

جامعة سعد دحلب بالبليلة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: قانون الأعمال

أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري

من طرف

فريد كركادن

أمام اللجنة المشكلة من

بوسهوة نور الدين

خليل عمرو

رامول خالد

جلاب نعااعة

بسكري أنيسة

أستاذ محاضر أ، جامعة البليلة

أستاذ محاضر أ، جامعة البليلة

أستاذ محاضر أ، جامعة البليلة

أستاذ محاضر ب، جامعة البليلة

أستاذ مساعد ب، جامعة البليلة

رئيسا

مشرفا ومقررا

عضوا مناقشا

عضوا مناقشا

عضوا مناقشا

البليلة، جانفي 2012

ملخص

يعتبر المحل التجاري وسيلة من الوسائل التي يستخدمها التاجر لممارسة نشاطه التجاري، إذ يعد مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، ولم تعرف الفكرة المعنوية للمحل التجاري إلا في أواخر القرن التاسع عشر حيث كانت قبل ذلك فكرة مادية مقتصرة فقط على العناصر المادية أو الظاهرة للمحل دون العناصر المعنوية، إلا أن التطور الاقتصادي ساهم في ظهور تلك العناصر المعنوية وأصبحت مع مرور الوقت ذات قيمة كبيرة بل وأساسية في تكوين المحل التجاري تتعدى قيمة العناصر المادية، وتتمثل هذه العناصر في حق الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية وهاذين العنصرين المعنويين لا يمكن الاستغناء عنهما في كل المحلات التجارية، مهما كانت طبيعة النشاط الممارس في تلك المحلات، أما العناصر المعنوية الأخرى فهي الاسم والعنوان التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الفكرية وهذه العناصر المعنوية تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر حسب طبيعة النشاط الممارس، أما العناصر المادية فتتمثل في البضائع والآلات والأثاث المستخدم في مزاولة النشاط التجاري.

إن التاجر في سبيل ممارسته للنشاط التجاري قد يحتاج إلى أموال ما يجعله يلجأ إلى رهن محله التجاري من أجل حصوله على القروض اللازمة، ونظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري فقد خص المشرع هذه العملية بأحكام خاصة في القانون التجاري إلى جانب الأحكام العامة في القانون المدني، وخرج عن القاعدة العامة في رهن المنقول الخاصة بانتقال حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ونص على بقاء حيازة المال المرهون تحت يد المدين الراهن وعدم إمكانية التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز باعتبار أن العملية واردة على مال منقول معنوي، حيث أخضعه لإجراءات شكلية دقيقة تشبه الإجراءات المتبعة في الرهن الرسمي خاصة ما يتعلق بالزامية إفراغ عقد الرهن الحيازي في شكل رسمي أمام الموثق و ضرورة إشهاره، إلا أن المشرع أجاز في قانون النقد والقرض إمكانية إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل عقد عرفي مسجل حسب الأصول إذا كان المقرض بنكا أو مؤسسة مالية.

يترتب عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعة من الحقوق والالتزامات تتطابق مع الحقوق والالتزامات المترتبة عن عقد الرهن الرسمي إلا ما تعلق منها بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري.

شكر

الحمد لله على نعمة العلم التي أنار بها الدرب للسائر فيه

أتقدم بشكري للوالدين اللذين قدما لي الدعم المادي والمعنوي.

أتقدم بشكري الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمرو خليل الذي قبل الإشراف عليّ

في تحضير المذكرة.

كما أشكر أيضا كل من درسني من صغري إلى كبري.

وأشكر أيضا كل من قدم لي يد العون في إعداد مذكرتي سواء من قريب أو من بعيد.

أشكر أيضا أساتذتي الأفاضل لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة مذكرتي.

قائمة المختصرات

القانون المدني الجزائري.	ق م ج
القانون التجاري الجزائري.	ق ت ج
قانون العقوبات الجزائري.	ق ع ج
قانون الإجراءات المدنية.	ق إ م
قانون الإجراءات المدنية والإدارية.	ق إ م إ
الجريدة الرسمية العدد.	ج ر ع
الجزء.	ج
الطبعة.	ط
دون سنة النشر.	د س ن
الصفحة.	ص
الدكتور.	د
الأستاذ.	أ

Liste des abréviations:

P	Page.
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
OP.CIT	Option Citée.

الفهرس

ملخص

شكر

قائمة المختصرات باللغة العربية

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

الفهرس

10.....	مقدمة
14.....	1. مفهوم المحل التجاري
14.....	1.1. تعريف المحل التجاري وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له
14.....	1.1.1. تعريف المحل التجاري
16.....	2.1.1. تمييز المحل التجاري عن بعض المفاهيم المشابهة له
16.....	1.2.1.1. تمييزه عن الشركة
16.....	2.2.1.1. تمييزه عن المشروع الاقتصادي
16.....	3.2.1.1. تمييزه عن الاستغلال الحرفي
17.....	4.2.1.1. تمييزه عن فرع المحل التجاري
17.....	2.1. العناصر المكونة للمحل التجاري
17.....	1.2.1. العناصر المعنوية
18.....	1.1.2.1. الاتصال بالعملاء
20.....	2.1.2.1. عنصر الشهرة
21.....	3.1.2.1. عنوان المحل
21.....	4.1.2.1. الاسم التجاري
22.....	5.1.2.1. حق الإيجار
24.....	6.1.2.1. حقوق الملكية الصناعية

26.....	7.1.2.1. حقوق الملكية الأدبية والفنية
27.....	8.1.2.1. الإجازات والرخص
27.....	2.2.1. العناصر المادية
27.....	1.2.2.1. المعدات والآلات
28.....	2.2.2.1. البضائع
28.....	3.1. الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه
28.....	1.3.1. الطبيعة القانونية للمحل التجاري
28.....	1.1.3.1. نظرية المجموع القانوني أو الذمة المستقلة
29.....	2.1.3.1. نظرية المجموع الواقعي
29.....	3.1.3.1. نظرية الملكية المعنوية
29.....	2.3.1. خصائص المحل التجاري
30.....	1.2.3.1. المحل التجاري مال منقول
30.....	2.2.3.1. المحل التجاري مال منقول معنوي
31.....	3.2.3.1. الصفة التجارية للمحل التجاري
31.....	4.2.3.1. مشروعية الاستغلال
32.....	2. انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري
33.....	1.2. الأركان الموضوعية
33.....	1.1.2. الرضا
33.....	1.1.1.2. ضرورة توفر الرضا
37.....	2.1.1.2. صحة التراضي
44.....	2.1.2. المحل
44.....	1.2.1.2. تعريف المحل
44.....	2.2.1.2. شروط المحل
48.....	3.1.2. السبب
49.....	1.3.1.2. النظرية التقليدية

51	النظرية الحديثة
53	موقف المشرع الجزائري
55	الأركان الشكلية
55	الكتابة
55	الكتابة الرسمية
61	الكتابة العرفية
56	القيود والنشر
66	قيود الرهن الحيازي للمحل التجاري بالمركز الوطني للسجل التجاري
71	النشر
74	آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
74	التزامات المتعاقدين
74	التزامات المدين الراهن
75	إنشاء الراهن لحق الرهن
76	ضمان الراهن لسلامة الرهن
80	الإخطار
81	التزامات الدائن المرتهن
81	بطلان شرط تملك المحل التجاري المرهون عند عدم الوفاء
82	بطلان شرط بيع المحل التجاري المرهون دون الإجراءات القانونية
83	التزام الدائن المرتهن بالقيود
84	الإنذار
84	الضمانات الناتجة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
84	ضمانات المدين الراهن
85	عدم تجريد الراهن من ملكية وحياسة المحل التجاري
86	الآثار المترتبة على عدم تجريد المدين الراهن من ملكية وحياسة المحل التجاري
88	ضمانات دائني المدين الراهن
88	ضمانات الدائن المرتهن

94.....	2.2.2.3. ضمانات الدائنين العاديين.
96.....	3.2.3. التنفيذ على المحل التجاري كضمان لجميع الدائنين.
97.....	1.3.2.3. الأشخاص الذين لهم حق المطالبة بالتنفيذ المحل التجاري.
98.....	2.3.2.3. إجراءات التنفيذ على المحل التجاري.
106.....	الخاتمة

ملاحق.

ملحق رقم(1) نموذج من عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

ملحق رقم(2) دفتر الأرومة لعقود الرهون الحيازية للقواعد التجارية.

ملحق رقم(3) جدول قيد الامتيازات المرتبطة بالرهن الحيازي للمحل التجاري.

ملحق رقم(4) شهادة عدم قيد الامتياز الناتج عن الرهن الحيازي أو البيع للقاعدة التجارية.

ملحق رقم(5) شهادة شطب قيد امتياز البائع أو الدائن المرتهن لقاعدة تجارية.

ملحق رقم(6) شهادة قيد الامتياز الناتج عن بيع قاعدة تجارية.

قائمة

110.....	المراجع.
----------	----------

مقدمة

يعتبر المحل التجاري من الوسائل التي يستخدمها التاجر في ممارسة نشاطه الاقتصادي، إذ تعتبر فكرة المحل التجاري فكرة قديمة منذ أن بدأ التاجر يعرض سلعه للجمهور، فالحيز المكاني يعتبر مكان للشخص المستغل يمكنه التصرف فيه، ثم تطور وأصبحت له قيمة قانونية.

حيث أن الفكرة المعنوية للمحل التجاري لم تكن معروفة إلا في أواخر القرن التاسع عشر، إذ قبل ذلك كان عبارة عن فكرة مادية تقتصر على المكان الذي يمارس فيه التاجر نشاطه التجاري، ويضع فيه بضائعه وأدواته التي تلزم للاستثمار التجاري، وكانت هذه البضائع محل اهتمام دون العناصر الأخرى باعتبارها العناصر الملموسة والمحسوسة.

غير أن النشاط التجاري يمتاز بالمنافسة الشديدة بين التجار من أجل الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من الزبائن ومنه تحقيق ربح أكبر، بهذا بدأت تظهر الفكرة الجديدة أو المفهوم الجديد للمحل التجاري، في أن هذا الأخير ليس الجدران أو الحيز المكاني الذي يستغل فيه التاجر تجارته، وإنما في مجموعة من العناصر المتحدة فيما بينها لتشكل كيان مستقل عن العناصر المكونة له. ما زاد من توسع فكرة المحل التجاري أنه ليس شيء مادي، وما ساعد على ترسيخ تلك الفكرة ظهور الثورة الصناعية التي كان لها الأثر البالغ في النشاط الاقتصادي بما جاءت به من ابتكارات واختراعات جديدة كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والصناعية، ما أدى بهؤلاء إلى العمل على حماية ابتكاراتهم واختراعاتهم من الاعتداء عليها، ما منح لهم أيضا الحق في الاستئثار باستغلالها واستعمالها والحفاظ على عنصر العملاء الذي أصبحت له أهمية كبيرة وأساسية في المحل التجاري، وعليه بدأت تظهر الفكرة المعنوية لعناصر لم تكن محل اهتمام من ذي قبل، وعليه مع مرور الوقت أصبحت للعناصر المعنوية أهمية أكبر من العناصر المادية المكونة للمحل التجاري حتى طغت هذه الفكرة عليه، إذ أصبح المحل التجاري مال منقول معنوي، وبالتالي يمكن نقله من مكان إلى آخر ومن

شخص إلى آخر، وأصبح للتاجر إمكانية التصرف في هذا المال المعنوي بمختلف التصرفات القانونية منها البيع، تقديمه كحصة في الشركة والرهن.

نظرا للأهمية الاقتصادية للمحل التجاري في الدولة فقد عمدت مختلف التشريعات إلى معالجة هذا الموضوع، ومنها التشريع الجزائري، حيث خصص له المشرع كتابا كاملا في القانون التجاري وهو الكتاب الثاني من المادة 78 إلى المادة 214 منه. تناول في هذا الكتاب أهم العمليات الواردة عليه، وذلك في ثلاثة أبواب حيث خصص الباب الأول لبيع المحل التجاري ورهنه حيازيًا، وتناول في الباب الثاني الإيجارات التجارية وتناول في الباب الثالث التسيير الحر وتأجير التسيير.

غير أن أخطر التصرفات الواردة على المحل التجاري هي عملية الرهن الحيازي، ذلك ما جعل المشرع يخصصه بقواعد خاصة وذلك من المادة 118 إلى المادة 122 من القانون التجاري، وكذا نص على أحكام مشتركة لعملية بيع المحل التجاري ورهنه حيازيًا وذلك في المواد من 123 إلى المادة 146 من القانون نفسه.

إضافة إلى القانون التجاري فقد أصدر المشرع عدة قوانين تنظم بعض العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري، والتي تكون في بعض الأحيان عناصر أساسية فيه كبراءة الاختراع أو العلامة التجارية وسنتطرق في بحثنا لهذه العناصر ولأهميتها ودورها في جذب الزبائن.

بالرجوع إلى نص المادة 3 الفقرة 4 من القانون التجاري نجد أن المشرع نص على أن العمليات الواردة على المحل التجاري تعتبر أعمالا تجارية بحسب الشكل، وذلك بغض النظر عن الشخص القائم بالتصرف سواء كان تاجرا أم لا، شخصا طبيعيا أو معنويا، وباعتبار أن عملية الرهن الحيازي تعتبر عملية من العمليات الواردة على المحل التجاري فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري يعد عملا تجاريا بحسب الشكل.

إن أهم التصرفات الواردة على المحل التجاري وأخطرها هي عملية الرهن الحيازي، إذ أن التاجر يلجأ إلى رهن محله التجاري وتقديمه كضمان من أجل الحصول على القروض اللازمة لاستمرار نشاطه التجاري، أو من أجل توسيع مشروعه، حيث يكون المحل التجاري مال مخصص للوفاء بدين التاجر الشيء الذي يكسب الدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على هذا المحل المرهون، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في القيد، في استيفاء حقه من ثمن ذلك المحل في أي يد كان، كما أنه لا يمكن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في حالة انتقال الحيازة إلى الغير، ذلك لأن المحل التجاري له طبيعة خاصة فيعد مال منقول

معنوي وعلى ذلك خصه المشرع بأحكام خاصة وخرج عن القاعدة العامة في بعض أحكامه، حيث أن اعتباره مال منقول يكفي لجعله قابل للتصرف فيه ومنه قابليته للرهن الحيازي.

من المسلم به أن الرهن الحيازي تنتقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وفقا للقواعد العامة في رهن المنقول، غير أن المحل التجاري له طبيعة خاصة حيث يعتبر مال منقول معنوي لا تسري عليه الأحكام نفسها الخاصة بالمال المنقول المادي، أي عدم انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ومنه بقاء حيازة الشيء المرهون تحت يد المدين الراهن. إذ وبالرجوع إلى عناصر المحل التجاري نجده يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية غير أن العناصر المعنوية تغطي على العناصر المادية، ويتشكل كيان معنوي يتميز عن مختلف العناصر المكونة له وليس له وجود مادي، ولا يمكن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في حالة تصرف المدين الراهن فيه إلى الغير، لأن هذه القاعدة لا تسري على المال المنقول المعنوي ونكون أمام هذه الحالة في حالة ما إذا تصرف المدين الراهن في المحل التجاري باعتباره وحدة واحدة. أما إذا تصرف المدين الراهن في العناصر المادية مستقلة عن العناصر المعنوية ففي هذه الحالة تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

غير أن المنطق يقول أن التاجر الذي يقوم برهن محله التجاري وتقديمه كضمان، الغرض من هذا التصرف هو الحصول على الائتمان اللازم من أجل استغلال محله التجاري وتفعيله أكثر، الشيء الذي يمكنه من سداد دينه، إذ أن التنازل عن محله التجاري يستحيل معه الاستمرار في استثماره.

هذا ما ينقص من الائتمان الممنوح للدائن المرتهن ويعرضه للخطر لأن الحيازة لا تنتقل إليه ولا يمكن له حبسه في حالة عدم تنفيذ المدين الراهن لالتزامه، وهذا ما يمكن المدين الراهن من التصرف فيه بمختلف التصرفات، أو العمل على الإنقاص من قيمة المحل التجاري كما لو عمد إلى الإساءة للزبائن مما يدفعهم إلى العزوف عن محله التجاري وانصرافهم عنه، مما ينتج عنه نقصان قيمة المحل التجاري.

تكمّن أهمية الموضوع في أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد من طبيعة خاصة، ذلك أن المشرع في تنظيمه لهذا التصرف خرج عن القاعدة العامة في القانون المدني المتعلقة بالرهن الحيازي الوارد على المنقول، وجاء بأحكام خاصة تشبه في شكليتها أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني، وإذا كان كذلك فإننا نطرح الإشكالية التالية:

هل القواعد القانونية الواردة في القانون التجاري الجزائري كافية لتنظيم عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بدراسة تحليلية وفقا لما تتضمنه نصوص القانون التجاري، وغيرها من النصوص القانونية المتعلقة بالبحث، وقسمنا دراستنا هذه إلى مبحث تمهيدي تناولنا فيه مفهوم المحل التجاري، والفصل الأول تناولنا فيه انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

المبحث التمهيدي 1 مفهوم المحل التجاري

قبل التطرق إلى أخطر التصرفات الواردة على المحل التجاري ألا وهي الرهن الحيازي، فإنه يلزم علينا البحث عن مفهوم المحل التجاري نظرا للأهمية التي يكتسبها في ميدان الأنشطة التجارية وطبيعته الخاصة التي تجعل منه كيانا مستقلا بذاته مختلفا عن العناصر المكونة له.

1.1. تعريف المحل التجاري وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له

لم يعرف المشرع الجزائري المحل التجاري وإنما قام بتعداد العناصر المكونة له، ودون تبيان طبيعته القانونية وخصائصه تاركا بذلك المجال للفقهاء، وعليه سنتناول بعض التعاريف التي قيلت بشأنه ومنه نميزه عن بعض المفاهيم المشابهة له، ونشير إلى أنه أطلقت على المحل التجاري عدة تسميات فهناك من سماه بالمتجر وهناك من أطلق عليه تسمية المؤسسة التجارية، وهذا ما سيظهر في التعاريف التي سنتناولها لاحقا.

1.1.1. تعريف المحل التجاري

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن المحل التجاري ونتناول منها ما يلي:

__ عرفه الدكتور محمد حسنين على أنه: مال منقول معنوي ومركب إذ يتكون من جملة عناصر بعضها معنوي وبعضها الآخر مادي مخصصة لمزاولة التجارة، وليس للمحل التجاري كيان مادي، فلا يقصد بالمحل التجاري المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته بل مجموعة العناصر المعنوية والمادية التي يستخدمها التاجر في مباشرة تجارته، والتي ينشأ من مجموعها وحدة متكاملة رتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء، كما تتكامل هذه العناصر في داخله كما

تتكامل جزئيات الشيء الواحد داخل الشيء نفسه بحيث يخضع هذا المجموع الموحد للتصرفات المختلفة[1](229)(230).

_ عرفه الأستاذ علي بن غانم على أنه: ملكية معنوية تتمثل في حق العملاء المرتبط بالمحل التجاري مع مجموعة الأموال المنقولة التي يجمع بينها التاجر وينظمها لجلب العملاء، هذه الأموال هي على وجه المثال العتاد، ومخزون البضائع والاسم التجاري والحق في الإيجار وحقوق الملكية الصناعية والتي تشكل في مجموعها المحل التجاري وتساهم في تحديد قيمته[2](169).

_ عرفه الدكتور علي حسن يونس على أنه: مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تألفت معا ورتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء، والعناصر التي تتركب منها هذه المجموعة لا تذوب فيها، ولا تتلاشى في محيطها ولا تتفاعل فيما بينها تفاعلا يترتب عليه فقدان معالمها أو خصائصها وإنما يظل كل عنصر منها محتفظا بذاتيته وطبيعته وخاضعا للقواعد الخاصة به[3](1).

_ عرفه الدكتور عباس حلمي بأنه: مال منقول معنوي مخصص لاستغلال تجاري أو صناعة معينة، وقد يسمى بالمتجر أو المصنع تبعا لنوع النشاط الذي يزاوله الشخص. والمحل التجاري وإن كان يشمل عناصر مادية كالسلع والمهمات، وعناصر معنوية كالعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والشهرة التجارية وحقوق الملكية الصناعية، إلا أن له قيمة اقتصادية منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل من هذه العناصر على حدة، فالمحل التجاري يمثل هذه العناصر المجتمعة منظورا إليها كوحدة معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة[4](65).

_ عرفه الأستاذان ريهارد إيف وشزال جون باسكال على أنه: مجموعة الأموال المنقولة التي ينظمها التاجر من أجل اكتساب الزبائن وهي: الأدوات، المخزون، الاسم التجاري، الحق في الإيجار وحقوق الملكية الصناعية المكونة للمحل التجاري والمساهمة في تثبيت قيمته[5](365).

_ عرفه الدكتور مصطفى كمال طه على أنه: المؤسسة التجارية (أو المحل التجاري) أداة المشروع التجاري، وهي تتألف من مجموع عناصر مادية ومعنوية مخصصة لممارسة مهنة تجارية، وقد تسمى بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مجموع هذه العناصر مخصصا لممارسة التجارة بالمعنى الضيق أو لممارسة الصناعة[6](597).

من خلال هذه التعاريف المقدمة من قبل الفقهاء فإننا نخلص في الأخير أن المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع.

2.1.1. تمييز المحل التجاري عن بعض المفاهيم المشابهة له

يمكن لنا من خلال التعاريف المقدمة تمييز المحل التجاري عن بعض المفاهيم المشابهة له ونتناول منها ما يلي:

1.2.1.1. تمييزه عن الشركة

إن الشركة مفهوم قانوني وهي شخص اعتباري، في حين أن المحل التجاري هو مجموعة أموال، وهو عنصر من ذمة التاجر، وقد يكون عنصرا من ذمة الشركة ما دام المحل أموالا وليس شخصا، كما يمكن للشركة أن تستغل أكثر من محل تجاري، فتتنوع وتتعدد بتنوع النشاطات التجارية ومكانها[2](170).

2.2.1.1. تمييزه عن المشروع الاقتصادي

المشروع الاقتصادي هو وحدة اقتصادية وقانونية تحتوي على العناصر البشرية والمادية والمعنوية اللازمة لوجود نشاط اقتصادي معين، أما المحل التجاري هو مجموعة من الأموال المادية والمعنوية التي تستخدم في الاستغلال التجاري، ولكن المشروع الاقتصادي يضم إلى جانب هذه الأموال العناصر البشرية اللازمة لهذا الاستغلال، وبعبارة أخرى المحل التجاري هو أحد العناصر التي تدخل في المشروع الاقتصادي[1](235).

3.2.1.1. تمييزه عن الاستغلال الحرفي

صاحب الحرفة كالنجار والحداد هو الذي يقتصر على استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية بصفة أساسية ولا يؤثر في ذلك أن يعتمد على عدد من أطفاله لمعاونته بصفة ثانوية، ولا يكتسب صاحب الحرفة صفة التاجر إذ لا يقوم بعمل تجاري، ومن ثم فالاستغلال الذي يقوم به لا يتكون به المحل التجاري، وقد يمارس الحرفي نشاطه في مكان به بعض الآلات أو البضائع كما يكون له عملاء، ومع ذلك فلا تسري على نشاطه الأحكام الخاصة بالمحل التجاري[1](236).

4.2.1.1. تمييزه عن فرع المحل التجاري

وإن كان المصطلحان المحل التجاري والفرع ينتميان إلى ألفاظ عالم الأعمال، فإن عبارة الفرع لم تحظ بعد بتعريف قانوني واضح، حيث يتكون من الجمع بين عنصري غياب الشخصية المعنوية، والاستقلال في التسيير.

ولا شك أن هذا التعريف شبيه بتعريف المؤسسة الثانوية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، وانعدام الشخصية المعنوية في الفرع يسمح بتمييزه عن الشركة البنت، حيث تتمتع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية ومستقلة قانوناً، وإن كانت تابعة اقتصادياً للشركة الأم التي تسيير مجموعة من الشركات، فالفرع بسبب استقلاله في التسيير يتمتع غالباً بعملاء خاصين به وبشكل محلاً تجارياً متميزاً عن المقولة [2](171).

2.1. العناصر المكونة للمحل التجاري

قام المشرع الجزائري بتعداد عناصر المحل التجاري وذلك في نص المادة 78 ق ت ج التي تنص على أنه: "تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

ويشمل المحل التجاري إلزامياً عملائه وشهرته.

كما يشمل 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" [7].

إن المشرع ذكر عناصر المحل التجاري على سبيل المثال لا الحصر حيث أنها تنقسم إلى عناصر معنوية وعناصر مادية وهذا ما سنقوم بتبينه.

1.2.1. العناصر المعنوية

قام المشرع بذكر العديد من العناصر المعنوية التي يمكن استغلالها في المحل التجاري، ولكن هذه العناصر تختلف أهميتها من محل لآخر كما يمكن وجودها في محل دون آخر. غير أن عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية لا يمكن الاستغناء عنهما في كل المحلات التجارية مهما كانت طبيعة النشاط الممارس من قبل التاجر، وعليه سنتناول هذين العنصرين بنوع من التفصيل.

1.2.1.1. الاتصال بالعملاء

أولاً: تعريف هي عرف الاتصال بالعملاء على أنه مجموعة الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل لسبب يرجع إلى صفة في شخص التاجر ذاته، مثل أمانته ودقة مواعيده وجودة منتجاته، تجعلهم يفضلون التعامل معه عن غيره من التجار [8](10) [9](23).

يعرف أيضا على أنه مجموعة الأشخاص الذين يعتادون التعامل مع محل تجاري معين، ويترتب على ذلك أنهم الزبائن الثابتين المتعاملين مع التاجر نظرا لعوامل شتى هي امتيازات التاجر الشخصية أي صفاته الذاتية، سلوكه المستقيم، كفاءته، حسن استقبال الزبائن، أي المعاملة الإنسانية للمشتريين، والإتقان في العمل [10](16).

هناك من يقول أن الزبائن ليس عنصرا أساسيا بالمحل التجاري فحسب وإنما هو المحل التجاري بذاته [11](35).

نتوصل من خلال التعاريف المقدمة إلى أن هناك من يعتمد في تعريفه على معيار شخصي وهو صفة من صفات التاجر وهناك من يعتمد على معيار الثبات أي الزبائن الثابتين أو الدائمين.

ثانياً: شروط الاتصال بالعملاء هذا ويجب أن يكتسي عنصر الاتصال بالعملاء طابعا فعليا وتابعا:

أ_ يجب أن يكون العملاء فعليين والمقصود به أنه لا يمكن القول بقيام المحل التجاري إذا كان العملاء افتراضيين أو احتماليين، فلا يكفي فتح أبواب المحل أمام الجمهور لكي يظهر العملاء، بل من الضروري كذلك أن يتم البدء في الاستغلال الفعلي للمحل التجاري فبدون هذا الاستغلال نكون فقط أمام إمكانية قيام محل تجاري وليس بصدده محل موجود [12](138)، وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا الشرط في القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 144927 الصادر بتاريخ 1997/11/18، حيث أكدت المحكمة العليا على أن عدم تقديم إثبات على أن المحل التجاري له نشاط وله عناصر مادية ومعنوية يمكن تقديرها بواسطة خبير، يحرم المستأجر من حقه في التعويض الاستحقاق [13].

ب_ يجب أن يكون العملاء تابعين للمحل التجاري مؤدى هذا الشرط افتراض تبعية العملاء للمحل التجاري الذي يستحوذ على إرضاء حاجات هؤلاء، وكذلك عدم ارتباطهم الوثيق بمحل تجاري آخر يلبي لهم الحاجات نفسها. لكن يتعين ملاحظة أن هذا الشرط ليس جوهريا في كل الحالات ذلك أنه قد يتخلف عندما يكون عملاء المحل التجاري جزء متفرعا عن مجمل زبائن مجموعة تجارية، وهذا هو

شأن التجارة الصغيرة المستغلة في إطار مركب تجاري أو المحطات الخدمية التي تقدم خدمات للجمهور حيث لا يتصور استثنائها بزبائن معينين[12](139)، إضافة إلى هاذين الشرطين أضاف الأستاذ أودوت باسكال شرط ثالث وهو تجارية الزبائن، حيث أن المؤسسة التجارية عندما تقوم بعمل مدني لا يمكن القول بأن لها زبائن[14](40).

ثالثا: أهمية عنصر الاتصال بالعملاء: عنصر الاتصال بالعملاء يعتبر أهم عناصر المحل التجاري بصفة عامة، بل إنه في الواقع هو المتجر ذاته وما العناصر الأخرى إلا عوامل ثانوية تساعد على تحقيق الغرض الأساسي الذي يهدف إليه صاحب المتجر ألا وهو دوام الاتصال بزبائنه وإقبالهم على متجره. يترتب على ذلك أن فكرة المحل التجاري مرتبطة أساسا بوجود هذا العنصر وكما توافر عنصر الاتصال بالعملاء توافرت فكرة المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة عن عناصره15(16)، ويفيد الاتصال بالعملاء حقا ذا قيمة مالية يجب تقديرها عند بيع المحل التجاري أو رهنه، ومنه إذا كان عنصر الزبائن أو (العملاء) بهذا القدر من الأهمية بالنسبة للمحل التجاري فلا يمكن التصور بأن يكون هناك تنازل عن المتجر دون التنازل عن الزبائن[16](179).

مما سبق تظهر لنا جليا أهمية عنصر الاتصال بالعملاء كعنصر إلزامي في المحل التجاري، ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يستعمل في المادة 2/78 ق ت ج عبارة "يشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته".

فوجود المحل التجاري متوقف على وجود هذا العنصر من عدمه وتظهر أهميته أيضا في موقف المحكمة العليا في قرارها رقم: 33120 المؤرخ في 1984/10/06، حيث جاء في هذا القرار أنه نظرا لعنصر العملاء الذي يدخل ضمن عناصر المحل التجاري، فإن من المتعذر قسمته عينا دون التخفيض من قيمته والإضرار بمصالح المتقاسمين، فإن بيعه بالمزاد العلني هو الوسيلة الوحيدة للخروج من حالة الشروع. وللقضاء بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي يقضي بقسمة المحل التجاري عينا بين المالكين على الشروع، وتضيف المحكمة العليا في إحدى حيثيات تأسيس قرارها ماييلي: حيث أن المحل التجاري ونظرا لطبيعة العنصر الأساسي فيه والمتمثل في الزبائن المرتبط أشد الارتباط بالمحل غير قابل من الناحية العملية للقسمة[17].

رابعا: حماية عنصر الاتصال بالعملاء حق الاتصال بالعملاء معناه أن لصاحب المحل التجاري الحق في منع الغير من تهديد أو قطع صلته بعملائه الحاليين أو المأمول جذبهم للتعامل مع المحل. وبعبارة أخرى فحق الاتصال بالعملاء هو إمكانية تجدد العقود مع عملاء المتجر المترددين بصفة عابرة

أو بصفة دائمة، الحاليين منهم والمستقبلين، ولكن ليس معنى هذا حق مالك المتجر في منع الغير من تهديد أو قطع صلته بعملائه، أن له حق على هؤلاء العملاء يستطيع إجبارهم على التعامل دائماً مع المحل، فهؤلاء يكون لهم في كل وقت حق ترك المتجر والتعامل مع غيره، كما أن لهم حق التعامل مع مشتري المتجر أو مع غيره[18](354).

ولما كانت الصلة القائمة أو المحتملة بين المحل التجاري وبين عملائه ينتج عنها فائدة معينة لهذا المحل، فإنه يكون لصاحب المتجر دعوى تحميه في مواجهة تجريده من هذه الفائدة والتي تدخل في تقدير قيمة المتجر، هذه الدعوى هي دعوى المنافسة غير المشروعة[19](338).

2.1.2.1. الشهرة التجارية

تعددت التسميات التي أطلقت على الشهرة التجارية فهناك من سماها بالسمعة التجارية وهناك من سماها بالمركز التجاري.

أولاً: تعريف الشهرة التجارية تعرف على أنها قدرة المحل التجاري على اجتذاب الجمهور بسبب صفات عينية تتعلق بالمحل التجاري بذاته وليس بشخص صاحبه، كموقعه المتميز ومظهره الخارجي والديكور الخاص بواجهة المحل[8](10)(11) [20](173).

تعرف أيضاً على أنها قدرة المؤسسة على اجتذاب العملاء العابرين أو العرضيين بسبب موقعها، كأن يكون الفندق أو المطعم قريباً من الميناء أو المطار أو مفترق الطرق[21](187)، وهناك من يعتقد إمكانية طرح أن الشهرة موجودة قبل فتح المؤسسة بينما الزبائن لا يمكن ظهورهم إلا فيما بعد هذا التاريخ[5](374).

نلاحظ من خلال هذين التعريفين المقدمين الاختلاف في المعيار المعتمد لتعريف الشهرة التجارية، فهناك من أقام تعريفه على العنصر الموضوعي وهو موقع المحل، وهناك من أقام تعريفه على عنصر العملاء العرضيين.

ثانياً: أهمية الشهرة التجارية للشهرة التجارية نفس أهمية الاتصال بالعملاء إذ أن المشرع الجزائري جعلهما في نفس المرتبة ونص على الزاميتهما معاً للقول بوجود المحل التجاري. هذا على الرغم من أن التعاريف المعطاة لكل واحد منهما تقوم على معايير مختلفة، ولكن من الناحية العملية يصعب التفريق بينهما، كما أنه حتى ولو اختلفت المصطلحات التي أطلقت على كل واحد منهما إلا أن كلاهما يكمل الآخر وأن هدفهما واحد هو المحافظة على استمرار إقبال العملاء على المحل التجاري.

كما أنهما يعتبران حقا ماليا يمكن التصرف فيه وينظم القانون حمايته عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة[4](67).

3.1.2.1. عنوان المحل

أولاً: تعريف عنوان المحل يقصد به التسمية التي يختارها التاجر لتمييز محله التجاري عن غيره من المحلات التجارية الأخرى، التي تمارس نفس النشاط[22](211).

يتم تثبيت العنوان على واجهة المحل وقيده في السجل الرسمي الخاص به، وطبعه على سائر الأوراق والفواتير الصادرة عنه أو استخدامه كجزء من التوقيع على التصرفات الخاصة بالمتجر.

كما أن اتخاذ التاجر لعنوان تجاري (تسمية مبتكرة) أمر اختياري[12](144)(145)، فقد يوجد أو لا يوجد، وإذا وجدت التسمية المبتكرة فهي تعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري المعنوية وهي من الحقوق المالية التي ترد عليها التصرفات القانونية ويتمتع بالحماية القانونية عند الاعتداء عليه وتحميه دعوى المنافسة غير المشروعة[15](33)(34).

ثانياً: شروط عنوان المحل يشترط في التسمية التجارية حتى تتمتع بالحماية القانونية المدنية أن تكون جديدة لم يسبق استعمالها من تاجر آخر في تجارة منافسة وأن تكون مبتكرة، كما يشترط ألا تكون مخالفة للنظام العام وحسن الآداب[15](33)(34).

نشير في الأخير أن المشرع الجزائري منح للمتعاقدین في حالة التصرف في المحل التجاري حرية إدراج العنوان التجاري ضمن العناصر المتصرف فيها من عدمه غير أنه في حالة عدم تعيين العناصر صراحة في العقد فإن التصرف يشمل العنوان بقوة القانون وهذا حسب نص المادة 3/119 ق ت ج.

4.1.2.1. الاسم التجاري

أولاً: تعريف الاسم التجاري يقصد بالاسم التجاري التسمية التي يستخدمها صاحب المحل التجاري لتمييز محله التجاري عن غيره من المحال التجارية الأخرى المماثلة[23](662) حتى يكون من اليسير على العملاء التعرف عليه وعدم الخلط بينه وبين غيره[19](340)، فهو يهدف إلى التعريف بالمحل التجاري وجمع الزبائن[24](167).

غالبا ماتشمل هذه التسمية عندما يكون التاجر شخصا طبيعيا على اسمه الشخصي، وقد تكون مستعارة أو مبتكرة. أما إذا كان التاجر شخصا معنويا كالشركات مثلا فإن اختيار الاسم التجاري يتوقف على نوع الشركة [8](15) [10](85).

ثانيا: أهمية الاسم التجاري يعتبر الاسم التجاري عنصرا من عناصر المحل التجاري التي تدخل في تقدير قيمته، ويترتب على المساس به إلحاق الضرر بالمستغل، ولذلك يكون له رفع دعوى المنافسة غير المشروعة على من اغتصب اسمه التجاري لمطالبته بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك [3](20) [25](311).

في بعض الأحيان تكون الحماية دولية وهذا حسب نص المادة 8 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي تنص على أنه "يحمى الاسم التجاري في جميع دول الاتحاد دون الالتزام بإيداعه أو تسجيله سواء كان جزء من علامة صناعية أو تجارية أم لم يكن" [26]، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بمقتضى الأمر 02/75 المؤرخ في 09/01/1975 [27].

حسب نص المادة 3/119 ق ت ج فإن المشرع منح للأطراف المتعاقدة حرية تعيين العناصر التي يرد عليها الرهن، وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه يشمل بقوة القانون الاسم التجاري.

5.1.2.1. الحق في الإيجار

أولا: تعريفه يقصد بعنصر الحق في الإيجار ذلك الحق الممنوح لمالك المحل التجاري المستأجر للمحل في الانتفاع بالأماكن التي يزاول فيها تجارته، وينصرف الحق في الإيجار كعنصر منعناصر المحل التجاري إلى حق التاجر المستأجر في البقاء والانتفاع بالمكان الذي يباشر فيه التجارة طوال المدة المقررة في عقد الإيجار، وأيضا التنازل عن هذا الحق إلى الغير طالما لم يوجد اتفاق يمنع هذا التنازل [19](348)(349).

ثانيا: شروط الحق في الإيجار باستقراء نص المادة 169 ق ت ج نستنتج الشروط الواجب توافرها للتمتع بحق الإيجار وهي:

_ أن يكون هناك إيجار وارد على العقارات المذكورة في المادة 169 ق ت ج.

_ القيد في السجل التجاري أو الحرفي والصناعات التقليدية.

_ وجود استغلال تجاري مستقل [7] [28] (344).

_ أن يفرغ عقد الإيجار في شكل رسمي: وهنا نشير إلى بعض المواد من مختلف القوانين التي اشترطت الرسمية في إبرام عقود الإيجار التجارية ونذكر منها:

• المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق [29].

• المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 [30].

• المادة 324 مكرر 1 من ق م ج [31].

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط إلا بعد التعديل الأخير للقانون التجاري وذلك في نص المادة 187 مكرر من القانون رقم 02/05 الذي يعدل ويتم الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري التي تنص على أنه:

" تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية".

ثالثا: أهمية الحق في الإيجار أهمية عنصر الحق في الإيجار كعنصر من عناصر المحل التجاري ترجع للصلة الوثيقة بينه وبين اتصال العملاء بالمتجر، فكم من عميل يفضل متجرا بعينه بسبب المكان كقربه من مسكنه [1] (242)، وتظهر أهميته أيضا من خلال استقراء نص المادة 3/119 أين نص المشرع على تضمين عقد رهن المحل التجاري حق الإجارة في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على العناصر التي يتضمنها العقد نظرا لقيمة هذا العنصر والدور الذي يلعبه في المحل التجاري.

رغم ما لهذا العنصر من أهمية إلا أنه ليس عنصرا جوهريا في تكوينه فقد يوجد المحل التجاري رغم غياب هذا الحق كما في حالة ما إذا كان التاجر صاحب المحل مالكا في نفس الوقت للعقار الذي يباشر فيه تجارته [23] (674) (675)، أو كان من التجار المتجولين الذين ليس لهم محل ثابت لتجارتهم [32] [33].

6.1.2.1. حقوق الملكية الصناعية

أولاً: براءات الاختراع

أ_ تعريفها يمكن تعريف براءة الاختراع بأنها الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافاً منها بحقه في ما اخترع، فبراءة الاختراع لا تعدو أن تكون شهادة رسمية تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع يستطيع هذا الأخير بمقتضى هذه الشهادة الاستئثار باستغلال اختراعه صناعياً لمدة محددة وبقيد معينة [34](11).

يعرف الاختراع على أنه فكرة لمخترع تسمح له عملياً بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية أما الجهة الإدارية المختصة في تسليم براءة الاختراع هي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية [35].

ب_ شروط براءة الاختراع

1_ الشروط الموضوعية: وتتمثل في وجود وجدة الاختراع [36](38)(39)، وأن يكون الاختراع قابل للاستغلال الصناعي وأن يكون مشروعاً [37](21)(23).

2_ الشروط الشكلية: وتتمثل في تقديم الطلب إلى الجهة الإدارية المختصة وفحص الطلب [35].

ت_ أهميتها: تظهر أهمية براءة الاختراع كعنصر من العناصر المعنوية للمحل التجاري عندما يكون هذا الأخير مصنعا يحتكر منتجات تحميها براءة الاختراع، فتخوله الحق المطلق في استغلال وصنع وبيع الاختراع أو منح رخص للغير بذلك وفي هذه الحالة تعتبر براءة الاختراع العنصر الجوهري حيث إذا تخلفت البراءة قلت قيمة المحل التجاري [12](148).

مدة حماية براءة الاختراع هي عشرون "20" سنة من تاريخ إيداع الطلب [35].

ثانياً: العلامات التجارية

أ_ تعريفها هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون [36](114).

عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 1/2 من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات على أنها " كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما

فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسوم أو الصور والأشياء المميزة للسلع وتوضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع أو خدمات غيره" [38].

ب_ شروطها

1_ الشروط الموضوعية: تتمثل هذه الشروط في تميز وحدثة العلامة وعدم مخالفة العلامة التجارية للآداب العامة والنظام العام [39] (20) (21).

2_ الشروط الشكلية: تتمثل هذه الشروط في إيداع وتسجيل العلامات ونشرها [25] (289) (290).

ت_ أهميتها وتفيد العلامة التجارية أو الصناعية جمهور المستهلكين في سهولة التعرف على رغباتهم في السلع والمنتجات التي يفضلونها، كما تخدم المنتج أو الموزع الذي يقوم بإنتاج أو بيع هذه السلع التي تحمل العلامة، فالعلامة التجارية تمثل في الواقع نوعا معينا من الجودة لجذب العملاء إلى هذه المنتجات أو السلع وتفضيلها على غيرها، ويشعر المستهلكون بنوع من الاطمئنان والثقة للسلع التي تحمل علامة تميزها عن غيرها من مثيلاتها التي لا تحمل أية إشارة أو علامة تميزها [15] (34) [40] [41]. تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر "10" سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إيداع الطلب ويمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر "10" سنوات [38].

رابعا: الرسوم والنماذج الصناعية

أ_ تعريفهما

1_ تعريف الرسم الصناعي: هو كل ترتيبات للخطوط يظهر على المنتجات ويعطي لها طابعا مميزا، كما هو الحال في الرسوم الخاصة بالمنتجات والسجاد والأواني الخزفية [42] (718).

2_ تعريف النموذج الصناعي: عبارة عن القالب الخارجي الجديد الذي تظهر فيه المنتجات فيعطي لها صفة الجاذبية والجمال كما هو الحال في جسم السيارة أو جسم الثلاجة... الخ [36] (98).

أما المشرع الجزائري فيعرفهما على أنهما (يعتبر رسما كل ترتيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نموذجا كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعمالها كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي) [43].

ب_ شروط الرسوم والنماذج الصناعية

1_ الشروط الموضوعية: تتمثل هذه الشروط في أن يعد الرسم أو النموذج لاستخدامه في الإنتاج الصناعي وأن يكون جديدا وأن لا يكون الرسم أو النموذج مخالفا للنظام العام والآداب العامة[36](101)(102)(103).

2_ الشروط الشكلية: تتمثل هذه الشروط في تقديم الطلب والتسجيل والنشر[43].

ت_ أهميتها هي عناصر معنوية في المحل التجاري ولها قيمة مادية كما يمكن التصرف فيها مستقلة عن المحل التجاري[12](149)، وجعل المشرع حمايتها مقررة لمدة عشر "10" سنوات ابتداء من تاريخ الإيداع[43]، وفي جميع الأحوال إذا تم التصرف بالبيع أو الرهن بالنسبة لبراءات الاختراع، والنماذج الصناعية والرسوم، والعلامات التجارية والصناعية سواء على حدة أو مع المحل التجاري، فيجب قيد العملية بالمركز الوطني للسجل التجاري، وكذا بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية قصد اطلاع الغير على محتوى العقود المتعلقة بالمحلات التجارية وهذا ما أكدته المادة 147 ق ت ج.

7.1.2.1. حقوق الملكية الأدبية والفنية

يقصد بحقوق الملكية الأدبية والفنية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم المبتكرة في العلوم والآداب والفنون، وهذه الحقوق تعتبر عملا تجاريا بالنسبة لمن يتوسط في بيعها كما هو الحال بالنسبة لدور النشر بأنواعها المختلفة كنشر كتب أو أسطوانات، وتعتبر حقوق الملكية الأدبية عنصرا من عناصر المتجر المعنوية، تنتقل معه عند التصرف فيه مالم يتفق على غير ذلك[15](41). نظمها المشرع بمقتضى الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ونصت المادة 54 منه على أن حماية الحقوق المادية للمؤلف تكون طوال حياته ولفائدة ذوي الحقوق طيلة خمسين "50" سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته، أما مدة حماية الحقوق المادية للفنان أو المؤدي أو العازف هي خمسين "50" سنة ابتداء من نهاية السنة المدنية للثبوت للأداء أو العزف ونهاية السنة المدنية التي تم فيها الأداء أو العزف عندما يكون الأداء أو العزف غير مثبت[44].

8.1.2.1. الإجازات والرخص

يقصد بالإجازات الرخص التي تصدرها الجهات المكلفة في الدولة لصاحب العلاقة لمباشرة نشاط تجاري معين، كرخصة فتح مطعم أو فندق، وتبقى الإجازات عنصرا من عناصر المتجر طالما كان بالإمكان التنازل عنها عند بيع المتجر، إلا أنه لو كان منح الرخصة تم لأسباب ذاتية خاصة بشخص طالب الترخيص، بحيث لم يعط الترخيص إلا لسبب هذه الحالة الخاصة، فإنه لا يمكن التنازل عن هذه الرخصة التي يتوقف وجودها وانعدامها على وجود صاحبها وعدمه فليس لهذه الرخصة أن تكون عنصرا من عناصر المحل التجاري في هذه الحالة[45](167).

2.2.1. العناصر المادية تتكون هذه العناصر مما يلي:

1.2.2.1. المعدات والآلات

هناك من يرى أن للمعدات والآلات معنى واحد ينطوي تحت مصطلح واحد هو المهمات، والتي تعني الآلات أو الأدوات أو المنقولات المادية بصفة عامة التي تسهل من عملية استغلال التاجر لمحلته التجاري دون أن تكون معدة للبيع، مثل آلات المصانع المخصصة للإنتاج، وتبقى المهمات على طبيعتها منقولا ماديا متى كان صاحب المحل التجاري مستأجرا للعقار الذي يشغله وهنا تدخل المهمات في تكوين المحل التجاري وتنتقل معه إلى المشتري ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك[23](677)، ويراعى هنا أن هناك من المنقولات ما يتم تخصيصها للعقار الذي يملكه التاجر ويمارس فيه نشاطه التجاري وتأخذ هذه المنقولات حكم العقارات في القانون وتسمى العقارات بالتخصيص. بالرغم من أن العقار لا يدخل ضمن عناصر المؤسسة التجارية إلا أن العقارات بالتخصيص استثنيت من هذا الحكم فتدخل بالتالي ضمن عناصر المؤسسة[46](254)(255). فيما يخص اعتبار أن العقار لا يعد عنصرا من عناصر المحل التجاري ذلك أن العقار بحكم طبيعته والنظام القانوني لتداوله يخرج عن ميدان العلاقات التجارية، ومن ثم إذا كان التاجر يملك العقار الكائن به متجره وتصرف فيهما بالبيع، فلا يدخل العقار ضمن عناصر المحل التجاري، إذ لا يمكن القول بأن العقار صار منقولا بالتخصيص، إنما تعتبر العملية في حقيقتها مركبة من عقدين، يخضع كل منهما للأحكام الخاصة به، فيعتبر بيع العقار مستقلا تسري عليه أحكام نقل ملكية العقار، أما بيع المحل التجاري فيخضع لإجراءات نقل ملكية المحل التجاري[12](134). ولكن المحل التجاري الذي يتمثل نشاطه في شراء العقارات من أجل إعادة بيعها يعد عملا تجاريا استنادا لنص المادة 2/2 ق ت ج التي اعتبرت عملا تجاريا بحسب الموضوع كل شراء للعقارات لإعادة بيعها، وفي هذه

الحالة فإن العقارات تعد بمثابة بضائع [22](112)(113)، غير أن الدكتورة فرحة زراوي صالح ترى أن العقار مهما كان بطبيعته أو بالتخصيص يبقى في تشريعنا مستبعدا من المحل التجاري الذي يعتبر مجموعة عناصر منقولة معنوية ومادية [10](181).

2.2.2.1. البضائع

وهي الأشياء التي يجري عليها التعامل من سلع ومنتجات تكون معدة للبيع، وإعداد الأشياء للبيع هو الذي يميز البضائع، ويستوي بعد ذلك أن تمثل البضائع سلعا كاملة الصنع أو سلعا نصف مصنعة أو مواد أولية، لذلك يعدد بقيمة البضائع الموجودة في المحل وقت إبرام عقد البيع ولا يجوز اعتبارها من عناصر رهن المحل لذات السبب [8](51).

3.1. الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه

بعدما تطرقنا إلى مختلف التعاريف التي أطلقت على المحل التجاري، وميزنا بينه وبين بعض المفاهيم المشابهة له، وأنه يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية فإنه يلزم علينا التطرق إلى طبيعته القانونية، والخصائص التي تميزه عن غيره من الأموال.

1.3.1. الطبيعة القانونية للمحل التجاري

إن كون المحل التجاري يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية أدى إلى اختلاف الفقهاء حول إعطائه تفسيرا قانونيا يميزه عن العناصر المكونة له، وقد ظهرت في هذا الشأن ثلاث نظريات وهي:

1.1.3.1. نظرية المجموع القانوني أو الذمة المستقلة

أولا: مضمون النظرية فحواها اعتبار المحل التجاري ذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر لها حقوقها وعليها التزاماتها المتعلقة بالتاجر والمستقلة عن بقية حقوق والتزامات التاجر، فيصبح بذلك المتجر وحدة قانونية مستقلة عن شخص التاجر [4](69)، ومعنى هذا أن المحل التجاري يعتبر شخصا معنويا يتمتع بالشخصية المعنوية، ترجع هذه النظرية إلى الفقه الألماني الذي يجيز مبدأ تعدد الذمم لشخص واحد [12](159).

ثانيا: نقد النظرية من بين الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أن القانون الجزائري يأخذ بمبدأ وحدة الذمة المالية وأن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه وذلك وفقا لنص المادة 188 ق م ج، إضافة إلى ذلك فإن المحل التجاري لا يعد شخصا معنويا لعدم ذكره في فحوى المادة 49 ق م ج.

2.1.3.1. نظرية المجموع الواقعي

أولا: مضمون النظرية ترى هذه النظرية في المحل التجاري مجموعة واقعية، أي مجموعة عناصر مختلفة ومستقلة ومرتبطة بعضها البعض برباط فعلي أي واقعي هو التخصيص لنفس التجارة فيتم جمع هذه العناصر بصورة مستقلة قصد تحقيق غاية معينة، أي غرض واحد وتصبح هذه العناصر عبارة عن كيان واقعي ناتج عن بعض أموال التاجر وليس كيانا قانونيا[10](189)(190).

كما يرى أصحاب هذه النظرية أن المحل التجاري وإن كان يشمل بعض العناصر المادية، إلا أنه يعتبر في مجموعه منقولا معنويا من حيث طبيعته وذلك نظرا لغلبة العناصر المعنوية التي تسود تكوين هذا المجموع[19](369).

ثانيا: نقد النظرية رغم أن هذه النظرية أخذت بفكرة أن المحل التجاري منقول معنوي مع ما يتضمنه من عناصر مادية يؤخذ عليها أن فكرة المجموع الواقعي ليس لها مدلول قانوني محدد[47](10)، فالمجموع إما أن يكون قانونيا وإما لا يوجد[15](54).

3.1.3.1. نظرية الملكية المعنوية

يرى الفقه أن المحل التجاري لا يعدو إلا أن يكون ملكية معنوية تتمثل في حق الاتصال بالعملاء، هذه الملكية لا ترد على شيء مادي مثلها في ذلك مثل الملكية الأدبية والملكية الفنية وملكية براءات الاختراع والعلامات التجارية[18](343).

2.3.1. خصائص المحل التجاري

سبق أن رأينا أن المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية، مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع وعليه فإننا نستخلص منه الخصائص التالية التي تجعله يتميز عن غيره من الأموال:

1.2.3.1. المحل التجاري مال منقول

أولاً: المقصود منهن المحل التجاري مال منقول لأنه يتركب من عناصر كل منها من قبيل الأموال المنقولة مادية كانت أو معنوية، كما هو الحال بالنسبة للبضائع أو الأثاث أو حق الاتصال بالعملاء أو حقوق الملكية الصناعية وغيرها [3](55) [48](332).

ثانياً: النتائج المترتبة عن اعتبار المحل التجاري مال منقول من بين النتائج المترتبة على اعتبار المحل التجاري مال منقول أنه يختلف عن العقار الذي تعرفه المادة 683 من ق م ج على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

نستنتج من خلال هذه المادة أن تعريف العقار لا ينطبق على المحل التجاري لأن المحل التجاري يمكن نقله دون تلف ومنه فإن الأحكام القانونية الخاصة بالمنقول هي التي تسري عليه، كذلك فإن دعاوى الحيازة وهي دعاوى عينية عقارية، وتهدف إلى حماية الحيازة في العقار لن تسري على المحل التجاري باعتباره من المنقولات.

بصفة عامة فإن المتجر يخضع للنظام القانوني للمال المنقول، إلا ما جاء به نص خاص [19](357)، كما أنه لا يمكن أن يكون موضوع رهن رسمي بل يكون موضوع رهن حيازي [7].

تجدر الإشارة إلى أن المحل التجاري كمبدأ عام يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول إلا أنه هناك بعض الاستثناءات أين يخضع لبعض الأحكام الخاصة بالعقار مثل اشتراط الشكلية في عملية الرهن الحيازي الواردة عليه.

2.2.3.1. المحل التجاري مال منقول معنوي

أولاً: المقصود منه يعتبر المحل التجاري من المنقولات المعنوية بسبب عدم وجود مادي له يدرك بالحس [16](192) [48](39).

ثانياً: النتائج المترتبة عن اعتبار المحل التجاري مال منقول معنوي من بين النتائج المترتبة عن اعتبار المحل التجاري مال منقول معنوي أنه لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية [49](214)، لأن هذه القاعدة خاصة بالأموال المادية دون الأموال المعنوية فإذا وقع بيع للمحل التجاري لشخصين على التعاقب، وتسلم المشتري الأخير المحل فإن حيازة المحل لا تصلح في

الاحتجاج بنقل ملكيته، وإنما الأفضلية للمشتري الأسبق في التاريخ حتى ولو انتقلت الحياة لغيره[22](119)(220)، وتجدر الإشارة هنا إلى أن بيع المحل التجاري يختلف عن بيع أحد عناصره إذ لما كانت هذه العناصر تحتفظ بذاتيتها داخل المحل التجاري فإن التصرف فيها يخضع للأحكام التي يخضع لها التصرف في الأموال التي من قبيلها[3](56).

3.2.3.1. الصفة التجارية للمحل التجاري

تكون المؤسسة تجارية عندما تخصص لمزاولة عمل من الأعمال التجارية، فالمؤسسة التي تستغل للقيام بأعمال الوكالة بالعمولة أو النقل أو تجارة التجزئة تعد مؤسسة تجارية، ولا عبء بعد ذلك بصفة الشخص الذي يقوم باستغلال المؤسسة التجارية ولا بمالك المؤسسة[46](258)[48](33).

4.2.3.1. مشروعية الاستغلال

المقصود به هو عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، لذلك لا تعتبر بيوت الدعارة محلات تجارية لأن الاستغلال الذي تقوم به مخالف للنظام العام والآداب[1](235)[50](383)(384).

يعرف النظام العام على أنه الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة، كما ترسمه القوانين فيها. بعبارة أخرى قواعد النظام العام هي القواعد التي تعتبر أساساً للقانون في الدولة، وفكرة النظام العام نسبية تتغير من دولة إلى أخرى، وفي الدولة الواحدة تتغير من عصر إلى آخر وتضييق دائرة النظام العام حيث يسود المذهب الفردي بينما تتسع دائرته حيث تسود المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية[51](38).

أما الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية الأساسية والضرورية لقيام المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال، أي هي ذلك القدر من المبادئ التي تنبع من التقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق في المجتمع، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عليها انحرافاً وتحلاً يدينه المجتمع، أي أن الآداب العامة هي التعبير الخلقى عن فكرة النظام العام. ولما كانت الآداب كذلك، فإن القواعد القانونية التي تتصل بها لا يمكن أن تكون إلا أمره يمتنع على الفرد مخالفتها[52](121).

الفصل 2

انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري

الأصل أن رهن المنقولات لا يكون إلا رهنا حيازيا ويترتب على الرهن الحيازي أن يتخلى المدين الراهن لدائنه المرتهن عن حيازة هذا المنقول، وذلك أن حيازة المنقول هي شرط لنفاذه في مواجهة الغير، ولا شك أن تطبيق هذه القاعدة بما يعقبها من آثار من شأنه الإساءة إلى المدين الراهن إذا كان محل الرهن هو المتجر، ذلك أن انتقال المتجر إلى الدائن المرتهن يؤدي إلى عواقب وخيمة تقع على المدين الراهن حيث يحرم من مباشرة استغلال متجره في التجارة، فيقع في مغبة ديون يصعب عليه الوفاء بها لحرمانه من وسيلة الاستثمار التي يملكها والتي تزوده بالقدرة المتجددة على سداد ما عليه [19](449).

وتمكينا للتاجر من الاقتراض بضمان المحل التجاري دون أن يتجرد من حيازته خرج المشرع الجزائري في رهن المحال التجارية عن القاعدة العامة الخاصة برهن المنقول، مع بقائها في حيازة الراهن وأفرد له نصوصا خاصة في القانون التجاري، ولما كان رهن المحل التجاري يعد تصرفا خطيرا في حياة التاجر التجارية إذ قد يترتب عليه أن ينتزع المحل من صاحبه بالبيع الجبري فتنتهي حياته التجارية، فقد استلزم المشرع لصحة الرهن أركاننا موضوعية وأخرى شكلية [12](206).

1.2. الأركان الموضوعية

يشترط عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أركانا موضوعية كغيره من العقود الأخرى ويقصد بالأركان الموضوعية تلك الشروط الواجب توافرها في كل عقد من العقود وهي الرضا، المحل والسبب. هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون التجاري على هذه الأركان لذا نعود إلى القانون المدني لدراستها إلا ما جاء منها بنص خاص في القانون التجاري.

1.1.2. الرضا

يعتبر الرضا ركن جوهرية في العقد غير أن هذا الركن غير كاف لقيامه وإنما يجب أن يصدر من شخص لديه حرية الاختيار وأن تكون خالية من العيوب التي تؤثر فيه.

1.1.1.2. ضرورة توفر الرضا

تنص المادة 59 ق م ج على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". فيوجد التراضي عندما يعبر شخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة أخرى مطابقة لها، أي تتجه إلى إحداث ذات الأثر القانوني وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين، فيتم العقد إذن عن طريق تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على هذا النحو وتوافق الإرادتين [53](38).

أولاً: وجود الإرادة

أ_ المقصود بوجود الإرادة هو أن تصدر من صاحبها قاصداً بها إحداث أثر قانوني أو آثار قانونية. والأثر القانوني هو الذي يحميه القانون وقول من لا يميز ما يفعل، كالمجنون أو الصبي غير المميز أو السكران، لا ينطوي على إرادة، وكذلك ما يصدر عنه من كتابة أو فعل. فإرادة كل من المجنون والصبي غير المميز والسكران أثناء سكره معدومة لا وجود لها، لأن الإرادة صنع الإدراك والتمييز.

كما أنه ما دام يشترط أن تكون هناك نية إحداث أثر قانوني، حتى تكون هناك إرادة، فإنه لا تعتبر إرادة بالمعنى القانوني الإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني [54](285)(286).

ب_ طرق التعبير عن الإرادة تنص المادة 60 ق م ج على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتجاه موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون

صريحا"، حيث أن الإرادة هي عمل نفسي، ينعقد به العزم على شيء معين. ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان، ويليهما عمل تنفيذي. فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين، أي الإدراك ثم يلي ذلك مرحلة التدبير، فيزن الشخص هذا الأمر ويتدبره، ثم تأتي المرحلة الثالثة، وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة، فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا المرحلة الرابعة وهي مرحلة التنفيذ، وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية: إثنان منها يرجعان إلى التفكير، والثالثة هي الإرادة المقصودة[55](149).

نستنتج من نص هذه المادة أنه هناك طريقتين للتعبير عن الإرادة هي التعبير الصريح والتعبير الضمني.

1_ التعبير الصريح يقصد بالتعبير الصريح الإفصاح عن الإرادة وبصورة مباشرة فيكون هذا التعبير بالكلام والألفاظ وهذه هي الطريقة العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين حاضرين، وقد يكون بالكتابة رسمية كانت أم غير رسمية، وكثيرا ما تستخدم الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة بين الغائبين عن طريق التراسل[56](53)(54).

كذلك فإن الإشارة المتداولة عرفا هي وسيلة للتعبير الصريح عن الإرادة، فيعتبر تعبيراً عن الإرادة إشارة الأخرس غير المبهمة، وأيضا الإشارة من غير الأخرس متى تواضع الناس على أنها ذات معنى خاص، كهز الرأس عموديا فهو يدل على القبول، بينما هزها أفقيا يدل على الرفض- على ما اصطلح عليه الناس- على أن التعبير عن الإرادة يكون أيضا تعبيراً صريحا، ولو لم يكن من قبيل الإشارة، بل كان باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، كما في عرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها في واجهة دكانه[54](286)(287).

2_ التعبير الضمني يكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة كالدائن الذي يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين مالم يثبت عكس ذلك[55](153).

نتعرض في هذا المجال إلى حالة السكوت، إذ هل من الممكن نسب قول أو موقف معين لساكت من عدمه؟ فالأصل العام أنه لا ينسب لساكت قول، إذ لا يمكن نسب قول أو موقف معين لشخص لم يصدر منه قول ولا كتابة ولا إشارة غير أنه هناك حالات مستثناة مذكورة في نص المادة 68 ق م ج التي تنص على أنه" إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من

الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

_ طبيعة المعاملة المثل على ذلك أن يرسل التاجر البضاعة لمن طلبها ويضيف بالفاتورة شروطاً جديدة لم تجر عليها عادة التعامل السابق بينهما ولم يبادر المشتري إلى الرفض فهذا يعد سكوته قبولاً.

_ العرف التجاري فمثاله إرسال المصرف إلى عميله بياناً عن حسابه ويذكر في البيان أن عدم الاعتراض عليه يعد إقراراً له، فسكوت العميل عن الرد يعتبر قبولاً له في هذه الحالة [53](43).

_ إذا وجد بين المتعاقدين علاقة عمل سابقة تسمح بتفسير السكوت دليلاً على القبول، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدها من تاجر بالكتابة إليه، فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول أولاً، فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاً منه، وأن التاجر سيرسل له ما طلبه كما عوده. وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق أو معدلاً له، أو فاسخاً [55](160)(161).

_ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: وفي هذه الحالة يكون الإيجاب نافعا للطرف الآخر الذبوجه إليه الإيجاب 56، ومن الأمثلة على ذلك إذا عرض الناقل على المسافر إنقاص ثمن النقل وسكت المسافر، أيضاً إذا عرض الدائن المرتهن على المدين الراهن تمديد آجال تسديد الدين وسكت المدين الراهن، فهذا السكوت دليل على قبول الساكت لذلك العرض.

ثانياً: توافق الإرادتين

معنى توافق الإرادتين أن يقترن الإيجاب بقبول مطابق له حتى ينعقد العقد.

_ الإيجاب هو تعبير لازم وبات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير فإذا حصل على هذا القبول انعقد العقد [53](67) [50](215).

ولذا فلا بد أن يحدد الإيجاب في كل حالة طبيعة العقد المقترح وأركانه الجوهرية التي لا غنى للتوافق عليها من أجل انعقاد العقد تبعاً لطبيعته [54](288)، فمثلاً عرض التاجر على بنك منحه قرض معين في مقابل ذلك يقوم برهن محله التجاري لصالح ذلك البنك خلال مدة زمنية معينة، ويسقط الإيجاب بأحد الأسباب التالية:

_ حالة ما إذا رفضه من وجه إليه.

_ إذا ما تحددت له مدة وانقضت تلك المدة دون أن يتصل به القبول خلالها.

_ بعدول الموجب إذا لم يكن الإيجاب مقترناً بأجل [56](60).

_ إذا عدل عنه صاحبه في مجلس العقد دون أن يصدر قبول من الطرف الآخر [53](74).

ب_ القبول معناه أن يرتضي الشخص الإيجاب الذي وجه إليه بكل عناصره حتى يتم التوافق بين قبوله وبين الإيجاب الصادر من الموجب، والقبول باعتباره تعبيراً عن إرادة الموجب لا بد أن تتوافر فيه الشروط السابق دراستها بشأن الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين، كما أن للموجه له الإيجاب حرية قبول الإيجاب من عدمه [53](75)، ويرى الأستاذ أودوت باسكال أن القبول يمنح الميلاء للعقد [14](95).

يكون القبول صراحة أو ضمناً وقد يكون مجرد السكوت قبولاً وقد تقدم تفصيل كل ذلك عند الكلام في التعبير عن الإرادة، ويجب أن يطابق القبول الإيجاب مطابقة تامة، حتى تتوافق الإرادتان فيتم العقد، ويكون التطابق فيما بين الإرادتين باتجاههما إلى شيء واحد، فيجب أن يكون هناك توافق تام بين الإرادتين على الالتزامات التي تنشأ من العقد، وما يشتمل عليه كل التزام من ركن، كموضوع الالتزام وسببه [55](275)(276)، كالتاجر الذي يعرض على البنك منحه قرضاً مقابل ذلك يقوم التاجر برهن محله التجاري لصالح البنك خلال مدة زمنية معينة ويقبل البنك إيجاب التاجر.

2.1.1.2. صحة التراضي

لا يكفي وجود الرضاء في العقد وإنما يجب أن يقترن هذا الوجود بصحة التراضي أي يجب أن يصدر من شخص ذي أهلية وأن يكون رضاؤه خاليا من عيوب الإرادة.

أولا: الأهلية

أ_ تعريف الأهلية تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق أو عليه حقوق، وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق، ويعتبر كل شخص أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم قضائي ويقع عبئ إثبات عدم الأهلية على من يدعيه[56](73).

ب_ أنواع الأهلية نستنتج من خلال هذا التعريف أن للأهلية نوعان وهما:

1_ أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته، وبالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة فهي مرتبطة بالشخصية القانونية[57](75)(76)، وحسب نص المادة 1/25 ق م ج فإن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ميلاده حيا وتنتهي بموته.

2_ أهلية الأداء

_ تعريفها: هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا تترتب عليه آثاره القانونية، ولا تظهر أهلية الأداء إلا في خصوص الأعمال والتصرفات القانونية التي تستلزم التعبير عن إرادة يعتد بها القانون ولذلك لا تظهر أهلية الأداء في خصوص الأعمال المادية التي تترتب آثارها دون الاعتداد بإرادة الشخص[53](105).

وهذه هي الأهلية التي نريد البحث عنها في مجال صحة التراضي أي التي تؤخذ بعين الاعتبار عند إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتناولها في القانون التجاري وإنما اكتفى بالإشارة إليها في بعض المواد منه فقط في الكتاب الأول من الباب الأول تحت عنوان التجار.

_ مراحل أهلية الأداء: تمر أهلية الأداء بثلاثة مراحل وهي:

• مرحلة انعدام أهلية الأداء: قد يرجع انعدام أهلية الأداء إلى صغر في السن أو عارض أو مانع من موانع الأهلية حيث تجعل منه هذه الحالات غير أهل لمباشرة حقوقه.

* انعدام أهلية الأداء لصغر في السن: نكون أمام هذه الحالة إذا لم يبلغ الشخص 13 سنة من عمره وهذا حسب نص المادة 2/42 ق م ج.

* انعدام أهلية الأداء لعارض من عوارض الأهلية: نكون أمام هذه الحالة إذا بلغ الإنسان سن الرشد وكان مجنوناً أو معتوهاً، وهذان العارضان يصيبان الإنسان في العقل [31]، ويعرف الجنون بأنه المرض الذي يصيب العقل فيفقدته ويعدم التمييز. أما العته فهو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم [57] (79)، وتنص المادة 107 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة على أنه "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها" [58].

إن تصرفات المحجور عليه (المجنون والمعتوه) تكون باطلّة بطلاناً مطلقاً إذا كانت صادرة عنه قبل الحجر عليه وكانت أسباب الحجر عليه ظاهرة وفاشية أو كان المتعاقد معه يعلم بحالته هذه. كذلك إذا صدرت عنه هذه التصرفات بعد توقيع الحجر عليه فإن تصرفاته تكون باطلّة بطلاناً مطلقاً.

* انعدام أهلية الأداء لمانع من موانع الأهلية: نكون أمام هذه الحالة إذا بلغ الإنسان سن الرشد ولكنه يكون في حالات لا تسمح له القيام بالتصرفات القانونية وهي عديدة سنقتصر في دراستنا على الموانع التي لها علاقة بمجال بحثنا ونذكر منها ما يلي:

_ الحكم بعقوبة جنائية: تنص المادة 9 مكرر ق ع ج على أنه "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي" [59]. والعقوبة الأصلية في مواد الجنايات حسب نص المادة 5 ق ع ج هي الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرون سنة. من خلال ما سبق نستنتج أن الشخص الذي ارتكب جنائية معاقب عليها وفقاً للمادة 5 ق ع ج يكون منعدم الأهلية غير أهل لإبرام التصرفات القانونية ومنه عدم أهليته لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

_ الحكم بشهر الإفلاس: إن الحكم بشهر إفلاس التاجر يمنع المفلس من التصرف في أمواله أو إدارتها، حيث توكل مهمة ممارسة حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بزمته طيلة مدة التفليسة لوكيل التفليسة وهذا حسب نص المادة 244 ق ت ج، وعليه فإن التاجر الذي توقف عن دفع ديونه وحكم

عليه بشهر إفلاسه لا يمكن له ترتيب عملية الرهن الحيازي على محله التجاري باعتبار أن يده غلت من التصرف أو إدارة أمواله.

_ السماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين: حسب نص المادة 1/149 ق ت ج فإنه لا يجوز أن يتدخل هؤلاء الأشخاص سواء تدخلوا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالتبعية في الرهون المتعلقة بالمحلات التجارية، وفرض المشرع الجزائي عقوبة جزائية على كل مخالف لأحكام هذه المادة وذلك في نص المادة 150 ق ت ج حيث قرر عقوبة الحبس من شهر إلى 3 أشهر وغرامة لا تتجاوز 100.000 دج أو بأحد هاتين العقوبتين فقط وتضاعف العقوبة في حالة العود.

الحكمة من هذه الشروط هي حماية التجار من جشع المرابين والسماسرة الذين ينتهزون حاجة المدين الملحة إلى الاقتراض، فيفرضون عليهم شروط قاسية، وهذه القاعدة أمره تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإن رهن المحل التجاري يقع باطلا متى كان هؤلاء الأشخاص من الوسطاء والسماسرة والمجرمون الذين ليس لهم أي علاقة بالنشاط التجاري المؤسس على الثقة والائتمان[12](209).

اشتراط القانون في أحكام أخرى عدم الجمع بين مهنة التجارة واكتساب صفة التاجر من جهة، مع بعض المهن الأخرى كالوظيفة العمومي، والمهن الحرة، وكذلك الوظائف النيابية[2](150). هذا لحماية الغير من استغلال هذه الفئة لمركزها واستعمالها للنفوذ وما لها من سلطة، كما أنهم يكتسبون صفة التاجر ويلتزمون بالتزامات التاجر وهذا حماية للظاهر غير أن هذا لا يمنع من متابعتهم تأديبيا وفقا لأحكام قانون المهنة التي يزاولونها.

• مرحلة نقص أهلية الأداء: قد يرجع هذا النقص إلى صغر في السن أو إلى عارض من عوارض الأهلية التي تنقص من أهلية الإنسان.

* نقص أهلية الأداء لصغر في السن: يعتبر الإنسان ناقص أهلية الأداء لصغر في السن متى بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة) وهذا حسب نص المادة 43 ق م ج، فتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وإذا كانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر فتتوقف إجازتها على قرار الولي أو الوصي[56](74).

تنص المادة 5 ق ت ج على أنه "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها في حالة انعدام الأب والأم.

ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

نستخلص من نص هذه المادة أن المشرع منح للقاصر الذي بلغ سن 18 سنة إمكانية مزاولة التجارة ولكن بعد استيفائه لبعض الشروط وهي حصوله على إذن مسبق من والده إذا كان حيا ولم تسقط عنه سلطته الأبوية أو لم يعترض أهليته أي عارض من عوارض الأهلية، أما إذا كان العكس فيجب عليه الحصول على الإذن من أمه إذا كانت كاملة الأهلية، أما إذا اعترض أهليتها أي عارض من عوارض الأهلية فيجب عليه الحصول على إذن من مجلس العائلة (مجلس العائلة تضمنه القانون رقم 778/57 الصادر في 1957/07/11 المتضمن الأحكام الخاصة بالولاية والحجر والغياب والفقدان في التشريع الجزائري، وقد ألغي هذا القانون بالأمر الصادر في 1975/07/05)[2](149). إضافة إلى حصوله على الإذن يجب عليه تقديمه مرفقا بطلب التسجيل في السجل التجاري.

بالتالي فالقاصر لا يتمتع بأهلية الاتجار إلا في الحدود التي رسمها له الإذن المصادق عليه من المحكمة وعليه فجميع التصرفات التي تدخل في إطار الإذن تكون صحيحة وتكسبه صفة التاجر [22](160)، ويلتزم بالفقيد في السجل التجاري ويجوز شهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه، فإذا خالف هذا الإذن وقام ببعض الأعمال خارج نطاق التجارة المأذون له في مزاولتها فإن هذه الأعمال تقع باطلة بطلانا نسبيا لمصلحته [60](92)(93).

من خلال ما سبق يمكن لنا القول أنه إذا كان المحل التجاري مال منقول معنوي، فإن هذا يخول للقاصر المرشد الحاصل على الإذن وفقا للشروط المنصوص عليها في نص المادة 5 ق ت ج بترتيب عملية الرهن الحيازي على محله التجاري من أجل حصوله على القروض التي يحتاج إليها. يرى الأستاذ علي بن غانم أن الولي أبا كان أو أما أو جدا لا يستطيع أن يرهن المحل التجاري المملوك لولده القاصر، قياسا على المادة السادسة من القانون التجاري التي لا تسمح له بالتصرف في عقارات القاصر دون إذن من المحكمة، فالمحل التجاري لا يقل أهمية عن العقارات، وقد يتعداه من حيث القيمة مما يستوجب وحده الحكم لاتحاد العلة [2](198).

* نقص أهلية الأداء لعارض من عوارض الأهلية: يعتبر الشخص الذي بلغ سن الرشد وتتوفر فيه عاهة السفه والغفلة يكون ناقص الأهلية، وذلك وفقا لنص المادة 43 ق م ج وهاذان العارضان

يصيبان تدبير الإنسان، فتصرفات ذي الغفلة والسفيه قبل توقيع الحجر قابلة للإبطال لأن السفيه والغفلة لا يذهبان بالإدراك والتمييز (حيث عرفت الدكتورة محمدي فريدة زاوي السفيه على أنه الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع، فيعمل على تبذير أمواله وتكون تصرفاته خارجة عن المؤلف. أما ذو الغفلة فهو شخص كامل العقل ولكنه طيب القلب إلى حد الغفلة، يستدل عليه في إقباله على التصرفات دون الاهتداء إلى الراجح منها أو قبول الغبن الفاحش دون إدراك)[57](81).

• مرحلة كمال أهلية الأداء: لم يشر المشرع الجزائري في القانون التجاري إلى سن معينة يمكن اعتبارها معياراً لتحديد سن الرشد، وهذا ما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري الذي يعتبر أن الشخص يكون كامل الأهلية ببلوغه سن التاسع عشر من عمره، ما لم يعترض أهليته أي عارض أو مانع من موانع الأهلية التي سبق الإشارة إليها، وهذا حسب نص المادة 40 ق م ج، وعليه فإن لكل شخص بلغ سن الرشد الحق في ممارسة حقوقه بنفسه ومنها مزاولة الأنشطة التجارية ومن بين هذه الأنشطة إبرام عقد الرهن الحيازي على المحل التجاري.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز رهن المحل التجاري إلا من طرف صاحبه وعلى ذلك يشترط في الراهن أن يكون مالكا للمحل التجاري ولا يهم إذا كان صاحب المتجر مالكا للعقار الذي يستغل فيه المحل أم لا، فيجب النظر إلى ملكية المتجر وليس ملكية العقار [10](252)(253). فلا يستطيع التاجر الذي يمارس التجارة في شكل إيجار التسيير أو ما يسمى بالتسيير الحر أن يقوم برهن المحل التجاري، لأن مثل هذا التاجر مجرد مستغل للمحل وليس مالكا له، والقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه[2](198).

ثانيا: عيوب الإرادة

قد تتوفر في الشخص المتعاقد الأهلية القانونية لمباشرة الأنشطة التجارية، غير أن هذه الأهلية غير كافية إذ يجب على ذلك الشخص أن تكون إرادته المتوجهة إلى إبرام التعاقدات، خالية من عيوب الإرادة التي تفسد الرضاء ومنه تأثيرها على التعاقدات التي قام بها المتعاقد وهذه العيوب لم يذكرها المشرع الجزائري في القانون التجاري، هذا ما يحيلنا إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري لدراستها، وتتمثل هذه العيوب في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

أ_ الغلط

1_ تعريفه هو وهم يقوم بذهن الشخص يجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، فيرى في الأمر شيئا غير موجود فيه في الواقع أو يعتقد أنه خاليا من صفة معينة وهي متوافرة فيه في

الحقيقة[53](107)، وتنص المادة 81ق م ج على أنه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

الغلط الجوهري هو الذي بلغ حدا من الجسامة بحيث أنه ما كان للمتعاقد أن يبرم ذلك العقد لو لم يقع في ذلك الغلط61 وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1/82 ق م ج.

2_ حالات اعتبار الغلط جوهري عددت هذه الحالات المادة 2/82 و3 ق م ج وهي:

_ إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

_ إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد. المثال على ذلك كأن يقدم البنك قرضا لتاجر على أساس أن له سمعة طيبة مقابل رهن محله التجاري ثم يتبين أنه تاجر مجرم سبقت إدانته بجريمة خيانة الأمانة أو توبع بجريمة الإفلاس ورد اعتباره.

ب_ التدليس

1_ تعريفه هو استعمال طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، إذ أنه يقوم على عنصرين أحدهما مادي يتمثل في استعمال حيل والآخر معنوي يقصد به نية التضليل لدى المدلس للإيقاع بالطرف الآخر وحمله على التعاقد[56](82)(83) [61](63).

2_ شروط التدليس تتمثل هذه الشروط في:

_ استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل.

_ أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد وأن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر بأن يكون صادرا منه، أو نائبه أو على علم به إذا كان صادرا من الغير أو من المفروض حتما أن يعلم به[31] [62](175). ومثال ذلك تقديم التاجر عند ترتيب الرهن الحيازي على محله التجاري لوثائق مزورة تبين أن قيمة الأرباح المحققة كبيرة ما يجعل المتعاقد معه يطمئن للمركز المالي للمقترض.

ت_ الإكراه

1_ تعريفه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفاً تحمله على التعاقد [53](126)، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه [62](207).

2_ شروط الإكراه

_ استعمال وسيلة من وسائل الإكراه وأن تحمل الرهبة العاقد الآخر على إبرام العقد، وفيهذا الشرط يراعى في تقدير الإكراه الحالة الشخصية للمكروه لا للشخص المعتاد أي المعيار الذاتي.

_ أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو على الأقل أن يكون متصلاً به [56](89)(91) [31].

منح المشرع الحق لكل متعاقد الحق في إبطال العقد إذا وقع في هذه العيوب، ويسقط هذا الحق إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد طبقاً لنص المادة 101 ق م ج.

ث_ الاستغلال

هو أن يقدم شخص على استغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن فادح لهذا المتعاقد وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب إطلاقاً مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر [53](135) وهذا ما نصت عليه المادة 90 ق م ج. وللاستغلال عنصران عنصر مادي يتمثل في اختلال التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه وعدم التكافؤ بين التزام المغبون والتزام المستفيد [56](96)، وعنصر معنوي يتحقق بأن يستغل أحد المتعاقدين ما استشعره في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح مما يعني أن إرادة هذا المتعاقد إرادة معيبة [54](328). ومثال ذلك استغلال تاجرة شابة لعجوز طاعن في السن بحيث ترهن له محلها التجاري الصغير مقابل حصولها على مبلغ مالي كبير لا يتناسب مع قيمة محلها التجاري.

2.1.1. المحل

لكل عقد من العقود محل يلتزم به أطراف العقد وعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره عقداً كغيره من العقود الأخرى يشترط محل له أيضاً وعليه سنحاول تعريف المحل والشروط الواجب توافرها فيه.

1.2.1.1. تعريف المحل

يعتبر محل العقد العملية القانونية التي اتفق المتعاقدان عليها فيه، أي العملية التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها وفقاً للبواعث الدافعة التي تحدد مضمون إرادتهما المشتركة [54] (330)، فالرهن الحيازي للمحل التجاري يعتبر العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد والالتزام هنا يكون بترتيب التاجر رهناً حيازياً على محله التجاري لصالح أحد الأشخاص مقابل حصوله على قرض منه، فمحل الالتزام هنا هو إنشاء رهن حيازي على المحل التجاري بينما يكون محل التزام المقرض هو نقل ملكية مبلغ من النقود.

2.2.1.2. شروط المحل

يشترط في المحل عدة شروط يجب استيفائها وهي:

أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً الوجود

أ_ أن يكون المحل موجوداً يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً، فعدم وجوده يستلزم انتفاء وجود العقد، فإذا تخلف محل الالتزام لا ينشأ العقد، فإذا كان المحل موجوداً ثم هلك قبل إبرام العقد انتفى ركن المحل وكان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً [56] (100). ولا يعتبر المحل التجاري موجوداً إلا إذا تضمن العناصر الأساسية في تكوينه للقول بوجوده، لأن المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، والعناصر المعنوية هي التي لها مركز أساسي في تكوين المحل التجاري، خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية اللذان لا يمكن الاستغناء عنهما في كل المحلات التجارية مهما اختلفت طبيعة النشاط التجاري الممارس في هذه المحلات، ولذلك إذا توفرت مجموعة من العناصر المادية والمعنوية دون وجود عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فلا يمكن لنا الحديث عن المحل التجاري [13]. كذلك إذا وجد المحل التجاري بكامل عناصره ثم زال هذا المحل لسبب من الأسباب كالغلق أو انصراف العملاء عنه، فلا يمكن لنا الحديث عن وجود محل تجاري، وبالتالي عدم إمكانية مالك المحل التجاري ترتيب عملية الرهن الحيازي

عليه لانعدام ركن المحل، لا يمكن أيضا رهن محل تجاري في مرحلة التأسيس، أي في مرحلة الإنشاء لأن هذه العملية غير جائزة [63](220).

أما محل التزام المقرض فهو مبلغ من المال الذي يلتزم بتقديمه للتاجر، فلا يشترط فيه أن يكون موجودا وقت التعاقد وإنما يمكن أن يوجد في المستقبل، أي يمكن أن يكون موجودا أو دينا مستقبليا كما هو الحال بالنسبة للتاجر الذي يرهن محله التجاري مقابل ضمانه في صفقة ينوي الدخول فيها مستقبلا، كأن يستورد بضاعة أو ينجز مشروعاً فيطلب من البنك ضمانه فيما هو مقدم عليه [2](200).

ب_ أن يكون المحل ممكنا يشترط فيما يكون محلا للالتزام أن يكون ممكنا في ذاته، فإذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، والاستحالة التي تحول دون قيام هذا الالتزام هي الاستحالة المعاصرة لانعقاد العقد، بشرط أن تكون استحالة مطلقة أي استحالة يعجز معها كل شخص عن القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل [54](333)(334)، فالعقد الذي يكون محله غير موجودا يكون باطلا [50](359)، ويقع باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق يخول للتاجر رهن محله التجاري الذي انصرف عنه عملاؤه.

ثانيا: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين

يجب على أطراف العقد أن يحددوا مما يتكون محل الالتزام الذي يريدون إنتاجه بعقدهم، حتى يعرف المدين ما يجب عليه الوفاء به، ويعرف الدائن ما سيحصل عليه [64](181)، وتنص المادة 119 ق ت ج على أنه " لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به.

وأن الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها، تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزءا مثلها من الرهن المنشأ.

وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية.

وإذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة"[7].

من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع الجزائري منح الحرية للأشخاص المتعاقدة اختيار العناصر التي تدخل في عقد الرهن الحيازي ولكن قيده بشرط، حيث فرق بين حالتين حالة اتفاق الأطراف على تعيين العناصر المرهونة وحالة عدم تعيين العناصر المرهونة في العقد.

أ_ حالة تعيين العناصر المرهونة في العقدي قصد بها تحديد عناصر المحل التجاري المقرر رهنها بعقد الرهن إضافة إلى عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية الذي يكون في جميع عمليات رهون المحال التجارية لصفته الإلزامية[8](77)، حيث لا يجوز للأفراد تحديد عناصر غير تلك التي ذكرها النص، وذلك لورودها على سبيل الحصر فلا يجوز بالتالي التوسع فيها أو القياس عليها، وبناء على ذلك لا يجوز اشتمال الرهن على البضائع[18](398).

وقصد المشرع من وراء ذلك المحافظة على ائتمان الدائنين العاديين للتجار الذين يعتمدون أساسا على البضائع لضمان ديونهم لأنها الأموال الظاهرة بالمحل، كما قصد المشرع أيضا أن تكون هذه الأموال حرة من كل قيد حتى لا يتعطل نشاط التاجر، فالبضائع معدة للبيع بطبيعتها ولا يمكن للمدين الراهن أن يحتفظ بها بعيدا عن التداول وإلا توقف نشاطه[15](111)، إذ أن احتجازها معطلة بسبب رهنها إرهاب شديد للمدين الذي من الأفضل له استغلاله تجاريا حتى يمكنه الوفاء بما هو عليه ليخلص المتجر من الرهن[19](459). علاوة على ذلك فإن البضائع منقولات مادية سهلة الانفصال عن المتجر المرهون وإذا ما خرجت عن المحل التجاري أصبحت كبقية المنقولات المادية التي تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[15](111)، والمشتري للبضائع لا يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بحق الدائن المرتهن في التتبع عملا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[6](652). ولا تعد البضائع المخصصة للعرض دون البيع من قبيل البضائع في هذا الخصوص، إذ يحدث أن يعرض التاجر في متجره بعض العينات من أنواع متعددة من البضائع التي يقوم باستيرادها والاتجار فيها، كالسيارات أو الآلات الكهربائية أو الأجهزة الطبية، وهذه البضائع غير مخصصة للبيع يجوز رهنها كأحد عناصر المحل التجاري، وتأخذ حكم المهمات من حيث طبيعتها القانونية[15](112). على أن استبعاد البضائع من نطاق رهن المؤسسة التجارية لا يحول دون رهنها مستقلة عن المؤسسة رهنا حيازيا[6](652)، لكن إذا قام بهذه العملية وجب عليه إحترام الشروط العامة المنصوص عليها صراحة في القانون المدني أي يجب أن يكون رهن البضائع بنزع حيازتها، لكن من الناحية العملية

لا يقوم التاجر برهن البضائع لأنها ضرورية لمتابعة نشاطه [10](259)، فهي مخصصة لعملية البيع [48](402).

كذلك يجوز لصاحب المحل التجاري مع الاحتفاظ بالحيازة أن يرهن الأثاث التجاري والآلات والمهمات مستقلة عن المحل الذي تستغل فيه إذا صارت عقارا بالتخصيص ويفترض ذلك أن التاجر يمارس التجارة في عقار مملوك له. حقيقة أن العقار لا يدخل في تكوين المحل التجاري ولكن المهمات والآلات التي تستعمل في استغلاله تعتبر عنصرا من عناصره ولو صارت عقارا بالتخصيص، ولذلك يجوز أن يرد على المهمات والآلات المذكورة نوعان من الرهن: الرهن العقاري على اعتبار أنها عقار بالتخصيص ورهن المحل التجاري على اعتبار أنها من العناصر التي يشملها الرهن [3](297)(298)، وإذا كان لا يجوز لأطراف عقد الرهن الاتفاق على شمول الرهن لعناصر غير التي ذكرها النص، فإنهما على العكس يمكن لهما استبعاد بعض العناصر، فلا يشترط أن يشمل الرهن كل العناصر الواردة في النص، بل يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد بعضها، وإنما يجب أن تكون العناصر الداخلة في وعاء الرهن كافية لوجود المحل التجاري من الناحية القانونية، ومن ثم لا يجوز ألا يشتمل الرهن على أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري وخاصة عنصري الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية، واقتصاره على المهمات وإن حدث ذلك فلن نكون بصدد رهن واقعا على محل تجاري [18](399).

وإذا كان الرهن يشمل براءة اختراع فإن الشهادة الإضافية لهذه البراءة والصادرة بعد الرهن، تتبع مصيرها وتخضع مثلها للرهن. وإذا كان الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري يشمل كذلك فروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة في العقد أي لا يرد الرهن على الفروع إلا إذا حدد موقعها صراحة في اتفاق الطرفين [10](260)، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للمخازن أو غيرها من الأمكنة التي يحصل تخزين البضاعة فيها فإنها لا تعتبر من قبيل المحال التجارية، كما أنها لا تعتبر فروعا لانعدام المقومات اللازمة لوجود المتجر وأخصها عنصر الاتصال بالعملاء، ولذلك تعتبر المخازن وغيرها المشار إليها امتدادا للمحل التجاري الذي تتبعه وجزء منه فيشملها الرهن الذي يقع على المحل التجاري ولو لم ينص عليها في العقد. ولم يستوجب المشرع في عقد الرهن تجزئة الدين المضمون إلى أجزاء ثلاثة بالنسبة للمقومات غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة، كما فعل في عقد البيع، ولذلك تكون جميع الأجزاء المرهونة ضامنة للدين كله تطبيقا للقواعد العامة [3](294)(295).

ب_ حالة عدم تعيين العناصر المرهونة في عقد الرهن تنص المادة 3/119 ق ت ج على أنه " وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن الحيازي فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية".

نستنتج أن المشرع منح للمتعاقدين حرية تعيين العناصر المراد التعاقد عليها في العقد، غير أنه في حالة عدم اتفاقهما فإن العقد يتضمن فقط العناصر المعنوية المبينة في هذه الفقرة دون غيرها من العناصر الأخرى، وهذا نظرا لأهمية وقيمة هذه العناصر في تكوين المحل التجاري واستمرار الحياة التجارية للتاجر.

أما محل التزام الدائن فهو مبلغ من المال: فأوجب القانون أن تكون هذه النقود معينة بنوعها ومقدارها، ويلتزم المدين حينئذ بقدر عددها المذكور بالعقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها أي أثر. معنى ذلك أنه إذا تغيرت قيمة النقود في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به، لا يكون لهذا التغيير أي أثر في مقدار محل الالتزام، فالمدين عليه الوفاء بالمقدار المعين في العقد ولو ارتفعت قيمة النقود، وليس للدائن أن يطلب أكثر من المقدار المبين في العقد ولو انخفضت قيمة النقود [64] (184) [31].

ثالثا: أن يكون المحل مشروعاً

يشترط أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام والآداب، حتى ينشأ الالتزام، لأنه إذا كان محل الالتزام مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقاً أي عديم الأثر، فالقانون قد يحرم التعامل في شيء لاعتبارات من النظام العام أو الآداب [54] (336)، فمثلا رهن محل مخصص لبيع الأسلحة خارج عن التعامل بسبب اعتبارات النظام العام، أما رهن محل مخصص لممارسة الدعارة تخرج عن دائرة التعامل لاعتبارات الآداب العامة، وهذا حسب نص المادة 93 ق م ج.

3.1.2. السبب

يعتبر الشخص حراً في إبرام العقود والتصرف في أمواله سواء بالتنازل عنها أو باستغلالها، ولكل أسبابه التي تدفعه إلى ذلك غير أنه في موضوع السبب قيل الكثير بشأنه فظهرت نظريتان: نظرية تقليدية تقوم على أساس السبب المباشر الذي أدى إلى التعاقد، ونظرية أخرى حديثة تقوم على أساس السبب غير المباشر أو البعيد الذي أدى بالشخص إلى التعاقد، وعليه سنحاول دراسة هاتين النظريتين للوصول إلى جوهر ركن السبب الذي يعتبر ركن مهم من أركان العقد.

1.3.1.2. النظرية التقليدية

تختلف وجهة نظر هذه النظرية عن وجهة نظر النظرية الحديثة لذلك سنحاول تناولها من عدة جوانب.

أولاً: تعريف السبب

يعرف أصحاب النظرية التقليدية السبب بأنه الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، فالسبب يتميز عن الباعث بأنه الغاية المباشرة، وهو أول نتيجة يصل إليها الملتزم [55][546]. هذا هو السبب القصدي في الالتزام وهذا السبب لا يختلف من عاقد إلى آخر في العقد الواحد ويدخل في نطاق العقد ويعد جزء منه لا ينفصل عنه [53][154]، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد [65][190].

أما عن سبب الالتزام فيمكن إيضاحه على تطبيقات النظرية التقليدية على مختلف أنواع العقود:

_ بالنسبة للعقود التبادلية أو الملزمة للطرفين: فإن سبب التزام كل من الطرفين هو التزام الطرف الآخر، ففي البيع مثلاً يوجد التزامان متقابلان هما الالتزام بتسليم المبيع وتحمله البائع، والالتزام بدفع الثمن وتحمله المشتري، وبالمثل فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة هو التزام المؤجر بتكليفه من الانتفاع بالعين المؤجرة [64][201].

_ بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد: إذا كان العقد من العقود العينية، يعتبر سبب التزام العاقد هو تسلم الشيء من العاقد الآخر. فسبب التزام المودع لديه برد الوديعة هو تسلمه لهذه الوديعة، وسبب إلتزام المقرض والمستعير والمرتهن (في عقود القرض والعارية والرهن الحيازي) هو تسلمه لمبلغ القرض أو الشيء المعار أو المرهون [53][155].

نشير إلى أن في الرهن الحيازي للمحل التجاري أن سبب التزام التاجر هو حصوله على القرض وسبب التزام المقرض هو حصوله على قيد الرهن رغم عدم انتقال حيازة المحل التجاري إليه، وهذا ما سنحاول التفصيل فيه لاحقاً.

_ بالنسبة لعقود التبرع: أما في عقود التبرع فالسبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها، فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً، هو إسداء يد للموهب له، وهذا هو السبب في التزامه [55][547].

ثانياً: خصائص السبب

- _ أنه يقصد به سبب الالتزام وليس سبب العقد، وهو شيء موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم.
- _ أن السبب شيء داخلي في العقد، ويعد عنصر من عناصره، فلا يتصور وجود عقد هبة مثلاً بدون نية التبرع.
- _ أن السبب واحد لا يتغير في كل أنواع العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع ولهذا يوصف بأنه اعتبار موضوعي داخل في العقد غير متغير، وعلى ذلك يجب ألا نبحث عن سبب الالتزامات العقدية إلا داخل العناصر المادية للعقد.
- _ إذا تخلف السبب في أي عقد من العقود يترتب عليه تخلف عنصر من عناصره ويكون العقد باطلاً، ويجب قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه، فإذا انقطع قبل التنفيذ سقط الالتزام، وتظهر أهمية هذه الخصيصة في العقود الملزمة للجانبين [64](201)(202).

ثالثاً: شروط السبب

يشترط أصحاب هذه النظرية توافر ثلاثة شروط وهي:

- أ_ وجود السبب لابد للالتزام من سبب فإذا تخلف السبب بطل الالتزام، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع، وفي العقود العينية هو واقعة تسليم الشيء، وفي العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف، فإذا لم يوجد السبب في أي من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد [66](151).
- ب_ صحة السببيته هذا الشرط مشكلتين الأولى بالغلط في السبب، وتتعلق المشكلة الثانية بصورية السبب:
- _ بالنسبة للغلط في السبب: قد يعتقد المتعاقد شيئاً، أو أمراً على غير حقيقته، بحيث يكون سبب التزامه غير صحيحاً، ويترتب على هذا السبب المغلوط بطلان العقد.
- _ بالنسبة للسبب الصوري: فإن المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا أنهما يختفيان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة، قد تكون مشروعة وقد لا تكون، والصورية في حد ذاتها لا تبطل العقد إلا إذا كان الغرض منها تحقيق هدف غير مشروع [65](192).

ت_ مشروعية السبب يكون السبب غير مشروع إذا كان محرماً قانوناً، أو يقصد به التحايل على نص قانوني، أو كان مخالفاً للأداب والنظام العام [64](204).

رابعاً: نقد النظرية التقليدية

تعرضت هذه النظرية لانتقادات من جانب خصومها ممن يعرفون باللاسببية، وأبرز معارضي هذه النظرية الفقيه بلانيول ويظهر نقده لهذه النظرية في موضوعين: الأول يتمحور حول عدم صحة هذه النظرية والثاني يتمحور حول عدم فائدتها من جهة ثانية.

أ_ عدم صحة هذه النظرية إن سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد معه في العقود التبادلية، إلا أن هذا غير صحيح، لأن نشوء هذين الالتزامين مترامين، في حين أن السبب يقتضي أن يتقدم دائماً على النتيجة المترتبة عليه [65](193). أيضاً في العقود العينية ليس صحيحاً ما تذهب إليه النظرية التقليدية من أن استلام محل العقد هو سبب الالتزام، فالاستلام ليس إلا واقعة تلزم لانعقاد العقد، وتنشأ بتمامه التزامات المتعاقدين، فيعتبر الاستلام إذن مصدراً منشأ لا سبباً قصدياً. أما في التبرعات ليس صحيحاً كذلك أن نية التبرع هي سبب الالتزام وذلك لأن نية التبرع تدخل في الرضاء الذي يتكون منه العقد ولا يجوز الخلط بين السبب والرضا وبين القصد والإرادة المنشئة للعقد [53](159).

ب_ عدم فائدة هذه النظرية يظهر ذلك إذا أمكننا تحقيق النتائج التي يراد الوصول إليها عن طريق فكرة السبب بطريق آخر [66](154)، ففي العقود الملزمة للجانبين يكون العقد باطلاً لهلاك محلها أو استحالته أو عدم مشروعيته، وذلك دون حاجة إلى القول بعدم وجود السبب، وتقع العقود العينية باطلة إذا تخلف التسليم ليس لاعتباره سبباً للالتزام وإنما باعتباره واقعة قانونية لقيام العقد، وفي عقود التبرع إذا انعدمت نية التبرع كان العقد باطلاً لأن الالتزام أصبح دون مقابل دون نية التبرع في ذات الوقت، وبالتالي لا يكون الالتزام جدياً هادفاً لتحقيق أثره القانوني فيتخلف ركن الرضاء في العقد [53](159).

هذا ما يمكن قوله فيما يخص السبب في النظرية التقليدية وعليه ننتقل لدراسة السبب حسب النظرية الحديثة.

2.3.1.2. النظرية الحديثة

نظراً لما ظهرت به النظرية التقليدية من عيوب حاولت النظرية الحديثة تفادي تلك العيوب في تفسير قائم على أساس مختلف مع التفسير الذي اعتمدته النظرية التقليدية، وهذا ما سنحاول تبينه.

أولاً: تعريف السبب

على عكس النظرية التقليدية أصبحت العبرة بسبب العقداً بسبب الالتزام، وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر، ويتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد؛ فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص، وقد تعدد وتفاوتت من حيث أهميتها، فتكون العبرة حينئذ بالدافع الرئيسي وليس بالثانوي، ولا يعتد إلا بالبائع الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد [65](197)(198).

نستنتج من خلال هذا التعريف أن السبب عند هذه النظرية هو الغاية غير المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها من وراء إبرامه للعقد، وليس السبب المباشر الذي قالت به النظرية التقليدية، غير أن المتأمل في الباعث إلى التعاقد فقد يصعب التعرف عليه باعتباره أمر ذاتي كامن في داخل المتعاقد ولذلك يشترط العلم به من أجل إبطال العقد. أما في حالة عدم العلم به فلا يبطل العقد، وعليه حاول الفقه تطبيقه على عقود المعاوضة وعقود التبرع كما يلي:

ففي عقد المعاوضة المعاوض أولى بالرعاية من المتبرع له، ولذا فعقد المعاوضة لا يبطل إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع إلا إذا كان الباعث معلوماً من المتعاقدين، أما عمل التبرع سواء كان عملاً يتم بإرادتين كالهبة أم بإرادة واحدة كالوصية، فلا يشترط لإبطاله إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع أن يكون معلوماً من المتبرع له [66](161)، وأساس هذه التفرقة المبدأ القائل "إن ضمان استقرار المعاملات واجب الرعاية في المعاوضات عنه في التبرعات" [64](210).

ثانياً: خصائص السبب

_ الباعث أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين، فالتصرفات القانونية المتعلقة بمحل شاغر مثلاً قد تكون غير مشروعة إذا تبين أن المتعاقد ينوي استغلال هذا المحل في القمار أو الدعارة، غير أنه قد يكون الأمر مشروعاً إذا تعامل المتعاقدان في محل معد للقمار وتبين أن المتعاقد ينوي الحصول على هذا المحل لاستغلاله في نشاط مشروع.

_ الباعث أمر خارجي عن عملية التعاقد، وهذا يستدعي البحث عنه خارج العقد، مما يزيد في صعوبة إثباته؛ فهو أمر نفسي غير واجب الإفصاح عنه، وهذا ما يفسر اشتراط الفقه علم المتعاقد بالنوايا غير المشروعة للمتعاقد معه لإبطال العقد.

_ الباعث أمر متغير يختلف باختلاف الأشخاص والتصرفات القانونية[65](200).

ثالثا: مشروعية السبب

فإذا كان غير مشروع، أي كان مخالف للنظام العام والآداب بطل العقد، فعن طريق البحث والتحري عن الباعث يمكن الوصول إلى نفس النتيجة عن طريق محل الالتزام لأنه إذا كان محل التزام أحد المتعاقدين غير مشروع فإن التزام هذا المتعاقد يقع باطلا، ويبطل بالتالي التزام المتعاقد الآخر لتخلف سببه، غير أن هذا غير متيسر بالنسبة لكافة العقود التبادلية، لأنه قد يكون محل الالتزام مشروعاً بالرغم من عدم مشروعية الباعث على التعاقد، وكذلك بالنسبة لغيرهما من العقود[64](211).

يظهر لنا جليا من خلال هذا أنه من الواجب التطرق إلى التفرقة بين المحل وسبب العقد، لكي لا يقع الخلط في سبب البطلان أهو عدم مشروعية سبب العقد؟ أو لعدم مشروعية المحل؟ ومن أجل هذا يميز الفقه بين محل الالتزام ومحل العقد.

ففي محل الرهن الحيازي للمحل التجاري مثلا التزام التاجر هو رهن المحل التجاري حيازيا لصالح المقرض، ومحل التزام المقرض هو تسليم مبلغ من المال للمقرض، فمحل الالتزامين مشروع في هذا المثال ولو تعلق الأمر بمحل مخصص لبيع المخدرات، ولذا لا يبطل العقد لعدم مشروعية محل الالتزام، وإنما يبطل لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد وهو استغلال المال في محل مخصص لبيع المخدرات[66](163).

أما في محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها، وقد تكون هذه العملية القانونية مشروعة ولكن الدافع إليها غير مشروع. ففي المثال السابق كانت العملية القانونية وهي رهن المحل التجاري عملاً مشروعاً، أما السبب الدافع فهو استغلال المال في محل مخصص لتجارة المخدرات، وهذا غير مشروع، ومن ثم يبطل العقد لعدم مشروعية محل العقد، وقد يحدث العكس فمثلاً التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة محرم بنص القانون فهنا المحل غير مشروع، وبالتالي يبطل العقد لعدم مشروعية محله، ولو كان الباعث الدافع إلى التعامل في الشركة المستقبلية مشروعاً[64](212).

3.3.1.2. موقف المشرع الجزائري

سنحاول من خلال ما سبق تبيان موقف المشرع الجزائري من السبب، وأي من النظريتين أثرت في موقفه، فنص في المادة 97 ق م ج على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب

مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا"، وينص أيضا في المادة 1/98 على أنه "كل التزام مفترض له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

نستخلص من خلال هاتين المادتين أن المشرع بقوله "إذا التزم المتعاقد لسبب" قصد سبب الالتزام وليس سبب العقد، وقوله أيضا "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً" فإن المشرع قصد من وراءه سبب العقد أي الباعث الدافع، ما يعني أن المشرع أخذ بموقف النظرية الحديثة.

نصل من خلال هذا إلى أن المشرع الجزائري أخذ بازواجية السبب.

أما فيما يخص المادة 2/98 ق م ج التي تنص على أنه "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

فهنا نميز بين حالتين: حالة ذكر السبب في العقد وحالة عدم ذكر السبب في العقد:

أولاً: حالة ذكر السبب في العقد في حالة ما إذا كان السبب مصرحاً به في العقد يفترض أنه صحيح، وعلى المدعي أن يثبت أن السبب المذكور صوري، وأن يقدم دليلاً بالكتابة مادام السبب مكتوباً في العقد، فإذا أثبت أن السبب المذكور صوري كان عبئاً إثبات العكس على الدائن، وإذا أثبت أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع بكل طرق الإثبات [56](111).

ثانياً: حالة عدم ذكر السبب في العقد في هذه الحالة افترض القانون أن لهذا الالتزام سبباً مشروعاً ولذلك يعفى الدائن من إثبات سبب الالتزام ومشروعية السبب، غير أن هذه القرينة القانونية التي أقامها المشرع تعد قرينة بسيطة تقبل الإثبات العكسي، حيث يستطيع المدعي أن يثبت أن لهذا الالتزام سبب غير مشروع ويقوم المدعي بهذا الإثبات بكافة طرق الإثبات [53](165).

2.2. الأركان الشكلية

يعتبر الرهن الحيازي للمحل التجاري رهنا لا يؤدي إلى نزع حيازة ذلك المحل التجاري المرهون من المدين الراهن وانتقاله إلى الدائن المرتهن، وهذا نظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي، وأن انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن سيؤدي إلى زوال الحياة التجارية للتاجر، وهو الذي قام بعملية الرهن من أجل حصوله على قرض لتوسيع تجارته.

وعليه فإن هذه الطبيعة الخاصة لهذه العملية جعلت المشرع الجزائري يشترط إجراءات شكلية دقيقة، وهي وجوب كتابة هذه العملية ووجوب إشهارها لإعلام الغير بالوضعية الحقيقية التي يوجد عليها المحل التجاري.

1.2.2. الكتابة

يعتبر اشتراط المشرع الكتابة في عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري خروجاً عن مبدأ الرضائية في العقود، الذي يكفي لتمام العقد توافر إرادتين متطابقتين وصحة هاتين الإرادتين، إذ يجب كتابة هذه العملية وإفراغها في عقد رسمي أمام الموثق، غير أن المشرع استثناء عن هذا أجاز إتمام عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي.

1.1.2.2. الكتابة الرسمية

نظراً للأهمية التي يكتسبها المحل التجاري فإن المشرع اشترط إفراغ عملية الرهن الحيازي الواردة على المحل التجاري في شكل رسمي، وذلك أمام الموثق الذي يتولى تحرير العقد وفقاً للإجراءات والشكليات المحددة قانوناً.

أولاً: تعريف العقد الرسمي

تناول المشرع الجزائري تعريف العقد الرسمي في المادة 324 ق م ج، وعرفه على أنه "عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه".

وتنص أيضاً المادة 120 ق ت ج على أنه "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي...".

والمقصود هنا بالعقد الرسمي هو ذلك العقد الذي تم تحريره سواء من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ب_ شروط العقد الرسمي

نستنتج من خلال التعريف السابق الذكر أنه لصحة المحرر يجب أن تتوفر فيه شروط معينة وهي:

1_ أن يصدر المحرر من موظف عام أو من في حكمه يقصد بالموظف العام أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة كل من تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها ولو كانوا بدون أجر، ويتنوع هؤلاء الأشخاص تبعاً لما يقومون به من أعمال [67] (90)، فالموثق يعتبر ضابط عمومي وتسد له مهمة تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية فهو مفوض من قبل السلطة العمومية لتولي تلك المهمة [68]، وهذا ما يهمننا باعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يتولى تحريره الضابط العمومي وهو الموثق بناء على ما تلقاه من ذوي الشأن.

يشترط للانتحاق بمهنة التوثيق النجاح في المسابقة التي تنظمها وزارة العدل بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين في هذا الشأن ويشترط في كل مترشح للمسابقة عدة شروط وهي:

_ التمتع بالجنسية الجزائرية.

_ حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها.

_ بلوغ خمسة وعشرين (25) سنة على الأقل.

_ التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

_ التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

يتم تعيين الحائزون على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق بصفتهم موثقين بقرار من وزير العدل، وقبل شروعهم في مهامهم يؤدون اليمين أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكاتبهم [68].

أ_ أن يصدر المحرر من الموثق في حدود سلطاته واختصاصاته يمكن استخلاص هذا الشرط من العبارة الأخيرة الواردة في نص المادة 324 ق م ج " في حدود سلطاته واختصاصاته"، فالمقصود منه أن تكون له ولاية تحرير المحرر من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ومن حيث المكان.

1_ من حيث الاختصاص الموضوعي يختص كل موظف بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية، ويجب أن يكون الموظف أهلا لكتابة المحرر، أي ليس به مانع أو سبب يلزمه بالامتناع عن توثيق المحرر [69][60].

هذا وللموثق أهلية تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة، غير أنه هناك حالات يمنع فيها على الموثق تلقي العقد الذي يكون طرفاً معيناً فيه، أو ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة كانت، أو يتضمن تدابير لفائدته، أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفاً أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة القرابة أو المصاهرة حتى الدرجة الرابعة أو تجمعها قرابة الحواشي، ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت [68].

إلى جانب هذه الموانع يمكن إضافة بعض الحالات التي تتنافى مع ممارسة مهنة التوثيق وهي:

_ لعضوية في البرلمان.

_ رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة.

_ كل وظيفة عمومية أو ذات منفعة تبعية.

_ كل مهنة حرة أو خاصة [68].

2_ من حيث الاختصاص الزمني يقصد بها أن يصدر الموثق المحرر أثناء ولايته، أي بعد نجاحه في المسابقة وبعد تعيينه بقرار من وزير العدل وتأديته لليمين قبل الشروع في ممارسة مهامه، أما قبل هذا فلا يمكن الاعتداد بالعقد الذي يحرره الموثق، أيضاً إذا تم توقيف الموثق أو عزله فلا يسمح له بممارسة نشاطه وبذلك لا يعتد بالعقود التي يحررها.

3_ من حيث الاختصاص المكاني إذا كان الاختصاص المكاني يقيد الموظف العام أو من هو في حكمه، فإن هذا لا يقيد الموثق فهو مختص بتحرير العقود الرسمية على كامل التراب الوطني، وذلك طبقاً للتعديل الذي أتى به القانون رقم 02/06 المتضمن مهنة الموثق في المادة 2 منه.

ت_ أن يتم تحرير المحرر وفقاً للأشكال التي حددها القانون لقد جاء النص على هذا الشرط في نص المادة 324 ق م ج المشار إليها أعلاه "طبقاً للأشكال القانونية"، فيتعين لاكتساب المحرر الصفة الرسمية أن يلتزم في تحريره الأوضاع الجوهرية المتطلبة قانوناً، سواء ما كان منها أوضاعاً عامة مستلزمة في جميع المحررات أو أوضاعاً خاصة ببعضها، ويرجع في شأن هذه الأخيرة للتنظيم القانوني الخاص بكل مهنة [70][202].

وحسب القانون رقم 02/06 المتضمن مهنة التوثيق فإن العقود التوثيقية يجب تحريرها باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط، ويجب كتابة المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويجب أن يشمل أيضا- عدا البيانات الخاصة بموضوع المحرر- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، تحديد موضوع العقد والمكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه، وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل، التتويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، توقيع الأطراف والشهود، والموثق والمترجم عند الاقتضاء[68].

إضافة إلى هذه البيانات الواجب توافرها في كل العقود التوثيقية فإنه في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يستلزم ذكر بعض البيانات الأخرى وهي:

ذكر رقم وتاريخ القيد في السجل التجاري، ذكر مبلغ القرض بالحروف والأرقام، تعيين المحل التجاري المرهون (موقعه، نوع النشاط الممارس فيه، تعيين العناصر التي يشملها الرهن الحيازي، ويشير الموثق على اعتماده على محضر المعاينة المعد من طرف المحضر القضائي ويذكر اسمه ولقبه وصفته وعنوانه وتاريخ محضر المعاينة، ويشير أيضا الموثق إلى أصل ملكية المحل التجاري انطلاقا من رقم وتاريخ السجل التجاري والمركز الوطني للسجل التجاري الذي يكون تابعا له، يذكر الموثق في العقد أيضا التزامات الأطراف بكل دقة والآثار المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات، عقد التأمين تاريخه ومدته والشركة المؤمن لديها، تدوين تصريحات المدين الراهن مثلا أنه ليس في حالة إفلاس أو تسوية قضائية، ذكر الطرف الذي تقع عليه المصاريف، الموطن المختار من طرف الأطراف والمحكمة المختصة للفصل في النزاع ويتم التأشير على نسخة من هذا العقد لدى المركز الوطني للسجل التجاري للولاية التابع له المحل، وختاما يذكر الموثق أن انعقاد وتحرير العقد تم بمكتبه ويذكر اليوم والشهر والعام، وأنه تمت تلاوة وترجمة محتوى العقد الأصلي وأمضى الطرفان في الأصل، تاريخ ومكان تسجيل العقد ورقم القسيمة، عدد الصفحات التي تم فيها تحرير العقد ويذكر أيضا إذا كان هناك إحالات أو شطب ويختتم الموثق العقد ويوقع عليه) هذا حسب نموذج عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

ثالثاً: جزاء تخلف شرط من شروط صحة العقد الرسمي

نفرق هنا بين حالة تخلف الشرط الأول أو الثاني وبين تخلف الشرط الثالث:

فالشرطين المتعلقين بصدور المحرر من ضابط عمومي وفي حدود سلطاته واختصاصاته فإن تخلف هذان الشرطان يؤدي إلى بطلان المحرر وفقدانه صفته الرسمية.

أما تخلف الشرط الثالث فيجب التفريق بين أمرين إذا كان المتخلف أحد البيانات الجوهرية فإن المحرر يعتبر باطلاً، وإذا كان المتخلف أحد البيانات غير الجوهرية فلا تأثير على المحرر عندئذ.

والمثال على ما يعتبر من البيانات الجوهرية في العقد إغفال ذكر التاريخ، اسم وتوقيع الموثق أو عدم ختم العقد بالختم الرسمي، عدم ذكر أسماء أطراف العقد، أما عدم ترقيم الصفحات مثلاً يعتبر من البيانات غير الجوهرية التي لا يؤدي عدم مراعاتها إلى البطلان، كذلك نص المشرع الجزائي في المادة 3/119 ق ت ج على أنه إذا لم يعين الأطراف صراحة على وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما لا يكون شاملاً إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية.

يقر القانون في هذه الحالة بأنه إذا لم يكتسب المحرر صفة الرسمية، كان له قيمة المحرر العرفي، بشرط أن يوقع عليه ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم [67](93).

غير أنه بالعودة إلى عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري فإن الرسمية لازمة لانعقاد التصرف، وأن المحرر لا يكون له أية قيمة فتخلف الرسمية معناه تخلف ركن من أركان التصرف في هذه الحالة.

رابعاً: حجية العقد الرسمي في الإثبات

إذا استوفى العقد الرسمي الشروط السابقة الذكر قامت قرينة على سلامته من الناحية المادية، ويعتبر حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار به، وقد حدد المشرع هذه الحجية في المواد من 324 مكرر 5 إلى المادة 324 مكرر 7 ق م ج.

أ_ حجية العقد الرسمي من حيث الأشخاص بالعودة إلى المواد السابقة الذكر يتضح لنا أن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة سواء كانوا أطرافاً في المحرر

أو كانوا من الغير الذين يضارون أو يستفيدون من المحرر، وتعتبر المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانونا.

ب_ حجية البيانات الواردة في العقد الرسمي لبيان الحجية التي تكتسبها البيانات الواردة في العقد الرسمي يجب أن نفرق بين نوعين من البيانات نظرا لاختلاف طرق الطعن فيها وتتمثل في:

1_ البيانات التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير: وهذه البيانات هي تلك التي يقوم الموثق بتدوينها في حدود مهمته والتي يثبتها في المحرر كالتاريخ ومكان التوثيق واسم كل من الأطراف، وكل البيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون، كذلك البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق، فأكثرها يتعلق بموضوع المحرر، أي البيانات الخاصة بهذا المحرر بالذات، فكل البيانات التي تقع من ذوي الشأن ويدركها الموثق بسمعه وبصره تكون حجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير[67](93).

يلاحظ أن هذه البيانات يستلزم القانون أن تكون في حدود مهمة الموثق فإذا خرجت عن نطاق مهامه عد المحرر باطلا، ولذلك أعطاها المشرع ثقة خاصة فلا يكفي لإثبات عكسها مجرد الإنكار أو تقديم دليل آخر مناقض لها فالمشرع رسم الطريق الوحيد لنفي هذه الحجة هي الطعن بالتزوير.

2_ البيانات التي يمكن إثبات عكسها: هي تلك البيانات التي تصدر من ذوي الشأن، ويكون على الموظف أن يدونها تبعا لإقراراتهم فقط، فليس عليه أن يتحقق من صحتها، ويعتبر ما جاء بهذه البيانات صحيحا حتى يقوم من ينكر صحتها بإثبات عكسها بطرق الإثبات العادية، لأن الطعن في مثل هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموظف وصدقه[67](95).

خامسا: حجية صورة العقد الرسمي

نص المشرع الجزائري على حجية صورة المحرر الرسمي في المادتين 325 و326 ق م ج، ووفقا لقواعد التوثيق يحفظ أصل العقد الرسمي في مكاتب التوثيق ويعطى لأصحاب الشأن صوراً منه، والقاعدة أن الحجية لا تكون إلا بالصورة الأصلية بحكم أنها تملك توقيعات أما الصورة فهي لا تحمل توقيعات وليست هي التي تصدر من الموثق بل هي منقولة عن الأصل بواسطة الموثق، فهي تعد ورقة رسمية ولكن رسميتها في أنها صورة وليست أصلا ويفترض في صورة المحرر (العقد)

الرسمي أنها مطابقة مع الأصل من حيث ما ورد فيه من بيانات وما تحمله من توقيعات، إلا أن حجيتها تقل عن حجية الأصل.

2.1.2.2. الكتابة العرفية

لقد أجاز المشرع الجزائري أن تتم عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول، وهذا حسب نص المادة 1/123 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض التي تنص على أنه "يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمؤسسة التجارية لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا"[71]، وهذا استثناء من القاعدة التي تشترط إفراغ عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري في عقد رسمي.

أولاً: تعريف العقد العرفي

هو ذلك العقد الذي يتم بين الأشخاص فيما بينهم دون أن يتم لدى الموثق، فهو عقد غير رسمي ولا تحيط به الضمانات التي تحيط بالعقود الرسمية، والمقصود به هنا العقد الذي يبرمه الشخص التاجر سواء أكان شخص طبيعي أم شخص معنوي (شركة تجارية) مع البنوك أو المؤسسات المالية.

ثانياً: شروط العقد العرفي

تنص المادة 327 ق م ج على أنه "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".

نستخلص من خلال نص هذه المادة أنه يجب أن تتوفر في العقد العرفي عدة شروط وهي:

أ_ وجود الكتابة المقصود من هذا الشرط هو أن ينصب مضمون العقد العرفي على الواقعة التي يريد الأطراف التعاقد عليها، فإذا كانت هذه الواقعة عقد رهن حيازي للمحل التجاري يجب أن تكون الكتابة متضمنة لذكر اتفاق الطرفين على الدين والشئ المرهون وسائر شروط الرهن.

ولا يشترط أن تكون الكتابة في شكل معين، فكل ما يكتب ويؤدي المعنى يعتبر كافياً، فقد تكون باللغة العربية أو غيرها، بخط المدين أو الدائن أو شخص آخر، وقد تكون الكتابة بالطباعة أو الآلة الكاتبة أو بالتصوير أو بالكربون، وقد تكون بالحبر أو الرصاص أو غير ذلك من المواد، وقد تكون بالحروف أو بالأرقام أو بالاختزال أو بالرموز ما دام لها مفتاح خاص معتمد من

ذوي الشأن، وليس هناك تحديد لما يجب أن يتضمنه العقد العرفي من بيانات وإن كان من الأحوط الحرص على استكمال كل البيانات اللازمة والمفيدة، كذكر المبالغ بالأرقام والحروف ومراعاة الدقة في تحريرها [69](78)(79).

ب_ التوقيع وهو جوهر العقد العرفي والشرط الأساسي فيه، لأنه هو أساس نسبة الكتابة إلى الموقع ذلك أن التوقيع على الورقة يتضمن قبول ما هو مكتوب أعلى التوقيع.

ولما كان التوقيع يفيد نسبة الورقة لصاحب التوقيع قبولاً منه لكل ما ورد فيها، فإنه كما يتم بالإمضاء يتم بالختم أو ببصمة الأصبع، ذلك ولقد ساوى المشرع بينهم في تحقيق نسبة الورقة إلى من يحتج بها عليه، ولا شك أن التوقيع ببصمة الأصبع أضبط من التوقيع بالختم لاستحالة تقليده.

غير أنه لا يجوز الخلط بين الورقة العرفية الموقعة كدليل كامل للإثبات وبين التصرف الذي تضمنته الورقة العرفية، بحيث أنه إذا كانت الورقة لا تقوم لها قائمة كدليل إثبات في حالة خلوها من التوقيع، فإن ذلك لا يستتبع عدم وجود التصرف الرضائي الذي يصح إثباته بما يقوم مقام الكتابة [70](224).

ثالثاً: حجية العقد العرفي في الإثبات

حسب نص المادة 327 ق م ج فإن المحررات العرفية لا تكون حجة إلا إذا لم ينكر من نسبت إليه، ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء على خلاف المحرر الرسمي الذي لا تسقط حجتيه إلا عن طريق الحكم بتزويره أو بطلانه، بينما يكفي لسقوط القرينة أقرها المشرع بأن المحرر العرفي صادر من موقعه إنكار الشخص المنسوب إليه، ويشترط في الإنكار أن يكون صريحاً فإذا سكت المنسوب إليه المحرر ولم ينكره صراحة كان ذلك إقراراً ضمناً بالنسبة إليه.

أما إذا كان من يحتج عليه بالمحرر وارثاً أو خلفاً فلا يطلب منه الإنكار وإنما يكفي منه أن يصرح أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى الحق عنه مع تعزيز ذلك بيمينه.

وقد يعترف الشخص المنسوب إليه المحرر بأن بصمة ختمه صحيحة، إلا أنها تمت دون علمه وإرادته، كما في حالة ضياع الختم أو عهده إلى شخص يخون الأمانة، لا شك أن مجرد الاعتراف ببصمة الختم كاف لثبوت الحجية للمحرر العرفي، ولا يطلب ممن يتمسك به أي دليل آخر لاعتماد صحته، ولا يستطيع صاحب الختم التحلل من المحرر إلا بالطعن فيه بالتزوير وإثبات أنه لم يوقع بالختم، ولا يكفي في هذا الإثبات أن يكون قد أعلن فقد ختمه في إحدى الصحف، حيث لا ينهض

هذا الإعلان دليلاً على حدوث الفقد، ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم[69](91)(92).

تصدر جميع البيانات الواردة في المحررات العرفية من ذوي الشأن وذلك على خلاف البيانات التي ترد في المحررات الرسمية، ولذلك كان من الجائز إثبات عكس هذه البيانات بطرق الإثبات العادية، ولا يمنع اعتراف الشخص بتوقيعه أو بخطه من أن يطعن على موضوع المحرر نفسه.

أ_ حجية العقد العرفي بالنسبة للأطراف المحررات العرفية حجة على الناس كافة فيما عدا التاريخ، فلا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً، فبالنسبة لطرفي المحرر حجة بكافة البيانات الواردة فيه بما في ذلك تاريخه إلى أن يثبت العكس، أما بالنسبة إلى الغير فهو أيضاً حجة عليهم فيما عدا تاريخه، فلا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت[67](126).

ب_ حجية العقد العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث التاريخ

1_ المقصود بالغير: هو الذي يحتج عليه بتاريخ المحرر العرفي أي كل شخص تتأثر حقوقه على نحو أو آخر نتيجة تغيير التاريخ الحقيقي للمحرر العرفي دون أن يكون طرفاً في هذا المحرر أو ممثلاً فيه بشخص آخر وهم:

• الخلف الخاص: وهو من تلقى حقاً عينياً من المتصرف، فهو يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من سلفه والتي تتولد عنها حقوق تتعارض مع الحق الذي تلقاه من سلفه، ولا بد لكي تسري عليه تصرفات السلف أن تكون ثابتة التاريخ[69](99)، وسابقة على تاريخ تلقيه لحقه، فما كان منها سابق التاريخ على تلقيه لحقه اعتبر بالنسبة لها خلفاً خاصاً وتعدى إليه أثرها، وما كان منها لاحقاً أو غير ثابت التاريخ لم ينصرف إليه أثرها، باعتبار صدورهما من غير ذي صفة، ويتضح من هذا الفرض أن الخلف الخاص تعلق حقه الذي آل إليه من أحد أطراف التصرف بذات المال موضوع هذا التصرف[70](251).

• دائنوا المفلس: حيث لا تنفذ تصرفات المفلس في مواجهتهم إلا ما كان منها ثابت التاريخ قبل شهر الإفلاس، وفي ذلك قضى بأن العقد العرفي الصادر من المفلس لا حجية له في مواجهة جماعة الدائنين، ما لم يكن قد اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل صدور حكم شهر الإفلاس على اعتبار أنه بصدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، ويتعلق لدائنيه حق على أمواله[70](253)، ونص المشرع الجزائري على هذا الحكم في نص المادة 244 ق ت ج.

2_ المقصود بالتاريخ الثابت: إن التاريخ الثابت في المحرر العرفي ليس التاريخ الذي يدونه أطراف التصرف القانوني الذي يثبته المحرر، وإنما هو التاريخ الذي يتحقق بالحالات التي حددها المشرع في المادة 328 ق م ج وهي:

- من يوم تسجيله: يأخذ المحرر العرفي تاريخا ثابتا من يوم تسجيله، ذلك أن التصرفات التي يبرمها الأشخاص وخاصة الناقلة للملكية ومنها تخضع لإجراءات التسجيل في مصلحة الطابع والتسجيل من أجل اقتضاء الدولة رسوم الطابع والتسجيل، فيكون تاريخ تسجيلها هو التاريخ الثابت الذي يحتج به في مواجهة الغير، غير أنه يلاحظ في أن هذه الحالة قد انتهت مفعولها منذ سنة 1992 حينما منع قانون المالية لهذه السنة تسجيل العقود العرفية، وأوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محرر رسمي صادر عن الموثق.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام: قد يحصل أن يشار في ورقة ثابتة التاريخ كمحرر رسمي مثلا إلى محرر عرفي، وفي هذه الحالة يعتبر تاريخ المحرر العرفي ثابتا، ويكون هو تاريخ المحرر، ويلزم بطبيعة الحال أن يكون مضمون المحرر العرفي المشار إليه في المحرر الرسمي محددًا لموضوعها تحديدا لا يحتمل اللبس [67](130)، مثلا احتواء الخانة الخاصة بنوع الوثائق المودعة في دفتر الأرومة لعقود الرهون الحيازية للقاعدات التجارية على عقد عرفي ويذكر فيه التاريخ ويوقع عليه.

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص: إذا قدم المحرر إلى موظف عام وأشر عليه تأشيرًا مؤرخًا، أثناء قيامه بعمله، فإن المحرر يعتبر ثابت التاريخ من يوم التأشير، كتأشير القاضي أو كاتب الجلسة على المحرر الذي يقدمه الخصوم أثناء جلسة المرافعة [69](105).

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء: مقتضى ذلك أنه يستدل كتاريخ ثابت للمحرر العرفي من تاريخ وفاة أو عجز من كان له عليه أثرا معترفا به من خط أو إمضاء أو بصمة، باعتبار أنه ذلك مما يستدل منه بالضرورة على صدور المحرر العرفي في تاريخ سابق على الوفاة أو العجز، بصرف النظر عن صفة صاحب الإمضاء على الورقة سواء كان بصفته طرفا فيه أو شاهدا أو ضامنا لعموم الحكمة في كل الأحوال، والوفاة والعجز باعتبارهما واقعتان ماديتان يثبتان بجميع طرق الإثبات [70](266).

بالعودة إلى نص المادة 1/31 ق ت ج فإنها تنص على أنه "يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية، تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقاً لأحكام المادة 30 ق ت ج"، وتنص أيضاً المادة 30 ق ت ج على أنه "يثبت كل عقد تجاري:

- 1_ بسندات رسمية.
- 2_ بسندات عرفية.
- 3_ بفاتورة مقبولة.
- 4_ بالرسائل.
- 5_ بدفاتر الطرفين.
- 6_ بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

ونشير إلى أن المؤسسات المالية والبنوك تعتبر تاجرة تتخذ شكل شركة مساهمة وحسب نص المادة 2 ق ت ج فإن كل عملية مصرفية أو عملية صرف تعتبر عملاً تجارياً بحسب الموضوع، فيجوز في المواد التجارية إثبات ما يخالف أو ما يجاوز المكتوب بكافة طرق الإثبات، وذلك خلافاً لقواعد الإثبات في المواد المدنية، إذ لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة.

كما أنه لا يحتج في المواد المدنية بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ بثبوت رسمي، وذلك بخلاف ما هو الحال عليه في المواد التجارية، بحيث أنه يجوز الاحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو أنه لم تكن ثابتة التاريخ بثبوت رسمي، ويبرر مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية دون المواد المدنية بضرورة إبرام العقود على وجه السرعة.

غير أنه في المواد المدنية يشترط إعداد الدليل الكتابي قبل تمام العقد لحماية طرفيه، كما أن مبدأ الإثبات في المواد التجارية يفسر بأن المتعاقدين التجار ليسوا بحاجة إلى الحماية القانونية، كما هو الحال بالنسبة لغير التجار، بالإضافة إلى أن التجار يقيدون الأعمال التي يقومون بها في دفاتر تجارية مما يخفف من مبدأ عيوب الإثبات، ويسهل إقامة الدليل على التعاقد فيما بين التجار بمقارنة دفاترهم التجارية [60] (40).

2.2.2. القيد والإعلان

لا يكفي إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل رسمي، وإنما اشترط المشرع إضافة إلى ذلك الزامية استكمال إجراءات الشهر من قيد التصرف في سجل خاص لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يتبع إليه المحل التجاري، وإعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات

القانونية، إضافة إلى هذا إذا كان المحل التجاري يتضمن حقوق الملكية الصناعية يستوجب المشرع قيدها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وهذا من أجل إعلام الغير بالوضعية الحقيقية للتاجر الذي يتعاملون معه.

أولاً: قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري بالمركز الوطني للسجل التجاري

يلتزم التاجر شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً بقيد عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري بالدفتر العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرته المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراءات بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي وهذا حسب نص المادة 120 ق ت ج.

أ- المقصود بالمركز الوطني للسجل التجاري

يعتبر المركز الوطني للسجل التجاري مؤسسة إدارية مستقلة، مكلفة خصوصاً بتسليم السجل التجاري وتسييره، ويوضع تحت إشراف وزير العدل ويؤدي مهمة المرفق العام، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد المركز تاجراً في علاقاته مع الغير، مقره الرئيسي في الجزائر العاصمة ويمثل على مستوى كل مقر ولاية بملحقة يسيروها ويديرها مأمور المركز.

يهدف المركز خاصة بالتكفل بضبط السجل التجاري، ويحرص على احترام الخاضعين له للواجبات المتعلقة بالقيد في السجل التجاري، وينظم الكيفيات التطبيقية المتعلقة بهذه العمليات، طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وينظم كافة النشرات القانونية الإلزامية حتى يكون الغير على علم بمختلف التغييرات التي تطرأ على الحالة القانونية للتجار والمحلات التجارية، وسلطات وأجهزة الإدارة والتسيير والاعتراضات التي تشمل هذه العمليات إذا وجدت.

يتكفل المركز أيضاً بتسليم مستخرج السجل التجاري، ويمسك السجل التجاري ويسيره، ويسجل الاعتراضات عن القيد في السجل التجاري، والدفتر العمومي للمبيعات و/ أو لرهون المحلات التجارية، ويسلم كل وثيقة أو معلومة متعلقة بالسجل التجاري، والملكية التجارية التي تتطلب تحريات عن السوابق، ويقوم بتحرير النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ونشرها [72].

يتولى مسك السجل التجاري وتسييره مأمور المركز، وله صفة الضابط العمومي ومساعد قضائي في المهام الموكلة إليه طبقاً للقانون، ويتكفل في هذا الإطار بالسهر على مطابقة تصريحات الخاضعين مع الوثائق المقدمة قصد التسجيل في السجل التجاري على النحو المنصوص عليه قانوناً،

ويسلم مستخرج السجل التجاري لكل خاضع يستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون، ويتسلم جميع العقود التي تعالج الوضع القانوني للمحلات التجارية، ويقوم بكل نشر قانوني إجباري، ويسلم كل وثيقة أو معلومات تتعلق بالسجل التجاري، والملكية التجارية، في مجال العلامات والرسوم والنماذج والتسميات الأصلية التي تستوجب بحثاً مسبقاً، ويكلف أيضاً بمسك وتسيير السجل التجاري المحلي وسجل الاعتراضات على القيد في السجل التجاري والدفتر العمومي للمبيعات و/ أو رهون حيازة المحلات التجارية.

ويعد مأمور المركز مسؤول عن التسيير العام لملاحق المركز ويعد مسؤولاً على إنجاز كل العمليات التي تدخل في مجال صلاحياته المحددة في القوانين والتنظيمات السارية المفعول، ويمارس السلطة السلمية على جميع مستخدمي المركز، ويعين بقرار من وزير العدل بناء على اقتراح المدير العام للمركز من بين مستخدمي المركز الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري.

يؤدي مأمورو المركز قبل تنصيبهم في وظائفهم أمام محكمة إقامتهم الإدارية اليمين القانونية ويتمتعون بحماية الدولة من التهديدات، والإهانات، والشتم، والقدح، والاعتداءات من أي نوع كانت والتي يمكن أن يتعرضوا لها أثناء قيامهم بمهامهم، وذلك بصرف النظر عن الحماية المترتبة على تطبيق أحكام قانون العقوبات، ويقوم المركز مقام الضحية ويمكن له رفع دعوى مباشرة عن طريق التأسيس كطرف مدني أمام المحكمة الجزائية، ويقوم بتعويض الخسارة المباشرة الناتجة عن تعرض المأمور لضرر عند تأدية مهامه في جميع الحالات التي لم ينص عليها التشريع بصدد الضمان الاجتماعي [73].

ب- ميعاد إجراء القيد

تنص المادة 1/121 ق ت ج على أنه "يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان".

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع منح آجال للدائن المرتهن لقيد عملية الرهن بالدفتر العمومي لرهون المحلات التجارية وهي ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي وإلا ترتب عليه البطلان.

غير أن عبارة " تحت طائلة البطلان " عبارة غامضة ولم يبين المشرع المقصود منها هل يقصد من ورائها بطلان القيد؟ أم بطلان العقد؟

هذا عكس الصياغة الفرنسية لهذه المادة التي تتسم بالوضوح والتي تنص:

" L'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans les trente jours de la date de l'acte constitutif " .

وفي هذا الشأن ظهر اتجاهين أحدهما يقول بأن المشرع قصد من وراء هذه العبارة بطلان قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، بينما الاتجاه الثاني يقول بأن المشرع قد قصد من وراء هذه العبارة هو بطلان العقد.

_ الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد الرهن الحيازي إذا استوفى شروطه وتمت كتابته طبقاً لأحكام القانون كان العقد صحيحاً منتجاً لآثاره بين عاقيه، وبذلك يكون تخلف قيد الرهن بالسجل المعد لذلك بمكتب السجل التجاري هو عدم سريان الرهن في مواجهة الغير دون عقد الرهن ذاته المستوفي لشروطه القانونية[15](107).

_ الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يقتصر قيد رهن المحل التجاري في سجل عمومي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري من قبل مأمور السجل التجاري الذي يقع فيها المحل التجاري المرهون، أو أحد فروعه قانوناً على الاحتجاج بهذا الرهن تجاه الغير والتمسك بحقي الأفضلية والتتبع، وإنما يتعداه إلى صحة الرهن، حيث ترتب المادة 121 ق ت ج بطلان الرهن إذا لم يتم قيده خلال ثلاثين يوماً من إبرام العقد التأسيسي، والبطلان المنصوص عليه في هذه المادة لا يلحق القيد كما قد يتوهم القارئ من النص العربي لهذه المادة، وإنما يلحق الرهن في ذاته كما يتجلى ذلك من نفس المادة باللغة الفرنسية الذي يعد الأصل التاريخي، وإن لم يكن هو النص الرسمي ولكنه الأقرب إلى روح النص وقصد المشرع، ولاسيما أن هذا النص قد صدر في ظرف لم تكن الهيئة التشريعية قائمة، والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري في الميدان التجاري كثيراً ما يلجأ إلى الاقتباس من القانون الفرنسي[2](202)(203).

وحسب المادة 2/121 ق ت ج فإنه يجوز لكل ذي مصلحة وإن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان.

وهذا القيد معيار يتم به تحديد مرتبة الدائنين المرتهين فيما بينهم حسب ترتيب تاريخ قيودهم، أما ترتيب الدائنين المرتهين المقيد في يوم واحد فلهم نفس المرتبة هذا ما نستشفه من نص المادة 122 ق ت ج.

يلتزم التاجر الذي يقيد عملية الرهن الحيازي بدفع مبلغ معين من المال نتيجة تلك الخدمة، ويختلف ذلك المبلغ حسب طبيعة الخدمة المقدمة وذلك على النحو التالي:

1_ إيداع نسخة من السند المنشئ للرهن الحيازي مرفق بجدولين، يسلم أحدهما للمعني متضمنا بيان القيد (التاريخ والرقم): 600 د ج.

2_ قيد رهن حيازة المحل التجاري في السجل العمومي لرهن المحلات التجارية وتسليم شهادة القيد عندما يكون مبلغ الرهن الحيازي:

_ أقل من مليوني دينار أو يساويها التعريف المطبقة هي: 2.000 د ج.

_ أكثر من مليوني دينار وأقل من 10 ملايين دينار التعريف المطبقة هي: 4.000 د ج.

_ أكثر من 10 ملايين دينار التعريف المطبقة هي: 10.000 د ج [74].

ج: اتخاذ إجراءات الشهر لعناصر المتجر بما يتفق وطبيعتها

إذا اشتمل الرهن الحيازي للمحل التجاري ضمن عناصره المرهونة، عناصر الملكية الصناعية فإنه إضافة إلى قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري في السجل العمومي لدى المركز الوطني للسجل التجاري، فإنه يلزم أيضا قيد هذه العناصر في السجل الخاص بكل عنصر من عناصر الملكية الصناعية لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، ومن بين هذه العناصر براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري وهذا حسب نص المادة 99، 147 ق ت ج. فعلى سبيل المثال يقيد في سجل براءات الاختراع بخصوص كل براءة اسم ولقب صاحب البراءة، وعنوانه وجنسيته، وعند الاقتضاء، اسم وعنوان الوكيل، وعنوان الاختراع، وتاريخ إيداع طلب البراءة وتاريخ ورقم إصدار البراءة، رمز أو رموز الترتيب العالمي للبراءات أو شهادات الإضافة المتعلقة بالبراءة مع الأرقام والتواريخ المتعلقة بها وتاريخ دفع الرسوم والعقود الواجب تسجيلها ومن بين هذه العقود عقد الرهن الحيازي.

ويمكن لكل شخص أن يحصل بطلب منه إما على نسخة مصادق عليها من التسجيلات المدونة في البراءات، وإما على نسخة من التقييدات التي لاتزال مسجلة على البراءات المسلمة على

سبيل الرهن، ونشير أيضا إلى أنه إذا كان طلب البراءة أو شهادة الإضافة موضوع رهن حيازي مسجل في سجل البراءات، لا يمكن أن يتم السحب إلا بعد تقديم الموافقة المكتوبة للدائن المرتهن[75].

يتم هذا القيد أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية الذي يعد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، وهذا حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي[76]، ويعد هذا الإنشاء تنفيذا للمادة 12 من اتفاقية باريس التي تنص على أنه "تتعهد كل دول الاتحاد بإنشاء مصلحة وطنية تختص بالملكية الصناعية ومكتب مركزي لإطلاع الجمهور على براءات الاختراع، ونماذج المنفعة، ... وتصدر هذه المصلحة نشرة دورية رسمية".

ففي بداية الأمر تم إنشاء المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية بموجب الأمر رقم 62/73 المؤرخ في 1973/11/21[77]، ثم تم إحلال محل هذا المعهد معهد آخر تحت تسمية المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 1998/02/21 السابق الذكر.

يخضع هذا المعهد في علاقاته مع الدولة للقواعد المتعلقة بالإدارة حيث يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهما، أما في علاقات المعهد مع الغير فإنه يخضع للقواعد التجارية أي يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهما.

هكذا فإن المعهد حسب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 السابق الذكر حل محل المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في أنشطته المتعلقة بالاختراعات، ومحل المركز الوطني للسجل التجاري في أنشطته المتعلقة بالعلامات والرسومات والنماذج الصناعية والتسميات، ويوضع تحت وصاية وزير الصناعة وإعادة الهيكلة، ويمكن إنشاء ملحقات بالمعهد، كلما دعت الحاجة، بقرار من وزير المكلف بالملكية الصناعية[76].

وحسب نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 السابق الذكر فإن المعهد يؤدي مهمة الخدمة العمومية ويمارس صلاحيات الدولة فيما يتعلق بالملكية الصناعية.

ومن المهام الموكلة المسندة للمعهد حسب نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 نذكر ما يلي :

_ توفير حماية الحقوق في الملكية الصناعية.

_ حفز القدرة الإبداعية والابتكارية ودعمها، لا سيما تلك التي تتلائم والضرورة التقنية للمواطنين وذلك باتخاذ الإجراءات التشجيعية المادية والمعنوية.

_ ترقية وتنمية المؤسسات الجزائرية لتسهيل العلاقات التجارية البعيدة عن المنافسة غير المشروعة، مع حماية وإعلام الجمهور ضد الملبسات حول مصدر السلع والخدمات والمؤسسات المتاجرة التي من شأنها توقيعه في المغالطة.

وفي إطار المهام الموكلة للمعهد فإنه حسب نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 يمكن له القيام ببعض المهام منها:

_ تسجيل العقود الخاصة بحقوق الملكية الصناعية وعقود التراخيص وعقود بيع هذه الحقوق.
_ يضع في متناول الجمهور كل الوثائق والمعلومات المتصلة بميدان اختصاصه، لذلك فهو يؤسس بنكا للمعلومات وينظم دورات وفترات تدريبية.

وقد ألزم المشرع الجزائري في المادة 99 ق ت ج قيد الرهن في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية خلال الثلاثين يوما التابعة لقيد الرهن الحيازي في المركز الوطني للسجل التجاري، وفي حالة الإهمال أو الإخلال بهذه المدة فإنه يترتب البطلان على هذا القيد ومنه عدم إمكانية الاحتجاج به على الغير.

أما إذا تضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من بين عناصره المرهونة عقارا بالتخصيص، نشير في هذا الفرض أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه الحالة، وعليه يمكن أن نقول أنه يلزم على التاجر أن يتبع إجراءات الشهر العقاري المحددة في القانون.

ثانيا: النشر

إضافة إلى قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري بالمركز الوطني للسجل التجاري، ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كانت عملية الرهن الحيازي تشمل من بين عناصرها المرهونة عناصر الملكية الصناعية، فإنه يجب على التاجر شخصا طبيعيا أو معنويا إتمام إجراءات الإشهار القانوني الإجباري ليطلع الغير على محتوى العقود التي أبرمت، ولهذا يطبق عليه القواعد المتعلقة بالإشهار القانوني على عملية رهن المحل التجاري، وهذا حسب نص المادة 20 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18/08/1990 يتعلق بالسجل التجاري [78].

أ- مضمون النشرة الرسمية للإعلانات القانونية

حسب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 18/02/1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية فإن هذه النشرة تحتوي على أربعة مجموعات وهي:

1_ المجموعة التي تتناول الحالة القانونية للتجار والمحال التجارية، ويدرج فيها:

_ فيما يخص الأشخاص المعنوية:

- عقود تأسيس الشركات، والتغييرات، والتعديلات، والعمليات التي تشمل رأسمالها، رهون الحيازة، وتأجير التسيير وبيع المحال التجارية.
- كل الأحكام القضائية، المتعلقة بتصفيات التراضي، أو الإفلاس، وجميع التدابير القضائية التي تقرر الحظر أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة.

_ فيما يخص الأشخاص الطبيعية:

- كل المعلومات الخاصة بأهلية التاجر، وموطن المحل التجاري وملكيته.
- عمليات الرهن الحيازي، وتأجير التسيير وبيع المحال التجارية.
- كل الأحكام القضائية، المتعلقة بتصفيات التراضي، أو الإفلاس، وجميع التدابير القضائية التي تقرر الحظر أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة.

2_ المجموعة التي تتناول صلاحيات أجهزة الإدارة وسلطاتها الإدارية أو التسييرية وحدودها ومدتها، وكذلك جميع الاعتراضات التي ترتبط بذلك.

3_ المجموعة التي تتناول حقوق الملكية التجارية، ويذكر فيها مختلف النشرات التنظيمية المتعلقة بالأعمال المؤثرة في حقوق الملكية التجارية كتسجيل علامات الإنتاج، والتجارة، والرسوم، والنماذج، والتسميات الأصلية، وكذلك أعمال التنازل عن الرخص أو منح امتيازها.

4_ المجموعة التي تتناول الإعلانات المالية، وتشتمل خاصة على الحصائل والنتائج وعلى عمليات طلب الإدخار العمومي.

كما تنشر النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ذات الطابع الرسمي المفيدة التي توجه إلى المتعاملين الاقتصاديين[79].

وحسب نص المادة 22 من القانون رقم 22/90 السالف الذكر فإنه يسري مفعول الإشهار القانوني الذي يقوم به المعني تحت مسؤوليته ونفقته ابتداء من تاريخ نشره في هذه النشرة، ويتم تحديد مصاريف طبع الإعلانات القانونية ونشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية من طرف وزير

العدل بناء على اقتراح المدير العام للمركز الوطني للسجل التجاري، وبعد أن يوافق عليه مجلس إدارة المركز وهذا حسب نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 70/92.

أ- حجة النشرة الرسمية للإعلانات القانونية

حسب نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، فإن مهمة تحرير النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ونشرها موكلة للمركز الوطني للسجل التجاري بواسطة مأمور المركز.

حسب نص المادة 29 من القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري فإنه لا يحتج على الغير بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إذا لم تكن موضوع إشهار قانوني إجباري، لكنها تلزم مع ذلك مسؤولية الأشخاص المعنيين المدنية والجزائية.

وعليه من خلال نص هذه المادة فإنه من غير الممكن الاحتجاج بهذا العقد اتجاه الغير أو التمسك به إن لم يكن هذا العقد موضوع إشهار قانوني، لأن ذلك يجعل وضعية التاجر الراهن غير معروفة لدى المتعاملين معه وتكون تعاملاته موضوع تستر، هذا ما يعرض الغير لخطر عدم استيفاء حقوقهم لأنهم لو علموا بالوضعية الحقيقية للتاجر لما تعاملوا معه، فنشر تصرفات التاجر الواردة على المحل التجاري يجعلها تحقق العلانية ومنه يتحقق علم الغير بهذه التصرفات وبالوضعية الحقيقية للتاجر وحماية حقوق الأطراف، وهذه هي الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذه الإجراءات.

إضافة إلى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية فإنه يتم نشر هذه العملية أيضا في الجرائد الوطنية و/ أو اليومية المؤهلة لذلك، ويتحمل المعني بنفقات ومصاريف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون رقم 22/90 السابق الذكر.

الفصل 3

آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

إن استيفاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لأركانه الموضوعية من رضى ومحل وسبب، ولأركانه الشكلية من كتابة وشهر وفقا للإجراءات والشكليات السابقة الذكر يؤدي إلى تمام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ويؤدي إلى ترتيب التزامات وحقوق على أطرافه المتعاقدة وهذا من أجل حماية أطراف العلاقة القانونية واستقرار المعاملات، والحفاظ على دعامة الائتمان التي تميز النشاط التجاري على غيره من النشاطات الأخرى التي يقوم بها الأشخاص في حياتهم، خاصة إذا علمنا أن رهن المحل التجاري لا يؤدي إلى انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، فهو يشبه الرهن الرسمي.

1.3. التزمات المتعاقدين

إن من آثار كل عقد يتم إبرامه ويستوفي كافة الأركان الواجب استيفاؤها، يؤدي إلى ترتيب التزمات على عاتق أطرافه، وعليه فإن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري كغيره من العقود فإنه يرتب التزمات على عاتق المدين الراهن والدائن المرتهن من أجل تحقيق الغرض المقصود من وراء إبرام هذا العقد وعليه سنتناول التزمات المدين الراهن ثم التزمات الدائن المرتهن.

1.1.3. التزمات المدين الراهن

إن الطبيعة الخاصة للمحل التجاري التي تتمثل في كونه مالا منقولاً معنوياً يختلف عن العناصر المكونة له، جعلت المشرع يفرض مجموعة من الالتزامات على عاتق المدين الراهن خاصة أن الشيء المرهون وهو المحل التجاري لا تنتقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن

المرتتهن، وهو يشبه في ذلك الرهن الرسمي هذا ما يعرض دائني المدين الراهن للخطر سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين مرتتهنين.

1.1.1.3. إنشاء الراهن لحق الرهن

إذا كانت القاعدة العامة في القانون المدني- فيما يخص الرهن الرسمي- تنص على أن الراهن يلتزم بإنشاء حق الرهن للدائن المرتتهن على العقار المرهون، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري، فإذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون أنشئ حق الرهن الرسمي بمجرد انعقاد الرهن الرسمي صحيحا[80](383)(384).

كذلك الحال بالنسبة للرهن الحيازي للمحل التجاري إذ بمجرد تمام العقد واستيفاءه لأركانه الموضوعية والشكلية فإنه ينشئ حق الرهن للدائن المرتتهن على المحل التجاري، ويمكنه من التنفيذ على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

وعقد الرهن هو مصدر حق الرهن، فهذا الحق ينشأ مباشرة لحظة انعقاد العقد، إذ العقد ينشئ التزاما على الراهن بترتيب حق الرهن على العقار لمصلحة المرتتهن ويتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبحكم القانون، فعقد الرهن يرتب حقا عينيا على العقار المرهون، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد في ما بين المتعاقدين، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد، فالقيد وسيلة لشهر الرهن للاحتجاج به على الغير وليس شرطا لنشأة الحق ذاته[81](248)، والمشرع يجري في نصوصه على عدم التمييز بين العقد والحق، فالرهن تارة هو العقد المنشئ للحق وتارة أخرى هو الحق الناشئ عن العقد، وهذا لا يستقيم إلا مع اعتبار الحق في الرهن ملازما للعقد وناشئا عنه مباشرة، وقد رفض جانب من الفقه هذا الرأي على أساس أن المصدر الحقيقي للرهن الرسمي هو واقعة القيد، أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع، ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداء في حق الغير، ولذلك لا ينشئ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدرا للتأمين العيني، فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن، وهو إذا نشأ كان حتما نافذا في حق الغير، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده[82](199).

لا شك في أن للقيد أهمية من الناحية العملية حيث أن ميزة الرهن كضمان لحق الدائن لا تبدو إلا بالنسبة للغير، والقيد هو الوسيلة الوحيدة للاحتجاج بالرهن على الغير، إلا أن ذلك لا يعني أن القيد ينشئ الحق، بل يجعله نافذا لأنه موجود قبل قيده، فحق الرهن مصدره العقد أو الحكم المثبت

له [81](248)، ويتضح ذلك من نص المادة 904 ق م ج التي تنص على " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن"، وقياسا على ذلك فيما يخص رهن المحل التجاري فإن الرهن حسب اتجاه جمهور الفقه ينتج آثارا في ما بين المتعاقدين، كالتزام الراهن بالضمان، وذلك قبل القيد، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد، فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد [81](248)(249)، ذلك أن المقصود من قيد الامتياز أو الرهن هو الاحتجاج به على الغير، وتقدر حاجة الغير إلى هذا القيد بقدر البيانات التي تفيد في وجود الامتياز أو الرهن ونفاذه عليه [3](304).

ومن هنا يترتب على عدم قيد الرهن عدم سريانه في مواجهة الغير، أي لا يمكن الاحتجاج به إزاء الغير وبالضبط إزاء دائني صاحب المحل التجاري ويجد هذا الحل أساسه في طبيعة رهن المحل التجاري الذي يتم دون نزع الحيازة، الأمر الذي يستوجب إشهاره ليكون الغير على علم به [10](255).

2.1.1.3. ضمان الراهن لسلامة الرهن

إذا كانت القواعد العامة في القانون المدني تنص على انتقال حيازة الشيء المرهون إذا كان منقولاً من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، فإن المشرع خرج عن هذه القاعدة وجاء بقاعدة أخرى مخالفة لها في ما يخص رهن المحل التجاري، ونص على بقاء حيازة المحل التجاري المرهون تحت حيازة المدين الراهن، فهو بذلك يشبه الرهن الرسمي في عدم انتقال حيازة المحل التجاري من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وعليه سنحاول في هذه الدراسة الاستعانة بالقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والعودة إلى أحكام القانون التجاري في الأحكام الخاصة بهذه العملية، باعتبار أن المشرع الجزائري في القانون التجاري لم يتضمن هذه الأحكام بالتفصيل الأمر الذي يحيلنا إلى القانون المدني لتناولها.

أولاً: ضمان التعرض والاستحقاق

تنص المادة 898 ق م ج على أنه " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ...".

ومضمون التزام الراهن بسلامة الرهن هو التزامه، كما يلتزم البائع بعدم التعرض وضمان الاستحقاق، وعلى ذلك فهو يلتزم بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني، أي كل عمل إيجابي أو سلبي ينقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن [83](94)، فيلتزم الراهن كما يلتزم

البائع بضمان التعرض وضمان الاستحقاق ويدخل في ذلك التعرض الشخصي والتعرض من الغير[81](250).

أ_ يلتزم الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصي للدائن المرتهن ويدخل في ذلك التعرض المادي والتعرض القانوني، فالراهن يضمن جميع أفعاله المادية والقانونية إيجابية كانت أو سلبية، التي من شأنها المساس بحق الدائن المرتهن أو الإنقاص منه[81](250)، فيلتزم المدين الراهن بالمحافظة على سلامة عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن، كل عنصر حسب طبيعته.

يلتزم المدين الراهن بالمحافظة على عنصر العملاء والشهرة التجارية ويعمل على جذب الزبائن، وأن لا يؤدي إلى الإساءة أو العمل على الإساءة لهذا العنصر لأنه يعد عنصر أساسي في كل المحلات التجارية دون استثناء مهما اختلف نشاطها، حيث أن المحل التجاري يقوم على هذا العنصر، فالمعاملة السيئة لهؤلاء الزبائن يساهم لا محالة في انصرافهم، ومنه إذا انصرف هذا العنصر من المحل التجاري يعني مباشرة وبالضرورة غلقه، وانقضاء الحياة التجارية للتاجر وإفلاسه ما ينتج عنه الإخلال بالضمان وتعريض حقوق الدائنين لخطر عدم استيفاءها.

فإذا كان الرهن يشمل من بين عناصر المحل التجاري الحق في الإجارة وجب عليه دفع الأجرة بصفة منتظمة تفاديا لفسخ عقد الإيجار[18](404)، أي يجب عليه ألا يتخلف عن الوفاء بأجرة المكان الذي يوجد فيه المحل التجاري للمؤجر حتى لا يتسبب بذلك في فسخ الإيجار[3](306).

كما يقع على عاتقه أيضا المحافظة على العين المؤجرة بما يلائم وطبيعتها وأن يعمل على تفادي ارتكابه للأخطاء التي من شأنها المساهمة في فسخ عقد الإيجار أو عدم تجديده ودون حصوله على تعويض استحقاق، فيمكن للمؤجر رفض تجديد عقد الإيجار مع استعادة الأمكنة دون تعويض، وذلك في حالة وجود سبب خطير ومشروع إزاء المستأجر يتعلق بعدم تنفيذ المستأجر لالتزاماته التعاقدية، وبذلك يكون قد ارتكب مخالفة، وينذر المستأجر المخالف قانونا من طرف المؤجر بالتوقف عن المخالفة خلال شهر عن طريق المحضر القضائي المختص إقليميا، وفي حالة استمراره، يثبت ذلك بواسطة محضر محرر من طرف المحضر القضائي، وعندها يحق للمؤجر مطالبة المستأجر عن طريق القضاء بإخلاء الأمكنة دون تعويض استحقاق[8](38) [28](386)، وهذا ما يعرض دائني المدين الراهن للخطر خاصة إذا كان حق الإيجار عنصرا مهما في المحل التجاري المرهون كموقعه الممتاز مثلا.

يقع على عاتق المدين الراهن إذا كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يتضمن من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية القيام بتجديد هذه القيود في المواعيد المقررة لذلك كي لا تصبح أموالا شائعة[12](210)، فيمكن أن نضرب مثلا فيما يخص عناصر الملكية الصناعية على العلامة في حالة عدم التجديد، فتجري مدة حماية ملكية العلامة مدة عشر سنوات، إلا أنه يجوز لصاحبها تجديد إيداعه حتى تستمر الحماية القانونية، وبالتالي يجوز للمعني بالأمر تجديد الإيداع طالما استغل العلامة بصورة جدية، ويستخلص من الأحكام التنظيمية الراهنة أن صاحب العلامة ملزم بطلب تجديد الإيداع في مهلة ستة أشهر التابعة لانقضاء التسجيل[84](242)(243)، وتنص المادة 2/5 من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات على أنه "يمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر سنوات..." [38] [85]، وتنص أيضا المادة 2/20 من الأمر رقم 57/66 المؤرخ في 1966/03/09 المتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية على أنه (لا يمكن لأحد أن يودع بصفة مشروعة علامة في السنة أشهر الموالية لتاريخ انقضاء آثار العلامة باستثناء صاحبها السابق أو ذوي حقوقه)[86]، وعليه يلتزم المدين الراهن بتجديد هذا القيد وعدم إهماله لأن في ذلك مساس بحقوق الدائنين.

يقع على عاتق المدين الراهن إذا كان العقد يتضمن من بين عناصره المرهونة الرخص والإجازات التزام باستغلال هذه الرخص والإجازات في المجال المخصص لهذا الاستغلال أو موضوع الرخص دون الانحراف عن هذا المجال، فيقصد بالرخص والإجازات التصريح الذي تمنحه السلطات الإدارية المختصة كالمبلدية والولاية والوزارة لمزاولة بعض أنواع النشاطات التجارية أو الصناعية أو الخدمات، كرخصة افتتاح مقهى أو استغلال فندق أو ملهى أو سينما أو رخصة بيع الخمر[12](151)(152)، فمثلا إذا كان موضوع الرخصة هو استغلال فندق أو ملهى ولم يحترم المدين الراهن موضوع هذه الرخصة وحول الفندق أو الملهى إلى مكان لممارسة الرذيلة، أو كان موضوع الرخصة هو بيع المشروبات الكحولية فإذا به يبيع المخدرات[87] [88]، فنشير هنا إلى أنه يجب على المدين الراهن احترام محتوى الإجازة أو الرخصة سواء تعلق ذلك بمضمونها أو المكان الذي يجب أن تستغل فيه هذه الرخص.

أما إذا اشتمل عقد الرهن الآلات أو المهمات أو الأثاث التجاري فيجب على المدين الراهن أن يحافظ عليها ولا يهمل في صيانتها حتى لا يترتب على ذلك تلفها ونقص قيمتها، وإذا حدث أن تسبب المدين الراهن في إتلافها فإن المشرع رتب على ذلك جزاء، حيث تنص المادة 1/167 ق ت ج على أنه "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 376 من ق ع ج على كل حائز للأموال المرهونة حيازيا، وفقا لهذا القانون، يقدم على إتلافها أو محاولة إتلافها ... أو يفسدها

أو يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق الدائن"، وحسب نص المادة 376 ق ع ج فإن كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة... أو الرهن... وذلك إضرارا بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 د ج.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ق ع ج وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر [59].

ولا يجوز للراهن القيام بأي تصرف يتعارض مع حق الدائن المرتهن أو ينطوي على المساس به [81](250)، حيث أنه وبالرغم من بقاء المحل التجاري تحت حيازة المدين الراهن وإمكانية التصرف فيه، فإنه يقع على عاتقه عدم القيام بالتصرفات التي تنقص من الضمان أو تعدمه كبيع المدين الراهن لمحلته التجاري المرهون لمشتري بثمن لا يقابل القيمة الحقيقية للمحل ودون إخطار دائنيه، أو ترتيبه لرهن على المحل التجاري المرهون مقابل ضمان دخوله في صفقة نسبة نجاحه في تلك الصفقة ضئيلة أو معدومة، حيث أن هذا يؤدي إلى إلحاق ضرر بدائنيه يتمثل في إنقاص ضمانهم أو إعدامه.

غير أنه إذا كان التصرف من شأنه زيادة الضمان وتوسيع نشاط التاجر بما يجعله يحقق أرباحا فإن ذلك جائز لأنه يوسع من إمكانية استيفاء الديون التي هي على عاتقه.

ب_ ضمان المدين الراهن لتعرض الغير وفيما يتعلق بضمان الراهن لتعرض الغير، يكون الراهن ملتزما بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن [80](388)، كادعاء الغير بملكية المحل التجاري المرهون من شأن ذلك عدم قيام الرهن لوقوعه على ملك الغير، وكما لو ادعى الغير أنه صاحب رخصة استغلال المحل التجاري أو صاحب حق الإيجار.

لذا يجب على الراهن أن يدفع ادعاء المعارض حتى تكون العين المرهونة خالية من حقوق الغير، وإلا كان مخلا بالتزامه ووجب عليه الضمان [81](251).

أما التعرض المادي الذي لا يستند إلى ادعاء حق من الحقوق الصادرة من الغير يكون للمرتهن أن يتولى دفعه بنفسه ودون وساطة الراهن [81](251)، كقيام الغير بتقليد أحد عناصر الملكية الصناعية التي تكون ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مما يؤدي

إلى تضليل زبائن المحل وانصرافهم عنه مما يؤدي إلى انخفاض رقم أعمال التاجر ونقصان الضمان، فللدائن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوقف الأعمال التي من شأنها أن تعرض المحل التجاري المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر.

ثانياً: ضمان الهلاك

تنص المادة 899 ق م ج على أنه "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل".

قياساً على هذه المادة فإن المدين الراهن يضمن هلاك محله التجاري، فإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضي تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو التالف، أو أن يسقط أجل الدين حالاً فيتقاضاه فوراً، وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن [80](390).

وإن كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن، وهذا نادر الوقوع لأن الرهن الحيازي للمحل التجاري لا تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن فهو يشبه الرهن الرسمي، فليس له أن يطلب شيئاً، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطأه، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض [81](254).

أما إذا كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي، كان للمدين الراهن الخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف [80](390).

3.1.1.3. الإخطار

يتضمن نقل مركز المؤسسة التجارية خطراً كبيراً على الدائن المرتهن، إذ قد يترتب على هذا النقل نقصان قيمة المؤسسة، كما أنه يهيم الدائن المرتهن معرفة المكان الذي توجد فيه المؤسسة التجارية المرهونة حتى يتمكن عند الاقتضاء من اتخاذ إجراءات التنفيذ، ولذلك أوجب القانون على المدين الذي يرغب في نقل مركز المؤسسة التجارية أن يبلغ كافة الدائنين المرتهنين [21](236) عن طريق غير قضائي، وذلك خلال خمسة عشر يوماً قبل عملية النقل [7]، وإذا أقام البائع دعوى بفسخ

عقد إيجار المحل الذي يستغل فيه محل تجاري مثقل بقيود مرسمة، يفرض عليه القانون إبلاغ الدائنين السابقين المقيدون سابقا بطلب الفسخ وذلك في المحل المختار والمعين في قيد كل منهم، ولا يصبح فسخ الإيجار بالتراضي نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ الحاصل للدائنين المقيدون في المحل المختار لكل منهم [7]، وعليه فمن خلال ما سبق يمكن لنا القول أن القانون أوجب على المدين الراهن القيام بإخطار دائنيه عن كل عمل يقوم به يخص محله التجاري المرهون من شأنه الإضرار بهم والعبرة من ذلك هو حماية حقوقهم.

2.1.3. التزامات الدائن المرتهن

إن مركز الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أقوى من مركز المدين الراهن، ومركز هذا الأخير ضعيف بالمقارنة مع مركز الدائن المرتهن، فهذه الوضعية من شأنها أن تجعل الدائن المرتهن يفرض أو يملئ شروطه على الطرف الآخر، ويتعسف في استعمال حقه والتضييق من حرية التاجر في مواصلة نشاطه التجاري، والتدخل في الشؤون التجارية للتاجر هذا ما جعل المشرع يفرض عليه مجموعة من الالتزامات، والتي تعتبر في نفس الوقت كضمانات للمدين الراهن.

1.2.1.3. بطلان شرط تملك المحل التجاري المرهون عند عدم الوفاء

تنص المادة 1/903 ق م ج على أنه "يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، ... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"، وتطبيقا لذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في أن يملك المؤسسة المرهونة، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء [21] (235)، ونجد أيضا أساس هذا الحكم في الفقرة الثانية من نص المادة 118 ق ت ج التي تنص على أنه "لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها"، والحكمة من تقرير بطلان مثل هذا الاتفاق هو حماية الراهن، وذلك لأنه عندما يبرم عقد الرهن فإنه يكون عنده حاجة ملحة للانتماء، فقد يستغل الدائن هذه الحاجة ويفرض عليه مثل هذا الاتفاق الذي لا يملك المدين في مثل هذه الظروف إلا الإذعان له، ويبطل هذا الاتفاق أيا كان الثمن الذي اتفق عليه [83] (111)، وهو عادة يكون أقل من القيمة الحقيقية للمحل التجاري لأن الفرق بين هذه القيمة والثمن هو الذي يستفيده الدائن المرتهن في مثل هذا الاتفاق، ويغلب أن يوضع هذا الشرط الباطل في عقد الرهن الرسمي ذاته، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد الرهن الرسمي، فيبرم في اتفاق لاحق، والاتفاق اللاحق كالاتفاق

المعاصر يكون باطلا لنفس الأسباب، وقد نص المشرع صراحة على ذلك في المادة 1/903 ق م ج إذ قال كما رأينا" ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"، وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن الرسمي نفسه، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام، ولكن عقد الرهن الرسمي يبقى صحيحا على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الشرط الدافع لإبرام عقد الرهن، فإن عقد الرهن يبطل أيضا كبطلان الاتفاق[80](422)(423).

وقد نصت المادة 104 ق م ج على أنه" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

أما إذا ما تم هذا الاتفاق بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يكون صحيحا وذلك لانتهاء مظنة استغلال الدائن المرتهن لضعف الراهن إذ أن الراهن يكون على بينة من الأمر[83](111).

وقياسا على نص المادة 2/903 ق م ج التي تنص على أنه" غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه"، فإنه يمكن للمدين الراهن التنازل عن محله التجاري المرهون لصالح الدائن المرتهن ويكون هذا وفاء بمقابل، وقد يكون في هذا الاتفاق مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع المحل التجاري بالمزاد العلني.

2.2.1.3. بطلان شرط بيع المحل التجاري المرهون دون الإجراءات القانونية

يعتبر هذا الشرط باطلا إذ يشبه شرط تملك المحل التجاري المرهون عند عدم الوفاء؛ وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع المحل التجاري المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التي فرضها قانون الإجراءات المدنية في البيوع الجبرية.

والحكمة من بطلان هذا الشرط هو حماية الراهن وذلك لأنه يخشى أن يستغل الدائن المرتهن حاجته إلى الائتمان أو يفرض عليه هذه الشروط، ويترتب على ذلك حرمان الراهن من الحماية التي كفلها له القانون[83](112)، وذلك بفرض إجراءات معينة في بيع المحل التجاري المرهون جبريا وما تتضمن هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع المحل المرهون بأكبر قيمة ممكنة، وقد نصت الفقرة الأولى من نص المادة 903 ق م ج على أنه" يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن... يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون

ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"، فيكون إذا باطلا لمخالفته النظام العام كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع المحل التجاري المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية، وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن الرسمي أو عقد بعد إبرام الرهن فإنه يكون باطلا في الحالتين، ويقتصر أثر البطلان هنا أيضا على الشرط نفسه ويبقى عقد الرهن الرسمي صحيحا، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للدائن المرتهن على التعاقد فيبطل الشرط والعقد معا[80](425)، فإذا أثبت ذلك فإن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان الرهن ذاته، والبطلان المنصوص عليه في المادة 903 ق م ج هو بطلان مطلق لا ترد عليه إجازة، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به[83](112)، وهذا هو شرط الطريق الممهد[21](235).

أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه، فإن الاتفاق يصح، لأن مظنة استغلال الراهن في هذه الحالة تكون قد انتفتت[80](425)(426).

3.2.1.3. التزام الدائن المرتهن بالقيود

تنص الفقرة الثانية من المادة 123 ق ت ج على أنه "ويجب على البائع أو الدائن المرتهن في خلال ثلاثين يوما التالية لعلمه بالنقل أن يعمل على التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه المحل التجاري والعمل كذلك، إذا تم نقله إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى على نقل قيده الأول في تاريخه الأصلي بسجل المحكمة التي نقل إليها وبيان مركزه الجديد".

نستنتج أنه يلتزم الدائن المرتهن عندما يتم تبليغه من طرف مالك المحل التجاري بعملية نقله لمحله التجاري المرهون داخل نفس دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد أو يقع فيها المحل التجاري المرهون، أن يسعى إلى التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد الذي انتقل إليه المحل التجاري، أما إذا كانت عملية النقل خارج دائرة اختصاص المحكمة التي كان يتواجد فيها المحل التجاري المرهون، فإنه يلتزم في هذه الحالة بنقل قيده الأول في تاريخه الأصلي بسجل المحكمة التي نقل إليها، ويبين مركزه الجديد، وهذا للحيلولة دون ترك المدين الراهن يهرب أو يعمل على تهريب أو إخفاء محله التجاري المرهون لتضليل دائنيه عن مركزه الحقيقي، وعدم تمكينهم من تتبع ذلك المحل، حيث أن هذا القيد ما هو إلا صورة حقيقية تصور وتصف لنا موقع ومركز المحل التجاري المرهون.

هذا وقد ألزم المشرع على الدائن المرتهن القيام بهذا القيد خلال الثلاثين يوماً التالية لعلمه بالنقل، ورتب جزاء على إهمال القيام بهذه الإجراءات وهو إمكانية سقوط حق امتياز الدائن المقيد إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بغير المتعاقدين الذين وقع تغليبهم في الوقوف على الحالة القانونية للمحل التجاري المرهون [7].

4.2.1.3. الإنذار

للدائن المرتهن الحق في المطالبة ببيع المحل التجاري المشمول بالرهن لاستيفاء حقوقه، وذلك مهما تعددت الأسباب سواء أكانت بسبب نقل المحل التجاري دون إخطاره بعملية النقل أو برفضه لتلك العملية بعد إخطاره، أو عدم احترام بنود عقد الإيجار كعدم دفع بدل الإيجار، أو التصرف في المحل التجاري أو أحد عناصره التي يشتمل عليها عقد الرهن، ما من شأنه الإضرار بحقوق الدائن والإنقاص من ضمانه، غير أن المشرع ألزمه بالقيام بإجراء مهم وهو إنذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي أمر بالبيع، وذلك في محلات الإقامة المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من البيع، وذلك من أجل إطلاعهم على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد إذا ما رغبوا في ذلك وهذا حسب نص المادة 1/127 ق ت ج.

2.3. الضمانات الناتجة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

كما يفرض عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري التزامات على عاتق المدين الراهن والدائن المرتهن، فإنه كذلك يقرر لهم حقوق وهذه الحقوق أو الضمانات تختلف من طرف إلى آخر، ولا تشمل فقط أطراف العلاقة القانونية أي المدين الراهن والدائن المرتهن في العقد، وإنما تتعدى لتشمل أطرافاً أخرى خارج هذه العلاقة القانونية وهم الغير الذين تتأثر حقوقهم بهذا العقد خاصة أن موضوع العقد هو الرهن الحيازي الوارد على مال منقول معنوي يتمثل في المحل التجاري الذي لا تنتقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن فهو يشبه الرهن الرسمي.

1.2.3. ضمانات المدين الراهن

قد يلجأ التاجر إلى الحصول على الائتمان من أجل توسيع استغلال نشاطه التجاري، وفي سبيل تحقيق ذلك يلزم عليه تقديم ضمان مقابل ذلك الائتمان، فقد يقوم التاجر بتقديم محله التجاري كضمان للشخص الذي يقدم له القرض، غير أن القواعد العامة في رهن المنقول تقضي بانتقال حيازة

المنقول إلى الدائن المرتهن وبقائه في حيازته إلى غاية إرجاع المدين الراهن للمبلغ الذي اقترضه، وتطبيق هذا الحكم يؤدي إلى خروج المحل التجاري المرهون من حيازة المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ومنه حرمان المدين الراهن من استغلال محله التجاري، وعليه من غير المنطقي أو من غير المتصور تطبيق هذه القاعدة على رهن المحل التجاري لأن التاجر الذي لجأ إلى اقتراض مبلغ من المال إنما أراد به استغلاله في نشاطه التجاري، وخروج المحل التجاري المرهون من حيازته يعني توقفه عن استغلال ذلك المحل، ومنه زوال أو انقضاء الحياة التجارية للتاجر، وعليه فقد أقر المشرع الجزائري عدة ضمانات للمدين الراهن سواء في الأحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري أو في الشريعة العامة (القانون المدني) في حالة عدم وجود حكم خاص.

1.1.2.3. عدم تجريد الراهن من ملكية وحيازة المحل التجاري

يشبه الرهن الحيازي للمحل التجاري الرهن الرسمي في أغلب أحكامه، وهذا يجعلنا نتحفظ على تكييف المشرع الجزائري لعملية الرهن الواقعة على المحل التجاري على أنها رهن حيازي، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 118 ق ت ج التي تنص على أنه "يجوز الرهن الحيازي للمحل التجاري..."، في حين أن أحكام هذه العملية القانونية تتشابه مع الرهن الرسمي وإن لم نقل أنها تتطابق في أغلب أحكامه معه إلا في بعض الأحكام الخاصة بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري.

تنص الفقرة الثانية من المادة 118 ق ت ج على أنه "لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها".

يتضح لنا جليا من خلال نص هذه المادة أخذ المشرع بهذا المبدأ، وهو عدم تنازل المدين الراهن عن ملكيته أو حيازته للمحل التجاري المرهون للدائن المرتهن مقابل القرض الذي تحصل عليه منه.

يشبه الرهن الرسمي الذي يبقى فيه الراهن مالكا للعقار المرهون، بل ويبقى حائزا له لأنه لا يتجرد من الملكية ولا من الحيازة بالرهن الرسمي، بخلاف الرهن الحيازي، فإنه إذا كان لا يتجرد من الملكية فهو يجرده من الحيازة، وهذه هي ميزة الرهن الرسمي فهو يترك العقار المرهون في ملكية الراهن وفي حيازته، وكأن شيئا لم يتغير لو لا ذلك الحق الخفي [80](395)(396)، حيث يمتاز الرهن الرسمي بأنه لا يخرج المال المرهون لا من حيازة ولا ملك المدين الراهن، كما أنه لا يخول الدائن المرتهن شيئا من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعا من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن.

لا يرد على سلطات الراهن من قيود إلا ما يقتضيه الإلتزام بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أي عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن إنفاصا كبيرا[83](98).

هذا ونشير إلى أن نفس هذه الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي تنطبق على رهن المحل التجاري باعتبار أن المشرع الجزائري لم يتناول هذه الأحكام بالتفصيل في القانون التجاري مما يفرض علينا العودة إلى تناول الأحكام العامة الواردة في القانون المدني الخاصة بهذا المجال، إضافة إلى التشابه الكبير بين الرهن الرسمي ورهن المحل التجاري، ويمكن لنا أيضا أن نستنتج موقف المشرع الجزائري في هذا المجال أيضا باستقراء نص المادة 2 ق ت ج التي تنص على أنه " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

يترتب عن عدم تجريد المدين الراهن من ملكية وحيازة المحل التجاري آثار تعتبر في نفس الوقت ضمانا له يرتبه عقد الرهن.

2.1.2.3. الآثار المترتبة على عدم تجريد المدين الراهن من ملكية وحيازة المحل التجاري

ما دام المدين الراهن يبقى مالكا للمحل التجاري المرهون وحائزا له، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز، فيبقى له حق التصرف في المحل التجاري المرهون كما يبقى له حق استعماله واستغلاله.

أولا: حق المدين الراهن في التصرف في المحل التجاري المرهون

بالعودة إلى القواعد العامة المتعلقة بالرهن الرسمي نجد المشرع ينص في المادة 894 ق م ج على أنه " يجوز للمدين الراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن"، وظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه في العقار المرهون كما كان قبل الرهن، ولكن التصرف الذي يصدر منه بعد الرهنلا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه، وذلك إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذي صدر من الراهن[80](396)(397).

نفس هذه الأحكام يخضع لها رهن المحل التجاري حيث يمكن لمالك المحل التجاري التصرف في محله التجاري المرهون بمختلف أنواع التصرفات القانونية كالبيع والوعد بالبيع بموجب نص المادة 79 ق ت ج، تقديمه كحصة في الشركة بموجب نص المادة 117 ق ت ج، أو هبته وفقا للقواعد العامة في القانون المدني.

هذا ويمكن لمالك المحل التجاري المرهون التصرف في عناصره مستقلة عنه ما عدى عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والاسم التجاري الذي يمنع القانون المصري التصرف فيه صراحة بدون المحل التجاري، أما في التشريع الجزائري ورغم عدم وجود نص قانوني يمنع من التصرف في الاسم التجاري مستقلا عن المحل التجاري المرهون كما هو الحال في القانون المصري، حيث أن الدكتور فرحة زراوي صالح ترى بعدم جواز التصرف في الاسم التجاري مستقلا عن المحل التجاري لأنه يرتبط وجودا وعدما به، بينما ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى جواز ذلك [10](93)(94)، ونشير إلى أنه إذا كان التصرف ينجر عنه تحقيق ضمان أكبر للدائن المرتهن، فإن هذا التصرف جائز، أما إذا كان هذا التصرف يؤدي إلى الإنقاص من ضماناته فإن للدائن المرتهن الحق في الاعتراض على ذلك.

ثانيا: حق المدين الراهن في استعمال واستغلال محله التجاري المرهون

تنص المادة 895 ق م ج على أنه "إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره..."، قياسا على نص هذه المادة يمكن لنا القول أن للمدين الراهن باعتبار أن ملكية وحياسة المحل التجاري المرهون تبقى له سلطة استعمال المحل التجاري واستغلاله والانتفاع به وإدارته بشكل يعزز ويحمي الضمان، فللتاجر حق توسيع تجارته لتشمل عناصر جديدة غير موجودة في السابق، وله أيضا القيام بالأعمال التي تؤدي إلى زيادة دخله كتحسين منتوجاته أو طريقة عرضها للجمهور، وله أيضا القيام بتزويق محله في شكل يساهم في جذب الزبائن، كذلك يمكن له تغيير موقع محله التجاري من موقعه السابق إلى موقع جديد يستطيع من خلاله تحقيق أرباح كبيرة تتجاوز الأرباح التي كان يحققها في موقعه السابق، لأن في بعض الأحيان موقع المحل التجاري يلعب دورا كبيرا في عملية جذب الزبائن وبذلك فهو يساهم في رفع قيمة المحل التجاري عند عملية تقويمه، فعلى سبيل المثال نقل محل تجاري من الريف إلى وسط المدينة المكتض بالسكان من شأن هذه العملية أن تعمل على زيادة دخل التاجر، وهذا ما يساهم في تحقيق رقم أعمال كبير ويرفع من قيمة المحل التجاري في السوق، وتحقيق ضمان أكبر لدائنيه، إضافة إلى هذا كله يمكن للمدين الراهن إيجار محله التجاري إذا كان ذلك من شأنه تحقيق تأمين كاف لسداد ديونه.

غير أن هذه الحقوق الممنوحة للمدين الراهن متوقفة على عدم الإضرار بدائنيه أي عدم إضعاف أو إنقاص من ضمانهم.

2.2.3. ضمانات دائني المدين الراهن

نظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي، وأنه يخضع لإجراءات شكلية معقدة ودقيقة يشبه في أغلب أحكامه الرهن الرسمي خاصة في عدم انتقال حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وبقاء سلطة الاستعمال والاستغلال في يد المدين الراهن، ما من شأنه الإضرار بدائنيه، هذا ما جعل المشرع يمنح لدائني المدين الراهن سواء كانوا دائنين مرتهنين أو دائنين عاديين مجموعة من الضمانات من أجل استيفاء ديونهم.

1.2.2.3. ضمانات الدائن المرتهن

يعتبر الدائن المرتهن صاحب حق مباشر على الشيء المرهون بمجرد قيده، فإذا قيد الرهن أصبح ساريا في حق الغير، فيكون للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من ثمن المحل التجاري المرهون بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في القيد، وله أن يتتبعه في أية يد يكون إذا خرج من يد المدين الراهن.

أولا: حق الأفضلية

إن عدم وفاء المدين الراهن بدينه اتجاه الدائن المرتهن يخول القانون لهذا الأخير التنفيذ على المحل التجاري المرهون، وبيعه ومنه حصوله على حقه بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين.

أ_ المقصود بحق الأفضلية: يقصد بحق الأفضلية تقرير الأولوية للدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن المحل التجاري في حالة بيعه عن باقي الدائنين أصحاب الحقوق المضمونة التاليين له في القيد، وكذا الدائنين العاديين [8](79)، والأفضلية هي الغاية من الرهن [82](28).

بتعبير آخر إذا ما نفذ الدائن المرتهن على المحل التجاري وباعه جبرا، له أن يستوفي دينه من الثمن الناتج بالأولوية على جميع الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين متى كانوا متأخرين في المرتبة [89](263).

تفترض ميزة التقدم وجود أكثر من دائن للمدين، ومن ثم يقوم التنافس بين الدائن المرتهن والدائنين الآخرين، أما إذا كان المدين الراهن مدينا للدائن المرتهن فقط، فلن يحتاج هذا الدائن

استعمال سلطة التقدم، ما دام هو الدائن الوحيد، وكذلك الحال إذا كانت أموال المدين تكفي لسداد كل الديون، فلن يثور التزام بين الدائنين ولا نكون بحاجة إلى المفاضلة بينهم، أما إذا كان هناك أكثر من دائن، ولم تكن أموال المدين كافية لتغطية الديون، فلا بد من المفاضلة بين الدائنين لفض التزام بينهم.

والقاعدة العامة في هذا الصدد هي أن الدائن المرتهن يتقدم في استيفاء حقه من محل الرهن، على الدائنين أصحاب التأمينات المقيدة التالية له في المرتبة [81](295)(296).

ب_ محل الأفضلية يمارس الدائن المرتهن حق الأفضلية أو الأولوية على الشيء المرهون وهو المحل التجاري المرهون، أي يقبل على عناصر المحل التجاري المذكورة في العقد، وفي حالة عدم ذكر العناصر التي يشملها الرهن فإن الرهن لا يقع إلا على العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن والشهرة التجارية، وهذا حسب الفقرة الثانية من نص المادة 119 ق ت ج، وعليه فإنه لا يمكن للدائن المرتهن ممارسة حقه بالأفضلية على عناصر لم يشملها عقد الرهن.

كذلك يكون للدائن المرتهن ممارسة الأولوية في الحصول على الدين المضمون من تعويض التأمين الذي يستحقه المدين الراهن في حالة هلاك الشيء المرهون [3](309)(310)، حيث أنه إذا هلك المحل التجاري المرهون فللدائن المرتهن حق الأولوية في الحصول على حقه المضمون برهن المحل التجاري من التعويض لدى شركة التأمين [1](256)، ويقابل هذا الحكم نص المادة 36 من الأمر 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، حيث تنص على أنه "إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال، يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعاً لرتبتهم وطبقاً للتشريع الساري على التعويضات المستحقة" [90]، وقياساً على نص المادة 900 ق م ج التي تنص على أنه (إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة)، فإنه إذا هلك المحل التجاري المرهون لأي سبب كان انتقل حق الدائن المرتهن إلى المال الذي يكون في محله سواء كان مبلغ التعويض عن الضرر في حالة ارتكاب خطأ، أو مبلغ التأمين في حالة تحقق الضرر المؤمن عليه، أو مبلغ التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

تنص المادة 3/293 ق ت ج على أنه "يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن مرتتهن آخر صاحب امتياز أم لا".

وحسب نص المادة 30 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات فإنه يخول تأمين الأموال للمؤمن له في حالة وقوع حادث منصوص عليه في العقد، الحق في التعويض حسب شروط عقد التأمين، ولا يمكن أن يزيد هذا التعويض على مقدار استبدال المال المؤمن عليه وقت وقوع الحادث.

وعلى ذلك لا يتقرر حق الدائن المرتهن على مبلغ التأمين إلا بقدر الجزء الذي يقابل مقومات المحل التي وقع عليها الرهن، وتحدد المحكمة النسبة التي تتقرر لهذه المقومات من مبلغ التأمين، وهي توكل هذه المهمة عادة إلى خبير[3](310).

تـ معيار الأفضلية أو الأولوية قد يتعدد الدائنون المرتهنون للمحل التجاري المرهون ويحدث التزاحم بينهم، ما من شأنه إحداث نزاع بين هؤلاء الدائنين المرتهنين، ومن أجل تفادي ذلك وضع المشرع معيارا على أساسه يمكن ترتيبهم، ويظهر ذلك من نص المادة 122 ق ت ج التي تنص على أنه "يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب قيودهم، ويكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية". حيث يكون ترتيب الأولوية بين الدائنين المقيدة حقوقهم طبقا لتاريخ قيد هذه الحقوق، فالأسبق منهم في تاريخ قيد حقه تكون له الأولوية على صاحب القيد اللاحق له، على أنه إذا قام الدائنون المرتهنون بقيد حقوقهم في يوم واحد، كانت لهم نفس المرتبة[19](463)، وعلى هذا يظهر بوضوح أن تعدد الرهون ومن ثم تعدد الدائنين المرتهنين لا يؤثر على حقوق الدائن المرتهن الذي قام بقيد حقه في تاريخ سابق لتاريخ الرهون الأخرى؛ كما يؤخذ بعين الاعتبار تاريخ القيد لتحديد ترتيب كل دائن، ولهذا يتم التفضيل بين الدائنين المرتهنين بالنظر إلى الأسبقية في القيد[10](264)(265).

غير أنه إذا كان الدائن المرتهن يفضل على جميع الدائنين المرتهنين، الذين يلونه في القيد، وكذا على جميع الدائنين العاديين، فإن الدائن البائع صاحب الامتياز المقيد حسب القانون يتقدم على الدائن المرتهن كون عقد الامتياز ينتج آثاره من تاريخ عقد البيع[8](79).

تنص المادة 2/16 من القانون رقم 11 لسنة 1940 المصري المتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه على أنه "تكون الأولوية في المرتبة بين الدائن المرتهن الحيازي وبين الدائن المرتهن رهنا عقاريا بحسب تاريخ القيد، ومع ذلك تكون مرتبة الرهن العقاري مقدمة على الرهن الحيازي إذا قيда في يوم واحد"[91].

يقصد من الرهن العقاري في هذا النص الرهن الذي ينصب على العقار الذي يمارس فيه التاجر تجارته، في حين يقصد من الرهن الحيازي رهن المحل التجاري، والفرص أن العقار

المرهون هو الذي يمارس فيه التاجر تجارته ولا يدخل هذا العقار المرهون ضمن العناصر التي يتركب منها المحل التجاري، ولذلك لا محل لوقوع التزام بين الدائنين المرتهنين في حالة رهن المحل التجاري ورهن العقار الذي يشغله هذا المحل، ومع ذلك قد قدمنا أن المهمات والآلات التي تستخدم في استغلال المحل التجاري يمكن أن تكون في بعض الأحوال عقارا بالتخصيص، إذا كان العقار والمحل التجاري مملوكين لشخص واحد، وكانت المهمات والآلات المذكورة مرصودة لخدمة العقار ذاته، ولذلك يجوز رهن هذه المهمات والآلات رهنا عقاريا على اعتبار أنها عقار بالتخصيص، كما يجوز أن ينصب عليها الرهن في حالة رهن المحل التجاري، وهي الصورة التي يوجد فيها التزام بين الدائنين المرتهنين رهنا عقاريا والدائنين المرتهنين رهنا حيازيا للمحل التجاري، وقد نصت المادة 16 من القانون رقم 11 لسنة 1940 المصري الخاص ببيع المحل التجاري ورهنه على الحل الذي يتبع في هذه الحالة، فجعلت الأولوية في المرتبة بين الدائن المرتهن للمحل التجاري والدائن المرتهن رهنا عقاريا بحسب تاريخ القيد، فإذا حصل قيد الرهنين في يوم واحد كانت مرتبة الرهن العقاري مقدمة على رهن المحل التجاري[3].

بالعودة إلى القانون الجرائي لم ينص المشرع على هذه النقطة لا في القانون المدني ولا في القانون التجاري.

أورد المشرع مجموعة من الامتيازات العامة ونذكر منها فقط المهمة بالنسبة لموضوع بحثنا وهي المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، المبالغ المستحقة للخرينة العمومية من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول[31].

كذلك قد يتزام فيها مؤجر العقار الكائن به المحل التجاري والدائن المرتهن للمحل التجاري، وعليه فإنه بالعودة إلى نص المادة 995 ق م ج فإن الأولوية حسب نص هذه المادة تكون لامتنياز مؤجر المكان الكائن به المحل التجاري، بحيث يتقدم على الدائنين المقيد، وعلى أن تكون أولويته في حدود الأجرة المستحقة بحد أقصى سنتين، ولقد حرص المشرع على ألا يجعل امتياز المؤجر وأولويته لمدة تزيد عن سنتين حتى لا يستأثر المؤجر دون باقي الدائنين المرتهنين بنصيب الأسد من قيمة المنقولات الكائنة في العين المؤجرة[19](464)، على أنه يلاحظ أن هذا التضييق في حق الامتنياز لا يؤثر من الناحية العملية على حقوق المؤجر، لأنه لا يقع إلا على الأثاث والمهمات والآلات باعتبارها منقولا، أما البضائع فامتياز المؤجر يبقى عليها كاملا إذ لا يجوز رهنها[15](116).

ثانيا: حق التتبع

إن بقاء ملكية وحيازة المحل التجاري المرهون للمدين الراهن واستغلاله له، وعدم انتقاله للدائن المرتهن قد يشكل خطرا على حقوق هذا الأخير، وعليه منح المشرع للدائن المرتهن إمكانية تتبع هذا المحل المرهون في أي يد كان، وهذا حسب نص المادة 132 ق ت ج التي تنص على أنه " يتبع امتياز البائع والدائن المرتهن المحل التجاري أينما وجد".

أ_ المقصود بحق التتبع يستفيد الدائن من حق التتبع والذي يمكنه من تتبع المحل في أي يد كان [24][229] حتى وإن تم بيعه، ويمكن للدائنين المقيدين الحجز عليه وبيعه قضائيا واستيفاء دينهم من ذلك الثمن [92][225](226)، فهو يستطيع أن يتتبع المحل التجاري تحت يد أي حائز له مهما تتابعت وتلاحقت عقود البيع التي أدت إلى وصول المحل إلى يد هذا الحائز [89][263]، إذ أن الدائن المرتهن يكون له الحق في تتبع الشيء المرهون في أي يد ينتقل إليها إذا خرج هذا الشيء من ملك المدين، فإذا باع المدين الراهن المحل التجاري إلى مشتر جديد جاز للدائن المرتهن التنفيذ عليه تحت يد هذا المشتري وبيعه واقتضاء دينه من ثمنه، ولا يكون لمشتري المحل التجاري مهما كان حسن النية أن يحتج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، لأن هذه القاعدة تسري بالنسبة للمنقولات المادية ولا عمل لها بالنسبة للمنقولات المعنوية [3][313] كالمتجر، ومن ثم يكون للدائن المرتهن تتبع هذا المتجر واستعادته منتحت يد الحائز حتى ولو كان هذا الحائز حسن النية [19][465].

ب_ محل حق التتبع حقيقة أن المحل التجاري يتركب من عناصر مادية وعناصر معنوية، وأن البيع يرد على هذه العناصر جميعا، غير أن الدائن المرتهن لا يمارس حقه في التتبع على كل عنصر على حدة، ولكنه يمارس الحق في التتبع على عناصر المحل التجاري مجتمعة على اعتبار أن هذه العناصر تكون وحدة شاملة من قبيل المنقولات المعنوية هي التي يطلق عليها المحل التجاري [3][313].

ولكن إذا لم يتصرف المدين الراهن في المحل التجاري كوحدة متكاملة، وإنما تصرف في بعض العناصر المادية استقلالا عن المحل التجاري، مثل قيامه ببيع البضائع إلى شخص آخر فإن هذا المشتري يصبح حائزا يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز [19][465]، حيث أن قاعدة الحيازة تجد محلا لتطبيقها في مواجهة الدائن المرتهن فيما لو تصرف المدين الراهن في بعض العناصر المادية التي يشملها الرهن على انفراد، لأن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بمحل تجاري، وإنما بعناصر مادية مستقلة لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد [93][457](458)، وفي حالة

تصرف المدين الراهن في إحدى العناصر المعنوية التي كانت قيد رهن، فإنه يمكن للدائن المرتهن تتبعه ويكون الرهن نافذا في مواجهة المتصرف إليه[8](80).

ثالثا: الرهن ضامن لكل الدين وغير قابل للانقسام

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فإن المادة 892 ق م ج تنص على أنه "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق على غير ذلك"، وقياسا على ذلك فيما يخص رهن المحل التجاري فإن حق الدائن المرتهن غير قابل للتجزئة، فهو يرتبط بمجموع العناصر التي تدخل نطاق الرهن، أي أن عناصر المتجر المرهونة ضامنة للدين كله، فلا يتحرر عنصر من العناصر عند الوفاء بجزء من الدين، فكل جزء من عناصر المتجر المرهون ضامنة لكل الدين، وكذلك فإن كل جزء من الدين مشمول بضمان الأموال المرهونة، وعليه إذا قام صاحب المتجر بالوفاء للدائن المرتهن بجزء من الدين، فلا يؤدي ذلك إلى تطهير بعض عناصر المتجر بنسبة ما تم الوفاء به[19](465)، هذا فيما يخص رهن المحل التجاري.

أخذ المشرع بقاعدة مخالفة لهذا الحكم وذلك بالنسبة لامتياز البائع، فقد أوجبت المادة 2/79 ق ت ج أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات كل منها على حدة، كما نصت المادة 96 ق ت ج في الفقرات 3، 4، 5 على أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة، كما أوجبت أيضا أن يخصم مما يدفع من الثمن أولا ثمن البضائع ثم ثمن المهمات ثم ثمن المقومات غير المادية ولو اتفق على خلاف ذلك، كذلك ينفذ الامتياز على ما هو ضمان له من أثمان البضائع والمهمات ومقومات المحل غير المادية بكل منها على حدته، ويفيد ذلك أن امتياز البائع يقبل التجزئة كل جزء من الثمن يحصل عليه البائع يستتبع انقضاء الامتياز بالنسبة لبعض عناصر المحل التجاري التي تقابل جزء الثمن الذي حصل الوفاء به[3](315).

رابعا: حق الدائن المرتهن في حالة فسخ عقد الإيجار

إذا تخلف التاجر المستأجر عن دفع أجرة المكان الذي تستثمر فيه المؤسسة التجارية، كان للمؤجر فسخ عقد الإيجار تطبيقا للقواعد العامة، بيد أنه لما كان حق الإيجار من أهم مقومات المؤسسة التجارية وقد يترتب على فسخ عقد الإيجار استحالة الاستثمار أو نقصان قيمة المؤسسة، فقد أخضع القانون هذا الفسخ لإجراءات خاصة تهدف إلى حماية حقوق الدائنين المرتهنين[21](237)،

فيجب على المالك الذي يطلب فسخ إيجارة العقار الذي يستثمر فيه محل تجاري مرهون أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المرتهنين في محالهما المختارة المعينة بقيودهم، ولا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ إلا بعد انقضاء شهر على التبليغ، ولا يصح فسخ الإيجار بالتراضي نهائياً إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ الحاصل للدائنين المقيدون في المحل المختار لكل منهم، ويجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني وهذا حسب نص المادة 124 ق ت ج، ويترتب على ذلك أن فسخ عقد إيجار العقار بالتراضي لا يسري على الدائنين المرتهنين المقيدون إلا إذا قام المؤجر بإجراءات التبليغ المطلوبة قانوناً، ومضى شهر دون اعتراض عليه، ولهذا إذا أغفل صاحب العقار تبليغ الدائنين المرتهنين المقيدون في المهلة المحددة قانوناً، فلا يمكنه الاحتجاج بالفسخ إزاءهم [63](223)(224).

خامساً: حق الدائن المرتهن في حالة نقل المحل التجاري المرهون

إن نقل المالك للمحل التجاري دون إخطار الدائن المرتهن المقيد في المحل المختار خلال خمسة عشر يوماً من قبل وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيم فيه تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون، وهذا حسب نص المادة 123 ق ت ج، وعليه يمكن للدائن المرتهن المطالبة بحقه نتيجة ذلك السلوك الصادر من المالك، لأنه من شأن نقل المحل التجاري إلى جهة أخرى إنقاص قيمته ومنه إضعاف ضمانه، كذلك الأمر في حالة عدم موافقة الدائن المرتهن على نقل المحل التجاري، فإن ذلك يجعل من دينه مستحق الأداء [7].

2.2.2.3. ضمانات الدائنين العاديين

إن منح المشرع للدائن المرتهن عدة ضمانات منها حق الأفضلية في استيفاء دينه، والتقدم على غيره من الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد وعلى الدائنين العاديين، لا يعني عدم وضعه ضمان لهؤلاء الدائنين خاصة الدائنين العاديين الذين لا يرتبط حقهم بعين معينة بل وضع ضمان نستشفه من نص المادة 5/123 ق ت ج التي تنص على أنه "كما أن قيد الرهن الحيازي يمكن أن يجعل الديون السابقة والتي يكون موضوعها استغلال المحل التجاري، حالة الأجل"، وهذا النص يرتب على رهن المحل التجاري أثراً بالنسبة للدائنين العاديين هو جواز سقوط أجل الدين، ويقتصر النص المذكور على الدائنين العاديين دون غيرهم من الدائنين المقيدون الذين لا يمكن أن ينالهم ضرر بسبب قيد الرهن اللاحق، لأن قيودهم السابقة تقرر لهم الحق في الأولوية والتتبع قبل غيرهم من أرباب الرهون اللاحقة [3](316)، ويتضمن هذا الحكم فيما يتعلق بالدائنين العاديين، خروجاً على القواعد العامة ذلك أن حق المدين في الأجل لا يسقط بسبب إضعاف التأمين إلا إذا كان هذا التأمين

خاصا واردا على مال معين للمدين[21](239)، ولا يحصل سقوط آجال الديون العادية بقوة القانون بل يكون لأربابها طلب ذلك من القضاء، وتفصل المحكمة في هذا الطلب ويكون لها الحرية في إجابته أو رفضه[3](316)، وهذا ما يظهر لنا جليا من نص المادة 1/128 ق ت ج التي تنص على أنه) يجوز للمحكمة المختصة بالنظر في طلب وفاء دين مرتبط باستغلال محل تجاري إذا صدر حكمها بالأداء أن تأمر بموجب هذا الحكم ببيع المحل التجاري إذا طلب منها الدائن ذلك. وتصدر حكمها حسب الشروط المبينة في الفقرات 5 و6 و8 من المادة 125 ق ت ج، وتحدد المهلة التي يمكن عند انقضائها مواصلة إجراءات البيع في حالة عدم وفاء الدين[7]، ويشترط لإعمال هذا الحكم أي سقوط الأجل عدة شروط وهي:

أولا: أن يكون الدين العادي (أي غير المضمون برهن أو أي ضمان آخر) قد نشأ قبل قيد الرهن: وبغض النظر عن تاريخ استحقاقه، فقد يكون تاريخ الاستحقاق لاحق على قيد الرهن، فلا أهمية لذلك، المهم هو نشأة الدين قبل عملية القيد، وذلك لأن هذه الأسبقية تعني أن الدائن العادي كان قد اعتمد على قيمة المحل التجاري كجزء من ضمانه العام، وبالتالي فإن رهن المحل بعد ذلك فيه ولا شك إضعاف لهذا الضمان، هذا من جانب، ومن جانب آخر يلاحظ أن الذي سقط أجل استحقاقه هو الدين العادي، ومن ثم لا يجوز طلب إسقاط آجال الديون المضمونة التالية لدين الدائن المرتهن، وذلك لأن هذه الديون لن تتأثر كثيرا بإضعاف الضمان العام بتقرير الرهن لأن هناك مال مخصص لضمان الوفاء في الميعاد[18](408).

يمكن لنا أن نضيف أن العبرة في إلزامية توفر هذا الشرط هو أن في قيد الرهن تحقيق للإعلان وترتيب لحجيته في مواجهة الغير[12](213).

ثانيا: أن يكون الدين المذكور من الديون المتعلقة بالاستغلال التجاري فالدائن الذي نشأ دينه عن هذا الاستغلال يفترض أنه قد اعتمد على المحل التجاري في سداد هذا الدين[19](466)، ولو أن هذا المحل لا يعدو أن يكون واحدا من العناصر التي تتركب منها ذمة المدين، ولذلك أجاز المشرع للدائن المطالبة بسداد الدين قبل حلول الأجل إذا رهن المدين المحل التجاري وأصاب الدائن المذكور ضرر بسبب ذلك الرهن، ولعل المشرع قد قصد من ذلك أن يحمل المدين على التروي والتفكير قبل رهن المحل التجاري حتى لا يتفاجأ إذا دعي الأمر، بسداد الديون العادية قبل مواعيد استحقاقها مما يستتبع وقوعه في الحرج في أغلب الأحوال، وهذا قد تقرر على سبيل الاستثناء من القواعد العامة التي لا ترتب سقوط الآجال إلا في حالة إضعاف التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين، في حين أن الدائن العادي لا يكون دينه مضمونا بأي ضمان خاص، ولذلك لم يتوسع المشرع في تطبيق هذا

الاستثناء وقصره على الحالة التي ينشأ فيها الدين بسبب الاستغلال التجاري، فإذا نشأ الدين بعيد الصلة عن الاستغلال التجاري فلا يكون للدائن التضرر من تصرفات المدين إلا إذا وقعت هذه التصرفات بناء على غش منه إضراراً بالدائن تطبيقاً للقواعد العامة، ولا يكون الجزاء في هذه الحالة سقوط أجل الدين ولكن عدم نفاذ التصرف في حق الدائن [3](316)(317).

ثالثاً: أن يترتب على رهن المحل التجاري ضرر يلحق الدائن العادي ونرى أن هذا الضرر يتحقق حتماً لو أن قيمة الدين المضمون بالرهن يستغرق قيمة المحل التجاري، ولو لم يكن لدى صاحب المتجر أموال أخرى يمكن التنفيذ عليها عند عدم قيامه بالوفاء في الميعاد [18](409).

رابعاً: أن يقوم الدائن العادي برفع الأمر إلى القضاء الذي يفصل في طلب سقوط الأجل، وله في ذلك حرية التقدير، ومعنى ذلك أن سقوط أجل الديون العادية لا يترتب بمجرد قيام الدائن المرتهن بقيد رهنه على المتجر [19](466).

يحلينا نص المادة 6/123 ق ت ج الخاصة بالدعوى المتعلقة بطلب سقوط الأجل إلى نص المادة 8/125 ق ت ج التي تلزم المحكمة على البت في هذه الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه، وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن، غير أنه وحسب الفقرة التاسعة من نفس المادة فإنه يمكن رفع الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تبليغه إلى الطرف المعني.

3.2.3. التنفيذ على المحل التجاري كضمان لجميع الدائنين

إن رهن المحل التجاري لا يؤدي إلى نقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن كما سبقت الإشارة إليه، وإنما تبقى الحيازة تحت يده، وهذا ضمان فعال له من أجل استمراره في استثمار المحل التجاري المرهون، غير أنه يلزم على عاتقه بذل العناية اللازمة في الحفاظ على الشيء المرهون، وأن يعمل على سداد الدين الذي على عاتقه إذ أنه إذا قام المدين الراهن ببعض التصرفات التي من شأنها الإعدام أو الإنقاص من ضمان الدائنين، أو حلول ميعاد استحقاق الدين ولم يوف به، فإن لدائنيه الحق في المطالبة بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون وبيعه في المزاد العلني من أجل استيفاء ديونهم من ثمن ذلك البيع.

غير أنه من أجل بيع المحل التجاري بالمزاد العلني فإن القانون يستوجب اتباع مجموعة من الإجراءات وهذا ما سنحاول تبيانها.

1.3.2.3 الأشخاص الذين لهم حق المطالبة بالتنفيذ على المحل التجاري

إن لكل دائن مرتبط دينه بالمحل التجاري حق المطالبة ببيع المحل التجاري من أجل استيفاء دينه، ويمكن تعداد هؤلاء الذين لهم هذا الحق فيما يلي:

- _ الدائن المعارض على البيع وذلك بطلب زيادة السدس وفقا لنص المادة 85 ق ت ج.
- _ المدين الذي تعرض لإجراءات الحجز على المحل التجاري المرهون وفقا لنص المادة 1/125 ق ت ج.
- _ كل دائن يباشر إجراءات الحجز التنفيذي على المحل التجاري المرهون وفقا لنص المادة 1/125 ق ت ج.
- _ بائع المحل التجاري وفقا لنص المادة 1/126 ق ت ج.
- _ الدائن المرتهن وفقا لنص المادة 1/126 ق ت ج.
- _ الدائن العادي في حالة ما إذا كان دينه مرتبط باستغلال المحل التجاري وفقا لنص المادة 1/128 ق ت ج.
- _ لكل دائن مقيد طلب طرحه للمزايدة بزيادة العشر وفقا لنص المادة 133 ق ت ج.

وفي هذا الصدد يمكن لنا التطرق إلى الحالات التي يجوز فيها طلب بيع المحل التجاري، حيث أن منع المشرع الدائن المرتهن من تملك المحل التجاري عند عدم الوفاء بالدين كما سبق أن رأينا، لا يعني أنه منح للمدين الراهن الحرية المطلقة في التصرف في محله التجاري، وإنما قيده بعدم القيام ببعض الأعمال التي إن قام بها يمكن لدائنيه المطالبة بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- _ حالة نقل المحل التجاري إذا لم يقم المدين الراهن بإخطار الدائنين المقيدون في المحل المختار أو رفضهم لعملية النقل عند إخطارهم.
- _ حالة قيد الرهن الحيازي يجعل الديون السابقة والمتعلقة باستغلال المحل التجاري حالة الأداء.
- _ حالة فسخ عقد إيجار المحل الذي يستغل فيه المحل التجاري.
- _ حالة مباشرة إجراءات الحجز التنفيذي على المحل التجاري يمكن للمدين المعارض لهذا الإجراء طلب بيع المحل التجاري بالمزاد[7]وتنص المادة 651 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/04/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على القاعدة التجارية للمدين ويقيد أمر الحجز خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره

بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري، وينشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وإلا كان باطلاً" [94].

_ حالة حلول أجل الدين وعدم قيام المدين الراهن بالوفاء بدينه.

_ حالة قيام مالك المحل التجاري بالتصرف في عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن.

2.3.2.3. إجراءات التنفيذ على المحل التجاري

فإذا ما أراد الدائن التنفيذ على المحل التجاري لعدم الوفاء بالدين المستحق عند حلول أجله أو لسقوط أجله لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقاً فإنه يلزم عليه القانون اتباع إجراءات معينة محددة قانوناً.

أولاً: الإنذار

يلتزم الدائن الذي له رغبة في التنفيذ على المحل التجاري إنذار المدين الراهن والحائز من الغير، حيث افترض أن المدين قد تصرف في المتجر إلى الغير وهو الحائز، أما في حالة عدم التصرف في المتجر للغير، فإن التنبيه يحصل للمدين فقط، والحكمة من ذلك أن الدائن المرتهن سوف يتخذ إجراءات التنفيذ على المحل التجاري الذي آلت ملكيته للحائز، لذلك يجب إخطاره حتى يتمكن من منع هذا التنفيذ إذا ما أراد ذلك كما إذا قبل دفع الدين للدائن المرتهن [15] [119].

ثانياً: الحصول على أمر ببيع المحل التجاري المرهون

بعد مضي مدة الثلاثين يوماً الممنوحة للمدين والحائز من الغير دون قيامهما بالوفاء، للدائن أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التي يقع في دائرتها المحل التجاري يطلب الإذن ببيع مقومات المحل التجاري المرهونة بالمزاد العلني كلها أو بعضها وفق ما يتضمنه عقد الرهن وهذا حسب نص المادة 126 ق ت ج.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للبنوك والمؤسسات المالية بعد مضي خمسة عشر يوماً على إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي أن تحصل على قرار ببيع المحل التجاري المرهون [11].

ويلتزم القاضي المصدر للأمر بتطبيق الفقرات 5، 6، 7، 8 من المادة 125 ق ت ج ويتمثل مضمون هذه الفقرات فيما يلي:

أ_ تعيين متصرف مؤقت لإدارة المحل التجاري" يمكن أن يكون هذا المتصرف المدين الراهن كما قد يكون شخص آخر تعينه المحكمة في قرارها إذا كانت الحراسة ترهق المدين الراهن أو خيف منه أن يعمل على الإنقاص من الضمان".

ب_ تحديد السعر الافتتاحي المطروح للمزايدة، بحيث يكون السعر الافتتاحي مكون من مجموعة أسعار كل عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن.

ت_ ضبط الشروط الأساسية التي يجب إتمام البيع على مقتضاها.

ث_ تكليف إجراء البيع إلى الموظف العمومي الذي باشر تحرير دفتر الشروط[7]، ومهمة البيع بالمزاد العلني مسندة لمحافظ البيع بالمزاد العلني الذي يعتبر ضابطاً عمومياً يكلف وفقاً للشروط المحددة بموجب القوانين والتنظيمات المعمول بها، بالتقييم والبيع بالمزاد العلني للمنقولات والأموال المادية، ويتم تعيينه في مكتب بموجب قرار من وزير العدل، ويمكن انتداب محافظ البيع بالمزايدة قضائياً أو بالتماس من الخواص للتقييم والبيع العمومي للمنقولات والأموال المادية[95]، نتوصل من خلال هذا إلى أن مهمته تنحصر في اختصاصين وهما: التقييم والبيع.

1_ التقييم: للقيام بمهمة التقييم يتعين على المحافظ أن تكون لديه مؤهلات علمية في الاختصاص، ذلك أن تقييم الأموال المنقولة تتطلب دراسة واسعة لمختلف أنواع المنقولات والتي يصعب إحصاؤها وحصرها، وهذا ما أدى ببعض الدول إلى أن تخصص محافظي بيع حسب الأشياء المبيعة، أي تخصيص دقيق معترف به دولياً، كما أن المكاتب في أوروبا ليست مرتبطة بإقليم بلدة معينة، بل مفتوحة على كامل أوروبا[96] (45) هذا عكس القانون الجزائري الذي ينص على أن المحافظ يمارس مهمته في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها مكتبه[95].

2_ البيع بالمزاد العلني: حسب الأمر المتضمن مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، فإنه يناط ضبط نظام البيع بالمزايدة بالمحافظ الذي يجوز له أن يطلب لهذا الغرض من وكيل الجمهورية المختص إقليمياً تسخير القوة العمومية، ويجوز له أيضاً تلقي كل تصريح يتعلق بهذا البيع وكل الاعتراضات المقدمة والتأشير عليها، وكذا رفع كل دعوى استعجالية تفتضيها عملياته أمام الجهات القضائية المختصة واستدعاء الأطراف المعنية لهذا الغرض أمام الجهات نفسها[95].

ج_ النشر إذ يتم ذلك بالصاق الإعلان على الباب الرئيسي للبنية ومقر المجلس الشعبي البلدي التي يوجد فيها المحل التجاري والمحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري ومكتب الموظف العمومي المنتدب، غير أنه قد لا يؤدي هذا النشر إلى التوسيع الكافي لعملية الإعلان ولا يعلم به إلا قليل من الناس، حيث أنه إذا ظهر أنه من المفيد القيام بإجراءات النشر الاستثنائية كشره في مكان يكون من شأنه الحصول على أحسن النتائج[97] (90) استوجب ذلك ضبطها في الحكم المتضمن الأمر بالبيع، وإلا فموجب أمر يصدر من رئيس المحكمة بناء على عريضة وذلك بعد صدور الأمر بالبيع.

يقع على عاتق المحكمة المرفوع أمامها الطلب، الفصل فيه خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن[7]، ولا غرابة في ذلك كون الأمر الذي يصدر هو أمر قضائي استعجالي[8](83) قابل للاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تبليغه إلى الطرف المعني[7]. نلاحظ فيما يخص ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم أن المشرع رجع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتبعة في الدعاوى الموضوعية وذلك في نص المادة 336 منه التي تنص "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته"[94].

ثالثاً: آثار الحكم الأمر بالبيع بالمزاد العلني

إن قيام الدائن بإنذار المدين والحائز من الغير وفقاً للإجراءات السابقة الذكر، يمكنه من الحصول من المحكمة المرفوع أمامها طلب إذن ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني، إذ يعتبر هذا الحل الأخير للدائن من أجل استيفاء حقه في حالة رفض المدين الوفاء بالدين الواقع على عاتقه، أو قام بتصرف من شأنه الإضرار بضمان دائنيه، وعليه فإن حصول الدائن على الإذن ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني يرتب مجموعة من الآثار، وهذا ما سنحاول تناوله.

أ_ إلزامية اتباع الدائن إجراءات البيع بالمزاد العلني إن حصول الدائن على إذن ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني لا يخول له الحرية في التصرف في هذا الحكم كما يشاء أو تنفيذه مباشرة وإنما يفرض عليه القانون اتباع إجراءات معينة يجب عليه استكمالها.

1_ إنذار القائم بالملاحقة لمالك المحل التجاري والدائنين المقيدين، حيث يقع على الدائن القائم بالملاحقة إنذار مالك المحل التجاري والدائنين المقيدين قبل صدور أمر بالبيع، في محلات الإقامة المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من البيع، بالاطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك[7].

نستنتج من خلال نص هذه الفقرة أن المشرع فرض هذا الإجراء على القائم بالملاحقة لإعلام المدين (مالك المحل التجاري) والدائنين المقيدين قبل صدور الأمر ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني، وقطع الطريق أمامهم في حالة احتجاجهم بعدم علمهم بذلك الأمر، ويعتبر حجة عليهم وعدم اعتراضهم على دفتر شروط البيع يعني قبولهم بما جاء فيه من بيانات، كما نفهم من عبارة "والدائنين المقيدين قبل صدور الأمر بالبيع" أن المشرع أراد به حماية الدائنين المقيدين قبل صدور الأمر بالبيع فقط دون أن يمتد ذلك إلى الدائنين المقيدين بعد صدور الأمر بالبيع، لأنه عند ترتيب حقوقهم لم يكن المحل التجاري في حالة بيع، وإنما كان في مرحلة الاستغلال العادي وكانوا يعولون عليه لاستيفاء

حقوقهم، ومن ثم تجب حمايتهم، أما الدائنين المقيدة حقوقهم بعد صدور الأمر بالبيع فكان من المفروض عليهم أن يعلموا أن المحل التجاري يحضر لبيعه بالمزاد العلني، ولذلك يفترض فيهم العلم بالوضعية الحقيقية لمدينهم ولمحلته التجاري، وقد ألزم المشرع القيام بهذا الإجراء قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من البيع، وذلك من أجل التنبيه لأهمية هذه العملية وضرورة أخذ الأمور بجديّة وعدم التهاون لأن دفتر الشروط الذي يعده الموظف العمومي القائم بالتنفيذ يمكن أن يتضمن بيانات مخالفة لما هو موجود على أرض الواقع، وعليه يمكن لهذا أن يضر بمصالح مالك المحل التجاري والدائنين المقيدين قبل صدور الأمر بالبيع، حيث أن عملية البيع تتم وفقاً لما يتضمنه دفتر الشروط من بيانات.

2_ الإعلان

_ إصاق الإعلانات: يعتبر إصاق الإعلانات وسيلة إشهار تمكن الغير من معرفة محتوى عملية البيع، وتتضمن هذه الإعلانات حسب الفقرة الأولى من المادة 127 ق ت ج ما يلي:

- اسم الشخص القائم بالملاحقة ومهنته ومحل إقامته.
- اسم مالك المحل التجاري ومهنته ومحل إقامته.
- بيان الحكم الصادر بالبيع.
- بيان محل الإقامة المختارة بمكان المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري.
- تحديد المحل التجاري وعناصره التجارية ونوع أعماله التجارية وموقعه.
- تحديد السعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي يحصل فيها مرسى المزداد.
- اسم الموظف العمومي المكلف بالبيع والمؤتمن على دفتر الشروط.

ويتم البيع بعد عشرة أيام على الأقل من لصق هذه الإعلانات، ويفرض القانون على الموظف العمومي القيام بإصاق هذه الإعلانات وجوبا في الأماكن التالية:

- الباب الرئيسي للبناية، والمقصود هنا بالبناية هو الباب الرئيسي للعقار الذي يستثمر فيه المتجر [10](273).
- مقر المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها المحل التجاري.
- المحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري.
- مكتب الموظف المنتدب [7].

_ النشر: حسب الفقرة الثالثة من نص المادة 127 ق ت ج فإنه ينشر الإعلان قبل عشرة أيام من البيع في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وينشر أيضا في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في

الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري، ويجب أن يتم هذا النشر قبل عشرة أيام من عملية البيع، ويثبت النشر بقيد إشارة عنه في محضر البيع.

إن المقصود بهذه المدة القصيرة تمكين الحائز والمدين من دفع الدين في حالة عدم قبولهما استمرار إجراءات التنفيذ على المحل التجاري، ويلاحظ أن طلب الدائن المرتهن يقتصر على بيع العناصر التي يشملها الرهن فقط دون غيرها من العناصر التي يتكون منها المحل التجاري، إذ يكفي بشأن العناصر الأخيرة إجراءات التنفيذ العادية[15](120).

تنص المادة 2/14 من القانون رقم 11 لسنة 1940 المصري الخاص ببيع المحل التجاري ورهنه على أنه "إذا كان العقار بالتخصيص مثقلا بقيد رهن عقاري أو اختصاص فلا يجوز بيعه إلا مع العقار الذي يرد عليه القيد المذكور وباتباع إجراءات نزع الملكية"، وليس لهذا النص ما يقابله في القانون التجاري الجزائري ولم ينص أيضا على إنذار مالك العقار.

ويقصد المشرع من إعلان مالك العقار وأصحاب الرهون المقيدة تمكينهم من التدخل من أجل المحافظة على حقوقهم لأن بيع محتويات المتجر وخروجها من حيازة المستأجر يضعف امتياز المؤجر مما يترتب عليه انفصالها عنه فيكون للدائنين المرتهنين استيفاء حقوقهم من ثمن هذه العناصر[15](120).

تنص المادة 5/127 ق ت ج على أنه "يفصل عند الاقتضاء رئيس المحكمة للمكان التابع للدائرة التي يجري فيها استغلال المحل التجاري في أوجه الطعن ببطلان إجراءات البيع السابقة لمرسى المزاد، وفي المصاريف، ويجب تقديم أوجه البطلان قبل مرسى المزاد بثمانية أيام على الأقل تحت طائلة سقوط الحق، في القيام بها، ويصدر حكم الرئيس في نفس المهلة".

نستنتج أنه إذا نشبت منازعات حول إجراءات البيع قبل حلول تاريخ البيع وجب رفعها ممن له مصلحة في ذلك قبل ثمانية أيام من أجل البيع أمام رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان استغلال المحل التجاري، ويصدر الأمر في نفس المهلة أي قبل ثمانية أيام على الأقل من تاريخ عملية البيع، ومن لم يتمسك بحقه في إبطال الإجراءات لعملية البيع خلال المدة المذكورة سقط حقه في المطالبة بها[8](84)، ويجري البيع بالمزايدة في المكان واليوم والساعة المحدد في الإعلان الذي تم إصاقه، وحسب نص المادة 757 ق إ م التي تنص على أنه "يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض وكان آخر مزاييد.

يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزال عليه بعد النداء به ثلاثة مرات متتالية، تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة"، وتعني هذه المادة أن البيع لا يتم إلا بعد رسو المزااد على شخص معني بذاته، وعادة هو من يقدم أعلى عرض، لأن العطاء المقدم من أي شخص يسقط بمجرد أن يقدم شخص آخر عطاء أعلى منه، ذلك أن تقدم الشخص بالعطاء في المزايدة هو عبارة عن إيجاب من صاحب العطاء ولا بد لهذا الإيجاب من قبول، والقبول لا يكون إلا برسو المزااد ممن يملكه، وهنا يتطابق الإيجاب مع القبول فينعقد عقد البيع[96](222).

ب_ آثار البيع بالمزااد العلني

1_ بالنسبة للمدين: بمجرد بيع المحل التجاري بالمزااد العلني تزول ملكية المدين للمحل التجاري المباع ويتحلل من الديون التي كانت على عاتقه والناجئة عن استغلال محله التجاري، وله الحق في المبلغ المتبقي عند استيفاء الدائن لحقه أو المبلغ المتبقي عند تقسيم ذلك المبلغ الناتج عن عملية البيع عندما يتعدد الدائنون وهذا حسب نص المادة 3/791 ق إ م التي تنص على أنه (ترد المبالغ المتبقية إلى المدين المحجوز عليه بعد سداد الديون والمصاريف)، غير أنه يقع على عاتقه الالتزامات الناشئة عن عقد البيع المنصوص عليها في القواعد العامة باعتباره بائعا إلا الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يلتزم بضمانها لعدم أعمال هذه القاعدة في عملية البيع بالمزااد العلني.

2_ بالنسبة للراسي عليه المزااد: يترتب على البيع أن يصبح المشتري مالكا للأشياء المباعة بمجرد رسو المزااد ودفعه الثمن متى كانت إجراءات التنفيذ صحيحة[98](144)، كما تنتقل إليه الحقوق الناتجة عن عملية البيع ويمكن المطالبة بها في حالة إخلال المدين بتلك الحقوق أو الضمانات الناتجة عن عملية البيع.

غير أنه وحسب نص المادة 129 ق ت ج فإنه إذا لم يقم الراسي عليه المزااد بتنفيذ شروط مرسى المزااد يعاد بيع المحل التجاري عن طريق إعادة المزايدة بعد إنذار غير متبوع بنتيجة في مهلة عشرين يوما، وذلك وفقا للأوضاع المقررة في المادة 127 ق ت ج.

نستنتج من نص هذه المادة أن إخلال الراسي عليه المزااد بإحدى الشروط الناتجة عن بيع المحل التجاري بالمزااد كعدم دفع الثمن مثلا حسب ما هو متفق عليه، يترتب القانون عليه جزاء وهو إعادة عملية بيع المحل التجاري عن طريق إعادة المزايدة في خلال مدة العشرين يوما[7]، وفي حالة ما إذا تم بيع المحل التجاري مرة ثانية بثمن أقل من الثمن الذي بيع به في المزااد الأول يلتزم الراسي عليه المزااد في البيع الأول بالفرق الحاصل دون أن يكون له الحق في المطالبة بالثمن الزائد عن

الثلث الأول [7]، حيث لا يستفيد من منافع المزايدة الثانية [8] (84)، ويتحمل نفقات المزايدة الأولى وتحصل عند الاقتضاء تنفيذياً بواسطة الموظف العمومي المكلف بالبيع [7].

3_ بالنسبة للدائن القائم بالملاحقة: يلاحظ فيما يتعلق بحقوق الدائن أن الغرض من التنفيذ هو تحويل مال المدين إلى نقود لكي يقتضي الدائن منها حقه، غير أنه يجب أن يلاحظ أيضاً أن ثمن المحل التجاري المباع لا يدخل في ذمة الدائن [99] (276)، إنما يتم توزيعه كل حسب حصته ومرتبته ونشير هنا إلى أنه إذا وجد دائن واحد فإنه يستوفي حقه وحده دون مزاحمة من الدائنين الآخرين، كذلك الأمر إذا تعدد الدائنون وكان المبلغ المتحصل عليه كافٍ لاستيفاء ديونهم، فإنه لا تثار أية مشكلة في هاتين الحالتين، غير أن المشكلة تثار عندما يتعدد الدائنون وتكون المبالغ المتحصل عليها من التنفيذ غير كافية للوفاء بحقوقهم جميعاً، في هذه الحالة نص المشرع في المادة 1/140 ق ت ج على أنه "إذا حدد ثمن البيع نهائياً سواء كانت هناك مزايدة بالزيادة أم لا، وفي حالة عدم حصول اتفاق بين الدائنين للقيام بالتوزيع بالطريقة الودية فإن إجراء التوزيع يتم طبقاً للقواعد المبينة في المادة 400 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية".

نستخلص أن المشرع منح للدائنين إمكانية استيفاء ديونهم ودياً دون اللجوء إلى القضاء، أما إذا لم يتفقوا على القيام بالتوزيع بالطريقة الودية، فإن التوزيع يتم طبقاً للقواعد المبينة في المادة 400 ق إ م وما بعدها، غير أننا نشير في هذه النقطة أن الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/04/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه فإننا نلجأ إلى ما يقابل مضمون هذه المواد في ق إ م إ حيث تناول المشرع هذه الأحكام في الباب السادس تحت عنوان: في توزيع البالغ المتحصلة من التنفيذ، ويظهر ذلك في نص المادة 790 وما بعدها.

فإذا حصل أن لم يتفق الدائنون على توزيع الثمن فإنه يقع على عاتق من تكون لديه المبالغ المتحصلة من التنفيذ إيداعها بأمانة ضبط المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها التنفيذ، مع إرفاقها بجدول عن الأموال المباعة ومحضر رسو المزاد، ويلتزم رئيس أمانة الضبط بإخطار رئيس المحكمة كتابياً من أجل توزيع ذلك المبلغ، وخلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه يلتزم هذا الأخير بإعداد قائمة مؤقتة لتوزيع المبالغ المالية المتحصلة من التنفيذ بين الدائنين المقيدين، ويأمر بإيداعها بأمانة الضبط وتعليق مستخرج منها بلوحة إعلانات المحكمة لمدة ثلاثين يوماً، وخلال عشرة أيام من تاريخ انتهاء أجل التعليق يمكن لكل دائن بيده سند دين أن يتقدم إلى أمانة الضبط بطلب قيده في تلك القائمة، وإلا سقط حقه في الانضمام إلى الدائنين. هذا ويتم تكليف الدائنين عن طريق المحضر القضائي بناء

على من يهمة التعجيل بالحضور إلى جلسة التسوية الودية أمام رئيس المحكمة، فإذا حضر الأطراف وحصل الاتفاق على قائمة التوزيع المؤقتة بتسوية ودية أثبت الرئيس اتفاقهم في محضر يوقعه وأمين الضبط والحاضرون، ويكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي، أما إذا تخلف جميع الدائنين عن حضور تلك الجلسة أشر على القائمة المؤقتة وتصبح نهائية، وفي كلتا الحالتين يصدر الرئيس أمرا ولائيا إلى رئيس أمانة الضبط بمنح المبالغ المستحقة لكل دائن حسب القائمة [94]، أما في حالة تغيب أحد الأطراف عن حضور جلسة التسوية الودية يجوز توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ على الدائنين الحاضرين، مع حفظ حقوق الدائن المتخلف في القائمة المؤقتة، غير أنه لا يحق له الطعن في قائمة التوزيع التي أشر عليها الرئيس.

ويمكن لأي دائن الاعتراض على قائمة التوزيع المؤقتة التي يعدها رئيس المحكمة، وفي حالة تحقق ذلك فإن التسوية لا تتم، غير أنه يتم تثبيت ذلك الاعتراض بأمر من الرئيس في محضر ويقوم بالفصل فيه بأمر خلال مدة ثمانية أيام، ويجوز استئناف هذا الأمر خلال عشرة أيام إذا كان المبلغ المتنازع عليه يزيد عن مائتي ألف دينار (200.000 د ج) أمام رئيس المجلس القضائي لذي يفصل فيه في أقرب الآجال، ولا يلزم القانون في هذه الحالة توكيل محامي يمثله أمام المجلس، كما أن الاستئناف لا يوقف ولا يمنع الرئيس من تسليم أوامر المبالغ المالية إلى مستحقيها من الدائنين، والمدين لا يوقف إجراءات التوزيع ولو كان تاريخ توقفه عن الدفع سابق على الشروع في التوزيع [94].

الخاتمة

من خلال دراستنا لأخطر التصرفات الواردة على المحل التجاري، ألا وهي عملية الرهن الحيازي، فإننا توصلنا إلى أن المحل التجاري مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، فله طبيعة خاصة يختلف عن العناصر المكونة له، إذ أنه يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية، وهذه الأخيرة تعد العناصر الأكثر تأثيراً فيه خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، حيث لا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر ليس فقط في بعض المحلات التجارية، وإنما في كل المحلات التجارية دون استثناء مهما اختلفت طبيعة النشاط التجاري الممارس في ذلك المحل، إذ يرتبط وجود المحل التجاري بوجود هذا العنصر، وهذا ما أدى بأحد شراح القانون التجاري إلى القول بأن المحل التجاري هو الزبائن. يظهر تأثر المشرع الجزائري بهذا في نص المادة 2/78 من القانون التجاري التي يقول فيها أن المحل التجاري يجب أن يشمل إلزامياً عملائه وشهرته، أما العناصر الأخرى للمحل التجاري فإنها تختلف من محل تجاري لآخر.

لهذا فإن للمحل التجاري قيمة مالية يتم تقويمها عند إبرام عقد الرهن الحيازي، الذي يعتبر عقد من طبيعة خاصة نظراً للنظام القانوني الذي يخضع له، فقد توصلنا إلى أنه إلى جانب خضوع هذا العقد للقواعد العامة في القانون المدني كغيره من العقود، فإنه يخضع إلى قواعد خاصة في القانون التجاري تختلف عن القواعد المنظمة لعناصره على حدة، هذا ما جعله يتميز عن غيره من العقود، فإضافة إلى أركان العقد العامة الواردة في القانون المدني، فإن المشرع ألزم أطراف العقد على تضمين العقد على العناصر المعنوية الأساسية في تكوين المحل التجاري، خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي حالة غياب هذان العنصران لا يمكن القول أن عملية الرهن واردة على محل تجاري.

كما أخضع المشرع هذه العملية لإجراءات شكلية دقيقة تشبه الإجراءات المتبعة في الرهن الرسمي، إذ يشترط في عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري ضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي أمام الموثق وفقا للإجراءات والشكليات المحددة قانونا، كما أجاز المشرع في قانون النقد والقرض على إمكانية إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل عرفي مسجل حسب الأصول، إذا كان المقرض بنكا أو مؤسسة مالية.

إلى جانب هذا يجب إعلان هذا العقد وذلك بقيده في السجل العمومي الذي يستغل في نطاق دائرته المحل التجاري، وفي كل مركز يقع في دائرته فرع من فروع المحل التجاري إذا كان يشمله عقد الرهن الحيازي، كذلك إذا كانت عملية الرهن تشمل من بين عناصرها المرهونة حقوق الملكية الصناعية فإنه يجب استكمال إجراءات القيد أمام المعهد الوطني للبراءات الصناعية، ويجب نشر عملية الرهن في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري المرهون.

استنتجنا أن هذا القيد والنشر يعطي لكل مهتم بذلك المحل التجاري صورة حقيقية عن كل العمليات الواردة عليه، ويبين لنا الوضعية الحقيقية لمركز مالك المحل التجاري، ويعتبر وسيلة إعلام يتعرف الغير من خلالها على الوضعية الحقيقية للمحل ما يجعل الغير يحتاط ويتوخى الحذر عند رغبته في إبرام العقد.

توصلنا خلال دراستنا لآثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إلى أن هذه العملية تشبه الرهن الرسمي، خاصة من حيث الالتزامات والحقوق الناتجة عن إبرام هذا العقد، إذ يلتزم المدين الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن ويضمن سلامة الشيء المرهون، وضمان التعرض سواء التعرض المادي أو القانوني لأن من شأن ذلك إنقاص الضمان المعطى للدائن المرتهن، أما تعرض الغير فيضمن منه فقط التعرض القانوني حيث أن التعرض المادي لا يضمنه المدين لأن للدائن إمكانية دفعه بنفسه دون وساطة المدين الراهن، كما يلتزم بضمان هلاك المحل التجاري المرهون وأن أي تصرف منه يتسبب به في إتلاف المحل التجاري المرهون يلتزم بالتعويض، كما يسقط أجل الدين ويخول الدائن المرتهن المطالبة بحقه.

بتعمقنا جيدا في هذه الالتزامات توصلنا إلى أنها تعد في نفس الوقت كضمانات للدائن المرتهن الذي قد يضار من تصرفات مدينه، إذ من شأن تلك التصرفات إعدام أو إنقاص التأمين المعطى للدائن، كذلك استنتجنا أن الالتزامات الواقعة على عاتق الدائن المرتهن تشكل ضمانا هامة للمدين الراهن، إذ يبطل كل شرط يخول للدائن المرتهن تملك المحل التجاري أو يمنح له الحق في

بيعه دون اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة، بحيث يعتبر هذا ضمان قوي للمدين الراهن الذي يكون في مركز ضعيف في العلاقة القانونية مع الدائن المرتهن الذي يكون في مركز أسمى منه، مما يجعله يفرض عليه شروط تعسفية ترهق كاهله.

كما أن العبرة من إلزام المشرع الدائن المرتهن بإنذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين قبل صدور أمر بالبيع، هي تمكين المدين الراهن من تفادي التنفيذ على محله التجاري بقيامه بالوفاء بدينه واستمراره في استغلال محله التجاري المرهون لأن عملية الرهن لا تخرج المحل التجاري من حيازة المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وإنما تبقى تحت حيازته ما يساعده في توسيع نشاطه وتفعيله أكثر، غير أن هذا لا يعني عدم منح ضمانات للدائن، وإنما يمكن له مطالبة التنفيذ على المحل التجاري وتتبعه في أي يد كانت في حالة خروج المحل من حيازة المدين، وذلك لعدم سريان قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وله الحق في استيفاء حقه بالأولوية على باقي الدائنين التاليين له في القيد في حالة التزام.

ما يميز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن كل جزء من المحل المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن، فهو غير قابل للانقسام عكس عملية بيع المحل التجاري التي تقبل الانقسام، حيث أن رهن المحل التجاري يكون رهن واقع على وحدة واحدة يختلف عن رهن عنصر من العناصر المكونة له كالعناصر المادية التي يمكن التمسك فيها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

فقد عمل المشرع على تحقيق التوازن ليس فقط بين أطراف العلاقة القانونية من دائن ومدين، بل امتد ذلك إلى الغير من دائنين عاديين ودائنين مرتهنين تالين في القيد، خاصة أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد تفرض ذلك، لكون الحيازة لا تنتقل وأن الرهن يرد على مال منقول معنوي كوحدة واحدة متكاملة مستقلة بأحكامها، يخضع في هذه العملية للقواعد العامة في القانون المدني ولقواعد خاصة في القانون التجاري، ويختلف عن العناصر المكونة له والتي بدورها تخضع لقوانين خاصة بها تنظمها كالقوانين الخاصة بحقوق الملكية الفكرية، هذا ما يجعل منه عقدا متميزا عن غيره من العقود الأخرى.

رغم تنظيم المشرع الجزائري لشروط رهن المحل التجاري وتبينه لالتزامات طرفيه سواء في قواعد القانون المدني أو التجاري، إلا أن هذا لم يمنع من وجود بعض النقائص وهي:

توصلنا إلى وجود فراغ قانوني في القانون التجاري الجزائري، حيث لم يبين المشرع الحل الذي يجب اتباعه في حالة التزاحم بين الدائن المرتهن للمحل التجاري والدائن المرتهن رهنا عقاريا إذا حصل قيد الرهنين في يوم واحد، مما يستوجب على المشرع الجزائري إيجاد حل لهذه المسألة.

كذلك لم يبين المشرع الإجراءات التي يجب اتباعها في حالة ما إذا كان العقار بالتخصيص مثقلا برهن عقاري، وكان عنصرا من عناصر المحل التجاري المرهون و صدر أمر ببيع هذا الأخير بالمزاد العلني.

كما ينبغي رفع الغموض الذي يعتري الصياغة العربية للفقرة الأولى من المادة 121 ق ت ج والتي لم توضح على ماذا يقع البطلان في حالة عدم إجراء قيد عقد الرهن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام العقد التأسيسي، حيث يمكن أن يفهم أن البطلان قد يقع على العقد أو على القيد.

قائمة المراجع

1. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
2. علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
3. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن.
4. عباس حلمي، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
5. REIHARD Yves et CHAZAL Jean Pascal, Droit commercial, 6ème édition, Litec, Paris, 2001.
6. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1982.
7. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، ج ر ع 78، معدل و متمم.
8. مبروك مقدم، المحل التجاري، ط4، دار هومة، الجزائر، 2009.
9. عباس حلمي المنزلاوي، الملكية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
10. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الأول، ابن خلدون، الجزائر، 2001.
11. LE GALL Jean-Piere et RUELLAN Caroline, Droit commercial, 13ème édition, Dalloz, 2006.
12. عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون التجاري الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
13. نشرة القضاة، عدد 54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1999.
14. OUDOT Pascal, Droit des affaires, Gualino éditeur, Paris, 2006.
15. سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
16. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، ط1، دار الثقافة، عمان، 2002.
17. نشرة القضاة، عدد 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1989.

18. سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003-2004.
19. محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، القانون التجاري، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
20. أكرم ياملكي، القانون التجاري، ج1، مكتبة الثقافة، الأردن، 1998.
21. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
22. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
23. أحمد بسيوني أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الكتاب الأول، الدار الجامعية، الإسكندرية، د س ن.
24. PIEDLIEVRE Stéphane, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 5ème édition, Dalloz, 2006.
25. إدريس فاضلي، المدخل إلى الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
26. اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 1883/03/20.
27. الأمر رقم 02/75 المؤرخ في 1975/01/09 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 1883/03/20، ج ر ع 10.
28. بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
29. الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق، ج ر ع 107، معدل ومتم.
30. قانون المالية لسنة 1992 المؤرخ في 1992/12/16، ج ر ع 65.
31. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78، معدل ومتم.
32. المرسوم التنفيذي رقم 281/94 المؤرخ في 1994/09/17 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية والحرفية والمهنية غير القارة، ج ر ع 59.
33. القانون رقم 08/04 المؤرخ في 2004/08/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ع 52.
34. حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط2، دار النهضة العربية، 1997.
35. الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ع 44.
36. زين الدين صلاح، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.

37. محمد أنور حمادة، النظام القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
38. الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالعلامات، ج ر ع 44.
39. منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، العلامات والأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
40. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ع 41.
41. القانون رقم 04/04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالتقييس، ج ر ع 41.
42. مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1975.
43. الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/08 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر ع 35.
44. الأمر 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ع 44.
45. صفاء محمود السويلمين وتالا سعود الشوا، التشريعات التجارية وتشريعات الأعمال، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2005.
46. هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1997.
47. محمد أنور حمادة، التصرفات الواردة على المحل التجاري، دار الفكر الجامعي، 2001.
48. VOGEL Louis, Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 1, 18ème édition, L.G.D.J Delta, 2001.
49. EVA Mouial-Bassilana et PARACHIKEVOVA Irina, Droit des affaires et droit commercial, Gualino éditeur, Paris, 2006.
50. LARROUMET Christian, Droit civil, Tome 3, 6ème édition, Delta, Paris, 2008.
51. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
52. محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 1999.
53. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
54. عصام أنور سليم، أسس الثقافة القانونية للتجاربيين، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
55. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
56. إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006_2007.

57. محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
58. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، معدل ومتم.
59. الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر ع 49، معدل ومتم.
60. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
61. AUBERT Jean-Luc, Le contra, Dalloz, Paris, 1996.
62. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
63. بلقاسم بوذراع، الوجيز في القانون التجاري، ط1، مطبعة الرياض، قسنطينة، 2004.
64. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
65. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
66. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
67. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
68. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/03/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ع 14.
69. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
70. نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
71. الأمر 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر ع 52، معدل ومتم.
72. المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، ج ر ع 14.
73. المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ع 14.
74. القرار المؤرخ في 14/04/2004 المحدد للتعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات العمومية للبيوع ورهون حيازة المحلات التجارية وأدوات ومعدات التجهيز، ج ر ع 35.

75. المرسوم التنفيذي رقم 275/05 المؤرخ في 2005/08/02 المحدد لكيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج ر ع 54.
76. المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر ع 11.
77. الأمر رقم 62/73 المؤرخ في 1973/11/21 المتضمن إحداث المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، ج ر ع 95.
78. القانون رقم 22/90 المؤرخ في 1990/02/18 المتعلق بالسجل التجاري، ج ر ع 36.
79. المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 1992/02/18 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر ع 14.
80. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، ط 3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
81. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
82. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
83. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
84. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون، الجزائر، 2006.
85. المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المؤرخ في 2008/08/02 المحدد لكيفيات ايداع العلامات وتسجيلها، ج ر ع 54.
86. الأمر رقم 57/66 المؤرخ في 1966/03/09 المتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية، ج ر ع 19، معدل ومتمم.
87. المرسوم رقم 252/65 المؤرخ في 1965/10/14 المتضمن تنظيم الرخص الخاصة بمحلات بيع المشروبات، ج ر ع 88.
88. المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالتنظيم الإداري لمحلات بيع المشروبات، ج ر ع 36.
89. عبد القادر عزت، شرح أحكام المنازعات التجارية، مكتبة شادي، 1993.
90. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، ج ر ع 13، معدل ومتمم.
91. القانون رقم 11 المؤرخ في 1940/03/07 المتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه، ج ر ع 24 (قانون مصري).
92. PEDAMON Michel, Droit commercial, 2ème édition, Dalloz, 2000.

93. محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
94. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/04/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21.
95. الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 1996/01/10 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج ر ع 3.
96. نصر الدين مروك، طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة، الجزائر، 2005.
97. محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
98. العربي الشحط عبد القادر ونبيل صقر، طرق التنفيذ، ج3، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005.
99. عبد الباسط جميعي وأمال الفزايري، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.