

## رکن المحل في عقد بيع المال المنقول المعنوي في التشريع الجزائري - القاعدة التجارية أنموذجا- دراسة مدعّمة بأحكام القضاء الفرنسي

*The object of sales intangible property in Algerian law*

*- Example of sales business- A study backed by French jurisprudence*

د/ كركادن فريد

مخبر فعلية القاعدة القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر-

[farid.kerkedene@univ-bejaia.dz](mailto:farid.kerkedene@univ-bejaia.dz)

تاريخ الاستلام: 2022/02/23 تاريخ القبول للنشر: 2022/04/16 تاريخ النشر: 2022/05/30

ملخص:

يختلف ركن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية عن ركن المحل في بيع الأموال الأخرى، سواء كانت مادية أو معنوية، فعقد البيع يرد على مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية ومعنوية مختلفة عن بعضها البعض، وهذه القاعدة التجارية على خلاف الأموال الأخرى لا يمكن التعاقد عليها إلا إذا كانت موجودة فعلا، وللقول بذلك يجب أن يكون للتاجر عملاء خاصين وحقيقيين ومستقلين وتجارين، وركن المحل إذا لم يشمل عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فلا يعد بيعا واردا على قاعدة تجارية، أما بالنسبة للثمن النقدي فيجب أن يقسم إلى ثلاثة أجزاء، العناصر المعنوية، المعدات والبضائع.

**الكلمات المفتاحية:** القاعدة التجارية؛ ركن المحل؛ الاتصال بالعملاء؛ الشهرة التجارية؛ الثمن النقدي

**Abstract:**

*There is a difference between sales business, or goodwill and selling other objects of either material or moral value. The object of a sales contract relates to intangible assets, containing material or moral elements different between them. The business is so different unlike other property, it can only be contracted if it really exists. The trader must have a private, real, solid customer base. If the object does not include customer relations and company's brand name, then it cannot be considered as a sale business. The price must be started between, intangible assets, equipment and merchandise.*

**Key words:** Business; object of the contract; custom; passing trade; the price.

## مقدمة:

تعرف القاعدة التجارية على أنها مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، تتكون من عناصر مادية كالبضائع والآلات، ومن عناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية والحق في الإيجار، وهذه القاعدة التجارية على الرغم من كونها مالا منقولاً معنوياً، إلا أنه ليس هناك ما يمنعها أن تكون محلاً لمختلف العقود سواء كانت ناقلة للملكية بعوض كالبيع، أو دون عوض كالهبه، وسواء كانت غير ناقلة للملكية وناقلة للحيازة كإيجار التسيير، أو غير ناقلة للملكية وغير ناقلة للحيازة كالرهن الحيازي (من طبيعة خاصة).

غير أنّ أهم العقود الواردة عليها وأكثرها انتشاراً في الحياة العملية نجد عقد البيع، الذي تناوله المشرع الجزائري في الكتاب الثاني: تحت عنوان المحل التجاري، في الباب الأول تحت عنوان: في بيع المحل التجاري ورهنه الحيازي، في الفصل الثاني تحت عنوان: في العقود التي تتناول المحل التجاري في نص المادة 79 من القانون التجاري<sup>1</sup>، والمشرع الجزائري لم يعرف عقد البيع في القانون التجاري وإنما عرفه في القانون المدني، وذلك في نص المادة 351 منه إذ جاء فيها (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي)<sup>2</sup>.

يتضح لنا من خلال نص المادة المذكورة أعلاها، أنه على خلاف العقود الملزمة لجانب واحد الواردة على القاعدة التجارية، أين نجد محل التزام مالك هذه الأخيرة يتمثل في نقل ملكيتها، بينما لا يلتزم المتصرف له كأصل بأي التزام (كعقد الوصية على سبيل المثال)، نجد أنّ عقد البيع عقد ملزم للجانبين وعقد معاوضة وذو مقابل نقدي، أي يلتزم فيه مالك القاعدة التجارية بنقل ملكيتها، في مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع مبلغ نقدي نتيجة انتقال الملكية إليه.

يظهر لنا أيضاً أنّ محل التزام البائع والمشتري يتمثل في محلان مختلفان عن بعضهما البعض، بحيث يتمثل محل التزام البائع في نقل ملكية قاعدته التجارية إلى المشتري، أما محل التزام المشتري فيتمثل في المقابل النقدي الذي يدفعه إلى البائع، إذ يأخذ كلّ واحد منهما مقابل لما يقدمه. وعندما نعود إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنه لم يتناول محل التزام كلا من البائع والمشتري بنوع من التفصيل، الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكالية التالية:

هل القواعد القانونية الواردة في القانون التجاري كافية لوحدها لتنظيم ركن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية باعتبارها مالا منقولاً معنوياً؟.

اعتمدنا في سبيل الإجابة على هذه الإشكالية المنهج الوصفي التحليلي، وهذا من خلال تحليل مختلف التصوص القانونية سواء تلك المنصوص عليها في القانون المدني، باعتباره التشريعية العامة، أو تلك المنصوص عليها في القانون التجاري باعتباره القانون الخاص.

تنبثق عن هذه الدراسة فرضيتان أساسيتان بما أنّ ركن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية ينقسم إلى قسمين: محل التزام البائع ومحل التزام المشتري، فمن أجل صحة هذا العقد يجب أن يكون ركن تكوينه صحيحا، إذ تتمثل الفرضية الأولى في مدى توفر شروط صحة محل التزام البائع، والذي يتمثل في القاعدة التجارية بكل مقوماتها الجوهرية، والتي بدونها لا يمكن التسليم بوجودها ولا استمرارها في الوجود، أما الفرضية الثانية فتتمحور حول مدى توفر شروط صحة محل التزام المشتري، والذي يتمثل في المبلغ النقدي.

يهدف هذا المقال العلمي إلى إبراز خصوصية ركن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية، باعتباره واردا على مال منقول معنويا، يتكون من عناصر مادية ومعنوية، وتبيان مواطن تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بركن محل عقد البيع المنصوص عليها في القانون المدني والأحكام الخاصة المتعلقة بالطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية والمنصوص عليها في القانون التجاري، كما تهدف هذه الدراسة أيضا إلى تبيان الأحكام المتعلقة بالثمن باعتباره محل التزام المشتري المقابل لانتقال ملكية القاعدة التجارية إليه.

قسّمنا بحثنا هذا إلى مبحثين: بحيث تناولنا في **المبحث الأول** محل التزام بائع القاعدة التجارية، أما **المبحث الثاني** فخصصناه لدراسة محل التزام مشتري القاعدة التجارية.

### المبحث الأول:

#### محل التزام بائع القاعدة التجارية

يختلف محل التزام بائع القاعدة التجارية عن محل التزام بائع الأموال الأخرى، وذلك راجع إلى الطبيعة الخاصة للمال المتصرف فيه أو محل التصرف، بحيث يرد محل التزام البائع على القاعدة التجارية، والذي يعتبر مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر مختلفة مادية ومعنوية وهذه العناصر تظل تحتفظ بذاتيتها ونظامها القانوني الخاص بها على الرغم من مساهمتها في تكوين القاعدة التجارية.

يشترط المشرع ضرورة توافر مجموعة من الشروط في محل عقد البيع والذي يتمثل في القاعدة التجارية، ولدراستها يجب العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره التشريعية العامة أولا، وباعتبار أنّ المشرع لم يتناول هذه الشروط في القانون التجاري ثانيا، مع تطبيق

أحكام القانون التجاري في الحالات التي يوجد فيها نص خاص، والتقييد أيضا بتلك الأحكام المتعلقة بالطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية محل عقد البيع.

**المطلب الأول:** يجب أن تكون القاعدة التجارية موجودة، يقصد بوجود القاعدة التجارية أن تكون موجودة وقت انعقاد البيع<sup>3</sup>، إذ يشترط لكي يعتبر البيع واردا على قاعدة تجارية أن تكون هذه الأخيرة موجودة وجودا حقيقيا وليس احتماليا، ولتحقيق ذلك يجب أن يقوم التاجر مباشرة الأنشطة التجارية ويباشر مختلف التعاقدات معهم، إذ يكون لديه زبائن حقيقيين وشخصيين ومستقلين وتجارين<sup>4</sup>، بينما الشخص الذي يتحصل مثلا على رخصة لممارسة النشاط التجاري ولكن لم يبدأ بالاستغلال الفعلي له فلا يعتبر أن له قاعدة تجارية<sup>5</sup>.

من جهة أخرى، القاعدة التجارية تتكون من عناصر مختلفة وذات أهمية مختلفة أيضا، بحيث يجب أن يتناول عقد البيع قدرا من العناصر اللازمة لتكوين القاعدة التجارية<sup>6</sup>، وعناصر هذه الأخيرة تختلف أهميتها ووجودها من قاعدة تجارية لأخرى حسب طبيعة النشاط التجاري الممارس من طرف التاجر، فقد توجد عناصر في قاعدة تجارية معينة وقد لا تتواجد في أخرى، باستثناء عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، اللذان يعتبران لا يمكن الاستغناء عنهما في كل القواعد التجارية مهما اختلفت طبيعة النشاط الممارس فيها باعتبارهما عنصريين إلزاميين<sup>7</sup>، وفي هذا المقام نميز بين حالتين: حالة تحديد البائع والمشتري للعناصر المشمولة بعقد البيع (الفرع الأول)، وحالة عدم تحديدهما لهذه العناصر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حالة تحديد البائع والمشتري العناصر المشمولة بعقد البيع

منح المشرع الجزائري الحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار العناصر التي يرغبون في بيعها أو إدخالها ضمن العناصر المبيعة في عقد بيع القاعدة التجارية، ولم يرد نص خاص في القانون التجاري يفرض على المتعاقدين ضرورة إدراج عناصر معينة، الأمر الذي فهم منه أن المشرع أراد تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وذلك وفقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري<sup>8</sup>، وعلى هذا الأساس إذا حدّد البائع والمشتري مجموعة العناصر المشمولة بعقد البيع، فإنّ هذا الأخير يشمل هذه العناصر المحددة فقط دون أن يمتد إلى العناصر الأخرى المكونة للقاعدة التجارية.

غير أنّ الطبيعة الخاصة لهذه الأخيرة تفرض ضرورة توفر عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية للقول بوجود القاعدة التجارية من عدمه<sup>9</sup>، بمعنى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستغناء عن هذين العنصرين في عملية بيع القاعدة التجارية، أي يجب لاعتبار البيع واردا على

قاعدة تجارية أن يشمل قدرا من العناصر اللازمة في تكوينها، كالاتصال بالعملاء الذي يعتبر عنصرا أساسيا في القاعدة التجارية.<sup>10</sup>

أما إذا احتفظ التاجر بهذه العناصر الرئيسية وقصر البيع على بعض العناصر غير الجوهرية كال بضائع أو بعض المهات، فإن هذا البيع لا يعتبر بيعا للقاعدة التجارية، وإنما يكون العقد واردا على هذه العناصر مستقلة عن القاعدة التجارية كوحدة واحدة<sup>11</sup>، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن بيع ورشة ميكانيكية بكافة محتوياتها من عدد وآثاث وأدوات مع التنازل للمشتري عن إجارة المكان والحق في استغلاله مما يمكنه من الاحتفاظ بسمعته التجارية والاستفادة من العملاء الذين تعودوا التردد عليها، يعتبر بيعا للقاعدة التجارية ولا يغير من ذلك أن يكون الطرفان قد اتفقا على استثناء الاسم التجاري مما يرد عليه البيع<sup>12</sup>، كذلك لا يعد بيعا لقاعدة تجارية أيضا إذا انصب على محل بعد إغلاقه لفترة طويلة أدت إلى نسيان العملاء للقاعدة التجارية وصاحبها.<sup>13</sup>

وبالمقابل فإن بيع القاعدة التجارية لا يستلزم وروده على كل عناصرها مادام قد اشتمل عنصر السمعة التجارية وما يلزمها من عناصر أخرى، فقد يبيع التاجر قاعدته التجارية ويستبعد من البيع بعض المهات أو بعض حقوق الملكية الفكرية وكل ذلك جائز.<sup>14</sup>

غير أننا نرى أنه إلى جانب عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فإن أي عنصر آخر سواء كان مذكورا في نص المادة 78 من القانون التجاري أم لا، متى استخدمه التاجر وكان سببا في اتصال أو ارتباط العملاء بالقاعدة التجارية أو كان سببا في الاحتفاظ بهم، فإنه يعتبر عنصرا أساسيا لا يجوز استبعاده من عناصر القاعدة التجارية، وحرمان المشتري من الانتفاع به.

### الفرع الثاني: حالة عدم تحديد البائع والمشتري للعناصر المشمولة بعقد البيع

قد يتفق البائع والمشتري على بيع قاعدة تجارية معينة، ولكن لا يتفقان على العناصر المشمولة بعقد البيع، بحيث يمكن استنتاج هذه العناصر من خلال إجراء قياس على نص المادة 2/96 من القانون التجاري الجزائري المتعلقة بامتياز بائع القاعدة التجارية التي تنص على أنه (لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية).

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع نص على مجموعة من العناصر التي يقع عليها امتياز البائع في حالة إغفال المتعاقدان تحديد عناصر القاعدة التجارية التي يشملها عقد البيع،

ونرى أن المشرع حاول إدراج العناصر الأساسية في تكوين القاعدة التجارية نظرا لقيمتها وأهميتها، وعلى أساس ذلك نرى أنه ليس هناك أي مانع من تطبيقها على عقد البيع، كذلك يمكن أن نستنتج أهمية هذه العناصر الخمسة من خلال استقراء نص المادة 3/119 من القانون التجاري الجزائري<sup>15</sup>، والتي تضمنت نفس العناصر الخمس، وعلى هذا الأساس يمكن لنا القول أنه في حالة إغفال المتعاقدان تضمين عقد البيع العناصر التي يرغبون في نقل ملكيتها كعناصر مكونة للقاعدة التجارية كوحدة مستقلة، فإن العقد يشمل العناصر الخمسة الممتثلة في: عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية والعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار.

غير أن المحكمة هي التي تقدر ما يشمله البيع مراعية في ذلك النية المشتركة للمتعاقدين وطبيعة المحل وأهمية العملاء، بحيث يشمل البيع كل ما يلزم لاستغلال القاعدة التجارية، ويُمكن المشتري من الانتفاع به على الوجه المقصود<sup>16</sup>.

أمّا إذا تعاقد البائع والمشتري على بيع قاعدة تجارية كانت موجودة ثم تبين فيما بعد أنّها كانت قد هلكت كلها قبل العقد، فلا شك في أن البيع لم ينعقد بينها لانعدام محله، ويستوي في ذلك أن يكون الهلاك ماديا أو قانونيا<sup>17</sup>، وهذا ما نستشفه من نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ... كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

ويشترط في ذلك أن يكون هذا الهلاك معلوما من المتعاقدين معا أو من أحدهما فقط، لكن يجب أن نفرق في هذه الحالة بين علم البائع وحده بالهلاك وعلم المشتري به وحده. فإذا كان البائع وحده على علم بالقاعدة التجارية أو كان من الممكن أن يعلم بها وقصر في ذلك، فإنه يسأل على أساس المسؤولية التصيرية إذا توافرت شروطها، أما إذا كان المشتري هو الذي يعلم وحده بهلاك القاعدة التجارية فلا مسؤولية على البائع في هذه الحالة، أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن فلا يجوز له استرداده لأنه لم يدفعه عن غلط، يفترض أنه قد أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو أن يقدم الدليل على أنه أكره على هذا الوفاء وذلك طبقا لأحكام الدفع غير المستحق<sup>18</sup>.

نضيف في هذه النقطة أن المبيع يجب أن يكون مقدور التسليم بحيث لا ينعقد البيع على الأشياء التي لا يمكن تسلمها بحسب ماهيتها، فلا ينعقد البيع على شيء لا يمكن تسليمه<sup>19</sup>، وتسليم القاعدة التجارية يتم عن طريق تسليم العناصر المدرجة في العقد كل حسب طبيعته الخاصة به، فالأثاث ينتقل عن طريق التسليم اليدوي، والزبائن عن طريق التعريف بالمالك

الجديد لهم ومنح هذا الأخير قائمة عن الزبائن وعناوينهم، حقوق الملكية الفكرية بتسليم الوثائق الخاصة بها وتعديل القيد لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>20</sup>... إلخ.

### المطلب الثاني: يجب أن تكون القاعدة التجارية معينة أو قابلة للتعين

تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً)، ويعني هذا أن المبيع يجب أن يكون محددًا تحديداً ينفي جهالته من قبل المشتري، وبالتالي إذا كان المبيع عبارة عن شيء معين بذاته، فإنه يجب أن يوصف المبيع وصفاً ينفي الجهالة به<sup>21</sup>، أي أن يكون التعبير واضحاً<sup>22</sup>.

بما أن القاعدة التجارية ينطبق عليها وصف الشيء المعين بالذات<sup>23</sup>، فإنه يجب ذكر كل المعلومات المتعلقة بها، بحيث لا يدع مجالاً للغلط أو الخلط بينها وبين القاعدات التجارية الأخرى، كذكر موقعها كالحلي والبلدية والدائرة والولاية والبلد، ومساحة العقار الذي تستغل فيها، وهل هو مالك للعقار أم مستأجر له، عنوانها واسمها التجاري، نوع النشاط الممارس مثلاً، هل هي مخصصة لبيع الأقمشة أم مخصصة لبيع المواد الغذائية العامة، الرخصة ورقمها،... إلخ، وبصفة عامة يجب ذكر الأوصاف الأساسية للقاعدة التجارية التي يمكن أن تميزها عن غيرها من القاعدات التجارية الأخرى.

غير أن نص المادة 79 من القانون التجاري الجزائري نصت على مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد المثبت للتنازل وهي كما يأتي:

- 1- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات،
- 2- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري،
- 3- رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات،
- 4- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة،
- 5- وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل<sup>24</sup>.

وقد أولى المشرع عناية لهذه البيانات بحيث نستنتج ذلك من تقريره بطلان عقد البيع بطلب من المشتري في حالة إهمال ذكر هذه البيانات، إذا قدم طلبه خلال سنة من تاريخ إبرام عقد بيع القاعدة التجارية، ضف إلى ذلك فإن البائع ملزم بضمان ما ينشأ عن بيانات غير صحيحة<sup>25</sup>.



**المطلب الثالث: يجب أن يكون المبيع (القاعدة التجارية) مالا متقوما ومشروعا**  
لا يقتصر لصحة ركن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية أن تكون هذه الأخيرة موجودة أو معينة أو قابلة للتعيين، بل يجب أن تكون مالا متقوما (الفرع الأول) وقابلا للتعامل فيه (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: يجب أن يكون المبيع (القاعدة التجارية) مالا متقوما**  
مفاد هذا الشرط أنه لا ينعقد البيع على الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن تقديرها، فإذا لم يكن كذلك لا يرد عليه البيع، وبالتالي لا تصلح أن تكون محلا للبيع إذ ليست لها قيمة يمكن تقديرها<sup>26</sup>، تطبيقا لهذا الشرط باعتبار أن القاعدة التجارية من الأموال التي يمكن تقدير قيمتها فإنه يصح أن تكون محلا لعقد البيع، فتوضع أثمان للبضائع والمعدات والعناصر المعنوية للقاعدة التجارية، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 3/96 من القانون التجاري الجزائري<sup>27</sup>.

**الفرع الثاني: صلاحية القاعدة التجارية للتعامل فيها (أي مشروعية المحل)**  
تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا كان محل الالتزام ... أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا). الأصل في القواعد العامة أن محل الالتزام يجب أن يكون مشروعا وصالحا للتعامل فيه، فإذا كان التعامل في الشيء المبيع يصطدم بقاعدة أمرة متصلة بالنظام العام والآداب لم يكن هذا التعامل مشروعا، ويعد العقد عندئذ باطلا بطلانا مطلقا، والشيء المبيع لا يكون صالحا للتعامل فيه إذا كانت طبيعته تجافي هذا التعامل أو كان التعامل في هذا الشيء غير مشروع<sup>28</sup>.

فحيث يكون التعامل في الشيء غير مشروع، فإن التزام البائع بنقل ملكيته يكون التزاما بعمل غير مشروع ويكون المحل غير جائز التعامل فيه، وقد يكون الشيء محلا بشرط عدم التصرف فيه لمدة معينة ولغرض مشروع وهو شرط جائز ويسمى بشرط المنع من التصرف<sup>29</sup>.

فالقاعدة التجارية باعتبارها مال منقول معنوي مخصصة لمزاولة نشاط تجاري مشروع، فإنه ليس هناك ما يمنع أن تكون محلا لعقد البيع، بحيث يمكن لمالكها التصرف فيها بالبيع إلى الغير. أما إذا كان الشخص يمارس نشاطا غير مرخص به أو نشاطا ممنوعا من مزاولته، فإنه من غير الممكن القول أنه يملك قاعدة تجارية، وبالتالي لا يمكن أن تشكل ركنا في عقد البيع حتى وإن اتفق المتعاقدان على ذلك، لأن اتفاقهما على منح الشرعية على النشاط غير المشروع لا يجعل منه نشاطا مشروعا، وإنما يظل يحتفظ بما منحه له المشرع من تكييف<sup>30</sup>.

**المطلب الرابع: يجب أن تكون القاعدة التجارية مملوكة للبائع**



إن الخاصية الأساسية في عقد البيع هي في نقل الملكية من البائع إلى المشتري، ونظرا لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر من حقه، لذلك وجب أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى يستطيع أن ينقل هذا الحق إلى المشتري<sup>31</sup>، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: (إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري).

لا يمكن لأي شخص أن يبيع قاعدة تجارية مملوكة لشخص آخر وذلك لعدة أسباب، فالمرجع اشترط ضرورة إفراغ عقد بيعها في محرر رسمي لدى الموثق<sup>32</sup> وهذا الأخير يطلب من البائع الذي يدعي ملكيته لها تقديم الوثائق اللازمة المثبتة لملكيتها كمستخرج السجل التجاري على سبيل المثال، وفيها تظهر كل البيانات المتعلقة بالقاعدة التجارية محل عقد البيع، كما يجب شطب القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي تستغل القاعدة التجارية في دائرة اختصاصه، ويجب أيضا نشر هذا التنازل في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي تستغل فيها هذه القاعدة التجارية<sup>33</sup>.

كما أن القاعدة التجارية مال منقول معنوي فحتى وإن خرجت من حيازة مالكها، فإنه لا يمكن التمسك ضد هذا الأخير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، لأن هذه القاعدة لا يعمل بها إلا بالنسبة للمنقولات المادية، وله الحق في تتبعها في أي يد كانت<sup>34</sup>.

## المبحث الثاني:

### محل التزام المشتري (التمن النقدي)

سبق ورأينا أن المحل في عقد بيع القاعدة التجارية باعتباره عقد ملزم للجانبين أنه يختلف من البائع إلى المشتري، بحيث أنه إذا كان محل التزام البائع هو القاعدة التجارية (الشيء المبيع)، فإن محل التزام المشتري يتمثل في الثمن النقدي الذي يلتزم بدفعه للبائع في مقابل انتقال ملكية القاعدة التجارية إليه، فهو عنصر مكون لعقد البيع<sup>35</sup>.

يشترط في المقابل الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، بحيث يجب أن يكون ثمنا نقديا (المطلب الأول) وهذا ما يجعله يختلف عن العقود الأخرى، وأن يكون هذا الثمن حقيقيا وجادا (المطلب الثاني)، ومعينا أو قابلا للتعين (المطلب الثالث).

لدراسة هذه الشروط يجب علينا العودة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، باعتبار أن المشرع الجزائري لم يوردها في القانون التجاري، وذلك كما يأتي:

### المطلب الأول: يجب أن يكون المقابل ثمنا نقديا

يظهر لنا هذا الشرط من خلال استقراء نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي)، حيث يشترط في الثمن أن يكون نقديا، فإذا اتفق العاقدان على نقل ملكية مال معين من أحدهما إلى الآخر في مقابل أي عوض غير النقود، فالعقد لا يكون يباعا بل مقايضة أو أي عقد آخر غير البيع<sup>36</sup>. فمثلا إذا التزم شخص بنقل ملكية قاعدته التجارية مقابل التزام شخص آخر بنقل ملكية سيارته كان العقد مقايضة وليس يباعا، لأن المقابل ليس ثمن نقدي بل سيارة، كذلك الحكم نفسه إذا قام شخص بنقل ملكية قاعدته التجارية لشخص آخر في مقابل دين عليه لهذا الأخير، فإن الاتفاق لا يعتبر يباعا بل وفاء بمقابل.

ولا يغني عن النقود شيء آخر في الثمن حتى ولو كان هذا الشيء الآخر من المثليات، وحتى ولو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق، فتعيين الثمن غلالا أو أقطانا مسعرة في البورصة لا يجعل العقد يباعا، لأن الغلال وأن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير النقود، فالعقد يكون مقايضة. بل تعيين الثمن أسهما أو سندات وهي عادة معروفة السعر في البورصة، أو تعيينه سبائك ذهبية، لا تجعل العقد يباعا، بل يكون العقد مقايضة كذلك<sup>37</sup>.

يدفع الثمن حالا أو يكون مؤجلا إلى أجل معين أو مقسما على آجال مختلفة، كذلك يمكن أن يكون الثمن محمدا بصفة إجمالية أو يحصل تحديد جزء من الثمن لكل واحد من عناصر القاعدة التجارية<sup>38</sup>.

### المطلب الثاني: أن يكون الثمن حقيقيا

لا يكفي أن يكون الثمن معينا في العقد بالنقد، بل يجب أيضا أن يكون ثمنا حقيقيا أي جديا وإلا كان هو والعدم سواء. والثمن الحقيقي أو الجدي هو الذي تكون إرادة الطرفين قد توجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا للمبيع، ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا (الفرع الأول) أو تافها (الفرع الثاني)<sup>39</sup>.

## الفرع الأول: الثمن الصوري

هو ذلك الثمن الذي يظهر الاتفاق على التزام المشتري به عند التعاقد، ولكن الواقع أن المشتري لا يلتزم به فعلا، إما لأن المتعاقدين لا يقصدان باشرطه إلا استكمال مظهر البيع، وهما في الحقيقة يقصدان نقل الحق المبيع بلا مقابل، أي يقصدان الهبة، وإما لأن اتفاقا آخر على تحديده يقوم في الخفاء بينهما لغرض ما، والصورة التي تهمنا في الكلام على ضرورة الثمن في البيع، هي الصورة التي لا يكون فيها وراء الاتفاق الظاهر على الثمن أي قصد الالتزام به فعلا<sup>40</sup>.

وهذا ما يسمى بالصورة المطلقة ومثال ذلك اتفاق مالك القاعدة التجارية على الالتزام بنقل ملكية هذه الأخيرة إلى المشتري دون أن يلتزم هذا الأخير في مقابل ذلك بدفع مبلغ نقدي للبائع، فلا ينعقد عقد بيع القاعدة التجارية ولا ينطبق عليه وصف عقد البيع لغياب ركن جوهرى فيه يتمثل في المقابل النقدي، وإنما يمكن إضفاء عليه صفة عقد الهبة إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية القاعدة التجارية إلى الطرف الآخر على سبيل التبرع.

تكون الصورة نسبية إذا خالف القدر المسمى في العقد حقيقة القدر المتفق على أن يدفعه المشتري فعلا زيادة أو نقصانا، فإذا كانت صورية الثمن نسبية وإن ثبت العاقد ذو المصلحة حقيقة الثمن المتفق على دفعه، كان هذا الثمن الأخير ثمنا حقيقيا وانعقد به البيع، أي أنه إذا أثبت البائع أن الثمن الحقيقي أكثر من المسمى كان له تقاضي الزيادة<sup>41</sup>.

## الفرع الثاني: الثمن التافه

هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد حصل عليه فعلا<sup>42</sup>، ومثال ذلك أن تكون قيمة القاعدة التجارية 5000.000 دج ويتفق المتعاقدان أن تكون قيمته 50.000 دج ففي هذه الحالة يعتبر عقد بيع القاعدة التجارية عقدا باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركان عقد البيع المتمثل في الثمن، فالقيمة النقدية التي يلتزم بها مشتري القاعدة التجارية لا تتناسب بتاتا مع القيمة الحقيقية لهذه الأخيرة وتعد منعدمة كأنها غير موجودة<sup>43</sup>.

أما الثمن البخس فهو الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه الذي لا يعتد به ولا يهم البائع الحصول عليه، فالثمن البخس خلافا للثمن الصوري أو للثمن التافه، ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وهو لذلك يكفي لانعقاد البيع<sup>44</sup>.

وعليه إذا قام مالك القاعدة التجارية بنقل ملكية هذه الأخيرة للمشتري في مقابل التزام هذا الأخير بدفع ثمن بنحس، فإن عقد البيع ينعقد وينج كافة آثاره، ولكنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري باعتبار أن التزاماتها غير متعادلة أي متفاوتة، ولا تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 358 من القانون المدني الجزائري لأنها متعلقة بال عقار، وإنما تطبق أحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالاستغلال.

### المطلب الثالث: أن يكون الثمن معيناً أو قابلاً للتعين

يعتبر الثمن ركناً جوهرياً في عقد البيع باعتباره محل التزام المشتري، وهذا الركن يتم التمييز بين هذا العقد ومختلف العقود الأخرى، وعليه فقد اشترط المشرع إضافة إلى شرط المقابل النقدي وجديته ضرورة أن يكون الثمن معيناً أو قابلاً للتعين، بمعنى يجب على البائع والمشتري عند إبرام عقد بيع القاعدة التجارية أن يقيما بتقدير الثمن النقدي بنفسها، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر، لا يستقل به البائع لأنه قد يشتط فيغبن المشتري، ولا يستقل به المشتري لأنه يبخس الثمن فيغبن البائع<sup>45</sup>، إذ يقع البيع باطلاً إذا ترك تحديد الثمن لمشيئة أحد المتعاقدين فقط<sup>46</sup>. إن ثمن القاعدة التجارية يتضمن ثمن العناصر المعنوية و ثمن العناصر المادية بحيث يوضع ثمن لكل عنصر وهذا قياساً على نص المادة 3/96 من القانون التجاري الجزائري<sup>47</sup>. وعليه فلا بد أن يتفق المتعاقدان على تقدير الثمن النقدي أو على الأقل أن يتفقا على أسس معينة يتم الاعتماد عليها لتقدير الثمن فيما بعد<sup>48</sup>.

**أسس تقدير الثمن:** تنص المادة 1/356 من القانون المدني الجزائري على أنه (يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد)، وتنص المادة 357 من نفس القانون على أنه (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوي الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما). نستنتج من خلال هاتين المادتين أن أسس تقدير الثمن قد يتم الاتفاق عليها في العقد صراحة كما يمكن الاتفاق عليها ضمناً.

**أولاً: أن يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو الثمن الذي يشتري به البائع:** قد لا يتفق المتعاقدان بطريقة مباشرة على سعر معين للمبيع في عقد البيع، وإنما قد يحددان هذا السعر بطريقة غير مباشرة على أساس أن يكون هو السعر الذي اشتري به البائع، أو أقل أو أكثر إلى حد معين. كما يجوز أن يحددها على أساس ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين أو متوسط الأثمان التي باع بها التاجر في وقت معين، ففي هذه الحالات يعتبر الثمن الذي اشتري به البائع عنصراً

جوهريا لا بد من إثباته حتى يمكن تحديد ثمن المبيع، والذي يقوم بهذا الإثبات هو البائع، وللمشتري أن يطعن في هذا الإثبات إذا كان مخالفا للحقيقة بكافة طرق الإثبات، فهو لا يثبت تصرفا قانونيا وإنما واقعة مادية<sup>49</sup>.

مثال ذلك أن يتفق البائع مع المشتري على أن يبيعه محله التجاري بالمبلغ النقدي الذي اشترى به، بحيث يعتبر الثمن النقدي الذي اشترى به البائع القاعدة التجارية عنصرا مهما يجب على المشتري معرفته، إذ على أساسه يتم إعادة بيعها للمشتري، وهذا لا يمنع من إمكانية اتفاقها على زيادة نسبة معينة أو إنقاص نسبة معينة من الثمن النقدي الذي اشترى به البائع، ونرى أنه حتى وإن كان إنقاص نسبة معينة من الثمن النقدي الذي اشترى به البائع حالة نادرة الوقوع لأن البائع قد يزيد من قيمة القاعدة التجارية إلا أن هذه الحالة ليست مستحيلة.

**ثانيا: سعر السوق:** تنص المادة 2/356 من القانون المدني الجزائري على أنه (وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن مكان التسليم سوفا وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية).

فالمعتاد أن المتعاقدين إذ يحددان الثمن بسعر السوق يستكملان اتفاقهما بتحديد زمان ومكان السوق الذي يرجع إليه في ذلك، فإن لم يثبت حصول مثل هذا الاتفاق فإن نص المادة 356 من القانون المدني الجزائري تكفل بتدليل ما ينشأ عن ذلك من صعوبات، فقال بأنه عند الشك يحدد الثمن بسعر السوق في زمان ومكان التسليم كما يحددهما الاتفاق، فإذا لم يوجد بالمكان الواجب حصول التسليم فيه سوق، فإنه يجب الرجوع إلى أسعار السوق الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية<sup>50</sup>.

غير أنه من الصعب تطبيق هذه القاعدة على القاعدة التجارية نظرا لطبيعتها الخاصة ولعنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية اللذان يختلفان من قاعدة تجارية لأخرى، حتى وإن كانت هذه القواعد التجارية تمارس نفس النشاط وفي نفس المكان إلا أن هذان العنصران قد يرتبطان بقاعدة تجارية دون الأخرى، عكس مثلا البضائع التي تكون من نفس النوع فغالبا ما تكون أسعارها مستقرة في نسبة معينة.

**ثالثا: السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين:** تنص المادة 357 من القانون المدني الجزائري على أنه (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوي الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو

السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما). قد لا يحدد المتبايعان ثمنًا للمبيع ولكن قد يكون سكوتها عن تحديد الثمن ينطوي تبعًا للظروف والملايسات التي أحاطت التعاقد على اتفاق ضمني على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة، فهنا يكون الثمن قابلاً للتقدير بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه<sup>51</sup>، ويرجع في تقديره إلى سعر القاعدة التجارية المتداول بين التجار لنفس الشيء المبيع في نفس المجال وفي ظروف مماثلة والسعر المتداول بين التجار غير محدد بوصف معين، بمعنى يستوي أن يكون هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر السوق المحلية في مكان التسليم أو غيره من الأمكنة.

كما أن المشرع لم يشترط فيه أي شرط خاص بعدالته أو بمعقوليته، وذلك أن العبرة في تحديد ثمن الشيء المبيع على النحو السابق بقطع النظر عن قيمة المبيع في ذاته، فيستوي أن يكون السعر المتداول بين التجار أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية<sup>52</sup>، وإذا لم يستطع القاضي أن يتبين بوضوح السعر المتداول في التجارة كان له أن يلجأ إلى الخبراء من التجارة لمعرفة ذلك<sup>53</sup>، وقد يحدث أن يكون للمتبايعين تعامل سابق في ذات السلعة وظل البائع مورداً لها للمشتري دون ذكر الثمن في العقد، فيستفاد من ذلك أنهما قد ارتضيا أن يكون السعر هو السعر الذي تعاملتا بمقتضاه سابقاً<sup>54</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أنه إذا كان من اليسير تطبيق هذا الأساس على السلع، فإنه من الصعب تطبيقه على القاعدة التجارية، وذلك لما سبق وقلناه فيما يخص تحديد الثمن على أساس سعر السوق نظراً للطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية.

**رابعاً: ترك تقدير الثمن لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان:** حسب نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري فإن العقد شريعة المتعاقدين، وعليه فقد يحدث عند إبرام عقد بيع القاعدة التجارية أن يتفق البائع والمشتري على تقدير ثمن معين كمقابل نقدي لنقل ملكية القاعدة التجارية. كما يجوز لهم أيضاً أن يتفقا على تولي أجنبي مهمة تقدير الثمن النقدي وهذا أمر جائز وليس هناك ما يمنع ذلك، فحتى وإن لم يقدر الثمن النقدي في العقد فهو قابل للتقدير فيما بعد، والثمن النقدي الذي يقدره الأجنبي كمقابل لنقل ملكية القاعدة التجارية يلتزم به البائع والمشتري<sup>55</sup>. والمثال على ذلك إذا حدد هذا الأجنبي مبلغ خمسة ملايين دينار (5.000.000.00 دج) كثمن نقدي للقاعدة التجارية وجب على البائع والمشتري قبول هذا المبلغ النقدي كمقابل لنقل ملكيتها والتزم المشتري بدفعه للبائع.

يشير تفويض الغير في تقدير الثمن المسائل الآتية:

- إذا اتفق الطرفان على ترك تقدير الثمن للمفوض فإن عقد البيع لا ينعقد، إلا من وقت حصول الاتفاق على شخص من يقوم بالتقدير، وإذا اتفقا على ترك التقدير لمفوض يعينه فيما بعد فالعقد لا ينعقد إلا عند حصول هذا الاتفاق اللاحق، ولا يجوز للمحكمة تعيين المفوض إذا رفض أحد الأطراف الاشتراك في تعيينه أو تعنت في هذا التعيين، فالقاضي لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه حتى ولو عهد إليه طرفا عقد البيع ذلك، فليست مهمة القاضي إكمال العقود التي لم تتم بل حسم الخلاف في عقود تمت<sup>56</sup>.

غير أنه لو اتفق الطرفان على تحويل القاضي سلطة اختيار من يقوم بتحديد الثمن إذا لم يتفقا على اختيار المفوض الذي يقوم بذلك، فإنه في هذه الصورة تكون للقاضي سلطة مستمدة من اتفاق الطرفين في اختيار المفوض<sup>57</sup>، وإذا قام الشخص الثالث (أي المفوض) بتحديد الثمن التزم كل من البائع والمشتري بهذا التحديد لأنه استمد سلطته من تفويضها له، فهو وكيل عنها في ذلك ويسري في حقها، ويعتبر البيع قد تم لا من وقت تقدير المفوض للثمن بل من وقت الاتفاق على تعيينه، حيث كان البيع مستجمع لكل أركانه ومنها الثمن إذا كان قابلاً للتقدير<sup>58</sup>. ويترتب على ذلك أن ملكية القاعدة التجارية باعتبارها شيء معين بذاته تنتقل من وقت البيع.

يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن تقدير المفوض للثمن يعتبر بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت البيع، وإذا لم يقدّم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدّر الثمن أو تعذر عليه تقديره بعدم خبرته أو لأي سبب آخر، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ويعتبر البيع كأن لم يكن<sup>59</sup>. فلا يستطيع القاضي إجبار المفوض على تقدير الثمن، أو أن يقوم بتعيين مفوض بدلا عنه، أو أن يقوم بهذا التقدير بنفسه وفي هذه الحالة يكون من حق المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يقوم بالمهمة، فإذا قام بتقدير الثمن اعتبر أن البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد<sup>60</sup>.

أما إذا كان عقد البيع قد تضمن أن تقدير الثمن يقوم به مفوض يعينه في المستقبل، فإنه إلى أن يتم تعيينه فلا يوجد عقد لتخلف أحد أركانه وهو الثمن، لأنه غير مقدّر وغير قابل للتقدير. أما إذا اتفقا على تعيينه تم البيع من هذا الوقت فقط، وإذا فرض وأن رفض أحدهما تعيين المفوض الذي وعدا بتعيينه، فإنه يكون مسؤولاً عن التعويض طبقاً للقواعد العامة وفي هذه الحالة البيع لا يتم<sup>61</sup>.



وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة مهمة المفوض، فمنهم من قال أن عمل المفوض هو عمل المحكم ويستند رأي هذا الفقه إلى تعبير نص المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي<sup>62</sup> عن عمل المفوض بأنه تحكيم، ولكن رد على هذا الرأي بأن التحكيم يكون عند قيام نزاع بين طرفين. وقبل تقدير الثمن لا يتصور وجود نزاع بين البائع والمشتري لأن العقد لم يتم عناصره<sup>63</sup>. ومنهم من ذهب إلى تكليف مهمة الأجنبي بأنها تتساوى مع طبيعة الخبير عندما يقوم بتحديد ثمن شيء معين، ومن ثم يجب اتباع إجراءات تعيين الخبير في قانون المرافعات وإجراءات تقديم التقرير، ولكن لما كان عمل الخبير استشاريا وغير ملزم للقاضي أو للمتعاقدين، فلم يتقبل الفقه هذا الرأي، على أساس أن الثمن الذي يحدده الشخص الأجنبي ملزما بالنسبة لطرفي عقد البيع<sup>64</sup>.

غير أن الرأي السائد في تحديد طبيعته هو أن الاتفاق توكيل للمفوض يجعل له نيابة عن طرفي العقد تخوله أن يحل تقديره محل اتفاقها في تحديد الثمن ولذا يلتزم به كل منهما<sup>65</sup>، وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات نلخصها فيما يلي:

إن هذا التكليف يجعل الأجنبي وكيفا عن الطرفين معا، وهذا لا يجوز إلا بنص خاص وهذا ما لا يتوفر في هذه الحالة<sup>66</sup>، وقد ردّ على هذا الانتقاد بأن هذا يجوز بإجازة لاحقة وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان أقرّا معا أن يقوم المفوض بتقدير الثمن.

إن الوكالة لا تكون إلا في الأعمال القانونية بينما تحديد الثمن هو عمل مادي<sup>67</sup>، وقد رد على هذا الانتقاد أن عمل المفوض ليس عملا ماديا حتى بالنسبة إلى تحديد الثمن، ذلك أن المضمون العام لسلطته هو تكميل إرادة كل من البائع والمشتري، وحلول إرادته محلها في تحديد عنصر من عناصر الرضا التي يترتب على تخلفها عدم انعقاد البيع، ولذا فإنه من الصعب أن يقال بأن ما يقوم به المفوض مجرد عمل مادي<sup>68</sup>، إذ يجوز عزل الوكيل من طرفي العقد، بينما ذلك غير ممكن بالنسبة للأجنبي المعين لتحديد الثمن<sup>69</sup>.

تم الرد على هذا الانتقاد أن سبب عدم إمكان البائع أو المشتري عزل الوكيل (المفوض)، هو أن وكالته تنشأ عن الطرفين باتفاق بينهما، ولا يجوز أن يستقل أحدهما بنقض هذا الاتفاق. أما إن اتفقا على عزله فلا بقاء لنيابته عندئذ، وتزول سلطته في فرض الثمن الذي يقدره<sup>70</sup>.

إن المفروض في الوكالة أن يكون الوكيل منفذا لإدارة الموكل. أما هنا فالمفوض يفرض إرادته على موكله، إلا أن هذا الاعتراض لا يكون له محل إذا علمنا أن النائب إنما يجري التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، وتنفذ تلك الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدما<sup>71</sup>. كما أن هذا ليس أمرا غريبا لأن كل موكل يلتزم بتصرفات وكيله التي يبرمها في حدود نيابته أثناء قيام

الوكالة<sup>72</sup>، وهذا ما يجعل هذه الانتقادات في غير محلها الأمر الذي يجعلنا نقول أن هذا الأجنبي (المقوض) وكيل عن المتعاقدين (بائع ومشتري القاعدة التجارية)، إذ تقتصر مهمته في تحديد ثمن القاعدة التجارية المراد بيعها، بحيث إذا قام هذا الأجنبي بتحديد ثمن معين للقاعدة التجارية التزم البائع والمشتري بهذا الثمن وانعقد عقد بيع القاعدة التجارية بأثر رجعي باعتباره موقف على شرط واقف وهو قيام هذا الأجنبي بتحديد ثمن لها.

### الخاتمة

توصلنا في الأخير إلى أنّ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات لم يتناول كلّ الأحكام المتعلقة بمحل عقد بيع القاعدة التجارية في القانون التجاري، وإنما اكتفى فقط بتناول الأحكام الخاصة بهذا العقد خاصة تلك المتعلقة بالطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية، والتي رأينا أنها لا تتكون من عنصر واحد فقط، وإنما تتكون من مجموعة من العناصر التي تختلف عن بعضها البعض فهناك عناصر مادية وعناصر معنوية، وأهمية ووجود هذه العناصر تختلف من قاعدة تجارية لأخرى حسب طبيعة الاستغلال التجاري، وعند البيع يجب تقييم العناصر المشمولة بعقد البيع كل عنصر لوحده أي يعطى لكل عنصر ثمن نقدي مستقلا عن العناصر الأخرى.

توصلنا في بحثنا هذا إلى أنّ القاعدة التجارية على خلاف الكثير من الأموال لا يمكن أن تكون محلا لعقد البيع ما لم تتكون أو لم تنشأ، إذ الشخص قبل بدأ الاستغلال الفعلي للنشاط التجاري المشروع وقبل أن يكون لديه زبائن شخصيين ومستقلين وحقيقيين وتجارين، لا يمكن القول أن له قاعدة تجارية، وعقد البيع الوارد على هذه الأخيرة إذا لم يشمل العناصر الأساسية في تكوينها، خاصة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فإن العقد لا يعتبر واردا على قاعدة تجارية، بل واردا على تلك العناصر مستقلة عن بعضها البعض، وتخضع في ذلك للأحكام القانونية الخاصة بها على حدها ولا تطبق في شأنها الأحكام المتعلقة بالقاعدة التجارية.

يتمثل محل التزام مشتري القاعدة التجارية في الثمن النقدي، ويخضع في شروطه للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني، باعتبار أن المشرع أثناء تنظيمه لعقد بيع القاعدة التجارية لم يتطرق إلى تلك الشروط، وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

نقول في الأخير أنّ الأحكام الواردة في القانون التجاري والمتعلقة بمحل عقد بيع القاعدة التجارية غير كافية لوحدها لتنظيم هذا الركن، وإنما يجب العودة إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني عند عدم وجود نص خاص في القانون التجاري تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد

العام، مع التقيد بالطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية باعتبارها مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية.

### الاقتراحات

- ضرورة إضافة المشرع فقرة أو مادة تبين وتحدد وقت نشوء القاعدة التجارية.  
- إعادة النظر في محتوى المادتين 2/96 والمادة 3/119 من القانون التجاري، وذلك بإضافة عناصر أخرى غير تلك المذكورة في هاتين المادتين، وبعبارة أخرى تغيير صياغة هذه المادة بشكل يسمح بإدراج أي عنصر آخر له قيمة في القاعدة التجارية ويجذب العملاء أو يعمل على الاحتفاظ

٣٣٥

- الإحالة إلى تطبيق أحكام القانون المدني في مسألة ركن المحل مع التقيد بالأحكام المتعلقة بالطبيعة الخاصة للقاعدة التجارية.

### الهوامش :

- 1 - أمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ش د، العدد 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر سنة 1975، معدل ومتم.
- 2 - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ش د، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتم.
- 3 - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 191-192. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، البيع، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص 136. أنظر أيضا علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، الطبعة الأولى، دون دار النشر، دون بلد النشر، 2000-2001، ص 51.
- 4 - أنظر كركادن فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري- دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الجزائر، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 158 وما بعدها.
- Voir aussi Soc.18 mai 1999, Bull. Civ., V, n°222. Voir aussi Com. 26 mai 2009, Bull. Civ., IV, n°71.*
- 5- *Cass. Civ. 04 décembre 2013, n° 12-28076, Bull. Civ., I, n°238.*
- 6 - علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 165.

7 - كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية، أطروحة مكتملة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، 2019، ص 80.

تنص المادة 78 من القانون التجاري الجزائري على أنه (تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري).

ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم لتجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما ينص على خلاف ذلك). يعرف عنصر الاتصال بالعملاء بأنه (مجموعة من الأشخاص الذين يعتادون التعامل مع مستغل المحل بصفة اعتيادية نظرا لصفات شخصية فيه).

*Sini LAURE, Droit commercial et droit du crédit, 3ème éd., Dunod, Paris, 2005, p22.*

أما الشهرة التجارية فإنها تعرف على أنها (مجموعة الأشخاص الذين يرتادون على محل تجاري معين ليس لصفات شخصية في التاجر وإنما لاعتبارات موضوعية كموقع المحل التجاري الممتاز مثلا، كيفية عرض السلع،... إلخ، وهناك من عرفها على أنها الأشخاص العرضيين الذين يتصلون بالمحل التجاري بصفة عرضية وليس بصفة دائمة أي ليسوا دائمين).

*Voir Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, Droit des affaires, 2ème éd., Bréal, Paris, 2007, p102. Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, Droit commercial, Tome1, 8ème éd., Sirey, Paris, 1988, p71.*

يمكن أن نضيف في هذا المقام أنه ليس هناك فائدة عملية من وراء التمييز بين هاذين العنصرين، إذ هناك من يرى أنه يجب إدماجهما في مصطلح واحد وهو الزبائن، باعتبار أن المحل التجاري يمكن أن يوجد تتوفر أحد العنصرين دون الآخر. أنظر كركادن فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 157-158.

8 - تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

9- *Cass. Civ. 10 juillet 1953, Dalloz, 1953, p598. Voir aussi Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, Bull. Civ. IV, n°180, p126.*

10- نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، المحل التجاري والعمليات الواردة عليه، الجزء الأول والثاني، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 72. أنظر أيضا علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 165. أنظر أيضا مُجَّد فريد العريني وجمال وفاء مُجَّدِين، القانون التجاري، الجزء الأول، الأعمال التجارية- التجار- المحل التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 404.

*Voir aussi Paul DIDIER, Droit commercial, Tome 1, 3ème éd., Puf, Paris, 1992, p390. Voir aussi Michel PEDAMON, Droit commercial, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2000, p201.*

11- Olivier BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, Paris, 2001, p64.

12- سميحة القلوبي، المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص ص58-59. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة النشر، ص 181. أنظر أيضا أحمد بلودين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2012، ص 78. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص ص204-205. أنظر أيضا المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2006، ص 231. أنظر أيضا مقدم مبروك، المحل التجاري، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 60.

Voir aussi Georges DECOCQ, *Droit commercial*, 4ème éd., Dalloz, Paris, 2009, p270.

13 - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007-2008، ص 369.

14- المعتصم بالله الغرياني، المرجع السابق، ص 231.

15- تنص المادة 3/119 من القانون التجاري الجزائري على أنه (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).

16- محمد فريد العربي وجلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 404. أنظر أيضا نادية فضيل، المرجع السابق، ص 72. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 206.

17 - أنظر سليمان مرقس، شرح عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص 130. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص136-137. أنظر أيضا محمد فريد العربي وجلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 379. أنظر أيضا علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

يمكن أن تضرب عدة أمثلة عن هلاك المحل التجاري كحالة نزع ملكيته لصالح المنفعة العامة، غلقه أي التوقف عن النشاط سواء بإرادة المالك أو بغير إرادته كزوال عنصر الاتصال بالعملاء، سحب رخصة الاستغلال، إلخ...

18 - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 137. أنظر أيضا سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 131. أنظر أيضا نص المادة 369 من القانون المدني الجزائري.

19 - توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، دون بلد النشر، 1988، ص 46.

20- Xavier DELPECH, *Fonds de commerce*, 18ème éd., Delmas, Paris, 2011-2012, p170.

21- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 81. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد

والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 212. أنظر أيضا عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص 196. أنظر أيضا سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 146. أنظر أيضا نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

22 - مُجَّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 212.

23- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 265.

24- بقصد بالحيل إذا كان المحل مملوكا لشخص آخر من قبل ثم انتقل إليه، أي لم يكن البائع هو المنشئ للمحل التجاري، وإنما انتقل إليه من شخص آخر هو المدعو بالحيل. علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، مؤم، الجزائر، 2002، ص 190.

25 - أنظر نص المادة 90 من القانون التجاري الجزائري.

26 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 46.

27- تنص المادة 3/96 من القانون التجاري الجزائري على أنه (وتوضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجاري والمعدات والبضائع).

28 - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 95. أنظر أيضا زكريا سرايش، الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 32.

*Voir dans ce sens, Cass.Civ. 1er octobre 1996, JCP., 1996, IV, n°2247.*

29 - مُجَّد حسنين، المرجع السابق، ص 45-46.

30- Olivier BARRET, *Op-cit*, p70.

31 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 103.

32 - أنظر نص المادتين 79 و 96 من القانون التجاري الجزائري.

33 - أنظر نص المادة 1/83 من القانون التجاري الجزائري.

34- Xavier DELPECH, *Op-cit*, p13.

35- Olivier BARRET, *op-cit*, p74.

36- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 159-160. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها. أنظر أيضا مُجَّد حسنين، المرجع السابق، ص 25.

37 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 374-375.

38- علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 167. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 160. أنظر أيضا مُجَد فريد العربي وجلال وفاء مُجَدِين، المرجع السابق، ص 405. أنظر أيضا سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص 64.

Voir aussi Michel PEDAMON, *op-cit*, p202.

39 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 173.

Voir aussi Xavier DEPECH, *op- cit*, p143.

« Un prix est sérieux, lorsqu'il n'est pas dérisoire au regard de la valeur «objective» du fonds. La jurisprudence prend en compte l'économie du contrat pour apprécier le caractère sérieux ou dérisoire du prix». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENISOT, *Fonds de commerce*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2011, p729.

40 - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 124. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 175-176. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 97-98. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 145.

41 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 98.

42 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 385-386. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 126-127. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 176.

Voir aussi Michel PEDAMON, *op- cit*, p202.

43- Voir Olivier BARRET, *op-cit*, p77.

44 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 178. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 99.

45 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 370. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 90.

Voir aussi Xavier DEPECH, *op-cit*, p142.

46 - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

47 - Paul DIDIER, *op-cit*, p391.

48 - George DECOCQ, *op-cit*, p271.

49 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 105. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 91.

50 - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 134. أنظر أيضا أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 67. أنظر أيضا سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 166-167.

51 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 376-377.



- 52 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 171-172. أنظر أيضاً أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ص 69-70.
- 53 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 93.
- 54 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 150. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 377. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 172.
- 55 - نشير في هذه النقطة أن هذه الحالة وردت في نص المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي ولا نجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائري.
- Voir Com. 3 mai 1977, Bull. Civ., IV, n°124. Cité par Olivier BARRET, op-cit, p75.*
- 56 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 150-151.
- Voir Civ. Ire, 16 mai 1984, Bull. Civ., I, n°164. Cité par Olivier BARRET, op-cit, p76.*
- 57 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 136.
- 58 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 174.
- 59 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ص 379-380. أنظر أيضاً جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 139.
- 60 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 381.
- 61 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 175.
- 62 - *L'article 1592 du Code Civil Français prévoit que «Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».*
- 63 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 137. أنظر أيضاً محمد حسنين، المرجع السابق، ص 65 وما بعده.
- 64 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 94. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 152. أنظر أيضاً توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 66.
- 65 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 138.
- 66 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص ص 94-95.
- 67 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 152-153. أنظر أيضاً توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 66.
- 68 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 138.
- 69 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 95.
- 70 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 95.
- 71 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 152-153.

