب اتفاق بين البائع والمشتري في عقد البيع أو في عقد لاحق، وذلك عندما يرى البائع أن الحماية القانونية غير كافية لضمان حقه في استيفاء الثمن كله أو الباقي منه فيفضل الاتفاق مع المشتري على إنشاء وسائل أخرى لحمايته إلى جانب حقه في الامتياز و الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري، فيقوم بإبرام عقد رهن حيازي على المحل التجاري الذي باعه للمشتري أو يشترط في العقد أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن عند حلول أجله .

لذا يلجأ بائع المحل التجاري للحماية الاتفاقية لما توفره له من فعالية أكبر لضمان حقه في استيفاء الثمن، وخاصة الرهن الحيازي للمحل التجاري والذي يشكل ضمانا قويا لمصلحة البائع.

وعليه سنقسم دراستنا للحماية الاتفاقية لبائع المحل التجاري إلى مبحثين نتناول

فيهما ما يلي:

المبحث الأول : الرهن الحيازي للمحل التجاري.

المبحث الثاني : الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري.

المبحث الأول: الرهن الحيازي للمحل التجاري:

يحق لبائع المحل التجاري أن يعقد لصالحه رهنا حيازيا على المحل التجاري الذي باعه للمشتري بثمن مؤجل يدفع على أقساط دورية، تجنباً لبعض الاحتمالات التي قد تؤدي بالبائع إلى عدم حصوله على كل الثمن عند ممارسة الامتياز⁽¹⁾، ذلك أن امتياز بائع المحل التجاري يقسم إلى ثلاثة أجزاء يضمن كل جزء منها بصفة مستقلة العنصر الذي يقابله فقط ولا يمتد للعناصر الأخرى، وعليه إذا لم يستوف البائع كل الثمن المقابل لعنصر معين كالبضائع مثلاً فلا تضمن الأجزاء الأخرى الباقية من ثمن البضائع حتى لو كان هناك فائض في الثمن عند إعادة بيعها، أما الرهن الحيازي فإنه غير قابل للتجزئة وبالتالي يظل قائماً لحين استيفاء كامل الثمن المستحق للبائع .

وإذا كان المحل التجاري منقولاً معنوياً، والمنقول مادياً كان أو معنوياً يجوز رهنه رهناً حيازياً، مما يقتضي تسليمه للدائن المرتهن طبقاً للمادة 951 ق.م.ج، لكن تطبيق ذلك على المحل التجاري يؤدي إلى حرمان التاجر من استغلال محله التجاري، مما يخل بانتمائه ويضر بتجارته ويؤثر على مركزه وسط منافسيه⁽²⁾، لذا نظم المشرع الجزائري الرهن الحيازي للمحل التجاري بطريقة خاصة لتمكين التاجر من رهن محله التجاري دون تجريدته من حيازته طبقاً للمادة 118 ق.ب.ج.

و يخضع الرهن الحيازي للمحل التجاري للقواعد العامة للرهن في القانون المدني ولأحكام خاصة بالمواد من 118 إلى 122 ق.ب.ج، ولأحكام بينه وبين بيع المحل التجاري في المواد من 123 إلى 146 ق.ب.ج وكل هذه المواد تنظم كيفية إنشاء الرهن الحيازي والآثار التي تترتب عليه وإجراءات التنفيذ على المحل التجاري وبيعه بالمزاد العلني.

وعليه سنتولى دراسة الرهن الحيازي للمحل التجاري في ثلاث مطالب نتناول فيها

مايلي:

(1) - سليمان بوذياب، " مبادئ القانون التجاري - دراسة مقارنة - "، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003، ص 192، وأنظر أيضاً: عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 33.

(2) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 101.

المطلب الأول: شروط انعقاد رهن الحيازي للمحل التجاري.

المطلب الثاني: آثار انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.

المطلب الأول: شروط انعقاد رهن الحيازي للمحل التجاري:

يشترط لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري توافر مجموعة من الشروط الموضوعية ومجموعة من الشروط الشكلية بهدف إعلام الغير بعملية الرهن الواقعة على المحل التجاري، خلافا للقواعد العامة في الرهن الحيازي على المنقول والتي يكون عقد الرهن فيها رضائيا لا يشترط لانعقاده شكلا خاصا، أي يتم بمجرد تبادل الطرفان إرادتهما المتطابقتان⁽¹⁾، وعليه فإن القواعد الخاصة بالرهن الحيازي على المحل التجاري هي أقرب إلى الرهن الرسمي بحيث أنها تتطلب الرسمية لانعقاده ولا تنقل حيازة الشيء المرهون للدائن المرتهن من الرهن الحيازي على المحل التجاري.

لذا سنتطرق لدراسة شروط انعقاد الرهن الحيازي على المحل التجاري في الفرعين

التاليين على النحو التالي :

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

يستلزم لقيام الرهن الحيازي على المحل التجاري صحيحا، باعتباره عقد كسائر العقود توافر مجموعة من الشروط الموضوعية العامة اللازمة لأي عقد من العقود والتي تتمثل أساسا في الرضا والمحل والسبب.

بناء على ذلك سنتناول دراسة الشروط الموضوعية وفقا للتقسيم التالي:

أولا: الرضا.

ثانيا: المحل.

ثالثا: السبب.

(1) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج7، المرجع السابق، ص 239.

أولاً: الرضا:

يعتبر الرضا أساس وجود العقد، فلا يمكن أن ينشأ عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري إلا بتطابق إرادة المدين الراهن مع إرادة الدائن المرتهن على إنشاء الرهن، ولا يكتفي وجود الرضا بل لابد أن يكون سليماً خالياً من العيوب كالغلط، التدليس والإكراه وأن يكون كل من المدين الراهن و الدائن المرتهن أهلاً للالتزام بهذا العقد، وعليه يجب أن يكون المدين الراهن للمحل التجاري راشداً أو مرشداً وإلا كان تصرفه باطلاً⁽¹⁾، كما لا يعتد بالرهن الحيازي للمحل اتجاه جماعة الدائنين إذا كان المدين الراهن مفلساً لأن الحكم المعلن للإفلاس يؤدي إلى غل يد المدين عن إدارة أمواله أو التصرف فيها طبقاً للمادة 244 ق.ت.ج.

كذلك الأمر بالنسبة للدائن المرتهن إذ يجب أن يكون كامل الأهلية لمباشرة مثل هذا التصرف والتي حددتها المادة 2/40 ق.م.ج بتسعة عشرة سنة كاملة يوم إبرام العقد على خلاف الرهن الرسمي الذي لا يشترط ذلك بل يكفي أن يكون لديه أهلية الاغتناء أي الأهلية لمباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً فيكون الدائن المرتهن مميزاً⁽²⁾.

ثانياً: المحل:

يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها من وراء إبرام العقد، ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه⁽³⁾، ويشترط في محل العقد أن يكون ممكناً غير مستحيل وأن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة طبقاً للمادة 93 ق.م.ج و المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، و أن يكون معيناً أو قابل للتعيين طبقاً للمادة 94 ق.م.ج.

كل هذه الشروط السابقة للمحل يجب توافرها في محل رهن المحل التجاري والذي يتمثل في المحل التجاري والعناصر المكونة له، وليست كل عناصر المحل التجاري يمكن رهنها فباستقراء المادة 119 ق.ت.ج يتبين أن هناك عناصر يجوز الاتفاق على رهنها وهناك عناصر ترهن تلقائياً حتى ولو لم يتم تحديدها في عقد الرهن وعناصر مستبعدة من

(1) - جامع رضوان، المرجع السابق، ص 23.

(2) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج7، المرجع السابق، ص32.

(3) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج1، المرجع السابق، ص 204.

الرهن الحيازي للمحل التجاري.

1- عناصر المحل التجاري التي يجوز رهنها:

حددت المادة 119 ق.ت.ج العناصر يجوز رهنها على سبيل الحصر ولطرفي العقد الاختيار من بين هذه العناصر لتحديد محل الرهن، وتتمثل هذه العناصر في عنوان المحل التجاري، الاسم التجاري، الحق في الإيجار، الزبائن، الشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به.

ويجب على الأطراف تحديد العناصر المرهونة صراحة وعلى وجه دقة في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وإذا اشتمل الرهن المحل التجاري على فروع تابعة للمحل التجاري يجب تعيينها ببيان مركزها على وجه الدقة في عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري طبقا للمادة 119/4 ق.ت.ج.

وتعود مسألة تحديد أو عدم تحديد العناصر أو الأجزاء التي يشملها الرهن إلى أطراف العقد، وفي حالة وضع كلمات عمومية غير محددة في العقد يمكن لقاضي الموضوع تفسيرها باعتبارها مسألة وقائع لا مسألة قانون، فمثلا إذا حدد الأطراف أن الرهن يشمل حقوق الملكية الصناعية ولم يبين ما إذا كانت هذه الحقوق براءات اختراع أم علامات تجارية أم رسما صناعيا؟ أم يشمل الرهن جميع الحقوق الملكية الصناعية؟

فإن العبرة في ذلك بالعناصر التي كانت موجودة وقت التعاقد أما التي لم تكن موجودة أثناء التعاقد فلا يشملها الرهن ماعدا الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة فتنبع مصير هاته البراءة وتكون جزء مثلها من الرهن⁽¹⁾ طبقا للمادة 119/2 ق.ت.ج.

2- عناصر المحل التجاري المرهونة تلقائيا:

نصت المادة 119/3 ق.ت.ج على أنه: " وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان و الاسم التجاري والحق في الإجارة

(1) - سمير جميل الفتلاوي " العقود التجارية "، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 517.

والزبائن والشهرة التجارية " .

يتضح لنا من نص المادة أن هذه العناصر ترهن وجوبا دون حاجة للنص عليها في عقد الرهن، ولكن هل يشترط توافر جميع هذه العناصر مجتمعة حتى نكون بصدد عقد رهن لمحل التجاري؟.

طبقا للرأي الراجح في هذه المسألة فإنه لا يشترط اجتماع هذه العناصر الخمسة لقيام الرهن، بل المقصود من ذلك أنه في حالة سكوت الطرفين عن ذكر العناصر التي يشملها الرهن فإنه يقع تلقائيا على العنوان التجاري، الاسم التجاري، الحق في الإيجار الزبائن و الشهرة التجارية⁽¹⁾، وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير ذلك فقد يرى أنها ضرورية ويجب توافرها، وقد يكتفي ببعضها فقط، إذا وجد فيها جوهر المحل التجاري⁽²⁾.

3- عناصر المحل التجاري المستبعدة من الرهن :

استبعد المشرع الجزائري في المادة 119 ق.ت.ج البضائع من بين العناصر التي أجاز رهنها، والحكمة في ذلك هو حماية الدائنين العاديين بالاحتفاظ لهم على البضائع التي تعد عنصرا جوهريا يعتمدون عليه عند التعامل مع مدينهم⁽³⁾، فهي تشكل ضمانا له أهمية كبيرة بحيث يمكنهم التنفيذ عليها لاقتضاء ديونهم هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن رهن البضائع يتنافى مع مبدأ حيازة المدين الراهن لمحلته التجاري، كما يؤدي رهنها إلى وقف استغلال المحل التجاري خلال فترة الرهن، فضلا عن ذلك لا يمكن الاحتجاج في مواجهة المشتري للبضائع بحق الدائن المرتهن في التتبع باعتبارها منقول مادي يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁴⁾، وبالتالي لا جدوى من ورود الرهن عليها.

ثالثا: السبب:

يقصد بالسبب الغاية التي يستهدف الملتزم الوصول إليها من وراء رضائه بالالتزام⁽⁵⁾، والذي يشترط فيه أن يكون موجودا ومشروعا أي غير مخالف للنظام العام

(1) - جامع رضوان، المرجع السابق، ص31.

(2) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 105.

(3) - نور الدين شادلي، المرجع السابق، ص163.

(4) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 106.

(5) - محمد صبري السعدي، " الواضح في القانون المدني "، ج1، المرجع السابق، ص217.

و الآداب العامة و إلا كان باطلا طبقا للمادة 97 ق.م.ج، وما دام رهن المحل التجاري كغيره من رهون لا يقوم إلا كضمان لدين معين فإن سبب الرهن هو الدين المضمون والذي يشترط فيه ما يشترط في السبب بصفة عامة، أي أن يكون موجودا ومشروعا وأن يكون معيناً.

1- وجود الدين المضمون :

يفترض وجود الدين عند إبرام عقد الرهن، فإذا كان الدين غير موجود فإن الرهن يعتبر غير موجود أصلا لغياب ركن من أركانه الأساسية وهو السبب، غير أنه يجوز أن يكون الدين احتماليا أو مستقبلا أو معلقا على شرط فالمهم أن يكون الدين موجودا أو محتمل الوجود⁽¹⁾ طبقا للمادة 891 ق.م.ج.

2- مشروعية الدين المضمون :

يجب أن يكون سبب الدين مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا طبقا للمادة 97 ق.م.ج.

3- تعيين الدين المضمون :

نصت المادة 891 ق.م.ج على أنه: " يجوز أن يترتب الرهن ضمناً لدين معلق على شرط أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين " .

طبقاً لهذه المادة يتضح لنا أن مبلغ الدين المضمون يجب أن يكون معيناً في عقد الرهن أو على الأقل الحد الأقصى لهذا الدين، والغاية التي يسعى إليها المشرع من وراء ذلك هو تمكين الغير من معرفة مقدار الدين المثقل على المحل التجاري كما يساعد المدين نفسه على أن لا يرهن إلا ما يكفي لتغطية الدين⁽²⁾.

بالإضافة إلى توفر الشروط الموضوعية السابقة الذكر فإنه يشترط لنهاذ الرهن الحيادي على المحل التجاري إتباع إجراءات شكلية معينة عند إبرام العقد، والتي سنقوم بتوضيحها في الفرع التالي.

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 27.

(2) - المرجع نفسه، ص 28.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

باعتبار أن الرهن الحيازي للمحل التجاري، لا يؤدي إلى انتقال حيازة المحل التجاري إلى الدائن المرتهن مما لا يسمح بمعرفة الوضعية الحقيقية للتاجر ومن ثم الاعتقاد أن المحل التجاري غير مثقل برهن حيازي⁽¹⁾، وحماية للغير ومركز الدائن المرتهن في مواجهة الغير فقد أوجب القانون إجراءات شكلية يجب إتباعها عند إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وتتمثل أساسا في الكتابة الرسمية و شهر الرهن .

لذا سنتعرض لدراسة الشروط الشكلية للرهن الحيازي للمحل التجاري على النحو

التالي:

أولا: الكتابة الرسمية.

ثانيا: الإشهار.

أولا: الكتابة الرسمية

نصت المادة 120 ق.ت.ج على أنه: " يثبت عقد الرهن الحيازي بعقد رسمي ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرته المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي ".

يتضح من خلال نص المادة أن الكتابة الرسمية ضرورية و لازمة لإثبات عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري والتمسك به في مواجهة الغير⁽²⁾، ولقد اختلف الفقه حول طبيعة هذه الكتابة فيما إذا كانت ركنا من أركان العقد أم مجرد وسيلة لإثبات عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري؟.

حيث يرى سمير جميل الفتلاوي أن الكتابة الرسمية للعقد مشترطة للإثبات وليست ركن لانعقاد حيث يقول أن : " عدم تثبيت العقد رسميا لا يؤدي إلى إبطاله فيجوز

(1) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون الجزائري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 252.

(2) - وهذا خلافا للقانون الفرنسي في المادة 1/10 من قانون 17 مارس 1909، و القانون المصري في المادة 11 من قانون 11 لسنة 1940. واللذان يسمحان بأن يكون عقد رهن المحل التجاري محررا تحت شكل رسمي أو عرفي، أنظر فرحة زراوي صالح ، " الكامل في التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 253.

الانعقاد بعقد عرفي⁽¹⁾، في حين يرى علي بن غانم عكس ذلك بحيث يعتبر الكتابة الرسمية ركن شكلي ومن النظام العام يترتب على تخلفه البطلان عقد الرهن مثل ما هو الأمر بالنسبة لبيع المحل التجاري⁽²⁾، وهو ما ذهبت إليه أيضا نادية فوضيل حيث أنها تخالف الرأي القائل بأن الكتابة المطلوبة في الرهن هي للإثبات وليست الانعقاد لاسيما بعد التعديل الذي جاء به المشرع في القانون 05-02 الصادر في 06 فبراير 2005 والمعدل للقانون التجاري و الخاص بالمادة 187 مكرر والتي توجب أن يكون عقد الإيجار محرر بالشكل الرسمي وإلا كان باطلا ، حيث ترى تعديل عقد الرهن إذ لا يقل خطورة وإشكالا عن عقد الإيجار⁽³⁾.

أما الرأي الغالب يرى أن الكتابة المطلوبة في عقد رهن المحل التجاري هي للإثبات وليست للانعقاد وذلك استنادا لظاهر المادة 120 ق.ت.ج.

لكن نعتقد أنه مادام أن عقد الرهن لا يمكن إثباته إلا بالكتابة الرسمية طبقا للمادة 120 ق.ت.ج، فضلا على أن ضرورات شهر عقد رهن للمحل التجاري تستلزم وجود عقد مكتوب وفقا 120 ق.ت.ج و كذا المادة 98 / 1، 2 ق.ت.ج بنصها: " يجب على البائع أو الدائن المرتهن أن يقدم عند إجراء قيد امتياز إلى مأموري السجل التجاري إما بأنفسهم أو بواسطة الغير نسخة من النسخ الأصلية لعقد البيع أو سند منشئ للرهن الحيازي أو نسخة منه إن كان الأصل موجودا.

ويحفظ بعقد البيع أو الرهن الحيازي في المركز الوطني للسجل التجاري".

إذن فإن الكتابة الرسمية المطلوبة في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري هي ركن من أركان الانعقاد وليست لازمة فقط لإثباته، وهذا يعتبر استثناء من الأصل المقرر في المادة 31 ق.ت.ج التي تجيز إثبات عقد الرهن التجاري بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو اتجاه الغير.

وقد وفق المشرع عندما اشترط الرسمية في عقد رهن المحل التجاري لأنه سهل على الدائن المرتهن الحصول على حقه عند استحقاقه بحلول أجله، دون حاجة إلى رفع

(1) - سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 514.

(2) - علي بن غانم، المرجع السابق، ص 201.

(3) - نادية فوضيل، " النظام القانوني للمحل التجاري "، المرجع السابق، ص 113.

دعوى إلى القضاء ذلك أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري هو سند تنفيذي طبقاً للمادة 2/600 ق.إ.م.إ. فيكفي فقط أن يطالب بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه للقيام بإجراءات الحجز التنفيذي على المحل التجاري، وفي هذا ضمان قوي لمصلحة الدائن المرتهن⁽¹⁾.
أما فيما يخص البيانات الواجب توافرها في عقد رهن المحل التجاري فلم ينص المشرع عليها ولم يشترط بيانات معينة كما فعل في عقد البيع في المادة 79 ق.ت.ج. ولذا يشتمل عقد الرهن على البيانات التي تذكر عادة في عقد الرهن كاسم الدائن واسم المدين ومبلغ الدين المضمون، تعيين الشيء المرهون (المحل التجاري) ... الخ.

ثانياً : الإشهار

يشهر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بمجرد قيده في السجل العمومي الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في دائرة اختصاصه المحل التجاري⁽²⁾، وذلك حماية للغير لتمكينهم من معرفة الرهون التي تثقل المحل التجاري وخاصة أن المحل التجاري يبقى في حيازة المدين، وتمكين الدائن المرتهن أيضاً بالاحتجاج به عليهم، ولا يسري مفعول الرهن الحيازي على المحل التجاري ولا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا من تاريخ نشره.

لذا سنتطرق لإشهار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على النحو التالي :

1- القيد.

2- النشر.

1- القيد:

يعد القيد أداة قانونية لإشهار التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري لإعلام الغير بها، والتي من بينها الرهن الحيازي للمحل التجاري لما له من تأثير على مصالح الغير لذا أوجب المشرع قيده عن طريق إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية خلال آجال محددة قانوناً تحت طائلة البطلان، وعليه سنقوم بدراسة القيد من خلال التطرق إلى النقاط التالية:

(1) - علي بن غانم، المرجع السابق، ص202.

(2) - أنظر: المادة 120 ق.ت.ج.

أ- إجراءات القيد.

ب- ميعاد القيد.

ج- الجهة المختصة بالقيد.

أ- إجراءات القيد :

تبدأ إجراءات قيد امتياز الدائن المرتهن بتقديم الدائن المرتهن بنفسه أو بواسطة الغير نسخة من السند المنشئ للرهن الحيازي لمأمور السجل التجاري المختص إقليمياً مرفوق بجدولان محرران على ورقة غير مدموغة يحدد شكلها بقرار من الوزير العدل حامل الأختام⁽¹⁾ يتضمنان مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 3/98 ق.ت.ج وتتمثل هذه البيانات في :

- اسم الدائن المرتهن و المدين و مالك المحل التجاري إن كان أجنبياً عنهما مع ذكر ألقابهم وعناوينهم ومهنتهم إن كانت لهم مهنة .

- تاريخ السند ونوعه.

- مبلغ الدين المحدد في عقد الرهن.

- تعيين المحل التجاري والفروع التابعة له إن كان لها محل مع البيان الدقيق للعناصر التي يشملها الرهن الحيازي مع ذكر نوع العمليات التي يباشرها المحل وفروعه والمكان الذي به مركز كل منها، دون الإخلال بجميع الإرشادات التي من شأنها التعريف بها، وإذا كان الرهن الحيازي يتناول عناصر أخرى غير عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن فيجب ذكرها بالتفصيل .

- اختيار محل الإقامة للدائن المرتهن في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري.

ويترتب على إهمال واحد من هذه البيانات بطلان القيد إذا نشأ عنه ضرر للغير وهذا البطلان لا يمكن طلبه إلا من الذي لحقه ضرر من جراء الإخلال بذكر هذه البيانات وللمحكمة سلطة تقديرية في أن تقرر حسب أهمية الضرر ونوعه إبطال القيد وحصر مفعوله طبقاً للمادة 100 ق.ت.ج .

(¹) - أنظر: القرار المؤرخ في 4 أكتوبر 1998 الذي يحدد شكل الجداول المتعلقة بقيد الامتيازات المرتبطة ببيع المحل التجاري و رهنه الحيازي السابق الذكر.

أما إذا لم يحدث أي ضرر للغير من جراء تخلف أحد هذه البيانات فلا يؤثر ذلك على وجود امتياز الدائن المرتهن ونفاذه في مواجهة الغير، لأن مناط الشهر هو حماية الغير من الضرر الذي يمكن أن يصيبهم من جراء إغفال ذكر البيانات في القيد ، وبترك للقاضي تقدير مدى أهمية البيان المغفل وهل هو من البيانات الجوهرية أم من البيانات غير الجوهرية؟ بالنظر إلى الضرر الذي أحدثه للغير من عدمه⁽¹⁾.

أما إذا اشتمل الرهن الحيازي على براءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج فزيادة على قيدها في السجل التجاري يجب قيد الرهن في المعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأمور السجل التجاري في حدود ثلاثين يوما التابعة لهذا القيد تحت طائلة البطلان اتجاه الغير طبقا للمادة 1/99 ق.ت.ج، و يتم القيد في المعهد الجزائري للملكية الصناعية طبقا للتشريع الساري المفعول على كل عنصر من هذه العناصر طبقا للمادة 1/147 ق.ت.ج.

وبعد استلام مأمور السجل التجاري الجدولين المنصوص عليهما في المادة 98 ق.ت.ج يسلم لطالب القيد نسخة من السند مع أحد الجدولين بعد التأشير عليهما بما يفيد القيد المتضمن تاريخه والرقم الذي تم بموجبه، أما الجدول الثاني فيحتفظ به في المركز الوطني للسجل التجاري طبقا للمادة 101 ق.ت.ج.

و بعد تقديم الأوراق المنصوص عليها في المادة 98 و 99 ق.ت.ج والخاصة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يعطي لها مأمور السجل التجاري رقم إيداع⁽²⁾، ثم تسجل هذه الوثائق بدفتر ذي أرومة يسلم منه وصل مستخرج من الدفتر يتضمن مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 2/142 ق.ت.ج ويمضى ويؤرخ الوصل من قبل مأمور السجل التجاري الذي يقوم بتسليمه بمقابل الوثيقة المنصوص عليها في المادة 101 والتي تفيد بأن الامتياز قد تحقق طبقا لما نصت عليه المادة 3/142 ق.ت.ج.

وبالإضافة إلى توقيع مأمور السجل التجاري على الدفتر يرقم ويوقع أيضا من قبل رئيس المحكمة على كافة صفحاته ويجري قفله كل عام المادة 4/142 ق.ت.ج، كما يصادق رئيس المحكمة على دفاتر القيد في ذيل آخر القيد بعد التأكد من أن القيد اتبع على

(1) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص304.

(2) - يثبت إيداع عقد رهن المحل التجاري في دفتر خاص من طرف مأمور السجل التجاري طبقا للمادة 144 ق.ت.ج.

وجه الدقة، بعد عرضها عليه كل سنة في شهر ديسمبر طبقا للمادة 146 ق.ت.ج المعدلة بموجب 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 والمعدل للقانون التجاري⁽¹⁾ وفي ذلك نوع من الرقابة القضائية على دفاتر القيد ضمنا لحماية الغير الذين لهم حقوق على المحل التجاري.

ب- ميعاد القيد:

يجب القيام بقيد الرهن خلال ثلاثين يوما من تاريخ العقد التأسيسي تحت طائلة البطلان⁽²⁾ طبقا للمادة 1/121 ق.ت.ج لكن السؤال الذي يطرح : على من يقع البطلان هل على القيد أم على عقد الرهن ذاته؟

إن البطلان المنصوص عليه في المادة 1/121 ق.ت.ج لا يلحق قيد الرهن كما يبدو من قراءة النص باللغة العربية، وإنما يلحق عقد الرهن في ذاته كما يتبين ذلك بوضوح في نص المادة باللغة الفرنسية والذي يعد الأصل التاريخي له، وإن لم يكن هو النص الرسمي ولكنه الأقرب لروح النص وقصد المشرع⁽³⁾، وعليه يترتب على عدم القيد خلال ثلاثين يوما عدم سريانه في مواجهة الغير وخاصة إزاء دائني صاحب المحل التجاري، وهذا راجع إلى الطبيعة الخاصة لعقد الرهن الحيازي الذي لا ينزع الحيازة من المدين الراهن الأمر الذي يستوجب شهره لتمكين الغير من العلم به⁽⁴⁾، وإذا اشتمل الرهن على حقوق الملكية الصناعية كبراءات الاختراع أو العلامات التجارية أو الرسوم أو النماذج الصناعية، فإنه يجب قيد رهنها خلال ثلاثين يوما من تاريخ إجراء القيد في السجل

(1) - القانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 9 فبراير 2005، ص 8.

(2) - خلافا للقانون الفرنسي والذي حددها بخمسة عشرة يوما من تاريخ القيد التأسيسي تحت طائلة بطلان عقد الرهن طبقا للمادة 11 / 1 من قانون 17 مارس 1909 وهنا يتبين أن المشرع الفرنسي حدد بوضوح على من يقع البطلان، أنظر: فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 254.

ونجد أيضا أن المشرع المصري قد حددها بخمسة عشرة يوما من تاريخ العقد و إلا كان باطلا (المادة 1/12 من القانون رقم 11 لسنة 1940)، و قد اختلف الفقه على من يقع البطلان و لكن الرأي الراجح أن عدم القيد يؤدي إلى بطلان القيد وحده وليس عقد الرهن لأن عدم القيد لا تأثير له على صحة عقد الرهن، أنظر: علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 301.

(3) - علي بن غانم، المرجع السابق، ص 202، وأنظر أيضا : نادية فوضيل، " النظام القانوني للمحل التجاري " المرجع السابق، ص 114.

(4) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 255.

التجاري بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية و إلا كان الرهن باطلا في مواجهة الغير لكن ليس في كامل الرهن و إنما في شقه المتعلق بحقوق الملكية الصناعية⁽¹⁾.

وإذا وقع القيد خارج المدة القانونية فإنه يجوز لكل ذي مصلحة وإن كان المدين نفسه طلب بطلان القيد طبقا للمادة 121 / 2 ق.ت.ج، وتطبيقا للقواعد العامة في حساب الأجل المنصوص عليها في المادة 405 ق. إ.م. إ والتي تطبق في حالة غياب نص يحدد كيفية حساب المدد في القوانين الخاصة، فإن مدة قيد امتياز الدائن المرتهن تحسب كاملة، ولا يحسب يوم إبرام العقد ويوم انقضاء الأجل، ويعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه المدة عند حسابها، وإذا كان يوم الأخير من الأجل عطلة رسمية فإنه يمتد إلى أول يوم عمل يليه⁽²⁾.

و إذا كان يجوز لبائع المحل التجاري قيد امتيازته حتى في حالة إفلاس المشتري طبقا للمادة 97 ق.ت.ج فإن الدائن المرتهن لا يمكنه إجراء القيد بعد صدور حكم بإفلاس المدين حيث تطبق عليه المواد 224 و 225 و 1 / 226 ق.ت.ج طبقا للمادة 3/121 ق.ت.ج وإن حدث أن قيد الدائن المرتهن رهنه بعد صدور حكم بإفلاس المدين فلا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين.

ج- الجهة المختصة بالقيد:

يتم قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري في المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في دائرة اختصاصه المحل التجاري، أما في حالة شمول الرهن الحيازي لفرع أو فروع تابعة للمحل التجاري فيجب إجراء القيد أيضا في المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرة اختصاصه كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي طبقا للمادة 120 ق.ت.ج.

أما إن كان الرهن الحيازي للمحل التجاري يشتمل على حقوق الملكية الصناعية كبراءات الاختراع، أو رخص أو العلامات التجارية، أو الرسوم والنماذج الصناعية فبالإضافة إلى القيد الذي يتم في المركز الوطني للسجل التجاري يجب إجراء قيدها في المعهد الجزائري للملكية الصناعية.

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 61.

(2) - أنظر: المادة 405 ق.إ.م.إ.

2- النشر:

يتم نشر قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية والتي تحتوي على أربع مجموعات، تتناول المجموعة الأولى منها الحالة القانونية للمحل التجارية أي العمليات الواردة على المحل التجاري والتي من بينها الرهن الحيازي للمحل التجاري طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 70/92 المؤرخ في 18 فبراير 1992 والمتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية⁽¹⁾.

حيث تعد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وسيلة قانونية فعالة لنشر قيود الرهن الواردة على المحل التجاري، سواء كان القيد وارد على المحل التجاري ككل والذي يتم في المركز الوطني للسجل التجاري أو على الحقوق الملكية الصناعية والتي يتم قيدها في المعهد الوطني للملكية الصناعية⁽²⁾، بالإضافة إلى الإشهار في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية يجب نشره في الجرائد الوطنية و/أو الجهوية و/أو اليومية المؤهلة لذلك⁽³⁾.

يترتب على توفر كل الشروط الموضوعية و الشكلية السابق بيانها قيام الرهن الحيازي على المحل التجاري صحيحا ومنتجا لكافة آثاره ، ف فيما تتجلى آثاره؟. وهذا ما سنجيب عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني : آثار انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

يترتب على انعقاد الرهن الحيازي على المحل التجاري عدة آثار منها ما يتعلق بالمتعاقدين ومنها ما يتعلق بالغير كالدائنين العادين الذين تتعرض مصالحهم للخطر خاصة عند استغراق الدين المضمون بالرهن كامل قيمة المحل التجاري، أو أن المبلغ الذي يبقى بعد استيفاء الدائن المرتهن دينه تافها أو قليل الأهمية لا يفي بحقوق الدائنين العاديين.

ولهذا يتعين علينا دراسة آثار الرهن الحيازي على المحل التجاري وفق التقسيم

التالي:

(1) - المرسوم التنفيذي 70-92 المؤرخ في 18 فبراير 1992 يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 14 الصادرة بتاريخ: 23 فبراير 1992، ص 308.

(2) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 64.

(3) - نادية فوضيل، " النظام القانوني للمحل التجاري "، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الأول : آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للمتعاقدین.

الفرع الثاني : آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للدائنين العاديين.

الفرع الأول : آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للمتعاقدین:

عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد ملزم للجانبين يرتب مجموعة من الالتزامات والحقوق التي تقع على كلا الطرفين، غير أن أهم أثر من آثار الرهن الحيازي على المحل التجاري هو ما يرتبه الرهن للدائن المرتهن من حقوق في مواجهة الغير الذين تتأثر مراكزهم القانونية من جراء هذا الرهن .

وعليه سنتطرق لآثار الرهن الحيازي على المتعاقدین كمايلي :

أولاً: آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن.

ثانياً: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن.

أولاً : آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن:

يرتب الرهن في ذمة المدين الراهن مجموعة من الالتزامات والحقوق والتي سنتولى

دراستها كمايلي :

1- الالتزامات.

2- الحقوق .

1- الالتزامات :

إذا كان المشرع قد أعطى للمدين الراهن الحق في استبقاء حيازة المحل التجاري عنده لتمكينه من الاستمرار في استغلال المحل التجاري، فإنه قد وضع في مقابل ذلك ضمانات لحماية الدائن المرتهن من تصرفات المدين الراهن المضرة له⁽¹⁾، وذلك بإلزام المدين الراهن بمجموعة من الالتزامات تتمثل في :

أ- المحافظة على المحل التجاري المرهون.

ب- إبلاغ الدائنين المقيدین عند نقل المحل التجاري .

أ- المحافظة على المحل التجاري المرهون :

يلتزم المدين الراهن بالمحافظة على المحل التجاري المرهون وعلى عناصره المشمولة

(1) - أحمد محرز ، المرجع السابق، ص 109.

بالرهن لتعلق حق الدائن المرتهن عليه، وإذا قام بأي عمل من شأنه إنقاص قيمة المحل التجاري، اعتبر ذلك إنقاصا في التأمين الخاص بالدائن المرتهن مما يعرضه لسقوط الأجل⁽¹⁾، وهذا ما تقرره القواعد العامة في المادة 211 ق.م.ج.

ويتعين على المدين الراهن أن يقوم بكل الأعمال اللازمة لحفظ العناصر المرهونة ولاسيما العناصر الأساسية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية فيجب عليه أن لا يقوم بأي عمل يسيء إلى سمعة المحل التجاري والتي تؤدي إلى انصراف العملاء من المحل التجاري مما يؤثر ذلك سلبا على قيمة المحل التجاري فيصبح غير كاف لسداد الدين، وفي ذلك ضرر كبير للدائن المرتهن والذي يصبح دائنا عاديا فيما تبقى له من مبلغ الدين عند المطالبة بحقه من بقية أموال المدين الراهن⁽²⁾.

ولا يختلف الالتزام بالمحافظة على حق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية عن الالتزام بالمحافظة على بقية العناصر المرهونة كالاسم التجاري والعنوان التجاري والحق في الإيجار، أو حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية أو المعدات أو الأدوات كأن يحتفظ بحق الإيجار مثلا عن طريق سداد الأجرة بمواعيدها المحددة، وإلا تعرض عقد الإيجار للفسخ⁽³⁾، لهذا أوجب المشرع الجزائري في المادة 124 ق.ت.ج⁽⁴⁾ على مالك العقار بتبليغ الدائنين المقيدون برفع دعوى فسخ عقد إيجار المحل الذي يستغل فيه المحل التجاري مثل بديون مرسمة، وكذا الاسم التجاري باعتباره حقا ماليا داخلا في تكوين المحل و كذلك إن كان له تسمية مبتكرة تميزه عن بقية المحال التجارية الأخرى وتجذب العملاء له كمقهى الفردوس، الصالون الأخضر، صالون السعادة، فإن المحافظة على الاسم التجاري تكون بعدم تغييره طوال مدة الرهن⁽⁵⁾.

(1) - سليمان بوذباب، المرجع السابق، ص 198.

(2) - سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 523.

(3) - المرجع نفسه، ص 523.

(4) - عند قراءة المادة 124 ق.ت.ج نجدها تتحدث عن البائع وهذا غير صحيح لأن المعنى بتبليغ الدائنين المقيدون بدعوى الفسخ عقد إيجار المحل التجاري هو مالك العقار كما يتبين ذلك بوضوح في نص المادة باللغة الفرنسية و الآتي ذكره:

Art.124 : " Le propriétaire qui poursuit la réalisation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscription , doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits...".

(5) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 110.

وقد فرض المشرع الجزائري عقوبات جنائية على المدين الراهن في حالة قيامه بإتلاف العناصر المشمولة بالرهن أو اختلاسها أو إفسادها بأي طريقة تؤدي إلى تعطيل حقوق الدائن المرتهن، وتتمثل هذه العقوبات حسب المادة 376 ق.ع.ج⁽¹⁾، والخاصة بخيانة الأمانة في الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم عليه بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة بالمادة 14 ق.ع.ج وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

ولا تقتصر تطبيق هذه العقوبات على المدين الراهن في حالة إخلاله بالتزامه بالمحافظة على المحل التجاري المرهون فقط، وإنما تطبق أيضا على كل من يحاول عن طريق الغش حرمان الدائن المرتهن من امتيازاه على الأموال المثقلة بالدين أو إنقاصه طبقا للمادة 2/167 ق.ت.ج .

ب - إبلاغ الدائنين المقيدين عند نقل المحل التجاري :

استثناء من حرية المدين في إدارة محله التجاري، أوجب المشرع الجزائري على المدين الراهن الذي يرغب في نقل المحل التجاري إذا اقتضت منفعة التجارية ذلك، إبلاغ الدائن المرتهن وكل دائن مقيم بمحل إقامته المختار خلال خمسة عشرة يوما قبل النقل عن طريق إجراء غير قضائي عن رغبته في النقل وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه، و إلا سقط حقه في الأجل و أصبح دينه مستحق الأداء بحكم القانون، طبقا للمادة 1/123 ق.ت.ج .

ذلك أن هذا النقل يترتب عنه آثار هامة تمس بقيمة عنصر الاتصال بالعملاء⁽²⁾، مما يؤدي إلى إنقاص قيمة المحل التجاري ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى إنقاص قيمة المحل التجاري المرهون⁽³⁾، لذا اشترط المشرع على المدين الراهن أن يأخذ موافقة الدائن المرتهن قبل القيام بعملية النقل، أما إذا تم نقل

(1) - الأمر 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ: 11 يونيو 1966، ص 702.

(2) - المعتصم بالله الغرياني، " القانون التجاري "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 255.

(3) - فرحة زراوي صالح، "الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية"، القسم الأول، المرجع السابق، ص 268.

المحل التجاري دون موافقة الدائن المرتهن يمكن أن يترتب عليه استحقاق دينه، فيما نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري طبقاً للمادة 4/123 ق.ت.ج.

والغاية المتوخاة من هذه الأحكام القانونية هي حماية الدائن المرتهن والغير الذين تعاملوا مع التاجر في استيفاء حقهم قبل المدين الراهن، ذلك أن هلاك المحل التجاري أو نقص قيمته من جراء النقل قد يجعل الوفاء بديونهم مستحيلاً⁽¹⁾.

(2) - حقوق المدين الراهن:

يرتب الرهن في ذمة المدين الراهن مجموعة من الالتزامات، وفي مقابل ذلك يخول له مجموعة من الحقوق، تمكنه من حماية حقه في مواصلة استغلال المحل التجاري وكذا الحفاظ على ملكيته لمحلته التجاري وتتمثل هذه الحقوق في:

أ- حق المدين الراهن في مواصلة استغلال المحل التجاري المرهون .

ب- حق المدين الراهن في حماية ملكية المحل التجاري .

أ- حق المدين الراهن في مواصلة استغلال المحل التجاري المرهون:

نصت المادة 2/118 ق.ت.ج على أنه: " لا يخول رهن المحل التجاري للدائن

المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها "

من خلال نص هذه المادة يتبين أن الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يؤدي إلى

نقل حيازته إلى الدائن المرتهن، وذلك لتمكين المدين الراهن من الاستمرار في استغلال

المحل التجاري، وبالتالي عدم حرمانه من أهم وسيلة من وسائل الإنتاج التي يملكها⁽²⁾

فكان لا بد من الخروج عن حكم القواعد العامة في الرهن الحيازي لأن المحل التجاري ذو

مركز ثابت يمكن شهر التصرفات التي ترد عليه، كما أن المحل التجاري عبارة عن

منقول معنوي لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وعليه لا يمكن للغير

حسن النية مواجهة الدائن المرتهن عند ممارسته لحق التتبع وخاصة أن المشرع قد ألزمه

بشهر قيده ليعلم به الكافة⁽³⁾.

(1) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص 269.

(2) - سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 510.

(3) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 102.

بالإضافة إلى ذلك فإن للمدين الراهن الحق في التصرف في المحل التجاري المرهون بأن يتنازل عنه، عن طريق البيع أو هبة على أن لا يكون التنازل عن العناصر بصفة مستقلة لما له من تأثير على قيمة المحل التجاري، كما له أن يقوم بعقد رهن آخر على المحل التجاري، أو يرهن الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز، كذلك يحق للمدين الراهن استعمال المحل التجاري وإدارته و قبض عائداته والتصرف فيها ما دام لم يصدر الأمر ببيع المحل التجاري، فله أن يوجه الاستغلال إلى الوجهة التي يراها، بأن يغير نشاط المحل التجاري ولا يحد من ذلك إلا حق الدائن المرتهن بحيث يجب أن لا يؤدي إلى إضعاف الضمان، كماله أن ينقل المحل التجاري إلى مكان آخر بعد إبلاغ الدائن المرتهن بذلك⁽¹⁾ طبقاً للمادة 123 ق.ت.ج.

ب- حق المدين الراهن في حماية ملكية المحل التجاري:

للمدين الراهن حماية حقه في ملكية محله التجاري من خلال أمرين اثنين هما:

- بطلان شرط تملك المحل التجاري عند عدم الوفاء:

حيث يقع باطلا بطلان مطلقا كل اتفاق يقضي بأن يترك الدائن المرتهن المحل التجاري عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، طبقاً للمادة 960 ق.م.ج و التي تحيل للمادة 903 ق.م.ج والخاصة بالرهن الرسمي للعقار، وقد أراد المشرع حماية المدين الراهن من استغلال الدائن له، والذي يكون موقفه عادة ضعيفا في مواجهة الدائن المرتهن، الذي يستطيع أن يفرض عليه مثل هذا الشرط، وقد يتساهل المدين الراهن في قبول هذا الشرط على أساس أنه على ثقة بقدرته على تسديد الدين عند حلول أجله ثم يعجز عن الوفاء بعد ذلك ويفقد ملكيته للمحل التجاري، بحيث لا يعتبر عقد الرهن وسيلة لنقل ملكية المحل التجاري بمجرد عدم تسديد الثمن في الأجل المتفق عليه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بخصوص عقد رهن واقع على قطعة أرضية بقولها: " لكن حيث و بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أن قضاة المجلس استندوا في قضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف إلى أساس أن عقد الرهن المتعلق بالقطعة الأرضية محل النزاع لضمان الدين لا يعتبر وسيلة لنقل الملكية بمجرد عدم تسديد الدين عند حلوله، وهذا ما

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص، ص44، 45

أكده سواء القانون القديم الذي أبرم في ظلّه العقدان بين أب الطاعن و أب المطعون ضده أو نص المادة 903 من القانون المدني الجديد، ولا مجال لتطبيق المادة 106 من القانون المدني.

مما يكون معه القرار محل الطعن ذا أساس قانوني سليم ويكون هذا الوجه غير مبرر " (1).

- حق المدين الراهن في تطهير المحل التجاري :

يحق للمدين الراهن، تخليص محله التجاري من الرهون الواردة عليه في أي وقت قبل صدور الأمر بالبيع بالمزايدة العلنية، وذلك عن طريق التصريح بأنه مستعد لتسديد الديون التي تثقل المحل التجاري فينقضي بذلك الرهن الحيازي للمحل التجاري⁽²⁾، ويبقى المدين الراهن محتفظاً بملكيتة للمحل التجاري.

كما أوجب المشرع على الدائن المرتهن القائم بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري أن يقوم بإنذار المدين الراهن قبل التنفيذ عليه وإتباع إجراءات معينة نصت عليها المادة 127 ق.ت.ج كل ذلك من أجل إعطاء فرصة للمدين بأن ينقذ محله التجاري من البيع بالمزايدة العلنية عن طريق الوفاء بما عليه من ديون اتجاه الدائنين المقيدين.

ثانياً : آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:

بمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري، وقيده في المركز الوطني للسجل التجاري، يرتب على الدائن المرتهن مجموعة من الالتزامات كما يخول له مجموعة من الحقوق .

وعليه سنتطرق إلى آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للدائن المرتهن كما

يلي:

1-الالتزامات.

2- الحقوق

1-الالتزامات:

يلتزم الدائن المرتهن بموجب عقد الرهن بالتزامين هامين هما:

(1) - قرار رقم 239820، المؤرخ في 22 جانفي 2003، المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص 203.
(2) - رضوان بن جامع المرجع السابق، ص47.

أ- التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه المحل التجاري.

ب- إنذار المدين الراهن قبل البدء في التنفيذ الجبري على المحل التجاري.

أ- التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه المحل

التجاري:

أوجب المشرع الجزائي على الدائن المرتهن في حالة نقل المحل التجاري إلى مكان آخر، أن يعمل على التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه خلال ثلاثين يوما من علمه بالنقل طبقا للمادة 2/123 ق.ت.ج.

أما إذا نقل المحل التجاري إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى فعليه نقل قيده الأول في تاريخه الأصلي بسجل المحكمة التي نقل إليها، وبيان مركزه الجديد طبقا للمادة 3/123 ق.ت.ج.

وفي حالة عدم القيام بهذه الإجراءات يمكن أن يسقط حق الدائن المرتهن في الامتياز إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بالغير، الذين وقعوا في الغلط بسبب عدم التأشير على القيد بما يفيد نقل المحل التجاري لمكان آخر، للوقوف على الحالة القانونية للمحل التجاري⁽¹⁾.

ب- إنذار المدين الراهن قبل البدء في التنفيذ الجبري على المحل التجاري:

يلتزم الدائن المرتهن قبل القيام بطلب الحصول على أمر ببيع المحل التجاري من المحكمة المختصة أن يقوم بإنذار بدفع المبلغ للمدين الراهن ولا يمكنه الحصول على الأمر بالبيع إلا بعد ثلاثين يوما من الإنذار طبقا للمادة 126 ق.ت.ج، وذلك بهدف إعطاء المدين الراهن فرصة لمنع وقوع البيع عن طريق سداد ما عليه من الديون بدلا من مفاجئته بالتنفيذ على المحل التجاري .

2- حقوق الدائن المرتهن :

يرتب عقد الرهن الحيازي للدائن المرتهن حقا عينيا على المحل التجاري يخول له حق الأولوية وتتبع المحل التجاري في أي يد يكون لاستيفاء حقه، وهذا ما سنتولى دراسته على النحو التالي:

(1) - أنظر: المادة 4/123 ق.ت.ج.

أ- حق الأولوية.

ب- حق التتبع.

أ- حق الأولوية:

يخول عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري للدائن المرتهن استيفاء حقه من ثمن المحل التجاري المرهون بالأولوية على سائر الدائنين العاديين و المقيدين التاليين له في المرتبة.

وعليه فإن الأثر الأساسي لرهن المحل التجاري هو حق التقدم، لكن السؤال الذي يطرح على ماذا يمارس الدائن المرتهن حق الأولوية؟ و ما هو الحل عند تزامن الدائنين المقيدين؟، وسنجيب عن هذه الإشكالية من خلال التطرق إلى ما يلي:

- نطاق ممارسة حق الأولوية:

يمارس الدائن المرتهن حق الأولوية على كامل المحل التجاري بجميع عناصره وعلى فروع المحل التجاري إذا شملها الرهن، كما يجوز التنفيذ على عنصر فقط من عناصر المحل التجاري بصفة مستقلة وممارسة الدائن المرتهن حق الأولوية عليه⁽¹⁾. وامتياز الدائن المرتهن غير قابل للتجزئة على عناصر المحل التجاري على عكس امتياز بائع المحل التجاري، والذي ينقسم إلى ثلاث امتيازات مستقلة ينقضي كل امتياز منها بوفاء جزء الثمن المقابل له، فلا ينقضي امتياز الدائن المرتهن بوفاء جزء من الدين بل يبقى قائما لحين سداد كامل الدين المضمون، إذ أن كل المحل التجاري المرهون ضامن لكل الدين، وأن كل الدين مضمون بالمحل التجاري المرهون⁽²⁾.

وهكذا يشكل الرهن وسيلة فعالة لضمان حق البائع في قبض ثمن بيع المحل التجاري ذلك أن المبلغ الذي يمكن أن يبقى مستحقا له من خلال ممارسته للامتياز كبائع نظرا لقاعدة تجزئة امتياز بائع المحل التجاري يستوفيه من ممارسة الامتياز كدائن مرتهن، فلو فرضنا أن المحل التجاري بيع بثمن قدره 600.000 د.ج وتم تقسيم الثمن على عناصره كما يلي:

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 72.

(2) - المرجع نفسه، ص 72.

100.000 دج ثمن البضائع.

200.000 دج ثمن المعدات .

300.000 دج ثمن العناصر المعنوية.

ثم أعيد بيع نفس المحل التجاري من طرف المشتري بمبلغ 600.000 دج ثم تقسم

الثمن على عناصره كالتالي :

50.000 دج ثمن البضائع.

300.000 دج ثمن المعدات.

250.000 دج ثمن العناصر المعنوية .

و عليه فإن امتيازه كبائع يمارس كما يلي:

- بالنسبة للبضائع يحصل البائع بالامتياز على مبلغ إجمالي قدره 50.000 دج وهو مبلغ

أقل من المبلغ المستحق له، لأن ثمن إعادة البيع أقل من ثمن البيع .

- بالنسبة للمعدات يحصل بالامتياز على مبلغ 200.000 دج وهو مبلغ مساوي للمستحق

له بالنسبة لهذا العنصر .

- بالنسبة للعناصر المعنوية يحصل بالامتياز على مبلغ 250.000 دج وهو مبلغ أقل من

المبلغ المستحق له، لأن ثمن إعادة البيع أقل من ثمن البيع .

و عليه يبقى للبائع لدى المشتري مبلغ 100.000 دج لأن ثمن البيع هو 600.000 دج

ومجموع ما تحصل عليه من خلال ممارسة الامتياز هو 500.000 دج لأن في امتيازه

كبائع لا يضمن أي عنصر الباقي من الثمن للعنصر الآخر حتى ولو كان فيه فائض في

الثمن عند إعادة البيع مثل المعدات في هذا المثال فلا تضمن ما تبقى من ثمن قيمة

العناصر المعنوية والبضائع و بالتالي يصبح البائع دائنا عاديا فيما تبقى له من ثمنها.

وهنا إذا كان البائع قد عقد لنفسه رهنا حيازيا على المحل التجاري الذي باعه

للمشتري، فإنه يمارس امتيازه كدائن مرتهن فيما تبقى له من الثمن، فيرجع على المشتري

بمبلغ 100.000 دج والتي تشكل فارق قيمة بيع وإعادة بيع المعدات ويحصل عليه كاملا

لأن امتياز كدائن مرتهن لا يقبل التجزئة ولا يتزاحم في أي جزء منه مع الدائنين العاديين للمشتري⁽¹⁾.

- مرتبة الامتياز:

نصت المادة 122 ق.ت.ج على أنه: " يجري ترتيب الدائنين المرتهين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية " .

بناء على هذه المادة فإن الأولوية تتحدد بتاريخ القيد، فمن كان أسبق في تاريخ القيد يستوفي حقه بالأولوية على التاليين له في المرتبة، وفي حالة تعدد الدائنين المرتهين في يوم واحد تكون لهم مرتبة واحدة متساوية، ولا يتقدم على الدائن المرتهن، إلا أصحاب حقوق الامتياز العامة كالخزينة العمومية و المصاريف القضائية⁽²⁾، بالإضافة إلى حقوق الامتياز الخاصة كامتياز الدائن المرتهن على الأدوات و المعدات الخاصة بالتجهيز طبقاً للمادة 2/159 ق.ت.ج، وإذا قيد بائع المحل التجاري امتيازاه فإنه يتقدم على الدائن المرتهن⁽³⁾.

ب - حق التتبع:

لما كان الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يؤدي إلى انتقال حيازته إلى الدائن المرتهن بل يظل في حيازة المدين الراهن، مما يمكنه من التصرف فيه وبيعه لشخص آخر، فإن للدائن المرتهن عند عدم دفع المدين الراهن الدين في ميعاد استحقاقه أن يتتبع المحل التجاري تحت يد المشتري الجديد للتنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمن بيعه⁽⁴⁾ ويمكن للحائز الجديد للمحل التجاري تطهيره من كافة الديون التي تثقله .

ولذا سنتناول دراسة حق التتبع كما يلي:

- مضمون حق التتبع.

- تطهير المحل التجاري من الرهن.

(1) - عبد الله وافي، المرجع السابق، ص 35.

(2) - علي بن غانم، المرجع السابق، ص 203.

(3) - Brigitte Hess, Fallon Anne, Marie Simon, " Droit des affaires " ,16^e édition, Paris, 2005, P73.

(4) - محمد فريد العريني، جلاء وفاء البدري محمدين، محمد السيد الفقي، " مبادئ في القانون التجاري- دراسة في الأدوات القانونية- "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 457.

- مضمون حق التتبع:

يحتج بالرهن الحيازي للمحل التجاري في مواجهة كل حائز للمحل التجاري سواء كان اتجاه الخلف العام أو الخلف الخاص، وفي هذا ضمان للدائن المرتهن وتوفير وسيلة فعالة للحصول على الائتمان للتاجر⁽¹⁾.

فحق التتبع إذن هو إمكانية الدائن المرتهن ملاحقة المحل التجاري في أي يد يكون (المادة 1/132 ق.ت.ج.)، لممارسة حقه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والمرتهنين التاليين له في المرتبة، وتتم الملاحقة عن طريق القضاء أي طلب عرض المحل التجاري المرهون للبيع بالمزايدة العلنية من المحكمة المختصة ومن حق المدين المرتهن نفسه طلب البيع في حالة عدم تسديد دينه طبقاً للمادة 125 ق.ت.ج.

ولا يمكن للحائز أن يتمسك بحيازته للمحل التجاري بحسن النية لأن المحل التجاري منقول معنوي لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أما إن حصل التصرف في بعض عناصر المحل التجاري بصفة مستقلة، فهنا إذا كانت هذه العناصر من العناصر المادية للمحل كالبضائع و المعدات فإن للمشتري حسن النية الاحتجاج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وهنا يجوز للدائن المرتهن حماية له من فقدان رهنه بإتخاذ تدبير تحفظي يمنع المدين من التصرف في المحل التجاري المرهون عن طريق طلب الحجز التحفظي للمحل التجاري و يقيد أمر الحجز خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ صدوره بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري وينشر الحجز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وإلا كان باطلاً طبقاً للمادة 651ق.إ.م.إ.

أما إن اقتصر التصرف على بعض العناصر المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات فإنه لا يجوز للمشتري التمسك بهذه القاعدة لأنها لا تنطبق على العناصر المعنوية، وعليه يمكن للدائن المرتهن ممارسة حق التتبع عليها ولو كان المشتري حسن النية⁽²⁾.

(1) - علي بن غانم، المرجع السابق، ص 203.

(2) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 314، وأنظر أيضاً: رضوان جامع، المرجع السابق، ص 75، 76.

- تطهير الحائز للمحل التجاري من الرهن:

يجوز للحائز الجديد للمحل التجاري (المشتري) تطهير محله التجاري من الديون المثقلة به عن طريق التصريح بتسديد كامل الديون المثقلة به، حيث توجب المادة 2/132 ق.ت.ج على المشتري في حالة عدم بيع المحل التجاري بالمزاد العلني إذا أراد اتقاء ملاحقات الدائنين المقيدون أن يبلغ جميع الدائنين المقيدون في محال إقامتهم المختارة في قيودهم تحت طائلة سقوط الحق وقبل الملاحقة خلال ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ له بمجموعة من البيانات منها بيان يفيد أنه مستعد لدفع جميع الديون المقيدة المستحقة وغير المستحقة.

لكن قد يحدث أن لا يفتنع الدائنون بالثمن المعروض، أو يحدث توافق بين المدين الراهن والمشتري بالاتفاق على مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للمحل التجاري، وحماية للدائن المرتهن أقر المشرع في المادة 133 ق.ت.ج الحق في طلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني بزيادة العشر من ثمن الانتقال من المدين الراهن إلى الحائز (المشتري)⁽¹⁾. ويلتزم الدائن المرتهن بتوقيع طلبه وإبلاغه للمشتري وللمالك السابق في ظرف خمسة عشرة يوما من التبليغات تحت طائلة سقوط الحق، مع التكاليف بالحضور أمام محكمة موقع المحل التجاري، وذلك للبت في حالة النزاع في صحة تجديد المزاد بالمزايد وكذا قبول الضامن أو ملاءة المزايد بالزيادة، ثم الأمر بالشروع في المزايدات العلنية للمحل التجاري مع المعدات والبضائع التابعة له (المادة 2/133 ق.ت.ج)، و يصبح المشتري متصرفا حارسا بحكم القانون على المحل التجاري إذا كان في حيازته، ولا يمكنه سوى مباشرة أعمال الإدارة طبقا للمادة 134 ق.ت.ج.

" ويعد الدائن المرتهن - الذي قدم عرضا لشراء المتجر - مستفيدا من المزايدة إذا لم يتدخل شخص آخر. ويلتزم بصفته الراسي عليه المزاد بدفع للمشتري - الذي انتزعت منه الحيازة - كافة النفقات والمصاريف التي تحملها هذا الأخير ، ويلاحظ أن القانون لا يمنع مشتري المتجر من التدخل في المزاد بالزيادة وفي هذه الحالة إذا انتهى البيع

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 77.

لصالحه يحق له الرجوع على البائع لمطالبته بسداد ما يفوق الثمن المذكور في سنده "(1).
وإذا كانت آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للمتعاقدين تتمثل في كثلة
الحقوق والالتزامات السابق بيانها فما هي يا ترى آثاره بالنسبة للدائنين العاديين ؟
هذا ما سنجيب عليه في الفرع الثاني كما يلي:

الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للدائنين العاديين:

مما لا شك فيه أن الدائنين العاديين يتعرضون للخطر عند تقرير رهن حيازي على
المحل التجاري، لما يتمتع به الدائن المرتهن من حق الأولوية عند بيع المحل التجاري
المرهون خاصة إذا استغرق الدين كامل قيمة المحل التجاري، أو أن الجزء المتبقي من
الثمن تافه لا يفي بكامل حقوق الدائنين العاديين(2).

لذلك فقد جاء المشرع بحكم خاص في المادة 6/123 ق.ت.ج إذ نصت على
مايلي: " كما أن قيد الرهن الحيازي يمكن أن يجعل الديون السابقة والتي يكون موضوعها
استغلال المحل التجاري حالة الأجل "

فلقد اعتبر المشرع الجزائري أن ديون الدائنين العاديين تصبح حالة الأجل عند قيد
رهن حيازي على المحل التجاري بحيث يحق للدائنين العاديين إذا تسبب لهم ضرر أن
يطلبوا من المحكمة المختصة الحكم بسقوط الأجل والحصول على ديونهم قبل تاريخ
استحقاقها ويشترط لقبول الطلب توافر مجموعة من الشروط يمكن استخلاصها من المادة
6/123 ق.ت.ج تتمثل أساسا في :

- أن يكون هناك قيد لرهن حيازي على محل تجاري.
- أن يكون الدين العادي الذي يطالب الدائن بتسديده سابقا على قيد الرهن الحيازي للمحل
التجاري .

- أن يكون سبب الدين متعلقا باستغلال المحل التجاري، أما إذا كان سبب الدين غير
متعلق بالاستغلال التجاري فلا يقع ضرر للدائن العادي إلا إذا وقع نتيجة غش إضرار له
تطبيقا للقواعد العامة، ولا يكون الجزاء في هذه الحالة سقوط الأجل وإنما عدم نفاذ

(1) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع
السابق، ص 267.

(2) - سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 533، وأنظر أيضا: المعتصم بالله الغرياني، المرجع السابق، ص
256.

التصرف في حق الدائن العادي⁽¹⁾.

و يعد الحكم بسقوط الأجل الدين العادي استثناء عن القواعد العامة التي لا ترتب سقوط الأجل إلا في حالة إضعاف التأمينات الضامنة لدين معين، في حين أن الديون العادية ليس لها تأمين خاص يضمنها⁽²⁾.

ومتى توافرت هذه الشروط فإن الأجل لا يسقط بحكم القانون، بل يجب رفع دعوى إلى القضاء للحكم بسقوط الأجل، وللمحكمة السلطة التقديرية في الحكم بسقوط الأجل أو ترفض طلب سقوط الأجل إذا كان للمدين الراهن أموال أخرى تفي بديون الدائنين وبالتالي لا يلحق مصالحهم أي ضرر من جراء ترتيب الرهن الحيازي على المحل التجاري.

وتخضع الدعوى الرامية لسقوط الأجل إلى القواعد الإجرائية المبينة بالفقرة الثامنة من المادة 125 ق.ت.ج، والتي توجب على المحكمة أن تثبت في الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن.

وبعد أن حددنا شروط انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري والآثار المترتبة عنه يجدر بنا أيضا التعرض إلى أسباب انقضائه وذلك على النحو التالي:

المطلب الثالث : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:

ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري كغيره من حقوق الضمان الأخرى إما بصفة تبعية باعتباره حقا عيينا تبعيا ينقضي تبعا لانقضاء الحق المضمون، كما ينقضي بصفة أصلية استقلالا عن الحق الذي يضمنه، ولم ينص المشرع الجزائري في القانون التجاري على أحكام خاصة بانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري، وعليه فهو يخضع لأحكام القواعد العامة في هذا الشأن.

لذا سنتناول دراسة انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية .

الفرع الثاني : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية .

(1) - علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 317.

(2) - المرجع نفسه، ص 317.

الفرع الأول : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية:

نصت المادة 964 ق.م.ج على أنه: " ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ".

بناء على هذا النص فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي بانقضاء الدين المضمون والذي قد يكون بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة أو إتحاد الذمة أو أي سبب من أسباب انقضاء الدين المضمون بصفة عامة، وهذه الأسباب هي نفس أسباب انقضاء امتياز بائع المحل التجاري التي تطرقنا إليها سابقا عند دراستنا لانقضاء امتياز بائع المحل التجاري بصفة تبعية لذا نكتفي بالإحالة إليها⁽¹⁾.

وإذا كان الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون طبقا للمادة 964 ق.م.ج فما هي يا ترى أسباب انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية؟.

هذا ما سنجيب عليه في الفرع الثاني على النحو التالي :

الفرع الثاني : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية:

ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية عندما ينقضي الرهن وحده دون أن ينقضي الدين المضمون له ولانقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية عدة أسباب نصت عليها المادة 965 ق.م.ج وتتمثل في :

- إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق⁽²⁾ (الحق في الرهن).

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

- إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون .

وعليه ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن أو باتحاد الذمة أو بهلاك المحل التجاري طبقا للقواعد العامة في الرهن الحيازي

(1) - أنظر فيما سبق لنا دراسته عن انقضاء الامتياز بائع المحل التجاري بصفة تبعية، ص- ص 43-48.
(2) - تضيف المادة 965 ق.م.ج أن التنازل يكون ضمنيا إذا تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، فإن هذا الاستثناء لا يعمل به على الرهن الواقع على المحل التجاري لأن المادة 2/118 ق.ب.ج قد احتفظت للدائن بحيازته للمحل التجاري و بالتالي لا ينقضي هنا بسببه (التنازل الضمني).

كما ينقضي بالتصويت على الصلح طبقا للمادة 319 ق.ت.ج وبالتطهير (المادة 2/132 ق.ت.ج).

وينقضي أيضا الرهن الحيازي للمحل التجاري بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري ذلك أن البيع الجبري يظهر المحل التجاري بقوة القانون من الديون المثقلة به، فينقضي بذلك الرهن الحيازي بطريقة أصلية طبقا للقواعد العامة في المادة 936 ق.م.ج والخاصة بتطهير العقار من الرهن الرسمي .

والببيع الجبري للمحل التجاري يتم بإجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات المقررة في القواعد العامة للتنفيذ الجبري، ويترتب عنه مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للمدين الراهن أو الدائن المرتهن، فما هي يا ترى إجراءات التنفيذ الجبري؟ وما هي الآثار المترتبة عنه؟ وسنجيب عن هذه الإشكالية على النحو التالي:

أولا : إجراءات التنفيذ الجبري على المحل التجاري:

نصت المواد 125 و 126 و 127 ق.ت.ج على إجراءات بيع المحل التجاري بالمزاد العلني والتي تنقسم إلى قسمين :

- الإجراءات المتخذة لاستصدار أمر ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني.

- إجراءات بيع المحل التجاري بالمزاد العلني .

1- الإجراءات المتخذة لاستصدار أمر ببيع المحل التجاري:

التي تتمثل أساسا في :

- توجيه إنذار بالدفع للمدين (المشتري) والحائز من الغير في حالة انتقال المحل

التجاري للوفاء بالثمن المستحق للدائن المرتهن (البائع) طبقا للمادة 1/126 ق.ت.ج.

- رفع طلب إلى المحكمة التي يستغل فيها المحل التجاري لاستصدار أمر ببيع المحل

التجاري بعد ثلاثين يوما من الإنذار (2/126 ق.ت.ج).

- تعيين القاضي المصدر للأمر ببيع المحل التجاري عند الاقتضاء متصرف مؤقت لإدارة

المحل التجاري (5/ 125 ق.ت.ج).

- تحديد السعر الافتتاحي المطروح للمزايدة من قبل القاضي المصدر للأمر ببيع المحل

التجاري وضبط الشروط الأساسية التي يجب إتمام البيع على مقتضاها⁽¹⁾، ويسند مهمة البيع إلى موظف عمومي (محافظ البيع بالمزايدة العلنية)⁽²⁾ الذي يباشر تحرير دفتر الشروط المادة 5/125 ق.ت.ج.

- القيام بإجراءات النشر إذا ظهر ما يفيد القيام بذلك والتي يتم ضبطها بموجب حكم أو بموجب أمر يصدر عن رئيس المحكمة بناء على عريضة طبقاً للمادة 6/125 ق.ت.ج.
- تلزم المحكمة في البت في الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن (المادة 8/125 ق.ت.ج.).

2 - إجراءات بيع المحل التجاري بالمزاد العلني :

تتجلى إجراءات بيع المحل التجاري بالمزاد العلني فيما يلي :

- قيام الدائن القائم بالملاحقة بإنذار ملك المحل التجاري والدائنين المقيدین قبل صدور الحكم الذي أمر بالبيع في المحلات إقامتهم المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل خمسة عشرة يوماً على الأقل من البيع، وذلك قصد الإطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم، وكذا حضورهم مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك طبقاً للمادة 1/127 ق.ت.ج.

- القيام بإعلان عن البيع قبل عشرة أيام على الأقل من تاريخ البيع بعدة وسائل هي:

أ- الملصقات:

تتضمن الملصقات مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 1/127 ق.ت.ج والتي تتمثل أساساً في اسم الشخص القائم بالملاحقة ومالك المحل التجاري مع بيان مهنة كل منهما ومحل إقامته و الحكم الصادر بالبيع و محل الإقامة المختار بمكان المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ومختلف عناصره التجارية ونوع أعماله

(1) - وتجدر الملاحظة أنه لا يجوز إجبار المدين الراهن ببيع محله التجاري بأقل من قيمته القاعدية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بخصوص بيع محل بالمزاد العلني والذي جاء فيه: "...حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه اعتبر عن حق المطعون ضده البائع محققاً في التحفظ وعدم قبول المبلغ المعروض من طرف المشتري متى كان غير كاف.

حيث أن هذا التسبب قانوني و سليم ذلك لأنه لا يمكن إلزام البائع ببيع محله بأقل من قيمته القاعدية حتى وإن قبل البائع ثم تراجع قبل توقيع عقد البيع أو قام المشتري بكل الإجراءات الجوهرية حتى وإن كان (ح- س) خيالياً"، أنظر في ذلك القرار رقم 299198، المؤرخ في 17 ديسمبر 2002، المجلة القضائية، العدد 2، 2003، ص 196.

(2) - وذلك طبقاً للمادة 5 من الأمر 02-96 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، والتي تعتبر محافظ البيع بالمزايدة العلنية ضابط عمومي مكلف بالتقييم والبيع بالمزاد العلني للمنقولات والأموال المادية، أنظر: الجريدة الرسمية العدد 3، الصادرة بتاريخ 14 يناير 1996 ص 12.

التجارية وموقعه والسعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي يحصل فيها مرسى المزاد واسم الموظف العمومي المكلف بالبيع والمؤتمن على دفتر الشروط، وتلصق هذه الملصقات وجوبا بسعي من الموظف العمومي طبقا للمادة 2/127 ق.ت.ج في عدة أماكن هي:

- الباب الرئيسي للبناء التي يستغل فيها المحل التجاري.
- مقر المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها المحل التجاري.
- مقر المحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري ومكتب الموظف العمومي المنتدب.

ب- النشر:

حيث ينشر بيع المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري، وذلك قبل عشرة أيام من موعد البيع (المادة 3/127 ق.ت.ج) ويثبت النشر بقيد إشارة عنه في محضر البيع (المادة 4/127 ق.ت.ج).

ويجري البيع بالمزايدة في المكان واليوم والساعة التي حددت في الإعلانات السابقة⁽¹⁾.

وفي حالة عدم احترام إجراءات البيع السابقة تكون عرضة للبطلان ممن له مصلحة بذلك، ويفصل رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها استغلال المحل التجاري في أوجه الطعن بالبطلان لإجراءات البيع السابقة لمرسئ المزاد، ويجب تقديم أوجه البطلان قبل مرسئ المزاد بثمانية أيام على الأقل تحت طائلة سقوط الحق في القيام بها، ويصدر حكم رئيس المحكمة في نفس المدة طبقا للمادة 5/127 ق.ت.ج.

ثانيا: آثار التنفيذ الجبري على المحل التجاري بالمزاد العلني:

يترتب على بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني آثار سواء بالنسبة للراسي عليه المزاد أو الدائن المرتهن القائم بالملاحقة.

ولذا سنتطرق لدراسة آثار بيع المحل التجاري بالمزاد العلني كما يلي:

(¹) - فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون الجزائري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية "، القسم الأول، المرجع السابق، ص273.

- 1 - آثار البيع الجبري للمحل التجاري بالنسبة للراسي عليه المزاد.
- 2 - آثار البيع الجبري للمحل التجاري بالنسبة للدائن المرتهن القائم بالملاحقة.

1- آثار البيع الجبري للمحل التجاري بالنسبة للراسي عليه المزاد:

إذا اتبعت إجراءات التنفيذ الجبري على المحل التجاري المذكورة سابقا وتم بيع المحل التجاري بالمزاد فإن المحل التجاري ينتقل إلى الراسي عليه المزاد خاليا من الحقوق العينية التي كانت تثقله وتتقرر له ضمانات مشتري المحل التجاري كضمان الاستحقاق وضمان عدم التعرض والالتزام بعدم ممارسة تجارة مماثلة ما عدا ضمان العيب الخفي، فلا يتمتع به الراسي عليه المزاد لأنه لا ضمان للعيب الخفي في البيوع القضائية⁽¹⁾ وذلك طبقا للمادة 385 ق.م.ج التي تنص على أنه : " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ."

أما إذا لم يرق الراسي عليه المزاد بتنفيذ شروط مرسي المزاد فإنه يتم إعادة بيع المحل التجاري عن طريق المزايمة بعد إنذار بدون جدوى في مهلة عشرون يوما وذلك وفقا للأوضاع المقررة في المادة 127 ق.ت.ج وهذا ما تقضي به المادة 1/129 ق.ت.ج ويلزم المزايمة المتخلف إزاء دائني البائع و البائع نفسه بالفرق الحاصل بين الثمن الذي تم به البيع له والثمن الحاصل من إعادة البيع عن طريق إعادة المزايمة، ولا يحق له المطالبة بالمزايمة إن وجدت طبقا للمادة 2/129 ق.ت.ج.

أما فيما يخص نفقات المزايمة الأولى فإنها تكون على عاتق الراسي عليه المزاد الأولي وتحصل عند الاقتضاء تنفيذيا بواسطة الموظف العمومي طبقا للمادة 3/129 ق.ت.ج.

ويكون الراسي عليه المزاد في مركز المالك على شرط فاسخ خلال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رسو المزاد وتاريخ إعادة المزايمة بحيث يكون ممنوع عليه التصرف في المحل التجاري، بل حتى أعمال الإدارة تكون خاضعة للرقابة⁽²⁾.

(1) - رضوان جامع، المرجع السابق، ص 89.
(2) - المرجع نفسه، ص 90.

2- آثار التنفيذ الجبري للمحل التجاري بالنسبة للدائن المرتهن القائم بالملاحقة:

يترتب على التنفيذ الجبري للمحل التجاري انتقال حقوق الدائنين المقيدون إلى الثمن الراسي عليه المزاد لاستيفاء ديونهم منه، وتمثل عملية استيفاء الدائن المرتهن لحقه من ثمن البيع المرحلة النهائية للبيع الجبري، وإذا كان الدائن المرتهن واحد فلا تثار مشكلة لكن إذا كان هناك دائنون متعددون مع عدم كفاية حصيلة التنفيذ للوفاء بكامل حقوقهم فهنا تثار المشكلة ولهذا نظم المشرع عملية توزيع الثمن في المادة 140 ق.ت.ج والتي تتم بطريقتين إما وديا أو قضائيا⁽¹⁾.

أ- التوزيع الودي للثمن:

إذا حدد ثمن بيع المحل التجاري نهائيا سواء كانت هناك مزايمة أم لا، فإنه يجوز للدائنين الاتفاق بطريقة ودية لتوزيع ثمن البيع فيما بينهم .

أ- التوزيع القضائي للثمن:

إذا لم يحصل اتفاق على توزيع الثمن وديا بين الدائنين فإن إجراءات التوزيع تتم طبقا للقواعد المبينة في المواد من 792-799 ق.إ.م.إ. والخاصة بكيفية توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ طبقا للمادة 140 ق.ت.ج⁽²⁾.

حيث إذا كانت المبالغ المالية المتحصلة من التنفيذ غير كافية للوفاء بحقوق جميع الدائنين الحاجزين والدائنين المتدخلين في الحجز فإنه يجب على المحضر القضائي أو محافظ البيع وعلى كل من تكون لديه المبالغ المتحصلة من التنفيذ إيداعها بأمانة ضبط المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها التنفيذ مع إرفاق جدول عن الأموال المحجوزة ومحضر رسو المزاد (المادة 1/792 ق.إ.م.إ.).

وفي هذه الحالة يقوم رئيس أمانة الضبط بإخطار رئيس المحكمة كتابيا من أجل توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ طبقا للمادة 2/792 ق.إ.م.إ. وبعد ذلك يعد رئيس

(1) -رضوان جامع، المرجع السابق، ص 90.

(2) - نصت المادة 140 ق.ت.ج على أنه: " ... و في حالة عدم حصول اتفاق بين الدائنين للقيام بالتوزيع بالطريقة الودية فإن إجراء التوزيع يتم طبقا للقواعد المبينة في المادة 400 وما يليها قانون الإجراءات المدنية"، والمعروف أن قانون الإجراءات المدنية لم يعد له وجود لأنه ألغي بقانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي أتى بإجراءات جديدة في المواد من 792-799 ق.إ.م.إ. مغايرة تماما للإجراءات المنصوص عليها في المادة 400 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية القديم، لذا يجب على المشرع الجزائي تعديل صياغة المادة 140 ق.ت.ج بما يتماشى و أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعدم تركها تحيل لأحكام قانون ملغى.

المحكمة القائمة المؤقتة لتوزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ بين الدائنين المقيدین خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إخطاره، ويأمر بإيداعها بأمانة الضبط و تعليق مستخرج منها (794 ق.إ.م.إ.).

ويتم الإعلان عن القائمة المؤقتة لتوزيع المبالغ المتحصل عليها من التنفيذ والمنصوص عليها في المادة 794 ق.إ.م.إ. من قبل رئيس أمانة الضبط بتعليق مستخرج منها بلوح إعلانات المحكمة خلال ثلاثين يوماً ويجوز لكل دائن بيده سند دين خلال عشرة أيام من تاريخ انتهاء أجل التعليق طلب قيده مع بقية الدائنين وإلا سقط حقه في الانضمام إلى قائمة التوزيع المؤقتة (المادة 795 ق.إ.م.إ.).

ويقوم المحضر القضائي بتكليف الدائنين الحاجزين والدائنين المتدخلين في الحجز بناء على طلب ممن يهمله التعجيل للحضور إلى جلسة التسوية الودية أمام رئيس المحكمة وإذا حصل اتفاق على قائمة التوزيع المؤقتة بتسوية ودية أثبت الرئيس اتفاقهم في محضر يوقعه وأمين الضبط والحاضرون، ويكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي وذلك طبقاً للمادة 796 ق.إ.م.إ.، وفي الأخير يصدر رئيس المحكمة أمراً ولائياً إلى رئيس أمانة الضبط بمنح المبالغ المستحقة لكل دائن حسب القائمة (المادة 796 ق.إ.م.إ.).

أما إذا لم تتم التسوية الودية بسبب اعتراض أحد الدائنين على قائمة التوزيع المؤقتة يأمر الرئيس بتثبيت الاعتراض في محضر ويفصل فيه بأمر خلال أجل ثمانية أيام ويكون قابل للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي خلال عشرة أيام إذا كان المبلغ المتنازع عليه يزيد عن 200.000 دج، ولا يكون لهذا الاستئناف أثر موقف ولا يمنع الرئيس من تسليم المبالغ المالية لمستحقيها من الدائنين (المادة 5/798 ق.إ.م.إ.).

وإذا انقضى الرهن الحيازي للمحل التجاري بأي سبب كان، يجب شطب قيده طبقاً للقواعد المبنية في المواد 103 إلى 108 ق.ت.ج. على غرار امتياز بائع المحل التجاري⁽¹⁾.

بالإضافة إلى حق بائع المحل التجاري في عقد رهن حيازي على المحل التجاري الذي باعه للمشتري لضمان حقه في استيفاء الثمن فإنه يجوز له كذلك الاشتراط في عقد

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 114.

البيع ذاته على اعتبار عقد البيع مفسوخا تلقائيا بمجرد امتناع المشتري عن دفع ما عليه من الثمن عند حلول أجله.

المبحث الثاني: الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري:

الأصل في الفسخ أن يكون بحكم قضائي غير أنه لا يوجد ما يمنع بائع المحل التجاري أن يتفق مع المشتري في عقد البيع المحل التجاري على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم المشتري بالتزامه بدفع الثمن⁽¹⁾، وذلك طبقا للمادة 120 ق.م.ج، التي تنص على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"، وهو ما يستفاد أيضا من نص المادة 112 ق.ت.ج والتي تنص على أنه: "إذا اشترط البائع عند البيع فسخ العقد من تلقاء نفسه لعدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه أو إذا تراضى البائع والمشتري على فسخ البيع وجب على البائع إبلاغ الدائنين المقيدين بواسطة إجراء غير قضائي وفي محلات إقامتهم المختارة بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه ولا يصبح هذا الفسخ نهائيا إلا بعد مضي شهر من تاريخ التبليغ الحاصل على الشكل المذكور.

ويجب أن يتضمن التبليغ ذكر هذه المهلة تحت طائلة البطلان".

والغاية التي يهدف البائع الوصول إليها من وراء اشتراطه فسخ العقد هو ضمان فسخ العقد عند عدم دفع المشتري الثمن، ذلك أن العقد في الفسخ الاتفاقي يفسخ تلقائيا دون حاجة إلى حكم قضائي، على عكس الفسخ القضائي والذي يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية واسعة في رفض أو قبول طلب الفسخ، بالإضافة إلى تجنب بطء إجراءات

(1) - فسخ عقد البيع إما أن يكون قضائيا وهو الأصل و إما أن يكون اتفاقيا لكن هناك حالة لبيع المنقول يتم فيها الفسخ بقوة القانون نصت عليها المادة 392 ق.م.ج والخاصة ببيع العروض و غيرها من المنقولات في حالة تعيين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع حيث يكون البيع مفسوخا لصالح البائع دون إنذار إذا لم يدفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه فهل ينطبق هذا الحكم على بيع المحل التجاري أيضا؟.

لا ينطبق هذا الحكم على بيع المحل التجاري على الرغم من أنه منقول معنوي لأن الحكمة المتوخاة من وراء هذا الحكم هي أن عروض التجارة أكثر تقلبا في أسعارها، كما تتعرض للتلف لهذا أعفى المشرع البائع من إعدار المشتري والمطالبة قضائيا بالفسخ، أنظر: محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة - دراسة مقارنة في القوانين العربية - " دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 444 وأنظر أيضا: محمد عبد الله ابو هزيم "أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع - دراسة مقارنة -"، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن 2006، ص 189.

التقاضي وتعقيدها وهذا ما يتنافى مع الحياة التجارية التي تتسم بالسرعة و البساطة، وهذا ما يشكل خطرا على حق البائع في استرداد محله التجاري، لهذا يفضل الالتجاء إلى الاتفاق على الفسخ مسبقا، و لنفاذ الفسخ الاتفاقي يجب توافر مجموعة من الشروط المطلوبة قانونا وإتباع إجراءات معينة لكي يصبح الفسخ نهائيا و نافذا في مواجهة الغير الغير، و الفسخ الاتفاقي له نفس آثار الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري السابق ذكرها عند دراسة آثار الفسخ القضائي لذا نكتفي بالإحالة إليها منعا لتكرار⁽¹⁾.

لذا سنتطرق لدراسة الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري في المطالب الثلاثة

التالية:

المطلب الأول: مفهوم الفسخ الاتفاقي .

المطلب الثاني: شروط الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري.

المطلب الثالث: إجراءات الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ الاتفاقي:

يهدف نظام الفسخ كقاعدة عامة إلى حماية القوة الملزمة للعقد، وبصفة خاصة إلى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين⁽²⁾، ولم يقف المشرع على تقرير حق الفسخ بل وضع له طرق ووسائل يتحقق بها⁽³⁾ ولكل طريقة من هذه الطرق شروط وإجراءات يجب إتباعها لكي تنتج آثارها اتجاه الغير، وعليه فإن للفسخ أنواع فكما يكون قضائيا قد يكون اتفاقيا عن طريق اتفاق الأطراف المتعاقدة على وقوعه عند عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزامه، ومن أجل تحديد مفهوم الفسخ الاتفاقي يقتضي بنا الأمر التطرق إلى تعريف الفسخ الاتفاقي من جهة وإلى صور الفسخ الاتفاقي من جهة أخرى.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهما ما يلي:

الفرع الأول: تعريف الفسخ الاتفاقي .

الفرع الثاني: صور الفسخ الاتفاقي.

(1) - أنظر فيما سبق لنا دراسته عن آثار دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري ص- ص 67-77.

(2) - عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 115.

(3) - المرجع نفسه، ص 161.

- الفرع الأول: تعريف الفسخ الاتفاقي.

المقصود بالفسخ الاتفاقي أنه بإمكان المتعاقدين الاتفاق عند إبرام العقد على أن يكون العقد قابلاً للفسخ بقوة القانون بمجرد عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد وذلك استناداً لمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾، لأن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي مصدر الحقوق والالتزامات فلها أن تحدد طرق زواله وأن تعيد النظر في الحقوق والالتزامات التي يترتبها من خلال تعديل أحكامها أو بتحديد نتائجها في الزمان⁽²⁾.

إن الحكمة من وراء منح المتعاقدين الحق في الفسخ الاتفاقي ترجع إلى ما تتسم به طريقة الفسخ القضائي من بطء في إجراءاتها وتحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى الفسخ إلى جانب الاحتمال برفض الفسخ نظراً للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي لاستصدار حكم بفسخ العقد⁽³⁾، وكل هذه الأمور لا تخدم مصلحة بائع المحل التجاري وتضيع حقه في استرداد محله التجاري، لهذا يلجأ إلى الفسخ الاتفاقي لضمان فسخ العقد وبالتالي استرداد محله التجاري.

يمكن أن يرد التراضي على فسخ العقد بصورة صريحة واضحة في العقد، كأن يشترط مثلاً البائع على المشتري أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم دفع الثمن عند حلول أجله، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحكم بفسخ عقد البيع ولا خيار له في ذلك، وقد يرد التراضي على الفسخ بصفة ضمنية يستفاد من كل تصرف يدل عليه، فإذا أبلغ مثلاً أحد المتعاقدين برغبته في فسخ العقد ولم يعترض المتعاقد الآخر بعد إبلاغه وقبل التفاوض معه فيكون الفسخ الضمني قد وقع⁽⁴⁾.

إن تقرير الحق في الفسخ الاتفاقي لعقد البيع بموجب المادة 120 ق.م.ج يبين أن المادة 119 ق.م.ج والمتعلقة بالفسخ القضائي ليست من النظام العام، وعليه يجوز للمتعاقدين مخالفتها بالاتفاق على أن العقد يفسخ دون اللجوء إلى القضاء عندما لا يقوم

(1) - محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 186، وأنظر أيضاً: عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 209.

(2) - إلياس ناصيف، "موسوعة العقود المدنية والتجارية"، حل العقود"، ج 7، د.م، 1993، ص 300.

(3) - عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 209.

(4) - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 300، وأنظر أيضاً: محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 186.

أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات ناشئة عن العقد⁽¹⁾.

غير أنه يجب أن يكون الاتفاق قد حصل قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ، أما إذا حصل الاتفاق بعد ذلك أي بعد وقوع عدم التنفيذ كأن يرفع الدائن دعوى أمام القضاء وأثناء إجراءات التقاضي يقبل المدين بالفسخ قبل صدور الحكم فلا يعد هذا فسخا اتفاقيا وإنما بمثابة تقايل ذي أثر رجعي وفي هذه الحالة يحل الاتفاق محل الحكم وله أثره ما لم يوجد توافق بين المتعاقدين إضرارا بحقوق الغير⁽²⁾.

ويتخذ الفسخ الاتفاقي عدة صور⁽³⁾ بحسب اتفاق الطرفين اللذان يتدرجان في اشتراط الفسخ عند إبرام العقد، والذي أدناه الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا عند عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن⁽⁴⁾، فما هي يا ترى صور الفسخ الاتفاقي؟ .

وسنجيب عن هذه الإشكالية في الفرع التالي كما يلي:

الفرع الثاني: صور الفسخ الاتفاقي:

طبقا للقواعد العامة في الفسخ الاتفاقي فإنه في ظل غياب صيغة قانونية معينة لتحديد الشرط الاتفاقي، فإن للطرفين المتعاقدين الحرية التامة في اختيار الصياغة التي يرونها مناسبة وتعتبر حقيقة عن إرادتهما في الفسخ عند عدم تنفيذ أحدهما بالتزامه بشرط أن تكون هذه الإرادة واضحة وأن لا تقتصر على تكرار لما جاء في القاعدة العامة في المادة 119 ق.م.ج، بل يجب أن تنصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي، وعند الغموض يتولى القاضي البحث عن نية المتعاقدين، وفي حالة تنازع المتعاقدين عن وجود الشرط فيلجأ إلى القاضي الذي يكون مقيد بالتحقق من وجوده من خلال توافر شروطه، فإن تحقق من وجوده يكون ملزم بالشرط الاتفاقي⁽⁵⁾.

بناء على ما تقدم فإنه يكون للفسخ الاتفاقي صيغ متعددة حسب إرادة المتعاقدين

تتمثل أساسا في:

(¹)- العربي بلحاج، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري "، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999، ص312، وأنظر أيضا: عبد الكريم بلعبور، المرجع السابق، ص211.

(²)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام "، ج1، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص، ص809، 810.

(³)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص312.

(⁴)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج4، المرجع السابق، ص830.

(⁵)- علي فيلاي، المرجع السابق، ص، ص353، 354.

أولاً: الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً.

ثانياً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ثالثاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم⁽¹⁾.

وهذا ما سنتناول دراسته بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً:

قد يتفق المتعاقدين على أن يفسخ العقد البيع إذا لم يقيم المشتري بالوفاء بالتزامه بدفع الثمن، وفي هذه الحالة يعد الشرط ترديدا للقاعدة العامة في الفسخ المنصوص عليها في المادة 119 ق.م.ج، و بالتالي فإن هذا الشرط لا يغني عن إعدار المشتري، كما لا يعني من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم بفسخ البيع و تكون للقاضي سلطة تقديرية في الإجابة عن طلب البائع بالفسخ أو يرفض طلبه كما في الفسخ القضائي ويكون حكمه منشأ لا كاشفا للفسخ، ويستطيع المشتري توقي هذا الفسخ عن طريق دفع الثمن قبل صدور الحكم بالفسخ⁽²⁾.

فمتى كان الاتفاق بين البائع والمشتري ماهو إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمني كأن يتفق على أنه: " في حالة تأخير سداد القسط الأول من ثمن المبيع كان للبائع الحق في فسخ البيع "، فإنه لا يترتب على تخلف المشتري عن دفع القسط الأول في ميعاده المحدد فسخ العقد تلقائيا وإنما يجب لكي تقضي المحكمة بفسخ العقد أن يظل المشتري متخلفا عن الوفاء بالثمن إلى حين صدور الحكم، وأن يقوم البائع بإعدار المشتري بدفع الثمن⁽³⁾.

ثانياً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:

قد يتضمن عقد البيع اتفاقاً صريحاً على أن عقد البيع يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يوف المشتري بالثمن عند استحقاقه، ففي هذه الحالة هل يلزم البائع بإعدار المشتري؟.

(1) - بالإضافة إلى هذه الصيغ هناك صيغة لم ينص عليها القانون الجزائري ونص عليها القانون المدني المصري في المادة 158 والتي تتمثل في الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار، فإن أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن كان العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار و دون حاجة لتدخل القضاء، ولكن يلزم ليتحقق ذلك أن يكون الشرط الذي يعني من الإعدار صريحاً، أنظر: توفيق حسن فرج، " عقد البيع و المقايضة "، مؤسسة الثقافة الجامعية، دم، 1969، ص 570.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج 4، المرجع السابق، ص 831.

(3) - المرجع نفسه، ص، ص 831، 832، وأنظر أيضاً: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 565.

لا يعفي الشرط الفاسخ الصريح البائع من إعدار المشتري بالوفاء بالثمن قبل رفع الدعوى الفسخ أمام القضاء ويكون الاتفاق في هذه الحالة سالباً للقاضي سلطته التقديرية ولا يكون أمامه إلا الحكم بالفسخ ويكون الحكم الصادر بالفسخ منشئاً لا مقررراً له⁽¹⁾.

ثالثاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:

إذا اتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي بالفسخ فإن هذا الاتفاق لا يعفي البائع من إعدار المشتري، وعلى البائع إثبات عدم التنفيذ و تسجيله على المدين عن طريق الإعدار⁽²⁾ وإذا لم يتفق المتعاقدان على طريقة للإعدار يكون حسب ما جرى به العرف وهذا ما قضت به المادة 120 ق.م.ج بنصها: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن بعد الإعدار يفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه دون حاجة لرفع دعوى الفسخ، ولا إلى حكم ينشئ فسخ عقد البيع، وإنما ترفع دعوى الفسخ في حالة حدوث نزاع بين البائع والمشتري حول أعمال الشرط الفاسخ و إدعاء المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن، فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من ذلك والحكم بفسخ العقد ويكون حكمه مقررراً لا منشئاً للفسخ⁽³⁾.

أما إذا لم يقم البائع بإعدار المشتري بدفع الثمن فإنه يحق للمشتري الوفاء بالثمن حتى بعد فوات الميعاد طالما أن البائع لم يقم بإعداره، لأن عدم قيام البائع بالإعدار يعني أنه لم يختار طريق الفسخ، وعليه يكون للبائع اللجوء إلى طلب تنفيذ البيع، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه مادام البائع لم يقم بالإعدار فللبائع الخيار بين الفسخ أو تنفيذ العقد حتى عند وجود الشرط الفاسخ، فالعبرة بفسخ العقد هو بوجود الإعدار فبه يتحدد موقف الطرفين

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج1، المرجع السابق، ص 812.

(2) - محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "، ج1، المرجع السابق، ص 359.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج1، المرجع السابق، ص 813.

و مصير العقد⁽¹⁾.

هذا فيما يخص صيغ الفسخ الاتفاقي في القواعد العامة والتي تنطبق أيضا على الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري، باعتبار القانون المدني هو الشريعة العامة التي تنطبق على كل التصرفات القانونية التي يقوم بها الأفراد عند عدم وجود نص خاص ينظم المسألة، إذ أن المادة 112 ق.ت.ج نصت على صيغتين للفسخ الاتفاقي وهما الحالة التي يتفق فيها المتعاقدين على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه والحالة التي يترضى فيها البائع والمشتري على فسخ العقد، دون النص عن بقية الصيغ الأخرى، لكن هذا لا يمنع البائع والمشتري من الاتفاق على صيغ أخرى طبقا للقواعد العامة في هذا الشأن استنادا لمبدأ سلطان الإرادة.

ولكي يقع الفسخ الاتفاقي وينتج آثاره سواء اتجه المشتري أو الغير، لا بد من توافر مجموعة من الشروط القانونية والتي سنتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني: شروط الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري:

تنطبق على الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري تقريبا نفس الشروط الواجب توافرها في الفسخ القضائي السابق بيانها من وجوب أن يكون العقد بيعا، وأن يكون وارد على محل تجاري، وأن ينصب الفسخ على العناصر التي شملها البيع، بالإضافة إلى شروط أخرى خاصة بالفسخ الاتفاقي والتي تتمثل في وجود اتفاق على فسخ عقد البيع ويجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي، و أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ عدم دفع المشتري الثمن.

لهذا سنركز دراستنا لشروط الفسخ الاتفاقي لعقد البيع المحل التجاري على الشروط الخاصة بالفسخ الاتفاقي فقط وذلك منعا للتكرار، في الفروع التالية على النحو التالي:

الفرع الأول: وجود اتفاق على فسخ عقد بيع المحل التجاري.

الفرع الثاني: يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي.

الفرع الثالث: أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ عدم دفع المشتري الثمن.

(1) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص، ص 567، 568.

- الفرع الأول: وجود اتفاق على فسخ عقد بيع المحل التجاري:

يستلزم لتحقيق الفسخ الاتفاقي وفقا للقواعد العامة وجود اتفاق صريح في عقد البيع يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ المشتري بالتزامه بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه ومن الأفضل أن يكون الاتفاق على الفسخ اتفاقا مستقلا عن بقية موضوعات العقد حتى لا يحدث أي لبس أو غموض حول وجود هذا الشرط في المستقبل⁽¹⁾.

أما إن حدث نزاع بين البائع و المشتري حول وجود الشرط الاتفاقي، كأن يلجأ المشتري إلى القضاء منكرًا على البائع حقه في الفسخ بإرادته المنفردة، وهنا يثور التساؤل ما مدى سلطة القاضي التقديرية بالفصل في حق البائع في الفسخ؟.

للقاضي سلطة في الفصل في النزاع لكن سلطته في هذا المجال ليست كسلطته في الفسخ القضائي بل تقتصر على التحقق من بعض المسائل القانونية⁽²⁾ و تتمثل هذه المسائل في:

أولاً: التحقق من وجود اتفاق على الفسخ:

يشترط لحل الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة للبائع أن يكون العقد قد تضمن اتفاقاً يقضي بالفسخ، وعليه يجب على القاضي إذا عرض عليه النزاع قبل كل شيء أن يتحقق من صحة وجود الاتفاق أو من عدم صحته، إذ تقتصر سلطة القاضي التقديرية في البحث عن مدى صحة الاتفاق، الذي على أساسه قام الدائن (البائع) بفسخ العقد، فإن تحقق فعلاً من وجود الاتفاق وأن المقصود منه استبعاد سلطة القاضي في الحكم بفسخ العقد أي التأكد من الصيغة التي ورد بها، فإن القاضي يحرم من سلطته التقديرية فليس باستطاعته عدم الحكم بفسخ العقد، أما إذا لم يجد مثل هذا الاتفاق فإن للقاضي السلطة التقديرية في فسخ العقد⁽³⁾ و لا يعتد بالفسخ الذي قام به البائع ويستمد القاضي سلطته في ذلك من نص المادة 119 ق.م.ج التي تقضي بالفسخ القضائي للعقد عند عدم وجود اتفاق يتضمن فسخ العقد عند عدم تنفيذ الالتزام (المادة 120 ق.م.ج). وهو ما تقضي به أيضا المادة 112 ق.ت.ج.

(1) - عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 214.

(2) - المرجع نفسه، ص، ص 223، 224.

(3) - المرجع نفسه، ص 224.

ثانيا: التحقق من قيام البائع بإعذار المشتري:

يعتبر الإعذار إجراءا جوهريا قبل القيام بعملية فسخ العقد سواء أكان الفسخ قضائيا أم اتفاقيا حيث أن المشرع الجزائري لم يفرق بينهما واشترطه في كليهما حتى أنه لم يجز للمتعاقدين الاتفاق على الإعفاء من الإعذار⁽¹⁾ كما فعل القانون المصري وذلك طبقا للمادة 120 ق.م.ج التي نصت على ما يلي : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي ، وهذا الشرط لا يعني من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين " .

وعليه فإن المادة 120 ق.م.ج لا تعفي المتعاقد من الإعذار بالرغم من وجود شرط في العقد على فسخ العقد تلقائيا عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وعليه فعلى القاضي أن يتأكد أولا من وجود الاتفاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتأكد من قيام البائع بإعذار المشتري بدفع الثمن قبل القيام بفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وإذا تحقق القاضي من أن البائع قد قام بإعذار المشتري بدفع الثمن، فلا يجوز له أن يعطل الفسخ الذي قام به البائع، أما إن قام البائع بفسخ عقد البيع دون أن يقوم بإعذار المشتري بالفسخ، فإن للقاضي سلطة تقديرية فيجوز له أن يعتبر العقد مازال قائما مما يخول للمشتري دفع الثمن تنفيذا للعقد ولا يستطيع البائع المعارضة على تنفيذ العقد، ذلك أن الفسخ دون سبق إعذار غير جائز في القانون الجزائري⁽²⁾.

ثالثا : تحقق القاضي من عدم تنفيذ المشتري بدفع الثمن:

يعتبر عدم تنفيذ المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن السبب الرئيسي من نشوء حق البائع في فسخ العقد بإرادته المنفردة، لذا على القاضي أن يتأكد من وجود تقصير من جانب المشتري يتمثل في عدم دفعه الثمن في الأجل المتفق عليه، إذ يجب أن يكون سبب الفسخ عدم دفع الثمن وملحقاته للمحل التجاري كله أو التي شملها البيع⁽³⁾، فإذا تحقق

(1) - عبد الكريم بلعور، المرجع السابق، ص 225.

(2) - المرجع نفسه، ص 226.

(3) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 85.

القاضي من أن المشتري لم يقم فعلا بالتزامه بدفع الثمن كان عليه أن يقر الفسخ الذي قام به البائع سواء كان عدم التنفيذ مطلقا أو نسبيا فلا يملك القاضي سلطة تقديرية في ذلك إذ يقتصر دوره في التحقق من مدى صحة عدم التنفيذ فقط ولا دخل له في مسألة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي إذ ليس له تقدير مدى جسامته عدم التنفيذ في الفسخ الاتفاقي وفقا لعموم المادة 120 ق.م.ج⁽¹⁾، كما في الفسخ القضائي بحيث يكون له رفض الفسخ عندما يكون عدم التنفيذ جزئيا قليل الأهمية، وذلك لأن المادة 120 ق.م.ج جاءت بصيغة عامة في الفسخ الاتفاقي ولم تفرق بين ما إذا كان عدم التنفيذ جزئيا أم كليا⁽²⁾.

وإذا كانت المادة 120 ق.م.ج جاءت لتقوية المتعاقد الدائن بالتزام الذي هنا هو البائع وتقوية ضمان حقوقه، إذا لم يقم المدين- المشتري- بتنفيذ التزامه بإرادته المنفردة سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا فهل يجوز للدائن بالتزام فسخ العقد بإرادته المنفردة حتى لو كان عدم التنفيذ تافها؟.

لا يجوز للدائن بالتزام أن يمارس حقه بالفسخ بإرادته المنفردة إذا كان عدم التنفيذ تافها، لأن ذلك مخالف لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود طبقا للمادة 107 ق.م.ج وما جرى به العرف من تسامح في المعاملات، وعليه إذا عرض نزاع على القاضي ووجد عدم التنفيذ فيه تافه ومخالف لما جرى به العرف من تسامح فإن القاضي يحكم ببطلان الاتفاق، ومن ثم يصبح العقد خاليا من الاتفاق وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة 119 ق.م.ج الخاصة بالفسخ القضائي و التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ، وبالتالي يمكن للقاضي رفض الفسخ الذي أوقعه الدائن بالتزام (البائع) إذا تبين له أن لا مبرر لفسخ العقد⁽³⁾.

فكل هذه الأحكام العامة تطبق أيضا بالنسبة لوجود اتفاق في عقد بيع المحل التجاري يقضي بفسخ عقد البيع عند عدم دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه.

(1) - ذلك ما ذهبت إليه أيضا محكمة النقض المصرية بأن الشرط فاسخ سلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها، فدل ذلك على أن عدم التنفيذ لا ينظر في مدى جسامته القاضي في حالة الفسخ الإتفاقي، أنظر: عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 227.

(2) - عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص 227.

(3) - المرجع نفسه، ص 229.

إن وجود اتفاق في عقد البيع على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه ليس كافيا ليصبح العقد مفسوخا تلقائيا عند عدم دفع المشتري الثمن في الميعاد المحدد وإنما يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي.

الفرع الثاني: يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي:

يشترط في الفسخ الاتفاقي وفقا للقواعد العامة بالإضافة إلى وجود اتفاق صريح بفسخ العقد عند عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزامه، أن تنصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي، أي تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على التحقق من وجود الشروط التي وضعها المتعاقدان لوقوع الفسخ⁽¹⁾، ذلك أن للفسخ الاتفاقي صيغا متعددة وليس كلها تؤدي إلى حق المتعاقد الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، وعليه إذا اتفق المتعاقدان على الصيغة التالية مثلا " أن يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ" فلا يعد هذا الاتفاق استبعادا للفسخ القضائي وإنما يقيد القاضي فقط بالحكم بالفسخ إذ لا يمكنه رفض طلب الفسخ احتراماً لإرادة المتعاقدين، وكذلك الشأن بالنسبة إلى اتفاق على " أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ"، إذ في هذه الحالة يقتصر أثره على منع القاضي منح مهلة قضائية للتنفيذ⁽²⁾، هذا بالنسبة للمسائل المدنية أما بالنسبة للمسائل التجارية، فإنه ليس للقاضي أصلا أن يمنح مهلة للتنفيذ كقاعدة عامة في القانون التجاري.

وعليه لكي نكون بصدد فسخ اتفاقي يخول للمتعاقد الدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء أن تكون الصيغة كالتالي: "أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم قضائي"، وفي هذه الحالة نكون أمام اتفاق يفيد استبعاد الفسخ القضائي إذ يحق للمتعاقد الدائن أن يتحلل من التزاماته اتجاه المتعاقد الآخر عن طريق حل الرابطة العقدية بالفسخ، لكن ذلك لا يعفيه من إعداء المتعاقد المدين بتنفيذ التزامه⁽³⁾ حتى يقوم فسخه صحيحا في مواجهة المدين و الغير.

(1) - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 354.

(2) - عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص، ص 214، 215.

(3) - المرجع نفسه، ص 215.

هذا فيما يخص الاتفاق على اشتراط استبعاد الفسخ القضائي وفقا للقواعد العامة أما بالرجوع إلى المادة 1/112 ق.ت.ج التي نصت على أنه: "إذا اشترط البائع عند البيع فسخ العقد من تلقاء نفسه لعدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه أو إذا تراضى البائع والمشتري على فسخ البيع وجب على البائع إبلاغ الدائنين المقيدين بواسطة إجراء غير قضائي وفي محلات إقامتهم المختارة بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه ولا يصبح هذا الفسخ نهائيا إلا بعد مضي شهر من تاريخ التبليغ الحاصل على الشكل المذكور...".

يتضح لنا من نص هذه المادة أن الاتفاق على أن يصبح العقد مفسوخا تلقائيا لعدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه و الذي لا يصبح نهائيا إلا بعد شهر من تبليغ الدائنين المقيدين بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه دون حاجة لأي إجراء قضائي يفيد استبعاد الفسخ القضائي، مما يتيح للبائع فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، لكن ذلك لا يعفيه من إعدار المشتري طبقا للمادة 120 ق.م.ج.

وإذا كان يجب توافر اتفاق في العقد يتضمن فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء فإنه يجب أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ امتناع المشتري عن دفع الثمن فكيف يكون يا ترى؟

و سنجيب عن هذه الإشكالية في الفرع التالي:

الفرع الثالث: أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ عدم دفع المشتري الثمن:

تشتط المادة 112 ق.ت.ج على أن يكون سبب اشتراط البائع فسخ عقد بيع المحل التجاري من تلقاء نفسه هو عدم دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه أما إن أخل المشتري بأي التزام آخر يفرضه عليه عقد البيع المحل التجاري فلا يجوز للبائع في هذه الحالة فسخ العقد وفقا للمادة 112 ق.ت.ج وإنما يخضع للقواعد العامة في الفسخ المنصوص عليها في المادة 119 ق.م.ج .

ويشتمل الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع في ثمن بيع المحل التجاري كله أو عناصر المحل التجاري التي شملها البيع بالإضافة إلى مصاريف البيع⁽¹⁾، فإن تخلف المشتري عن دفع الثمن فسخ العقد تلقائيا دون حاجة لحكم قضائي بفسخ العقد بشرط إتباع

(1) - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 85.

الإجراءات المطلوبة قانوناً، ويعد من قبيل التخلف عن دفع الثمن، عدم دفع قسط من أحد الأقساط عند حلول أجل دفعها⁽¹⁾.

وإذا كان للبائع المحل التجاري الحق في فسخ عقد البيع عند عدم تنفيذ المشتري بالتزامه بدفع الثمن، فهل ممارسته لحق الفسخ تحرمه من المطالبة المشتري بتنفيذ العقد؟ أو هل يمكن للبائع العدول عن الفسخ و المطالبة بتنفيذ العقد؟.

وفقاً للقواعد العامة فإنه عند حلول أجل دفع الثمن كان للبائع الحق في مطالبة المشتري بتنفيذ العقد أو فسخ العقد، فإن اختيار التمسك بفسخ العقد الذي يؤدي إلى حل الرابطة العقدية دون المطالبة بتنفيذ العقد، فيكون قد اختار حقه الاحتياطي وترك حقه الأصلي ألا وهو تنفيذ العقد الذي يؤدي إلى إبقاء العقد قائماً⁽²⁾، ومادام أن البائع قد اختار حق الفسخ فإن عقد البيع لم يعد له وجود بل زال بمجرد توجيه إعدار للمشتري يبين فيه رغبته في فسخ العقد، وعليه كيف له أن يمارس حق العدول إلى تنفيذ العقد الذي أصبح غير موجود، كما أن الأخذ بحق العدول يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وهذا خلافاً للفسخ القضائي الذي يبقى فيه للبائع الحق في العدول عن الفسخ وطلب التنفيذ إلى أن يصير حكم الفسخ نهائياً أي قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ.

أما إن عدل الدائن (البائع) عن الفسخ إلى طلب تنفيذ العقد قبل وصول الإعلان عن الفسخ إلى علم المدين (المشتري)، يحق له في هذه الحالة المطالبة بتنفيذ العقد لأن العقد مازال قائماً و بالتالي لا مانع من عدول الدائن (البائع) عن التمسك بالفسخ إلى طلب التنفيذ⁽³⁾.

وعليه إذا توافرت كل هذه الشروط السابق بيانها فهل هي كافية لوحدها لنفاذ الفسخ في مواجهة المشتري و الغير أم أن هناك إجراءات قانونية يجب إتباعها لسريان مفعول الفسخ الاتفاقي؟.

لا يكفي توافر الشروط السابقة لتجعل العقد مفسوخاً بل لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات يمكن حصرها فيما يلي:

(1) - المعتصم بالله الغرياني، المرجع السابق، ص 248.

(2) - عبد الكريم بلعور، المرجع السابق، ص 236.

(3) - المرجع نفسه، ص 237.

المطلب الثالث: إجراءات الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري:

لنفاذ الفسخ الاتفاقي في مواجهة مشتري المحل التجاري و الغير لابد من إتباع الإجراءات المطلوبة قانونا لأن توافر شروط الفسخ الاتفاقي السابق بيانها لا تجعل العقد مفسوخا، وإنما تجعل للبائع الذي لم يستوفي حقه في الثمن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بفسخ عقد بيع المحل التجاري، كما هو الحال بالنسبة للفسخ القضائي.

لذلك على بائع المحل التجاري بعد أن يتحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي، إذا أراد أن يفسخ عقد البيع يجب عليه إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية لحل الرابطة العقدية تتمثل أساسا في القيام بإعذار المشتري و تبليغ الدائنين المقيددين في محل إقامتهم المختار بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه، وعندما يصبح الفسخ نهائيا عليه أن يقوم بعملية النشر في المدة المحددة قانونا.

و عليه سنتناول دراسة إجراءات الفسخ الاتفاقي في الفروع التالية كما يلي:

الفرع الأول: الإعذار.

الفرع الثاني: تبليغ الدائنين المقيددين بفسخ عقد بيع المحل التجاري.

الفرع الثالث: النشر.

الفرع الأول: الإعذار:

يعتبر الإعذار إجراءا جوهريا يجب على البائع القيام به سواء أكان الفسخ اتفاقيا أم قضائيا كما يتضح ذلك من النص المادة 120 ق.م.ج⁽¹⁾، إذ يجب على البائع أن يقوم بإعذار المشتري بوجوب الوفاء بالتزامه بدفع الثمن قبل أن يقوم بفسخ العقد بإرادته المنفردة إلا إذا صرح المشتري كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه طبقا للمادة 181 ق.م.ج⁽²⁾.

(1) - تنص المادة 120 على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

(2) - تنص المادة 181 ق.م.ج على أنه: " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويض ترتب عن عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

إن على بائع المحل التجاري إثبات عدم قيام المشتري بدفع الثمن عن طريق الإعذار الذي يضع المشتري موضع المتأخر عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم به فوراً، لأن الاشتراط في العقد على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين⁽¹⁾ طبقاً للمادة 120 ق.م.ج، ويترتب عن ذلك أن الإعذار وفقاً للقانون المدني الجزائري لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه حتى في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقاً⁽²⁾ وهذا الأمر فيه نوع من الحد من حرية المتعاقدين بدون معنى، فإذا كان للأطراف الحق في الاتفاق على الفسخ مسبقاً فلما لا نعطيها الحق في الاتفاق على الإعفاء من الإعذار في حالة عدم قيام أحدهما بعدم تنفيذ العقد مما يجعل كل متعاقد حريص على تنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد على عاتقه لأنه يعلم أن العقد يصبح مفسوخاً بمجرد وقوع الإخلال من جانبه دون إعدار⁽³⁾.

وعليه لا يكفي لفسخ العقد بالإرادة المنفردة للبائع وفقاً للقواعد العامة وجود اتفاق على فسخ العقد تلقائياً عند قيام المشتري بدفع الثمن بل لابد من إعلان رغبته في حل الرابطة العقدية بعد حلول الأجل، فالعبرة إذن هي بإرادة البائع بفسخ العقد وليس بالاتفاق الذي تم بينه وبين المشتري من قبل على الفسخ، إذ أن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك إذ يبقى مخييراً بين الفسخ و التنفيذ⁽⁴⁾، ويترتب عن ذلك أنه إذا لم يدفع المشتري الثمن ولم يقم البائع بإعلان رغبته في الفسخ فإن العقد يظل قائماً إلى أن يعلن البائع رغبته في الفسخ، ذلك أن عدم التنفيذ يقتصر دوره على إنشاء الحق في الفسخ حتى لو كان الفسخ اتفاقياً⁽⁵⁾.

نظراً لأهمية هذا الإعلان سواء بالنسبة إلى البائع و خطورته على المشتري فإنه يجب أن يكون قاطعاً في الدلالة على الفسخ وبالتالي لا يجوز استنتاجه و استنباطه من مضمون العبارات و يجب أن يصل إلى علم من وجه إليه طبقاً للمادة 61 ق.م.ج التي

(1) - العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 314.

(2) - خلافاً للقانون المدني المصري الذي يجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم أو إعدار طبقاً للمادة 158 قانون مدني مصري أنظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 570.

(3) - عبد الكريم بلعبيور، المرجع السابق، ص 219.

(4) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج 4، المرجع السابق، ص 833.

(5) - عبد الكريم بلعبيور، المرجع السابق، ص، ص 221، 222.

تنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك"، وإلا فلا تأثير له على العقد المراد فسخه، والهدف المرجو من إعلان البائع المشتري برغبته بالفسخ ليس طلب موافقته فلا يهمله موافقته من عدمها، إنما الغاية من ذلك هو إبلاغ المتعاقد الآخر بفسخ العقد وبذلك يتحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقه، ونفس الحكم يطبق على بائع المحل التجاري.

لكن إذا لم يقد بائع المحل التجاري بإعلان رغبته في فسخ العقد عند عدم دفع المشتري الثمن عند حلول أجله، فهل يجوز للمشتري تفادي الفسخ مادام أن العقد مازال قائماً؟.

وفقاً للقواعد العامة فإن المشتري يستطيع تفادي الفسخ ذلك أنه بالرجوع إلى شروط الفسخ الاتفاقي نجد أن شرط عدم التنفيذ رغم أنه شرط جوهري لكن لا يكفي وحده لوقوع الفسخ بل لابد من إعلان البائع عن رغبته في فسخ العقد لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن عند حلول أجله، بالإضافة إلى أن سكوت البائع بعد حلول الأجل يفسر أنه رضا ضمني بمد الأجل للتنفيذ، وبالرغم من أن عدم قيام البائع بإعلان رغبته في الفسخ يفتح الطريق أمام المشتري بأن يتفادى وقوع الفسخ وذلك بتنفيذ التزامه بدفع الثمن⁽¹⁾، فإنه لا يجوز التوسع في إعطاء المدين (المشتري) فرصة لتنفيذ التزامه وذلك احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 106 ق.م.ج، والذي يقضي باحترام الاتفاقات الواردة في العقد⁽²⁾، ونفس الحكم ينطبق أيضاً على مشتري المحل التجاري خصوصاً أن القانون التجاري لا يعطي للمشتري أجلاً للوفاء بالتزامه بدفع الثمن نظراً للأهمية القصوى لأجل الدين لما يترتب عدم احترامه من آثار خطيرة على البائع.

إن قيام البائع بإعذار المشتري لا يكفي ليصبح الفسخ نهائياً وإنما يجب زيادة على ذلك أن يبلغ جميع الدائنين المقيدون بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه وهذا ما سنتولى تبياناه

(1) - أما محمد عبد الله أبو هزيم فيرى عكس ذلك حيث يقول: حيث أن هذا الفسخ اتفاقي فإنه في حالة إقامة دعوى لا تستطيع المحكمة أن تتدخل لمنح المشتري مهلة إضافية مثلاً قصد الوفاء بالثمن، فإذا قررت ذلك يكون حكمها منقوصاً وتكون المحكمة قد حكمت بأكثر مما طلب منها و جانبت الصواب"، أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 187.

(2) - عبد الكريم بلعبيور المرجع السابق، ص 240.

فيما يلي:

الفرع الثاني: تبليغ الدائنين المقيدین بفسخ عقد بيع المحل التجاري:

طبقاً للمادة 112 ق.ت.ج فإن الفسخ الاتفاقي لا يصبح نافذاً في مواجهة الغير إلا بعد أن يقوم البائع بتبليغ الدائنين المقيدین بإجراء غير قضائي وفي محلات إقامتهم المختارة بالفسخ الحاصل أو المتفق عليه، أما إذا لم يقم البائع بتبليغ الدائنين المقيدین كصاحب حق الرهن، حق التخصيص وحق الامتياز على الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز فإن البائع لا يستطيع الاحتجاج بالفسخ في مواجهتهم و لا يكون نافذاً عليهم.

وبالتالي يعد التبليغ إجراءاً جوهرياً لإمكان ممارسة البائع حقه في الفسخ الاتفاقي وضماناً قوياً لحماية حقوق الغير حسن النية الذين تعلقت حقوقهم بالمحل التجاري أثناء تعاملهم مع المشتري، وذلك دعماً للثقة والائتمان التجاري.

و لم يبين المشرع ما يكون للدائنين المقيدین فعله عند تلقي التبليغ من البائع إلا أنه إذا كان الفسخ بالتراضي، فإنه يجوز لهم الطعن في الاتفاق الحاصل بين البائع والمشتري إذا كان هذا الاتفاق قد بني على غش إضرار بحقوق الدائنين المقيدین⁽¹⁾.

وتجدر الملاحظة أن أهمية التبليغ لا تقتصر على نفاذ الفسخ الاتفاقي في مواجهة الدائنين المقيدین فحسب، وإنما تكمن أيضاً في بدء حساب المدة التي يصبح فيها الفسخ نهائياً حيث أن هذا الفسخ لا يصبح نهائياً إلا بعد مضي شهر من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدین وفق الشكل المطلوب قانوناً، بشرط أن يتضمن التبليغ ذكر المهلة التي يصبح فيها نهائياً أي شهر من تاريخ التبليغ تحت طائلة البطلان.

لكن عملية التبليغ لا تكفي وحدها لإعلام الغير بالفسخ الاتفاقي بل لابد من نشر هذا الفسخ على النحو التالي:

الفرع الثالث: النشر:

نصت المادة 115 ق.ت.ج على أنه: " كل فسخ قضائي أو صلحي للبيع ينشر من الطرف الذي حصل عليه، وذلك حسب الشروط المقررة للبيع نفسه خلال الخمسة عشرة يوماً التي تلي التاريخ الذي يصبح فيه الفسخ نهائياً ".

(1) - علي حسن يونس، المرجع لسابق، ص 278.

من خلال نص المادة يتبين لنا أن المشرع اشترط لنفاذ الفسخ الاتفاقي على الغير بالإضافة إلى إلزام البائع بتبليغ الدائنين المقيدين أن يقوم بنشر الفسخ الاتفاقي خلال خمسة عشرة يوما من التاريخ الذي يصبح فيه الفسخ نهائيا، والحكمة من ذلك هو حماية حقوق الغير الذين تعلقت حقوقهم بالمحل التجاري بعدم مفاجئتهم بحصول الفسخ، ويجري نشر الفسخ الاتفاقي بنفس الشروط المقررة في البيع، و الذي يتم نشره عن طريق الإشهار المحلي و الإشهار الوطني كما يلي:

أولا: الإشهار المحلي:

يجب أن يكون بيع المحل التجاري موضوع إشهار بين محلين مستقلين فالإشهار المحلي الأول يكون بسعي من المشتري خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ إبرام العقد بصرف النظر عن تاريخ تسجيل العقد⁽¹⁾ في شكل ملخص أو إعلان في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري، أما بالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة فإن مكان الاستغلال هو الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري طبقا للمادة 1/83 ق.ت.ج.

و تشترط المادة 2/83 ق.ت.ج أن يتضمن الإعلان أو الملخص مجموعة من البيانات تحت طائلة البطلان تتمثل أساسا في:

- تواريخ ومقادير التحصيل ورقمه أو في حالة التصريح البسيط على تاريخ ورقم الإيصال الخاص بهذا التصريح، و الإشارة في الحالتين إلى المكتب الذي تمت فيه هذه العمليات.

- تاريخ عقد البيع.

- اسم كل من المشتري و البائع ولقبه وعنوانه.

- نوع المحل التجاري.

- مركز المحل التجاري.

- الثمن المشروط بما فيه التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة عامة لاستيفاء حقوق التسجيل.

(¹) - بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 116.

- بيان المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة.

أما الإشهار المحلي الثاني فيتم عن طريق تكرار عملية الإشهار خلال مهلة تتراوح ما بين ثمانية أيام إلى خمسة عشرة يوما من تاريخ أول نشر طبقا للمادة 3/83 ق.ت.ج.

ثانيا: الإشهار الوطني:

نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 92-70 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية السابق الذكر على مايلي: " يكلف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ونشرها، كما تنص على ذلك أحكام المواد من 20 إلى 23 من قانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 غشت 1990 والمذكور أعلاه ".
وكذلك نصت المادة 03 منه أيضا على أنه: " تحتوي النشرة الرسمية للإعلانات القانونية على المجموعات الأربع الآتية:

1 - المجموعة التي تتناول الحالة القانونية للتجار والمحال التجارية و يدرج فيها ما يأتي:

أ - فيما يخص الأشخاص المعنويين:

- عقود تأسيس الشركات و التغييرات و التعديلات و العمليات التي تشمل رأسمالها ورهون الحيازة، تأجير التسيير وبيع المحال التجارية.
- كل الأحكام القضائية المتعلقة بتصفيات التراضي أو الإفلاس، وجميع التدابير القضائية التي تقرر الحظر أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة.

ب - فيما يخص الأشخاص الطبيعيين:

- كل المعلومات الخاصة بأهلية التاجر، وموطن المحل التجاري وملكيته.

- عمليات الرهن الحيازي، وتأجير التسيير وبيع المحل التجاري...".

بناء على المادتين السابقتين يتضح لنا بأن عملية الإشهار الوطني يقوم بها أمور

السجل التجاري بناء على طلب من المشتري بنشر عقد بيع المحل التجاري في النشرة

الرسمية للإعلانات القانونية خلال خمسة عشرة يوما من أول نشر طبقا للمادة 1/4/83، ق.ت.ج⁽¹⁾ ولم يحدد لنا المشرع البيانات الواجب ذكرها في هذا الإعلان، وعليه فهو يتضمن نفس البيانات المطلوبة في الإعلان في الجريدة المختصة بالإعلانات القانونية⁽²⁾.

وفي حالة عدم القيام بإجراءات الشهر الخاصة ببيع المحل التجاري فإن المادة 1/35 من القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية⁽³⁾ رتبت عقوبات عن ذلك تتمثل في غرامة مالية من 30.000 إلى 300.000 دج إذا كان المخالف شخصا اعتباريا ولم يتم بإشهار البيانات المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 04-08 السابق الذكر والتي من بينها بيع المحل التجاري⁽⁴⁾ وفي هذه الحالة يتعين المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الاعتباريين و المؤسسات التي لم تقم بإجراءات الإشهار القانوني، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة طبقا للمادة 2/35 من القانون 04-08 السابق الذكر، أما إن كان المخالف شخصا طبيعيا فإنه يعاقب بغرامة مالية من 10.000 إلى 30.000 دج طبقا للمادة 1/36 من القانون 04-08 السابق الذكر، كما يتعين على المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الطبيعيين و المؤسسات التي لم تقم بإجراءات الإشهار القانونية، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة طبقا للمادة 2/36 من القانون 04-08 السابق الذكر.

(1) - وهذا ما يستفاد أيضا المادة 02 من المرسوم 92-70 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية السابق الذكر التي نصت على أنه: " تدرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية الإشهارات القانونية التي يقرها في مجال الإشهار التشريع و التنظيم المعمول بهما " .

(2) - بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 117.

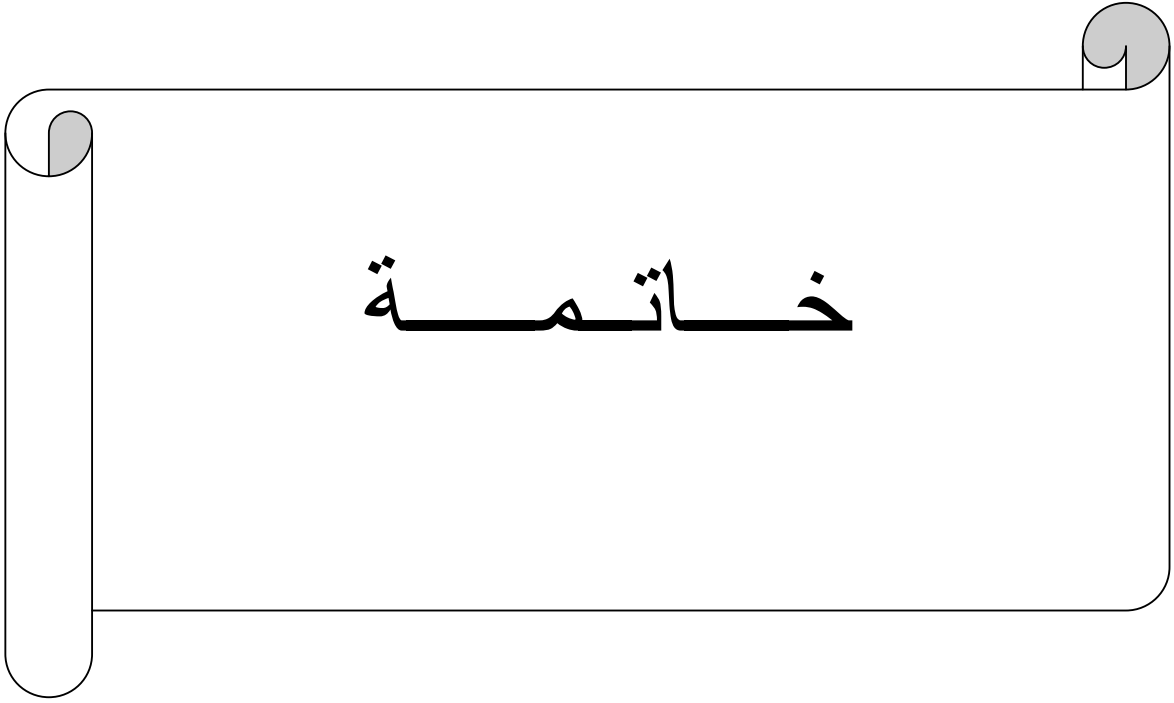
(3) - القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد

52، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2004، ص 04

(4) - حيث نصت المادة 12 من القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004 و المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على أنه: " يقصد بالإشهار القانوني، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات و التحويلات و التعديلات وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة و رهون الحيازة و إيجار التسيير و بيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات و الإشعارات المالية " .

من خلال ما تقدم دراسته يتضح لنا أن الحماية الاتفاقية ضمان قوي لحماية حق بائع المحل التجاري في استيفاء حقه في الثمن وخاصة الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره غير قابل للتجزئة و بالتالي يظل قائماً إلى حين سداد كامل الحق المضمون على عكس امتياز بائع المحل التجاري الذي ينقسم إلى ثلاثة أجزاء، بحيث لا يضمن كل منها إلا الثمن المقابل للعنصر الضامن له دون تجاوز إلى الأجزاء الأخرى و لو كانت غير كافية لاستيفاء كامل الحق المضمون بالامتياز، وفي ذلك ضياع لحق البائع في قبض كامل الثمن المستحق له، بالإضافة إلى ذلك فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري يخول للبائع حق الأولوية وحق تتبع المحل التجاري في أي يد يكون طبقاً للمادة 132 ق.ت.ج، وهو ما يوفر للبائع حماية أكبر في قبض الثمن كله أو الباقي منه.

ومن جهة أخرى فإن الفسخ الاتفاقي يشكل هو الآخر أداة فعالة لحفظ حق البائع في استرداد محله التجاري دون حاجة إلى حكم قضائي بفسخ العقد إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه بشرط احترام البائع للإجراءات المقررة قانوناً للفسخ الاتفاقي و المنصوص عليها في المادة 112 والمادة 115 ق.ت.ج، والتي تمثل ضماناً هاماً لحماية حقوق الغير حسن النية الذين تعاملوا مع مشتري المحل التجاري و عدم مفاجنتهم بفسخ عقد بيع المحل التجاري.



يتضح من الدراسة لوسائل حماية بائع المحل التجاري أن البائع يتمتع بالحماية اللازمة لضمان حقه في قبض الثمن كله أو الباقي منه، إذ نجد المشرع الجزائري قد نظم وسائل حماية بائع المحل التجاري بطريقة خاصة تمكنه من استيفاء حقه في الثمن حيث يمكنه من ممارسة حق الامتياز الذي يخول له استيفاء حقه بالأولوية على جميع الدائنين العاديين و المقيدون التاليين له في المرتبة كما يخول له حق تتبع المحل التجاري في أي يد يكون، و حق ممارسة الفسخ حتى في حالة إفلاس المشتري أو التسوية القضائية طبقا للمادة 114 ق.ت.ج، خلافا للقواعد العامة التي تمنع ذلك، كما يحق للبائع أن يعقد لنفسه رهنا حيازيا على المحل التجاري الذي باعه للمشتري بما يخوله للدائن المرتهن (البائع) من حق التقدم و حق تتبع المحل التجاري في أي يد يكون، وكذا يمكن للبائع أن يشترط لنفسه فسخ العقد تلقائيا عند عدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه.

والغاية من وراء هذه الحماية هو توفير الثقة والائتمان في المعاملات التجارية وذلك من خلال منح البائع الحماية اللازمة من أجل أن يطمئن على حقه في استيفاء الثمن و يمنح المشتري أجلا للوفاء بالثمن.

و قد قيد المشرع الجزائري حق البائع بالتمتع بهذه الحماية بمجموعة من الشروط و الإجراءات القانونية والهدف من ذلك حماية الغير الذين تعاملوا مع المشتري واعتمدوا على ملكية المشتري للمحل التجاري.

إن تقييد حق البائع لممارسة وسائل الحماية المقررة له لا تعني حرمانه منها، وإنما المسألة فقط محاولة المشرع إيجاد موازنة بين حماية حق البائع في قبض الثمن كله أو الباقي منه وحماية الغير أثناء ممارسة هذه الوسائل، و حسنا فعل المشرع و الذي وفق إلى حد كبير في تنظيم هذه المسألة.

وقد أخضع المشرع المحل التجاري لأحكام شبيهة بالأحكام الخاصة بالعقار من خلال اشتراطه للرسمية و القيد نظرا لأهميته الكبيرة و ارتفاع قيمته في الآونة الأخيرة و التي تناهز قيمة العقار.

ونظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري فإننا نجد المشرع قد وضع له إجراءات خاصة عند التنفيذ الجبري على المحل التجاري مراعيًا في ذلك السرعة و البساطة

والتسيير التي تتميز به الحياة التجارية خلافا للقواعد العامة في التنفيذ التي تتميز بالبطء و التعقيد في إجراءاتها.

وبالرغم من تنظيم المشرع الجزائري لوسائل حماية بائع المحل التجاري إلا أن هناك بعض النقائص في تنظيم هذه المسألة والتي يمكن إجمالها في:

- عدم تنظيم كيفية انقضاء حق الامتياز و الرهن الحيازي للمحل التجاري.
- عدم تحديد المحكمة المختصة لرفع دعوى الفسخ، وكذا كيفية التأشير على دعوى الفسخ و طريقة حفظها في قيد الامتياز على غرار ما فعل بالنسبة لحق الامتياز.
- ربط حق البائع في ممارسة دعوى الفسخ بمدة الامتياز و هذا قد يعرض حق البائع إلى الضياع إذا انقضى حق الامتياز لأي سبب من الأسباب لعدم تجديده مثلا قبل أن يقبض البائع حقه في الثمن.

- عدم دقة بعض المصطلحات إذ نجد المادة 97 ق.ت.ج تتحدث عن قيد البيع في حين أن المقصود بالقيد في هذه المادة هو قيد الامتياز وليس قيد البيع، لأنها جاءت ضمن المواد التي تعالج الامتياز، بالإضافة إلى نص المادة 124 ق.ت.ج و الخاصة بتبليغ الدائنين المقيدين بدعوى الفسخ التي يقيمها مالك العقار، لكن نجد المادة تتحدث عن البائع، وهذا غير صحيح.

- عدم تعديل المادة 140 ق.ت.ج بما يتماشى مع أحكام القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى تماما قانون الإجراءات المدنية القديم.

وعليه من خلال ما تم طرحه نخلص إلى ضرورة إيجاد حلول عملية، و لذا نقترح بعض التوصيات أهمها:

- وضع قانون خاص ببيع و رهن المحل التجاري ينظم بالتفصيل أحكام بيع و رهن المحل التجاري دون حاجة للجوء إلى قوانين مختلفة لضبطها، على غرار ما فعل كل من القانون الفرنسي و القانون المصري، و ذلك لتجنب كل الإشكالات و الغموض في مدى تطبيق أو عدم تطبيق القواعد العامة للبيع والرهن على البيع و الرهن الحيازي على المحل التجاري نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها عن بقية المنقولات الأخرى.

- عدم ربط حق البائع بممارسة الفسخ بمدة الامتياز لضمان عدم ضياع حق البائع في قبض الثمن بل نجعل لكل منهما نظامه القانوني الخاص به فلا يتأثر بوجود الآخر أو عدمه، فإذا انقضى مثلا حق الامتياز لأي سبب من أسباب انقضائه بقي للبائع وسيلة أخرى لضمان حقه ألا و هي حقه في طلب فسخ العقد خاصة إذا لم يعقد لصالحه رهنا حيازيا أولم يشترط لنفسه الحق الفسخ تلقائيا.

- إعادة ضبط مصطلحات المادة 97 ق.ت.ج و المادة 124 ق.ت.ج بشكل صحيح وبدقة لتجنب الوقوع في الخطأ.

- تعديل صياغة المادة 140 ق.ت.ج بما يتماشى و أحكام القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وعدم تركها تحيل إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية الملغى.



قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب:

- 1- أحمد محرز، " القانون التجاري "، ج4، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، لبنان، 1980، 1981.
- 2- العربي بلحاج ، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري "، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .
- 3- المعتصم بالله الغرياني، " القانون التجاري "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2006.
- 4- إلياس ناصيف، " موسوعة العقود المدنية والتجارية، حل العقود "، ج7، دم 1993.
- 5- _____، " موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة"، ج9، دم، 1997.
- 6- أنور سلطان، " العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 7- بلقاسم بوزراع ، " الوجيز في القانون التجاري "، مطبعة الرياض، قسنطينة 2004.
- 8- توفيق حسن فرج، " عقد البيع و المقايضة "، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دم 1969.
- 9- راشد راشد، " الأوراق التجارية، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري "، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 10- سليمان بوزياب، " مبادئ القانون التجاري - دراسة مقارنة - "، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003.
- 11- سمير جميل الفتلاوي، " العقود التجارية "، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994.
- 12- سمير عبد السيد تناغو، " التأمينات العينية "، دم، 2000.
- 13- عبد الحميد الشواربي، " فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء "، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1997.

- 14- عبد الرحمن بربارة ، " شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " ، ط2 منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي - " ط2، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998
- 16- _____، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام " ، ج1، ط3، منشورات حلبي الحقوقية بيروت، لبنان 1998.
- 17- _____، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على ملكية البيع و المقايضة " ، ج4، ط3، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998.
- 18- _____، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية " ، ج10، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
- 19- عبد الكريم بلعير، " نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري" ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 20- علي بن غانم، " الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال " ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 21- علي حسن يونس، " المحل التجاري " ، دار الفكر العربي، د.ت.
- 22- علي فيلاي، " الالتزامات، النظرية العامة للعقد " ، ط2، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، 2005.
- 23- عمر حمدي باشا ، " القضاء التجاري " ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2000.
- 24- فايز عبد الرحمان، " القانون التجاري الجديد " ، ج1، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2007.
- 25- فرحة زراوي صالح، " الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية " ، القسم الأول، ابن خلدون للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.

- 26- _____، " الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية و الفنية "، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2006.
- 27- محمد أنور حمادة، " التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 28- محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة - دراسة مقارنة في القوانين العربية - " دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 29- _____، " الواضح في القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام "، ج1، ط4، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006
2007.
- 30- _____، " شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية "، ج2، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 31- _____، " النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري "، القسم الثاني، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004.
- 32- _____، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية "، ج7، ط1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
- 33- محمد عبد الله أبو هزيم، " أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع- دراسة مقارنة - "، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- 34- محمد فريد العريني، جلاء وفاء البدري محمدين، محمد السيد الفقي، " مبادئ في القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية "، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 1998.
- 35- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، " أصول القانون التجاري "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

36- نادية فوضيل، " القانون التجاري الجزائري "، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

37- _____، "النظام القانوني للمحل التجاري، المحل التجاري و العمليات الواردة عليه"، ج 1، ج 2، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 2011.

38- نور الدين شادلي، " القانون التجاري "، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر، 2003.

39- هاني دويدار، " التنظيم القانوني للتجارة "، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر، 2001.

II- المذكرات :

- 1- بيبية بن حافظ، " العمل التجاري بين الرضائية و الشكلية في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة- "، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2006- 2007.
- 2- رضوان جامع ، " أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- 3 - عبد الله وافي، " امتياز بائع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد القانون و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989.
- 4 - فريدة نادية ولهاسي ، " الحق في الحبس كوسيلة قانونية لضمان حق الدائن العادي - دراسة مقارنة - "، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2003- 2004.
- 5- فضيلة عاقل، " العلامة التجارية و حمايتها في القانون الوضعي الجزائري " مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة 2000-2001.
- 6- قوق أم الخير، " أحكام بيع المحل التجاري "، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005- 2006.

- 7- مبروك مقدم، " المحل التجاري- دراسة تطبيقية - "، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، فرع القانون البحري والتجاري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2002-2003.
- 8- نوفل زوينة زبار ، " حق الامتياز في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسئولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002-2003.

III- المجالات:

- 1- المجلة القضائية ، العدد1، 1997.
- 2- المجلة القضائية، العدد 2، 2003.
- 3- المجلة القضائية، العدد1، 2004.

VI- القوانين:

1- النصوص العادية:

- 1- الأمر 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ: 11 يونيو 1966.
- 2- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975.
- 3- الأمر 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 101، الصادرة بتاريخ: 19 ديسمبر 1975.
- 4- الأمر 76- 105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، الصادرة بتاريخ: 18 ديسمبر 1977.
- 5- الأمر 96-02 المؤرخ في 10 يناير 1996 يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، الجريدة الرسمية، العدد03، الصادرة بتاريخ: 14 يناير 1996.
- 6- الأمر 03- 06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية العدد44، الصادرة بتاريخ: 23 يوليو 2003.
- 7- الأمر 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية، العدد 22، الصادرة بتاريخ: 23 يوليو 2003.

- 8- القانون 99-11 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 يتضمن قانون المالية لسنة 2000 الجريدة الرسمية، العدد 92، الصادرة بتاريخ: 25 ديسمبر 1999.
- 9- القانون 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002 الجريدة الرسمية، العدد 79، الصادرة بتاريخ: 23 ديسمبر 2001.
- 10- القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة بتاريخ: 18 غشت 2004.
- 11- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.
- 12- القانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد 11 الصادرة بتاريخ: في 9 فبراير 2005.
- 13- القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ: 26 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

2- النصوص الفرعية:

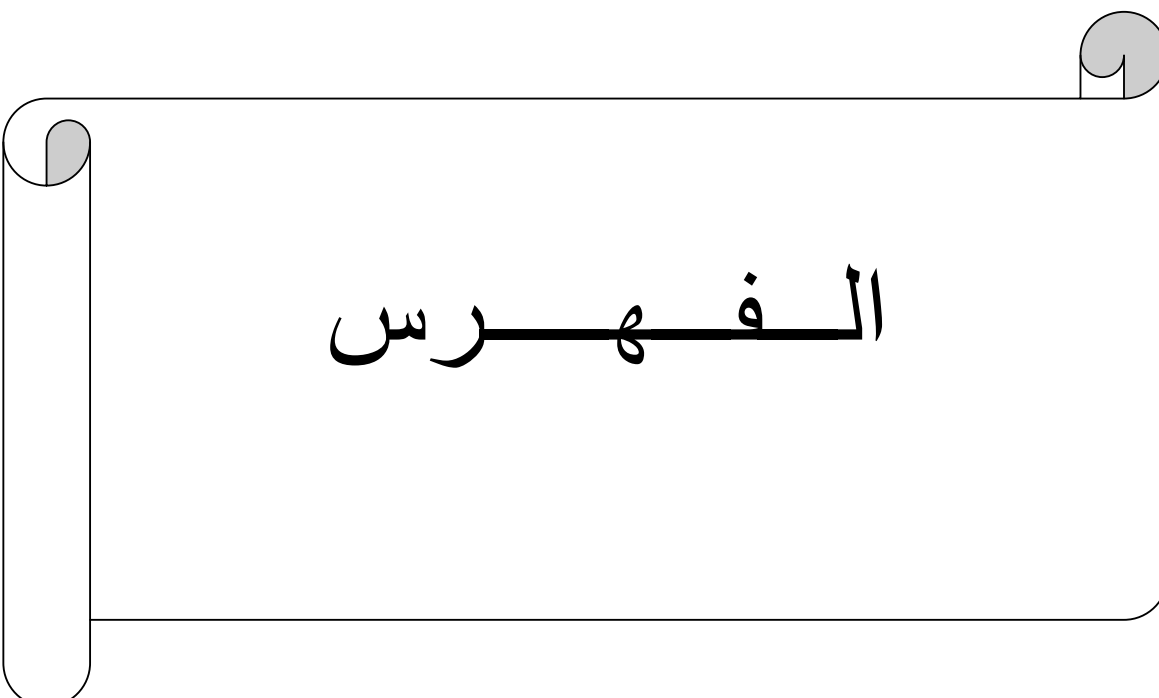
- 1- المرسوم التنفيذي 92-70 المؤرخ في 18 فبراير 1992 يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ: 23 فبراير 1992.
- 2- المرسوم التنفيذي 97-90 المؤرخ الموافق 17 مارس 1997 يتضمن وضع المركز الوطني للسجل التجاري تحت وصاية وزير التجارة، الجريدة الرسمية، العدد 17 الصادرة بتاريخ: 26 مارس 1997.
- 3- المرسوم التنفيذي 98-109 المؤرخ في 4 أبريل 1998 يحدد كفاءات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط و كتاب الضبط و أمناء كتاب الضبط في المحاكم و المتعلقة بمسك السجلات العمومية للييوع و رهون حيازة المحلات التجارية

وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري و مأموري
المركز الوطني للسجل التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ : 5 أبريل
1998.

4- القرار المؤرخ في 4 أكتوبر 1998 يحدد شكل الجداول المتعلقة بقيد الامتيازات
المرتبطة ببيع المحل التجاري ورهنه الحيازي، الجريدة الرسمية، العدد 86، الصادرة
بتاريخ: 18 نوفمبر 1998.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- 1- Alain Fénéon, Jean, René Gomez, " Droit commercial général " Edition F.F.A, France, 1999.
- 2- Brigitte Hess, Fallon Anne, Marie Simon, " Droit des affaires" 16^e édition , Paris, 2005.
- 3- Dominique Legeais, " Droit commercial ", 11^e édition , Dalloz Paris, 1997.
- 4- Jean Derruppé, " Le Fonds de commerce" , Dalloz, Paris 1994.
- 5-Michel de Juglart, Benjamin ippolito," Cours de droit commercial " ,vol1, 11^e édition.
- 6-Roger Houin, Bernard Bouloc, " Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale ", Tome 1, 2^e édition, Edition Sirey Paris, 1976.
- 7-Yves Guyon , " droit des affaires " , 6^e edition, Paris, 1990.



الفهرس

1	مقدمة
8	الفصل الأول: الحماية القانونية لبائع المحل التجاري
11	المبحث الأول: امتياز بائع المحل التجاري
11	المطلب الأول: نطاق ممارسة امتياز بائع المحل التجاري
11	الفرع الأول: شروط تقرير حق امتياز بائع المحل التجاري
31	الفرع الثاني: محل امتياز بائع المحل التجاري
36	المطلب الثاني: آثار امتياز بائع المحل التجاري
36	الفرع الأول: حق التقدم
40	الفرع الثاني: حق التتبع
43	المطلب الثالث: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري وشطب قيده
43	الفرع الأول: انقضاء امتياز بائع المحل التجاري
52	الفرع الثاني: شطب قيد امتياز بائع المحل التجاري
55	المبحث الثاني: الفسخ القضائي لعقد بيع المحل التجاري
56	المطلب الأول: شروط الاحتجاج بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
57	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
60	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
61	المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
61	الفرع الأول: رفع دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
65	الفرع الثاني: تبليغ الدائنين المقيدین بدعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
67	المطلب الثالث: آثار دعوى فسخ عقد بيع المحل التجاري
67	الفرع الأول: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للمتعاقدین
76	الفرع الثاني: آثار دعوى الفسخ بالنسبة للغير
79	الفصل الثاني: الحماية الاتفاقية لبائع المحل التجاري
81	المبحث الأول: الرهن الحيازي للمحل التجاري
82	المطلب الأول: شروط انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري

82	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري
87	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري
94	المطلب الثاني: آثار انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري
95	الفرع الأول: آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للمتعاقدین
107	الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للدائنين العاديين
108	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري
109	الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية
109	الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية
116	المبحث الثاني: الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري
117	المطلب الأول: مفهوم الفسخ الاتفاقي
118	الفرع الأول: تعريف الفسخ الاتفاقي
119	الفرع الثاني: صور الفسخ الاتفاقي
122	المطلب الثاني: شروط الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري
123	الفرع الأول: وجود اتفاق على فسخ عقد بيع المحل التجاري
126	الفرع الثاني: يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي
127	الفرع الثالث: أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ عدم دفع المشتري الثمن
129	المطلب الثالث: إجراءات الفسخ الاتفاقي لعقد بيع المحل التجاري
129	الفرع الأول: الإعذار
132	الفرع الثاني: تبليغ الدائنين المقيدین بفسخ عقد بيع المحل التجاري
132	الفرع الثالث: النشر
137	الخاتمة
141	قائمة المراجع
	الفهرس