

مدى تأثير نص المادة 120 من القانون التجاري الجزائري على إثبات العناصر المشمولة بعقد هبة القاعدة التجارية

The extent of the impact of article 120 of the Algerian Commercial Code on the proof of the elements included in the contract of donation of the business

كركان فريد*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

farid.kerkedene@univ-bejaia.dz

بن مرغيد طارق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

tarek.benmarghid@univ-bejaia.dz

تاريخ إرسال المقال: 2024/05/29 تاريخ قبول المقال: 2024/10/31 تاريخ نشر المقال: 2024/11/20

الملخص:

تتعدد العناصر التي تتكون منها القاعدة التجارية وتختلف، فمنها ما هو ذو طبيعة مادية كالbضائع والآلات، ومنها ما هو ذو طبيعة معنوية كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والقاعدة التجارية كوحدة واحدة مستقلة ورغم طبيعتها المعنوية يمكن أن تكون محلا لمختلف العقود سواء تلك الواردة في القانون التجاري أو القانون المدني أو قانون الأسرة.

فإذا كان عقد بيع القاعدة التجارية أو رهنها حيازا لا يثير إشكالات كبيرة حول إثبات العناصر المشمولة بهذان العقدان نظرا لوجود مواد تنظمها، فإن الإشكال يثور حول إثبات العناصر المشمولة **بعقد هبة القاعدة التجارية**، هل يشترط هذا الأخير إثباتها بعقد رسمي أم يمكن إثباتها بوسائل أخرى غير الكتابة الرسمية؟ باعتبار أن المشرع لم يتناول أحكام هذا العقد لا في القانون المدني ولا في القانون التجاري.

الكلمات المفتاحية: القاعدة التجارية، الرسمية، عقد الهبة.

Abstract:

The elements making up a business are numerous and different. Some of them are material in nature, such as assets and machinery, and others are moral in nature, such as commercial customers and reputation and business brand. As a unique and independent unit and despite its moral nature, it can be the subject of various contracts, whether those relating to commercial law, civil law or family law.

However, if the contract of sale or mortgage of a business does not pose major problems as to the proof of the elements covered by these two contracts due to the presence of the provisions, which regulate them, but the problem of proof of Elements included in the business donation contract require further clarification. Does the latter require them to be proven by a formal contract? Alternatively, can they be proven by means other than formal writing?

* المؤلف المرسل

Considering that, the legislator has not addressed the provisions of this contract neither in the civil code nor in the commercial code.

Keywords: business, authenticity, donation contract.

المقدمة:

لم يتضمن القانون التجاري الجزائري عند تنظيمه للقاعدة التجارية أو المحل التجاري، كل العقود التي يمكن أن ترد على القاعدة التجارية، بل تناول أربعة عقود فقط، هي عقد البيع (نص المادة 79 من القانون التجاري)¹، تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة (نص المادة 117 من القانون التجاري)، عقد الرهن الحيازي (نص المادة 118 من القانون التجاري) وعقد تأجير التسيير (نص المادة 202 من القانون التجاري)، دون إدراج عقود أخرى. وقيامه بذلك لا يعني عدم إمكانية ورودها على القاعدة التجارية، ولكن يمكن القول أن السبب في ذلك يعود إلى كثرة لجوء الأشخاص إلى إبرام هذه الأنواع من العقود الأربعة دون الأخرى.

إن كون القاعدة التجارية مال منقول معنوي تتكون من عناصر مختلفة مادية ومعنوية لا يمنع من إبرام عقد الهبة عليها مثل باقي الأموال الأخرى رغم طبيعتها الخاصة، ولكن يثار إشكال حول إثبات العناصر المشمولة بعقد الهبة نظرا لتعدد واختلافها، باعتبار أن المشرع لم ينظم هذا العقد ولم يحل إلى تطبيق نص معين عليه، على عكس ما فعله عندما نظم مثلا عقد رهن القاعدة التجارية حيازيا أين نص على أنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، وذلك في نص المادة 120 من القانون التجاري. وعلى هذا الأساس يثار تساؤل حول الحكم المطبق في حالة التبرع بالقاعدة التجارية عن طريق عقد الهبة، فالمشرع لم يشر إلى ذلك لا في القانون التجاري ولا في القانون المدني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر عقد الهبة من العقود المؤثرة على الذمة المالية للشخص، لأنها تؤدي إلى إخراج المال من الذمة المالية للشخص الواهب إلى الموهوب له دون عوض كأصل عام وبمعوض يسير كاستثناء.

إن تعدد العناصر المكونة للقاعدة التجارية بقدر ما تساعد في تنمية هذه الأخيرة وتوسيعها وجذب الزبائن إليها، إلا أنها تثير إشكالية إثبات عقد الهبة الوارد عليها كوحدة واحدة مستقلة مكونة للقاعدة التجارية، وليس كعناصر مستقلة لوحدها عن هذه الأخيرة، لأن ورود هذا العقد على أي عنصر مستقل عن القاعدة التجارية لا يعتبر عقدا واردا على هذه الأخيرة.

فمن خلال ما سبق نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى تأثير نص المادة 120 من القانون التجاري**

الجزائري في إثبات العناصر المشمولة بعقد هبة القاعدة التجارية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي، وذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، بحيث قسمنا بحثنا هذا إلى قسمين، تناولنا في القسم الأول اشتراط الرسمية لإثبات عناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الهبة، بينما خصصنا القسم الثاني من البحث لدراسة حجية هذه الرسمية في إثبات هذه العناصر المتصرف فيها.

1- اشتراط الرسمية لإثبات عناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الهبة

يتضح لنا بالقياس على نص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري² المتعلقة بعناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الرهن الحيازي، أن المشرع منح للمتعاقدين حرية اختيار عناصر القاعدة التجارية التي يريدان إدراجها ضمن عقد الهبة، بشرط إدراج العناصر الأساسية في تكوين هذه الأخيرة خاصة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية³، وفي حالة عدم الاتفاق فإن العقد يشمل بقوة القانون خمسة عناصر تتمثل في: الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار. إن ما نلاحظه من خلال هذه القاعدة أن المشرع الجزائري على غرار باقي مشرعي الدول الأخرى منح مكانة خاصة للعناصر المعنوية دون العناصر المادية، وهذا نظرا للدور الذي تؤديه في وجود القاعدة التجارية واستمرارها في الوجود.

نجد بالرجوع إلى أحكام نص المادة 120 من القانون التجاري الجزائري⁴ أن المشرع اشترط ضرورة إثبات عقد الرهن الحيازي للقاعدة التجارية بعقد رسمي، ويعتبر هذا الإجراء خروجاً عن القاعدة العامة في الإثبات في المواد التجارية، والتي تنص على أنه يمكن إثبات العمليات التي يقوم بها التاجر بكل وسائل الإثبات⁵، وعلى هذا الأساس نقول أن ما يسري على عقد الرهن الحيازي حول اشتراط الرسمية يسري على عقد هبة القاعدة التجارية، ولذلك فمن أجل إثبات عناصر هذه الأخيرة المشمولة بعقد الهبة يجب أن تكون في شكل رسمي لدى الموثق.

1.1- المقصود باشتراط الرسمية لإثبات عناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الهبة

يتضح لنا بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري أن المشرع عرّف العقد الرسمي على أنه (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)⁶. بالقياس على هذا التعريف الذي قدّمه المشرع للعقد الرسمي نقول أن عقد هبة القاعدة التجارية لا يكون رسمياً إلا إذا تم تحريره من طرف الموثق، باعتبار هذا الأخير هو المخوّل قانوناً تحرير العقود التي يشترط فيها القانون إصباغها الرسمية⁷.

فهذا العقد إذا لم يتم تحريره من طرف الموثق - كتحريره من طرف الطرفان والتوقيع عليه⁸ - فلا يمكن الاعتداد به كوسيلة إثبات، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به ضد الغير، كما أننا نجد أيضاً بالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 1/1 من القانون المدني الجزائري أن الرسمية مشترطة أيضاً حتى بالنسبة للانعقاد⁹ وليس للإثبات فقط.

2.1- توفر أركان الكتابة الرسمية

سبق ورأينا أعلاه أنه من أجل إثبات عقد هبة القاعدة التجارية يجب أن يفرغ في شكل رسمي لدى الموثق، ولكن لا يكون كذلك إلا إذا تم احترام شروط الكتابة الرسمية، والتي تتمثل فيما يأتي:

1.2.1 صدور عقد هبة القاعدة التجارية من طرف الموثق:

يعتبر الموثق الشخص المفوض من طرف الدولة من أجل تحرير العقود التي يشترط القانون إصباغها الصبغة الرسمية أو التي يريد المتعاقدان إصباغها هذه الرسمية بإرادتهم الحرة¹⁰، وللموثق صفة الضابط العمومي يمارس مهنة التوثيق في مكتب خاص به ويتلقى أتعابه من زبائنه وليس من طرف الدولة ولا يعتبر موظف عام¹¹.

وعلى هذا الأساس إذا صدر عقد هبة القاعدة التجارية من غير موثق فلا يمكن في أي حال من الأحوال إضفاء الرسمية على هذا العقد.

2.2.1- صدور عقد هبة القاعدة التجارية من موثق في حدود سلطاته واختصاصاته:

لا يكون عقد هبة القاعدة التجارية كاملاً بصدوره من الموثق فقط، بل يجب أن يصدر منه في حدود سلطاته واختصاصاته، والمقصود به أن تكون للموثق ولاية وقت كتابة عقد هبة القاعدة التجارية من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ومن حيث المكان¹².

1.2.2.1- من حيث الموضوع: يعتبر الموثق مختصاً في تحرير عقد هبة القاعدة التجارية، باعتبار أنه المخول قانوناً بتحرير العقود التي يشترط القانون إصباغها الرسمية أو تلك التي يريد الأطراف إصباغها هذه الرسمية¹³. كذلك لا يجوز للموثق تحرير عقد هبة القاعدة التجارية المملوكة له أو له علاقة بها، أو متعلقة بأحد الأشخاص الذين تربطهم به علاقة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة¹⁴.

2.2.2.1- من حيث الزمان: نقصد بالزمان في هذه النقطة الوقت الذين يتم فيه تحرير عقد هبة القاعدة التجارية، إذ تبدأ هذه المرحلة بعد تعيين الموثق وتنقضي بعزله أو توقيفه عن مزاولة مهنته، وعلى هذا الأساس يعد عقد هبة القاعدة التجارية باطلاً إذا حرره بعد انتهاء ولايته¹⁵ ولا يجوز التمسك به كوسيلة لإثبات عقد الهبة. فالموثق الموقوف عن العمل أو المعزول يكون غير مؤهلاً لتحرير عقد هبة القاعدة التجارية ولا أي محرر آخر.

3.2.2.1- من حيث المكان: نجد بالرجوع إلى نص المادة 2 من القانون المتضمن مهنة التوثيق¹⁶، أن اختصاص الموثق غير محصور بدائرة اختصاصه وإنما يمتد إلى كامل التراب الوطني.

3.2.1- احترام الموثق للشكليات القانونية عند تحريره لعقد هبة عناصر القاعدة التجارية:

نظم القانون الأوضاع والقواعد التي يتعين على الموثق أن يراعيها عند تحرير العقد، إذ يجب أن يكون باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط، وأن يشتمل على البيانات الخاصة بموضوع العقد، كذكر عناصر القاعدة التجارية المتصرف فيها والمكان الذي تستغل فيه هذه الأخيرة، ذكر السنة والشهر واليوم الذي تم فيه تحرير العقد، ونوع النشاط الذي يزاوله التاجر الواهب، ... إلخ.

كما يجب أيضا أن يتضمن عقد هبة القاعدة التجارية معلومات حول الموثق الذي قام بتحرير العقد، كاسمه ولقبه وصفته، أسماء الشهود وبيانات حول الواهب والموهوب له، كما يقع على عاتق الموثق أيضا تلاوة كل محتوى العقد ومرفقاته قبل التوقيع عليه من طرف ذوي الشأن¹⁷.

غير أننا نشير في هذه النقطة أن الأطراف قد يعينان العناصر التي يشملها عقد الهبة صراحة، وفي هذه الحالة يجب أن يدرجا عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وقد لا يعينان هذين العنصرين، وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد باطلا حتى وإن لم يتم ذكرهما أو تم إغفال ذلك في العقد التوثيقي، وإنما يشمل عقد الهبة في هذه الحالة خمسة عناصر تتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار¹⁸.

3.1- جزاء عدم احترام أركان الكتابة الرسمية لعقد هبة عناصر القاعدة التجارية:

إن احترام كل من واهب القاعدة التجارية والموهوب له والموثق لأركان عقد هبة عناصر القاعدة التجارية يجعل هذا العقد صحيحا ومنتجا للآثار المرغوبة من وراء إبرامه، ويمكن استخدامه كوسيلة إثبات ضد الغير، أما إذا كان هذا العقد مشوب بعيب من العيوب، فإن ذلك من شأنه جعل هذا العقد باطلا من ناحية اعتباره محررا رسميا معدا للإثبات، وبالتالي من غير الممكن التمسك به ضد الغير كوسيلة إثبات، خاصة ركني صدور المحرر من الموثق وفي حدود سلطاته واختصاصاته، أما بالنسبة للركن الثالث والمتمثل في مراعاة الموثق للشكليات القانونية أثناء تحريره لعقد هبة القاعدة التجارية، فنميز بين تخلف البيانات الجوهرية والبيانات غير الجوهرية.

1.3.1- جزاء تخلف البيانات الجوهرية:

تتعد البيانات التي تعد جوهرية في عقد هبة القاعدة التجارية نذكر منها: تاريخ تحرير العقد، اسم الواهب والموهوب له، توقيعات الأطراف، اسم الموثق الذي قام بتحرير العقد، ... إلخ، فيترتب عن تخلف هذه البيانات بطلان المحرر كمحرر رسمي معد للإثبات¹⁹.

2.3.1- جزاء تخلف البيانات غير الجوهرية:

يعتبر من البيانات غير الجوهرية ترقيم الصفحات صفحة صفحة، أو دفع الرسوم المستحقة أو الإضافة أو الكشط (ما لم يثبت حصولهما بقصد التزوير) فتخلفها لا يؤدي إلى بطلان المحرر كوسيلة إثبات²⁰.

نشير هنا إلى أن تخلف بيانات حول العناصر المشمولة بعقد الهبة لا يؤدي إلى بطلان المحرر المعد للإثبات، لأنه بالقياس على نص المادة 3/119 من القانون التجاري الجزائري، فإن العقد لا يعد باطلا وإنما يشمل خمسة عناصر تتمثل في عنصر العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وبالتالي يمكن أن نقول أن البيانات المتعلقة بتعداد هذه العناصر تعتبر غير جوهرية، ولكن العقد بحد ذاته يجب إفراغه في شكل رسمي وإلا اعتبر باطلا.

نقول في الأخير أن المشرع اشترط الرسمية للانعقاد والإثبات معا، وبالتالي تخلفها يؤدي إلى بطلان عقد هبة عناصر القاعدة التجارية، فلا يمكن التمسك لا بالعقد ولا بالمرحور كوسيلة إثبات ولا يمكن أن يتحول إلى محرر عرقي.

2- حجية الكتابة الرسمية في إثبات عناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الهبة:

يكتسب المحرر الذي أفرغ فيه اتفاق واهب القاعدة التجارية والموهوب له الصبغة الرسمية كلما استوفى جميع أركانه الثلاثة، إذ يعتبر صحيحا قابل للتمسك به ضد أحد المتعاقدين أو ضد الغير، ولا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى التزوير.

1.2- حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة عناصر القاعدة التجارية فيما بين الواهب والموهوب له:

يتضمن المحرر الرسمي المثبت لعقد هبة القاعدة التجارية نوعان من البيانات، يتمثل النوع الأول في تلك البيانات التي يدونها الموثق في حدود مهنته والصادرة عن الواهب والموهوب له في حضوره أو بناء على ما سمعه منهم أو شاهده، أما النوع الثاني فيتمثل في تلك البيانات التي يدونها الموثق بناء على ما يقرره الواهب والموهوب له، دون البحث عن ما إذا كان ذلك صحيحا أم لا²¹.

1.1.2- حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة القاعدة التجارية فيما يتعلق بالبيانات الصادرة عن الموثق:

يمكن تقسيم هذه البيانات أيضا إلى نوعان: يتمثل النوع الأول في إثبات الموثق أنه هو الذي قام بتحرير عقد هبة القاعدة التجارية في تاريخ معين، وفي مكان معين وبحضور الطرفين والشهود، ... إلخ. فهذا النوع إذن يشمل ما يثبت الموثق في حدود مهمته. أما النوع الثاني فيتمثل فيما يصدر عن الواهب والموهوب له في حضور الموثق ويدركه بسمعه أو يقع تحت بصره فيثبه.

إن هذه البيانات بنوعها تعد صادرة من الموثق، وهي من عمله شخصيا وهو المسؤول عن صحتها، وهذه البيانات الرسمية هي التي تكون حجة بذاتها ولا يجوز إثبات عكسها إلا عن طريق الطعن بالتزوير²².

2.1.2- حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة عناصر القاعدة التجارية فيما يتعلق بالبيانات الصادرة عن ذوي الشأن:

هذا النوع من البيانات التي ترد في المحررات الرسمية هي بيانات تصدر من الواهب والموهوب له، ويكون على الموثق 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 دون حاجة إلى الإدعاء بالتزوير، لأن الطعن في مثل هذه البيانات - بخلاف الحالة السابقة - لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق وصدقه²³. والمثال على ذلك إخفاء عقد بيع القاعدة التجارية عن طريق هبتها بحيث لم يتم تسليم الثمن أمام الموثق وتم الإدعاء على أنه عقد هبة وليس عقد بيع، ففي هذه الحالة يمكن إثبات عقد البيع دون الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي لأنها بيانات صادرة عن ذوي الشأن.

2.2- حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة عناصر القاعدة التجارية بالنسبة لغير المتعاقدين (أي الغير):

تعتبر المحررات الرسمية حجة على الناس كافة سواء الواهب أو الموهوب له أو خلفهما العام أو الغير (شأن الخلف الخاص- الدائن الشخصي لأطراف التصرف)، في كل ما يلحق بالرسمية من بياناتها إلا أن يطعن عليه بالتزوير، ومرد اتساع نطاق حجية المحرر الرسمي يرجع إلى ما تولده الرسمية (بشروطها السابقة) من مصداقية لدى الجميع في البيانات الرسمية للمحرر²⁴.

نضيف في هذه النقطة أن ما قلناه فيما يخص حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة عناصر القاعدة التجارية بالنسبة للواهب والموهوب له والمتعلقة بالبيانات الصادرة من طرف الموثق في حدود سلطته وتلك الصادرة من ذوي الشأن تجد مجالا للتطبيق على هذه الحالة.

3.2- حجية الكتابة الرسمية المتضمنة هبة عناصر القاعدة التجارية فيما يتعلق بصوره

رأينا أعلاه أن المحرر الأصلي الذي يثبت فيه الموثق هبة عناصر القاعدة التجارية يكتسب الرسمية، وبالتالي يمكن التمسك به من طرف الطرفان ضد بعضهما البعض (للاواهب التمسك به ضد الموهوب له، أو الموهوب له ضد الواهب)، كما يمكن التمسك به ضد الغير، غير أن الموثق يحتفظ بهذا الأصل في مكتبته²⁵ ويسلم للأطراف المتعاقدة صور منه²⁶، لكن يثار تساؤل حول أكثر الورقتين حجية الأصل أم الصورة، وللجواب على ذلك نميز بين حالتين:

1.3.2- في حالة وجود أصل المحرر الرسمي المثبت لعقد هبة عناصر القاعدة التجارية:

تعتبر هذه الحالة هي الغالبة، فقلما ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظا في مكتب التوثيق، ولا يفقد إلا لأسباب قهرية أو طارئة كالحريق أو السرقة، فإذا وجد الأصل وكانت هناك صورة رسمية مأخوذة عن الأصل اعتبرت هذه الصورة مطابقة للأصل. وإذا نازع أحد الطرفين في هذه الصورة تعين على المحكمة أن تراجع الصورة على الأصل لكي تتحقق من مطابقتها له، وتكون حجية الصورة الرسمية للمحرر الرسمي بالقدر الذي تكون فيه الصورة مطابقة للأصل²⁷.

2.3.2- في حالة عدم وجود الأصل:

يتضح لنا بالقياس على من نص المادة 326 من القانون المدني الجزائري²⁸ على أنه في حالة عدم وجود أصل المحرر المتضمن عقد هبة عناصر القاعدة التجارية، فإننا نكون أمام ثلاثة حالات، نلخصها فيما يلي:

1.2.3.2- الحالة الأولى: الصورة الرسمية الأصلية: يقصد بالصورة الرسمية الأصلية تلك المستنسخة بمعرفة الموثق وتحمل توقيع وخاتم المكتب من الأصل المحفوظ، ويكون لها حجية ذاتية مطابقة لحجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها له، بحيث إذا داخل الصورة بعض العيوب التي تلقي بظلال التلاعب والعبث بها، سقطت حجيتها²⁹.

2.2.3.2- الحالة الثانية: الصورة الرسمية مأخوذة من الصورة الأصلية: إن الصورة في هذه الحالة ليست مأخوذة عن الأصل مباشرة، ويكون لها نفس الحجية التي للصور المأخوذة عنها، ولكن هذا يستلزم بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد الطرفين ذلك. وحجية الصور في هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها، بل مستمدة من الصور الأصلية. أما إذا فقدت الصورة الأصلية، فمفهوم ذلك أن الصور المأخوذة عنها لا يكون لها حجية عند المنازعة فيها، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس³⁰.

3.2.3.2- الحالة الثالثة: حالة الصور الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية: الفرض هنا هو في وجود صور رسمية غير أصلية أي غير منقولة مباشرة عن الأصل، فالحلقات أخذت تتعدد بين الأصل والصورة وتباعد الأصل عن الصورة الأخيرة حيث أصبحنا أمام صورة ثالثة للأصل أو هي صورة صورة الصورة³¹.

وهذه لا تكون لها حجية الأصل ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف، أي أنها لا تصلح إلا أن تكون قرائن قضائية يستنبط منها القاضي ما يراه ولا يمكن أن تعد حتى مبدأ ثبوت بالكتابة³².

- **عدم إمكانية تطبيق نص المادة 123 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على عقد هبة القاعدة التجارية:** نشير هنا أن نص المادة 123 من قانون النقد والقرض³³ لا يمكن تطبيقها على عقد هبة عناصر القاعدة التجارية، فهذه المادة متعلقة بجواز إفراغ عقد رهن القاعدة التجارية حيازياً لصالح البنوك والمؤسسات المالية في شكل عرقي مسجل حسب الأصول، ونشير هنا إلى أنه هناك فرق كبير بين عقد هبة القاعدة التجارية وعقد رهنها حيازياً، باعتبار أن الأول يؤدي إلى انتقال الملكية ودون عوض، بينما الثاني لا ينقل لا الملكية ولا الحيازة، ولكنه لا يتمتع بالخطورة الموجودة في عقد الهبة.

خاتمة:

يتضح لنا من خلال دراستنا لمدى تأثير نص المادة 120 من القانون التجاري الجزائري على إثبات العناصر المشمولة بعقد هبة القاعدة التجارية، أن المشرع لم يتناول هذه الحالة لا ضمن مواد القانون المدني المتعلقة بالإثبات، ولا في القانون التجاري لَمَّا تناول العمليات الواردة على القاعدة التجارية، ولا في قانون الأسرة، وبالتالي نقول أن ما يطبق على إثبات عناصر القاعدة التجارية المشمولة بعقد الرهن الحيازي يطبق على عقد هبة عناصر القاعدة التجارية.

ومسألة تحديد العناصر المشمولة بعقد الهبة والتي تنتقل إلى الموهوب له فقد يتم تحديدها لدى الموثق أثناء تحرير العقد، وهنا يشترط ضرورة الاتفاق على العناصر الأساسية والكافية لوجود القاعدة التجارية، أما إذا لم يتم الاتفاق عليها في العقد، فإن هذا الأخير لا يعتبر باطلاً وإنما يشمل بقوة القانون خمسة عناصر، تتمثل في العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

يشترط للأخذ بهذا العقد كدليل إثبات أن تحترم فيه كافة أركان المحرر الرسمي، بحيث يعتبر الموثق مختص بتحرير هذا النوع من العقود، نظراً لاشتراط المشرع إفراغها في قالب رسمي وفق إجراءات وشكليات

معينة، تحت طائلة البطلان، وعلى هذا الأساس نقول أنه إذا تم تحرير عقد هبة عناصر القاعدة التجارية في شكل عرفي، فإنه من جهة الانعقاد يكون باطلا، ومن جهة الإثبات لا يجوز إثباته إلا بمحرر رسمي، لأن الرسمية ضرورية للانعقاد والإثبات معا، وكلما تم احترام هذه الشروط كلما أمكن الاحتجاج به ضد المتعاقدين وضد الغير.

من خلال دراستنا هذه ارتأينا إلى تقديم بعض التوصيات نلخصها فيما يأتي:

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى هذا النوع من التصرفات لكونه تصرفا ناقلا للملكية من جهة، ومن جهة ثانية دون مقابل، فهو يخرج هذه القيمة من الذمة المالية للتاجر الواهب.
 - من المستحسن على المشرع إدراج نص في القانون التجاري مفاده أن كافة العمليات الواردة على القاعدة التجارية سواء الناقلة للملكية وغير الناقلة للملكية يجب إفراغها في شكل رسمي لدى الموثق، وأن تكون هذه الرسمية مستوجبة للإثبات أيضا، تحت طائلة البطلان.
 - ضرورة إضافة عناصر أخرى غير العناصر الخمسة الواردة في نص المادة 119 من القانون التجاري، كرقم الهاتف أو صفحة القاعدة التجارية عبر مواقع التواصل الاجتماعي إذا كانت للتاجر صفحة متعلقة بالقاعدة التجارية محل عقد الهبة، أو التطبيقات الذكية أو أجهزة الذكاء الاصطناعي، أو بصفة عامة كل عنصر يساهم في بقاء القاعدة التجارية موجودة أو يعمل جذب الزبائن والاحتفاظ بهم.
 - ضرورة تشجيع الكتابة الالكترونية كبديل للكتابة التقليدية.
- الهوامش:**

¹ - أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج، العدد 101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر سنة 1975م، معدل ومتمم.

² - تنص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري 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 العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به. وإن الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها، تتبع مصيره 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).

³ - نشير إلى أنه رغم وجود اختلاف مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية إلا أنه من الناحية العملية من الصعب التفريق بينهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس هناك أية فائدة من ذلك باعتبار أن المشرع في نص المادة 2/78 من القانون التجاري لم يفرق بينهما، وإنما نص على أنهما عنصران إلزاميان في المحل التجاري، فلا

يجوز استبعادهما عنه، لأنه في حالة استبعادهما أو غيابهما عنه لا يمكن القول أن وجوده، فهو يتواجد بتواجده سواء الاتصال بالعملاء أو الشهرة التجارية، ولذلك من المستحسن استعمال مصطلح الزبائن للإشارة إلى مجموعة الأشخاص الذين يقتنون حاجاتهم سواء بصفة اعتيادية أو بصفة عرضية من تاجر معين. كركادن فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري- دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2018، ص 158.

⁴ - تنص المادة 120 من القانون التجاري الجزائري على أنه (يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده في بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في دائرته المحل التجاري. ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي).

⁵ - تنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري 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).

⁶ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 58 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975م، معدل ومتمم.

⁷ - تنص المادة 03 من القانون المتضمن مهنة التوثيق على أنه (الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة). القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 2006م.

⁸ - يعتبر في هذه الحالة عقد عرفي ورغم ذلك لا يجوز استعماله كوسيلة إثبات نظرا لاشتراط المشرع ضرورة إفراغه في شكل رسمي.

⁹ - تنص المادة 324 مكرر 1/1 من القانون المدني الجزائري على أنه (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية ... أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، ... في شكل رسمي...). أنظر في هذا الشأن كركادن فريد، الطبيعة الخاصة للمحل التجاري بين النصوص التشريعية الجزائرية وأحكام القضاء الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2019، ص 442.

¹⁰ - أنظر نص المادة 3 من القانون المتضمن مهنة التوثيق.

¹¹ - أنظر نص المادة 2 من القانون المتضمن مهنة التوثيق.

- ¹² - هذا بالقياس على نص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري. أنظر أيضا كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية، أطروحة مكمل لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019، ص 158 وما بعدها.
- ¹³ - أنظر نص المادة 3 من القانون المتضمن مهنة التوثيق.
- ¹⁴ - أنظر نص المادة 19 وما بعدها من القانون المتضمن مهنة التوثيق.
- ¹⁵ - أنظر أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 47.
- ¹⁶ - تنص المادة 1/2 من القانون المتضمن مهنة التوثيق على أنه (... ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني).
- ¹⁷ - أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 48. أنظر أيضا نص المادة 26 وما بعدها من القانون رقم 02/06 المتضمن مهنة التوثيق.
- ¹⁸ - أنظر عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 91.
- ¹⁹ - أنظر رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 271.
- ²⁰ - أنظر سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في قانون الإثبات، دون دار النشر، دون بلد النشر، 1996، ص 64-65.
- ²¹ - تنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على أنه (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني).
- ²² - أنظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 279 وما بعدها.
- ²³ - أنظر عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 94.
- ²⁴ - همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 153.
- ²⁵ - تنص المادة 10 من القانون المتضمن مهنة التوثيق على أنه (يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها ... كما يتولى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقا للشروط والكيفيات التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم).
- ²⁶ - «يتمثل الفرق بين الأصل والصورة في أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن والشهود وغيرهم ممن تم الاستعانة بهم، فالأصل إذن هو ذلك المحرر الذي صدر فعلا عن الموثق. أما صورة المحرر الرسمي فهي لا تحمل التوقيعات السابقة، وليست هي التي صدرت عن الموثق، وإنما هي منقولة عن الأصل بواسطة الموثق. وهذه الصورة تعد محررا رسميا ولكن هذه الرسمية هي للصورة والتي لا تعد أصلا بالرغم من أنها مطابقة تمام المطابقة للأصل بما اشتمل عليه من بيانات وتوقيعات». رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 291-292.
- ²⁷ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 96.

تنص المادة 325 من القانون المدني الجزائري على أنه (إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل).

28 - تنص المادة 326 من القانون المدني الجزائري على أنه (إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف).

29 - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 155-156.

30 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 97.

31 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 306.

32 - عباس العبودي، شرح قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1998، ص 134.

33 - تنص المادة 123 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض على أنه (يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا.

يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال). أمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة

2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، العدد 52 الصادر بتاريخ 27 أوت سنة 2003م، معدل ومتمم.